Discriminación por orientación sexual e identidad de género en el derecho español

Josefina Alventosa del Río

NIPO: 790-08-116-2

GOBIERNO DE ESPAÑA
MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES

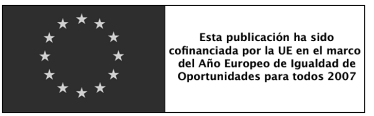
MINISTERIO DE TRABAJO
Y ASUNTOS SOCIALES

**Subdirección General de Información
Administrativa y Publicaciones**

RET. 08-2233

Discriminación por orientación sexual e identidad de género en el derecho español

Catálogo general de publicaciones oficiales
http:// www.060.es



Reservados todos los derechos. Ninguna parte de este libro puede ser reproducida o transmitida en forma alguna ni por medio alguno, electrónico o mecánico, incluidos fotocopias, grabación o por cualquier sistema de almacenado y recuperación de información, sin permiso escrito del editor.

Los contenidos de esta publicación no necesariamente reflejan la opinión o posición de la Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Igualdad de Oportunidades de la Comisión Europea. Tampoco la Unión Europea o cualquier persona que actúe en su nombre es responsable del uso que pueda hacerse de la información de esta publicación.

Edita y distribuye:
Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales
Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones
Agustín de Bethencourt, 11. 28003 Madrid
Correo electrónico: sgpublic@mtas.es
Internet: www.mtas.es
NIPO: 201-08-012-7
ISBN: 978-84-8417-295-6
Depósito legal: M-29423-2008
Imprime: Artesa, S.L.

Discriminación por orientación sexual e identidad de género en el derecho español

---

Josefina Alventosa del Río

Profesora titular de Derecho Civil
Departamento de Derecho Civil
Universidad de Valencia

Al Prof. Enrique Durán Lalaguna,
con admiración y cariño, y con gratitud
por compartir conmigo su sabiduría
Compañero del alma, compañero

ÍNDICE

Pág.

PRESENTACIÓN..... 15

INTRODUCCION..... 19

Capítulo I. DISCRIMINACIÓN POR ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO..... 25

I. DISCRIMINACION POR ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO. 25

II. LAS DISTINTAS ORIENTACIONES SEXUALES. LA IDENTIDAD DE GÉNERO. 28
1. La orientación sexual. 28
2. La identidad de género. 32
3. El rechazo social a la orientación sexual y la identidad de género 35

III. DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO. EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y SOCIAL..... 36
1. Consideraciones generales. La diferente presencia en la historia de la homosexualidad masculina, femenina y la transexualidad. 36
2. La presencia de la homosexualidad y la transexualidad a lo largo de la historia. 37

Capítulo II. EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO EN LA LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA DE LOS ORGANISMOS INTERNACIONALES. ..... *Pág.* 53

I. LA POSTURA DE LA ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS (ONU) ANTE LOS DERECHOS Y LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS LGTB. 53

II. LOS PRONUNCIAMIENTOS DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT) RESPECTO A LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS LGTB. 65

III. LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS) ANTE LA SITUACIÓN DE LAS PERSONAS LGTB. PROGRAMA CONJUNTO CON ONUSIDA. 71

IV. LOS PRONUNCIAMIENTOS DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS LGTB. 75

V. LA POSTURA DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMÉRICANOS (OEA) Y DEL MERCADO COMÚN DEL SUR (MERCOSUR)..... 96

VI. OTROS PRONUNCIAMIENTOS..... 104
1. La Declaración de Montreal 104
2. Los Principios de Yogyakarta sobre la aplicación del Derecho Internacional Humanitario en Relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género..... 106
3. Declaración Universal sobre los Derechos sexuales..... 112

VII. LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES Y DECISIONES DE LOS ORGANISMOS INTERNACIONALES 113
1. Pronunciamientos del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas 114
2. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 116
3. Pronunciamientos del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas 131

VIII. REFERENCIA A LA LEGISLACIÓN MUNDIAL SOBRE ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO 133

Capítulo III. DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO EN LA LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA DE ESPAÑA. ..... *Pág.* 141

I. DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO EN ESPAÑA. EVOLUCIÓN HISTÓRICA EN LA LEGISLACIÓN Y EN LA JURISPRUDENCIA HASTA LA PROMULGACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN DE 1978 141
1. Época antigua 141
2. La situación de la homosexualidad y transexualidad durante la Edad Media hasta la época de la codificación 142
3. Discriminación por orientación sexual e identidad de género en la época de la codificación 147
4. La situación de las personas LGTB en las primeras décadas del siglo XX 148
5. La discriminación de las personas LGTB durante la época del régimen político del General Franco 149

II. LA DISCRIMINACIÓN POR ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO EN LA ÉTAPA DEMÓCRATICA DEL ESTADO ESPAÑOL. LOS NUEVOS PRINCIPIOS INSTAURADOS POR LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978 155

III. DESARROLLO DE LA LEGISLACIÓN RELATIVA A LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS LGTB POSTERIOR A LA PUBLICACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN DE 1978 160

IV. EL MOVIMIENTO ASOCIATIVO DE LAS PERSONAS LGTB EN ESPAÑA 164
1. El nacimiento del movimiento asociativo. La etapa política del franquismo 164
2. La etapa democrática. El período de la Transición 165
3. La etapa de la consolidación del movimiento y reclamación de derechos 167
4. La etapa del reconocimiento de los derechos de las personas LGTB. 170

Capítulo IV. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO EN EL ÁMBITO PENAL..... 173

I. LA SITUACIÓN DE LAS PERSONAS LGTB EN EL ÁMBITO PENAL. LA DESPENALIZACIÓN DE LA HOMOSEXUALIDAD. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 173

Pág.

II. LAS SUCESIVAS REFORMAS DEL CÓDIGO PENAL Y SU REPERCUSIÓN EN LA SITUACIÓN DE LAS PERSONAS LGTB. 176

Capítulo V. DISCRIMINACIÓN DE LAS PERSONAS LGTB EN EL ÁMBITO CIVIL 181

I. LA SITUACIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS LGTB EN EL ÁMBITO CIVIL 181
1. La importancia del reconocimiento jurídico de las relaciones de pareja en el derecho civil 181
2. Breve referencia al panorama legislativo de las relaciones de parejas del mismo sexo en otros países 182

II. DISCRIMINACIÓN Y RECONOCIMIENTO JURÍDICO DE LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO. ANTECEDENTES DE LA REFORMA DEL DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO 185
1. La reivindicación de las parejas de hecho de acceder al matrimonio . 186
2. Los conflictos derivados de la relación de pareja entre personas del mismo sexo antes de la publicación de la Ley 13/2005 ante los Tribunales de justicia. La postura de los Tribunales Superiores de Justicia, Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional 188
3. Reconocimiento legal de las parejas de hecho del mismo sexo 192
3.1. Los Registros de parejas de hecho. Primera legislación de cobertura 192
3.2. Las parejas del mismo sexo en la legislación sobre parejas de hecho 194

III. REIVINDICACIÓN DE MATRIMONIO PARA PAREJAS DEL MISMO SEXO 198
1. Las Proposiciones de ley de matrimonio de parejas del mismo sexo . 199
2. El Anteproyecto de ley de reforma del Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio 201
3. El Dictamen del Consejo de Estado 203
4. El Proyecto de Ley por el que se modifica el Código en materia de derecho a contraer matrimonio. Tramitación parlamentaria 206
5. Repercusiones sociales del Proyecto de reforma del derecho a contraer matrimonio. Otros dictámenes emitidos 212
5.1. El Estudio del Consejo General del Poder Judicial sobre la reforma del Código civil en materia de matrimonio entre personas del mismo sexo 213
5.2. El Informe de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia 216

Pág.

6. La ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio 217

6.1. El fundamento de la modificación del artículo 44 del Código civil 217
6.2. Estructura y contenido de la Ley 13/2005, de 1 de julio 237
6.2.1. Estructura de la Ley 13/2005 237
6.2.2. Contenido de la Ley 13/2005 238
6.3. La trascendencia de la Disposición Adicional primera en otros textos jurídicos de nuestro ordenamiento 238
6.4. Las Disposiciones finales. El alcance de la reforma matrimonial en el ámbito de las Compilaciones de Derecho civil especial o foral 239
7. El Recurso de inconstitucionalidad de la Ley 13/2005 242

IV. REGIMEN JURÍDICO DE LA RELACIÓN CÓNYUGAL DE PAREJAS DEL MISMO SEXO 247

V. LAS RELACIONES DE FILIACIÓN EN LOS MATRIMONIOS FORMADOS POR PAREJAS DEL MISMO SEXO 250
1. Indicación general 250
2. La filiación derivada de la aplicación de las Técnicas de Reproducción Asistida en parejas del mismo sexo 251
3. Adopción y acogimiento por parejas del mismo sexo 252
4. El ejercicio de la tutela por personas homosexuales, transexuales y parejas del mismo sexo 269

VI. LA RELACIÓN PATERNO-FILIAL DE LAS PAREJAS FORMADAS POR EL MISMO SEXO 271

VII. MODIFICACIONES DE LA LEY DEL REGISTRO CIVIL. LA ATRIBUCIÓN DE LA FILIACIÓN Y DEL NOMBRE Y APELLIDOS A LOS HIJOS DE LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO 272

VIII. DERECHO DE SUCESIONES DE LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO 275

IX. DEFECTOS TÉCNICO- LEGISLATIVOS DE LA LEY 13/2005 278

Pág.

X. PROBLEMAS SUSCITADOS CON POSTERIORIDAD A LA PUBLICACIÓN DE LA LEY 13/2005 280
1. La negativa a la celebración del matrimonio por Jueces Encargados del Registro civil 280
2. La solicitud de celebración de matrimonio por pareja del mismo sexo, uno de ellos de nacionalidad extranjera 281
3. Denegación de la inscripción de filiación materna de la pareja femenina de la madre del hijo 283

Capítulo VI. LA ORIENTACIÓN SEXUAL Y LA IDENTIDAD DE GÉNERO EN EL ÁMBITO LABORAL 285

I. LAS DISPOSICIONES DE LOS ORGANISMOS INTERNANCIONALES EN MATERIA DE NO DISCRIMINACIÓN POR ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO EN EL ÁMBITO LABORAL 285

II. DISCRIMINACIÓN POR ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO EN LA LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA LABORAL 290
1. La discriminación por orientación sexual e identidad de género en la etapa posterior a la publicación de la Constitución de 1978 290
2. El principio de no discriminación por orientación sexual e identidad de género en la legislación laboral vigente 295

III. INCIDENCIA DEL RECONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO EN EL ÁMBITO DE LA SEGURIDAD SOCIAL 303

Capítulo VII. SUPUESTOS DE DISCRIMINACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA SALUD 313

I. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD. BREVE REFERENCIA A LA LEGISLACIÓN SANITARIA 313

II. DISCRIMINACIÓN DE LAS PERSONAS HOMOSEXUALES Y TRANSEXUALES DURANTE LA PANDEMIA DEL VIH/SIDA. LA DOBLE DISCRIMINACIÓN 317

Pág.

III. DISCRIMINACIÓN DE LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO EN EL ÁMBITO SANITARIO 323

IV. LA DISCRIMINACIÓN DE LAS PERSONAS TRANSEXUALES EN EL SISTEMA NACIONAL DE SALUD 328

Capítulo VIII. CUESTIONES ESPECÍFICAS RELATIVAS A LA DISCRIMINACIÓN POR IDENTIDAD DE GÉNERO 333

I. LA ESPECIFICIDAD DE LA DISCRIMINACIÓN POR IDENTIDAD DE GÉNERO 333

II. SITUACIÓN LEGISLATIVA DE LA TRANSEXUALIDAD POSTERIOR A LA CONSTITUCIÓN DE 1978 334

III. LAS SITUACIONES DE TRANSEXUALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA 336

IV. LEY 3/2007, DE 15 MARZO, REGULADORA DE LA RECTIFICACIÓN REGISTRAL DE LA MENCIÓN RELATIVA AL SEXO DE LAS PERSONAS 349
1. Referencia a la tramitación parlamentaria 349
2. Estructura y contenido de la Ley 354
3. Consideraciones sobre la Ley 3/2007 357

V. SENTENCIAS DICTADAS POR NUESTROS TRIBUNALES DESPUÉS DE LA PUBLICACIÓN DE LA LEY 3/2007 359

CONCLUSIONES 371

BIBLIOGRAFÍA 377

PRESENTACIÓN

Me ofrece la profesora Josefina Alventosa la posibilidad de compartir con ella el feliz momento que siempre supone la aparición de un nuevo trabajo, invitándome a redactar el prólogo o presentación de su nueva publicación titulada *«Discriminación por orientación sexual e identidad de género en el Derecho español»*. Normalmente, en el mundo universitario en el que ambos nos movemos, los prologuistas suelen estar predeterminados, fundamentalmente, por razones de común pertenencia a una de las que tradicionalmente han dado en denominarse escuelas, pues la finalidad de su encomienda suele ser tanto la de presentar la obra como la de presentar al autor. No es éste el caso. Como es obvio para quienes nos conocen, la profesora Alventosa y yo no hemos desarrollado nuestra trayectoria universitaria en el seno de un común ámbito de trabajo personal ni científico y, por lo demás, tampoco ella precisa, después de su dilatada carrera universitaria e investigadora, de la asistencia de nadie para presentar sus trabajos y, mucho menos, para darse a conocer. Por eso, se comprenderá sin dificultad que no podía dejar de aceptar la invitación de Josefina por venir formulada, así lo he entendido, desde el afecto y la estima que recíprocamente nos manifestamos.

Pero no han sido únicamente los reseñados vínculos personales los que me han movido a participar en esta publicación. También han sido determinantes su motivo y objeto. Como la propia autora recuerda en la Introducción, el año 2007 fue declarado *Año Europeo de la Igualdad de Oportunidades para Todos* por Decisión del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa (Decisión 771/2006, de 17 de mayo), y este libro forma parte de las acciones que el Estado español ha desarrollado para cumplir con los objetivos pretendidos por dicha Decisión. Creo que cuando el lector lo haya examinado en su conjunto, estará de acuerdo en que con él se realiza una destacada contribución en la tarea de consolidar, en nuestro Derecho, el principio de la no dis-

criminación por razón de orientación sexual e identidad de género y en la de proporcionarnos a todos, pero especialmente a las personas expuestas a esa discriminación, un instrumento para el conocimiento de sus derechos y de la legislación que se los reconoce.

En consecuencia, si la estima y el aprecio a Josefina han motivado que aceptara redactar el prólogo, el motivo y el objeto de su obra me conducen a agradecer su invitación. Porque, al escribir estas líneas, me permite asociarme a los esfuerzos que aún han de hacerse para conseguir erradicar los vestigios de discriminación que restan en nuestra legislación y ahora ya, sobre todo, para denunciar la que homosexuales y transexuales siguen sufriendo, cuando pretenden ejercitar los derechos que les están reconocidos, por parte de ciertas jerarquías, autoridades y funcionarios.

Viniendo ya al contenido del libro, en sus ocho Capítulos encontrará el lector una breve referencia histórica (así la califica la autora) a la discriminación por orientación sexual, un recorrido por los Textos internacionales y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en busca de la afirmación del principio de la no discriminación por orientación sexual e identidad de género, un repaso a la legislación de distintos países sobre esta materia y, finalmente y de forma más detallada, el análisis de la discriminación por orientación sexual e identidad de género en nuestro Derecho, en el ámbito de la salud y en el de la legislación penal, laboral y civil, con una especial atención, respecto de esta última, a las leyes 13/2005, de 1 de julio y 3/2007, de 15 de marzo, en virtud de las cuales se reconoce el derecho a contraer matrimonio y a adoptar a las personas del mismo sexo y se regulan los requisitos para el reconocimiento del cambio ya producido de la identidad de genero.

Puesto que no es procedente dedicar la presentación de la obra a examinar detalladamente su contenido, me limitaré, a continuación, a destacar alguna de sus aportaciones para fomentar el interés por su lectura, sin perjuicio de que me tome la licencia de expresar, sobre algún tema, mi opinión que, como apreciará quien las compare, resulta sustancialmente coincidente con la de la autora.

En los dos primeros capítulos se exponen los datos suficientes para conocer (o para recordar) la larga lucha de homosexuales y transexuales para ir superando su situación de discriminación que aún persiste en muchos países y que, añado, ni tan siquiera ha sido superada socialmente ni en los que, como el nuestro, han desarrollado para desterrarla un notable esfuerzo legislativo. Hay que recordar que no fue sino en 1979 cuando se despenalizaron en España las conductas homosexuales y que sólo hace dieciocho años (se cumplen en el mes de mayo del año en curso) que la Organización Mundial de la Salud suprimió la homosexualidad de la lista de enfermedades mentales. En el

momento presente, Naciones Unidas sigue sin tener una resolución específica proscribiendo la discriminación por razón de orientación sexual e identidad de género, declaración que tampoco aparece en ningún Tratado internacional. En el ámbito europeo ha habido que esperar a la STEDH de 21 de marzo de 2000 (Salgueiro da Silva *contra* Portugal) para que este Tribunal se pronunciara sobre la orientación sexual como causa de discriminación, sólo más recientemente lo ha hecho (en resolución que la autora no ha podido manejar por tener finalizado su trabajo) el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en su Sentencia de 1 de abril de 2008 (resolviendo una decisión de petición prejudicial), y en este mismo año el Consejo de Europa ha actualizado el Convenio sobre adopción en el que se abre la posibilidad de que los Estados miembros lo extiendan a las parejas homosexuales. Por lo que respecta a la transexualidad, en la monografía se recogen, exhaustivamente, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y la legislación de diversos países europeos, desde la sueca de 1972 a la más reciente del año 2004 del Reino Unido.

En el capítulo tercero, se traza la realidad de la discriminación por orientación sexual e identidad de género en nuestro Derecho hasta la Constitución de 1978, a propósito de la cual lamenta la autora la ocasión que, en su opinión, se perdió para hacer constar en ella una referencia explícita, junto al principio de no discriminación por razón de sexo, al de no discriminación por razón de orientación sexual y de identidad de género. En este apartado de la obra resulta especialmente interesante la descripción de la evolución del movimiento asociativo de las personas afectadas por esta discriminación, fenómeno que la autora conoce con detalle.

A partir del capítulo cuarto la monografía se centra en el Derecho positivo español porque la autora, a pesar de su formación como civilista, trata también con soltura el tema de la discriminación por orientación sexual y la identidad de género en el ámbito penal, laboral y en el de la salud. A mi juicio resultan particularmente interesantes las páginas dedicadas al estado de la cuestión en la legislación y en la jurisprudencia laboral, así como en materia de Seguridad Social; pero, sobre todo, en el ámbito de la salud, las que se ocupan de la discriminación de homosexuales y transexuales durante la pandemia del SIDA (tema del que ya se ha ocupado la autora en otras publicaciones) y de la discriminación de las parejas del mismo sexo en el ámbito sanitario y de las personas transexuales en el sistema nacional de salud.

No obstante, son seguramente los capítulos V y VIII los que pueden considerarse como el núcleo de la publicación. En ellos, se examinan con detalle las leyes 13/2005 y 3/2007; en definitiva, la admisión en nuestro Derecho del matrimonio y la adopción por las parejas del mismo sexo y el reconocimien-

to a la identidad sexual, mediante la rectificación registral del sexo. Como es de sobra conocido ambas leyes suponen la culminación de un proceso diferenciado. En el caso de la reforma del Código Civil para admitir el matrimonio entre personas del mismo sexo (y, disimuladamente, su derecho a adoptar, mediante la equiparación de efectos del matrimonio y de la ampliación de los supuestos en que se permite la reproducción asistida), ha sido la intervención del legislador la que ha reconocido este derecho previamente denegado por la Dirección General de los Registros y del Notariado y en vía judicial. Por el contrario, la transexualidad había sido reconocida ya por la jurisprudencia (desde la STS 2-VII-1987) con fundamento en el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), y la intervención del legislador ha consistido en regular el jurisprudencialmente reconocido derecho a la identidad sexual. Pues bien, sobre ambas leyes la monografía contiene una información completa; desde sus antecedentes, pasando por su recorrido legislativo, hasta un examen de los problemas que plantean. Además, la autora deja constancia clara de su opinión crítica sobre las grandes cuestiones que suscitan y sobre los problemas que plantean. Así, en opinión que modestamente comparto (con sus argumentos y con otros), razona su convicción acerca de la constitucionalidad de la admisión del matrimonio entre personas del mismo sexo y de las posibilidades de adopción que les están reconocidas. Del mismo modo, aunque se muestra de acuerdo con las soluciones acogidas para la admisión del reconocimiento a la identidad sexual, lamenta que no se haya optado por resolver el problema mediante una ley integral del derecho a la identidad sexual y de género y que la ley haya dejado sin resolver el problema de los menores transexuales. Pero, como decía, no faltan, sobre todo en cuanto a la ley 13/2005, las observaciones que ponen de manifiesto los problemas que por falta de previsión y de buena técnica legislativa afloran con esta ley.

Finalizo ya esta presentación retomando el espíritu con el que la comenzaba. Resulta gratificante asistir y poder participar en la aparición de un libro de una civilista que supone una notable aportación a los esfuerzos que hemos de realizar para acabar con la discriminación por orientación sexual e identidad de género. Desgraciadamente los civilistas, como colectivo, hemos hecho dejación (cuando no nos hemos convertido en tenaz obstáculo) de la tarea de contribuir a hacer efectivos los derechos fundamentales de homosexuales y transexuales, en definitiva, de nuestra irrenunciable tarea de evitar la discriminación de personas o colectivos mediante nuestra activa participación en la tarea de ir superando el umbral de tolerancia social. Mi felicitación y enhorabuena, por tanto, a la Profesora Josefina Alventosa.

José Javier Hualde Sánchez
Catedrático de Derecho Civil UPV/EHU

INTRODUCCIÓN

La *Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948,* proclama en su artículo 1 que: «Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros».

En su virtud, los artículos 2.1, y 7, de la misma disponen respectivamente que «Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición», y que «Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación».

El principio de igualdad y no discriminación establecido en la Declaración Universal ha sido recogido posteriormente por distintas declaraciones, pactos y convenios internacionales.

En Europa, este principio ha sido acogido por un lado, en el *Tratado constitutivo de la Comunidad Europea,* en donde se señala que la Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho; y, por otro lado, en el *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales,* de 4 de noviembre de 1950, cuyo artículo 14 establece: «El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especial-

mente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación».

A partir de estas normas, la Unión Europea ha venido luchando contra la discriminación en el ámbito europeo. Durante algún tiempo, su principal objetivo fue desterrar de Europa la discriminación por razón de nacionalidad y de sexo. Pero, en los últimos años se han ido manifestando en los Estados miembros otro tipo de discriminaciones, y, por ende, reivindicaciones de los grupos sociales que las sufrían.

Es por ello que en la revisión de la protección de los derechos fundamentales se amplía de modo expreso el elenco de causas de discriminación. Así, en la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* de 7 de diciembre de 2000, el artículo 20, dispone: «Todas las personas son iguales ante la ley», y en consecuencia, el artículo 21 establece el principio de no discriminación, disponiendo que «Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual».

Es una de las primeras veces que en un texto fundamental europeo se hace referencia explícitamente a la orientación sexual como causa de discriminación, aún cuando con anterioridad ya hubiesen pronunciamientos del Parlamento Europeo en contra de la discriminación de las personas gays, lesbianas y transexuales.

A partir de este momento, la Unión Europea va a emitir una serie de disposiciones para promover el trato de igualdad y no discriminación de estas personas.

Esta política antidiscriminatoria culmina con la publicación de la *Decisión del Consejo 771/2006, de 17 de mayo, por la que se establece el Año Europeo de la Igualdad de Oportunidades para todos (2007). Hacia una sociedad justa*, en la que El Parlamento y el Consejo de Europa, consideran, entre muchas otras cosas, que la no discriminación es un principio fundamental de la Unión Europea, y que debe tenerse en cuenta en todas las políticas de la misma. Y así, sobre la base del artículo 13 del Tratado, de la *Directiva 2000/43/CE, de 29 de junio de 2000,* que aplica el principio de igualdad de trato para las personas independientemente de su origen racial o étnico en ámbitos como el empleo, la formación profesional, la educación, los bienes y servicios y la protección social, de la *Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000,*

relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que prohíbe la discriminación por razones de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, de la *Directiva 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004*, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro, y, por último, de la consulta organizada por la Comisión por medio del *Libro Verde* titulado *Igualdad y no discriminación en la Unión Europea ampliada*, presentado el 28 de mayo de 2004, la Unión considera que debe intensificar sus esfuerzos para «luchar contra la discriminación por motivos de sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual», por lo que decidieron proclamar el año 2007 como «Año Europeo de la Igualdad de Oportunidades para Todos».

En el artículo 2 de dicha Decisión, se señalan como objetivos del Año Europeo los siguientes: a) Concienciar sobre el derecho a la igualdad y a no sufrir discriminación así como sobre la problemática de la discriminación múltiple, procurando que la población expuesta a dicha discriminación conozca mejor sus derechos así como la legislación europea existente en materia de no discriminación; b) Fomentar la reflexión y el debate sobre la necesidad de promover una mayor participación de estos grupos en la sociedad y su implicación en acciones destinadas a luchar contra la discriminación en todos los sectores y a todos los niveles; c) Facilitar y celebrar la diversidad y la igualdad, subrayando la aportación positiva que las personas, independientemente de su sexo, origen étnico o racial, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, pueden hacer a la sociedad en su conjunto, y d) Promover una sociedad con más cohesión, aumentando la concienciación sobre la importancia de suprimir los estereotipos, los prejuicios y la violencia, de promover buenas relaciones entre todos los miembros de la sociedad, especialmente entre los jóvenes, y de impulsar y propagar los valores en que se basa la lucha contra la discriminación.

España no ha sido ajena a este principio de igualdad y no discriminación. Nuestro país lo recogió en la Constitución de 1978 en su artículo 14, aunque no mencionó expresamente la orientación sexual y la identidad de género entre las causas que daban lugar a la misma; sin embargo, se ha venido entendiendo que indirectamente se encuentran incluidas en la fórmula general que cierra el citado precepto.

En su virtud, y especialmente, a partir de los citados documentos de los organismos internacionales y de las disposiciones de la Unión Europea, y para dar cumplimiento a las directivas emanadas de ésta, nuestro país ha ido paulatinamente estableciendo el principio de igualdad y no discriminación por razón de orientación sexual e identidad de género en nuestro

ordenamiento a través de la reforma de distintos cuerpos legales, como el Código penal, la legislación laboral y la legislación civil, entre otros, y de la publicación de normas específicas en dichas materias.

En el Año Europeo de de la Igualdad de Oportunidades para Todos, el Estado español también ha querido cumplimentar la Decisión del Parlamento y del Consejo de Europa. Entre otras acciones que ha emprendido nuestro país, el presente estudio responde al cumplimiento de alguno de los objetivos señalados en dicha Decisión.

En él se intenta dar una visión general de cómo se ha producido la discriminación por razón de orientación sexual e identidad de género en nuestro país, y de las medidas jurídicas que se han ido adoptando para paliar y desterrar tal discriminación del ámbito jurídico y social.

Para ello, se comienza realizando una breve referencia a los conceptos básicos de orientación sexual e identidad de género, y a la evolución histórica que ha sufrido la situación de las personas discriminadas por dichas razones, especialmente en España.

Sin afán de exhaustividad, se ha intentado recoger los documentos y decisiones más significativas emanadas de los organismos y de los Tribunales internacionales.

Por lo que se refiere a nuestro país, se han resaltado las reformas legislativas con mayor trascendencia realizadas en los ámbitos penal, civil, laboral, social y sanitario, y las sentencias dictadas por los diversos Tribunales españoles, algunas de ellas resolviendo aspectos concretos en los conflictos sociales suscitados, ante la ausencia de normas jurídicas al respecto, tal como ha sucedido con los supuestos planteados por personas transexuales.

Se ha prestado especial atención a las situaciones de discriminación acaecidas en el ámbito civil, cuyos efectos en la esfera privada van mucho más allá de las consecuencias derivadas de la mera supresión de la discriminación. Curiosamente, las reformas acaecidas en este ámbito han provocado la reacción más enérgica en ciertos sectores de la sociedad, en un ámbito que, aunque tenga repercusiones en otras áreas jurídicas, se refiere al círculo más íntimo de la persona, donde rige el principio de autonomía de la voluntad, dentro de los límites de la ley y con respeto a los derechos de los demás.

Aunque todavía quedan distintos aspectos por regular, en nuestro país se ha producido en los últimos años un avance cualitativo y cuantitativo en la legislación y en la jurisprudencia en materia de discriminación por razón de orientación sexual e identidad de género, que lo han colocado entre los países más evolucionados en el reconocimiento de los derechos de dichas personas.

Por último, quiero permitirme una licencia personal para cerrar esta breve introducción.

Deseo expresar mi agradecimiento a Amapola Blasco, directora del Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia; a Miguel Colina, Vocal Asesor de la Unidad de Apoyo, Secretaría General Técnica, del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales; a Vicente Bataller, Institut Valencià de Sexología y Psicoteràpia Analítica (IVSPA), y a Alec Casanova, Coordinador del Área de políticas Transexuales de la Felgtb.

Señaladamente quiero agradecer a mi familia, en particular a mis hermanos Amalia y Luis, su apoyo incondicional y el que siempre estén cuando los necesito. Y especialmente, a mi madre, Fina, por sus cuidados y desvelos, y por soportar, con paciencia y en silencio, mis encierros prolongados en la realización de este trabajo.

Desearía que este estudio contribuyera a mejorar la comprensión de la situación de las personas LGTB para que nuestra sociedad fuera en verdad más plural.

Capítulo I DISCRIMINACIÓN POR ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO

I. DISCRIMINACION POR ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO

Los principios de igualdad y no discriminación son principios que se han recogido en la mayoría de las declaraciones, pactos, convenios y otras disposiciones de carácter internacional y nacional en defensa de los derechos humanos y de los derechos fundamentales de la persona.

Sin embargo, el concepto de no discriminación es un concepto abstracto cuyos perfiles no se han establecido nítidamente en dichos textos. Aunque sí se han ido señalando las causas que determinan tal discriminación.

A modo de ejemplo se puede citar, en el ámbito internacional y por su trascendencia, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 cuyo artículo 1 proclama que «Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros». Y en sus artículos 2. 1, y 7 se establece el *principio de no discriminación* al disponer respectivamente que «Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición», y que *«Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación».*

En el ordenamiento jurídico español, nuestra Constitución, consagra el principio de igualdad y no discriminación en el artículo 14 que establece: *«Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».*

Ahora bien, en el elenco de causas que dan lugar a esa discriminación en las disposiciones de los organismos internacionales ni en las legislaciones nacionales aparecía en principio la referencia a la discriminación por razón de orientación sexual ni de identidad de género.

Aunque siempre se ha defendido que este elenco no suponía una lista exhaustiva de las causas que dan lugar a la discriminación, así como que el concepto de discriminación tiene naturaleza evolutiva [1], exigiéndose dos requisitos para que un motivo de diferenciación sea causa de discriminación: en primer lugar, la existencia de una condición inherente o innata al individuo que sea la causante de un trato desigualitario, y en segundo lugar, que dicho trato perjudique a un colectivo de la sociedad al negárseles derechos que se les atribuye a otros sujetos, situándose dicho colectivo en una situación de inferioridad [2].

En este sentido, el colectivo de personas homosexuales y transexuales ha considerado que en algunos ámbitos dichas personas han sido objeto de actitudes discriminatorias al excluirlos de determinados derechos establecidos en los respectivos ordenamientos y al ser objeto de rechazo social, incluso de violencia física.

Ha sido posteriormente, pues, debido fundamentalmente a las reivindicaciones de los colectivos de homosexuales y transexuales, cuando se ha incorporado de manera expresa la no discriminación por razón de orientación sexual en algunas de las disposiciones tanto de carácter internacional como nacional.

Por el contrario, aunque parece ínsita en ellas, en ninguna de estas disposiciones se incluye de modo explícito el principio de no discriminación por razón de identidad de género. Si bien, ha habido algunas declaraciones en los organismos internacionales en las que se ha hecho referencia expresa a esta causa de discriminación.

---

[1] Rodríguez-Piñero, M., Fernández López, Mª. F. *Igualdad y discriminación,* Madrid, 1986, pág. 232.

[2] Rodríguez-Piñero, Fernández López, *ob. cit.*, págs. 170-171.

Esto se debe a que la discriminación por identidad de género se ha considerado como una forma de discriminación por motivos de sexo; así se señaló explícitamente en la *Directiva 2002/73CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002*, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo.

Sin embargo, estimo que no cabe subsumir la discriminación por razón de identidad de género en discriminación por razón de sexo, en cuanto una y otra afectan a sujetos distintos y presentan problemáticas diferentes. La discriminación por razón de sexo hace referencia habitualmente a la discriminación existente entre hombre y mujer, debido a la desigualdad de trato que se produce en las situaciones de uno y otra. La discriminación por razón de identidad se refiere a la propia determinación del género de la persona, lo que motiva situaciones de desigualdad tanto respecto a los demás hombres como a las demás mujeres. Las mujeres no se enfrentan a la misma problemática que afrontan las personas transexuales. Ejemplo sencillo para discernir la diferencia entre ambas discriminaciones lo constituye la distinta situación de un transexual femenino y de una mujer frente al matrimonio: a aquél, hasta hace muy poco en nuestro país, se le negaba la posibilidad de contraer matrimonio, a ésta no. Por ello, considero que en las distintas declaraciones y decisiones de los organismos internacionales y nacionales se debe hacer referencia expresamente a ambos tipos de discriminación de forma diferenciada.

Según la Unión Europea el principio de no discriminación tiene por objeto garantizar la *igualdad de trato entre los individuos* cualquiera que sea su nacionalidad, sexo, raza u origen étnico, su religión o sus creencias, discapacidad, edad u orientación sexual.

Con independencia del concepto de discriminación que pueda dar la doctrina, en algunos textos legales se define dicho concepto de manera explicita, precisando las circunstancias de dicha discriminación en ámbitos concretos.

Así, la organización Internacional de Trabajo (OIT) en el *Convenio relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación (Convenio núm. 111)* de 1958, define el concepto de *discriminación en el trabajo*, considerando que dicho término comprende: «a) Cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la

ocupación»; y «b) Cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación, que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados» (art. 1, 1).

De la misma manera, y también con referencia al ámbito laboral, la *Directiva 2000/78/EC, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación,* en su artículo 1 dispone que: «La presente Directiva tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato».

Pero no es solamente en el ámbito laboral que se produce la discriminación de estos colectivos. Dicha discriminación se ha manifestado también, y principalmente, en el ámbito penal y en el civil.

Esto ha determinado que las personas afectadas hayan planteado sus reivindicaciones ante los Tribunales internacionales y nacionales, y ante los organismos internacionales y el gobierno de los distintos Estados, movimiento al que no ha sido ajeno nuestro país.

II. LAS DISTINTAS ORIENTACIONES SEXUALES. LA IDENTIDAD DE GÉNERO

Antes de iniciar el estudio de la discriminación por razón de orientación sexual e identidad de género, conviene hacer referencia a lo que se entiende por una y por otra.

No corresponde a la ciencia jurídica establecer dicha conceptuación. Por ello dichos conceptos se deben buscar en otras ramas de la ciencia. No obstante, se va a partir de unos conceptos básicos en los que coincide la ciencia, la doctrina jurídica y los movimientos sociales.

1. La orientación sexual

La *orientación sexual* es, según la Asociación Americana de Psicología (APA), la atracción duradera hacia otra persona en el plano de lo emotivo,

romántico, sexual o afectivo. El término hace, por tanto, referencia a los sentimientos de una persona y al objeto hacia el que están enfocados sus deseos [3].

En función del sexo de la persona hacia la que se tienen tales sentimientos se distingue la orientación heterosexual, homosexual, y bisexual [4].

La *orientación heterosexual* es la que tiene una persona que siente atracción afectiva y sexual hacia personas del sexo opuesto (una mujer a la que le atraen los hombres o un hombre al que le atraen las mujeres).

La *orientación homosexual* es la que tiene una persona que siente atracción afectiva y sexual hacia personas de su mismo sexo (una mujer que se siente atraída por mujeres, y que es denominada lesbiana, o un hombre que siente atracción por los hombres, supuesto que recibe la denominación de homosexual o gay).

La conceptuación de la homosexualidad no ha sido pacífica entre los científicos [5].

---

[3] En relación a las distintas orientaciones sexuales, es bien conocida la escala diseñada por KINSEY en 1948, quien distinguía cinco grados entre la heterosexualidad absoluta y la homosexualidad exclusiva: 0. Exclusivamente heterosexual, sin ningún elemento homosexual; 1.Predominantemente heterosexual, sólo accidentalmente homosexual; 2. Predominantemente heterosexual, pero algo más que accidentalmente heterosexual; 3. Igualmente heterosexual que homosexual; 4. Predominantemente homosexual, pero algo más que accidentalmente heterosexual; 5. Predominantemente homosexual, sólo accidentalmente heterosexual; 6. Exclusivamente homosexual. Véase KINSEY, A., POMEROY, W., MARTIN, C.E., *Sexual behaviour in the human male*, Filadelfia, 1948. Este Informe fue criticado por varias razones, encontrando diversas deficiencias (Véase BERGLER, E., *The myth of a new nacional disease. Homosexuality and the Kinsey report*, en «Psychiatry Quarterly» 22 (1948), págs. 66-68; GEDDES, D.P., *An analysis of the Kinsey reports on sexual behaviour in the human male and female.* Por otra parte, se han elaborado nuevos modelos de clasificación, entre ellos el llamado modelo multivariable, que no han tenido tanta aceptación como el de Kinsey (Véase KLEIN, F., SEOEKOFF, P., WOLFF, T.J., *Sexual orientation: a multi-variate dynamic process*, en «Journal of homosexuality» 11, 1985, págs. 35-49). Véase la definición que de la misma y de la identidad de género recogen también los Principios de Yogyakarta en su Preámbulo (Cfr. en este estudio, *infra*, Capítulo II, IV, 2).

[4] Es interesante conocer como definen las propias Asociaciones de personas LGTB estas distintas realidades. Resulta muy didáctico el glosario de términos que realizan distintas Asociaciones: Amnistía Internacional, Colectivo de Lesbianas, Gays, Transexuales y Bisexuales de Madrid (COGAM) y Federación Española COLEGAS de Asociaciones de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Transexuales, en *Derechos humanos y diversidad afectivo-sexual*, junio 2006, págs. 4-7.

[5] El término *homosexualidad* no es una expresión acuñada desde el principio. Para designar las relaciones entre personas del mismo sexo se han utilizado diferentes términos, con distintos significados, entre ellos, el más utilizado durante la Edad Media, el de «sodomía», que provine del capítulo del Antiguo Testamento donde se recoge la historia de Sodoma y Gomorra. La sodomía llegó a ser conocida como el *crimen contra naturam, peccatus, crimen nefandum, pecado*

Para algunos autores no cabe hablar de un concepto de homosexualidad porque el fenómeno homosexual es muy diverso, y por tanto, sólo se puede hablar de homosexualidades [6].

Para otros científicos, la homosexualidad es un artificio, una construcción social creada por la comunidad médica, cuando se transformó la sodomía en una enfermedad sexual [7]. En este sentido, se puede hablar no de homosexuales sino de personas que han adoptado una identidad homosexual al aceptar unas determinadas pautas de conducta y un rol en la sociedad, por lo que en realidad no existiría la homosexualidad.

Frente a esta postura, se ha señalado que la actividad sexual ha existido a lo largo de la historia, aunque la sociedad la interprete de manera diferente según la época histórica [8].

Por su parte, la Organización Mundial de la Salud, antes de eliminar la homosexualidad de la lista de enfermedades mentales, define la homosexualidad como la atracción sexual exclusiva o predominante hacia personas del mismo sexo, con o sin relación física [9].

nefando, crimen cometido contra el orden natural, nefando pecado contra natura, el pecado, la sodomía, crimen atrocisimus. Y a un sodomita se le llamaba sodomita, sodomista, sodométicos, someticos, puto, marica, maricón o bujarrón (este último término tendía a connotar un «placer por la penetración anal» y un amor por los muchachos jóvenes). La primera vez que aparece el vocablo «*homosexualidad*» en diccionarios de la Real Academia es en el Usual de 1936 (pág. 694) y lo define simplemente como «sodomía». Según Luis Mott, el término *gay* proviene del catalán-provenzal «gai», siendo usado desde los siglos XIII-XIV como sinónimo de homosexual (según cita de Carolina Giraldo Botero en *Esclavos sodomitas en Cartagena colonial. Hablando del pecado nefando,* en la Revista digital «Historia Critica», del Departamento de Historia - Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Los Andes).

[6] Así, MASTERS, W.H., JHONSON, V.E., *Homosexualidad en perspectiva,* Buenos Aires, 1979, pág. 320; COLEMAN, J., *Revolución y hermenéutica homosexual,* en «Concilium», 193 (1984), pág. 435, y GIMENO-BAYON COBOS, A., *Homosexualidad e intimidad,* en «La homosexualidad: un debate abierto», J. Gafo (ed.), Bilbao, 1996, pág. 164. El concepto de homosexualidad será diferente según lo definan los antropólogos, psicólogos, psiquiatras, sociólogos, médicos, biólogos, filósofos o teólogos.

[7] Así lo señala FOUCAULT, M., *History of Sexuality,* Nueva York, 1978, pág. 43.

[8] En este sentido RUSE, M., *La homosexualidad,* Madrid, 1989, págs. 31-33.

[9] Organización Mundial de la Salud, *CIE-10, Trastornos mentales y del comportamiento. Descripciones clínicas y pautas para el diagnóstico,* Madrid, 1992, pág. 273. En este sentido también FERNÁNDEZ MARTOS, J. M., VIDAL, M., *Aclaraciones fundamentales. Nombre, definición, tipos y normalidad,* en la obra colectiva «Homosexualidad: ciencia y conciencia», de M. Vidal et al., Santander, 1981, págs. 10-11, donde los autores definen la homosexualidad como la «condición de la persona según la cual ésta se halla constitutivamente inclinada a relacionarse afectiva y sexualmente con personas de su mismo sexo, sea de modo exclusivo o preferente».

Esta definición que basa el criterio definidor en la inclinación de la persona, aunque no exista actividad sexual, inicia una nueva forma de entender la homosexualidad, considerando el fenómeno desde el punto de vista de la persona [10]. Esta consideración personalista de la homosexualidad implica que el criterio definitorio de la misma no será únicamente la actividad sexual sino la orientación sexual del sujeto [11], de la misma manera que la heterosexualidad.

Este mismo criterio parece que sigue la Asociación Americana de Psicología y la OMS, quienes, a la vez que eliminan la homosexualidad de la lista oficial de enfermedades mentales, ésta se incluye dentro de un concepto más amplio que es el de orientación sexual.

Hay que señalar que la homosexualidad no constituye en si misma una patología ni un trastorno mental ni un trastorno psico-sexual. Aunque homosexuales y heterosexuales pueden sufrir patologías y trastornos mentales, incluso por razón de su sexualidad [12].

---

[10] Desde esta perspectiva personalista, hay autores que proponen la utilización del término homotropía, definida como la orientación real hacia un sujeto del mismo sexo, para explicar en toda su amplitud la complejidad de esta tendencia sexual; así, SPIJER, H. van, *La inclinación homosexual*, Barcelona, 1971, págs. 23-38, quien a su vez distingue entre homosexualidad, que se caracterizaría por un predominio de lo sexual o corporal; *homoerotismo*, que se caracterizaría por un predominio de lo anímico-sensual, y la *homofilia*, que se caracterizaría por un predominio de lo anímico-espiritual.

[11] Así lo estiman, PÉREZ CÁNOVAS, N., *Homosexualidad, homosexuales y uniones homosexuales en el Derecho español*, Granada, 1996, pág. 37, y PEÑA GARCÍA, C., *Homosexualidad y matrimonio. Estudio sobre la jurisprudencia y la doctrina canónica*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2004, pág. 65. Por ello se excluye la denominada *homosexualidad episódica*, aquella actividad o comportamiento esporádico y ocasional que tiene lugar generalmente como mecanismo de compensación cuando son materialmente imposibles las relaciones con personas del sexo opuesto.

[12] Una de las cuestiones más polémicas en la doctrina científica ha sido el debate sobre el origen y las causas de la homosexualidad. Por todos, puede verse el resumen de las mismas en PEÑA GARCÍA, C., *Homosexualidad y matrimonio. Estudio sobre la jurisprudencia y la doctrina canónica*, cit., págs. 87-119. Esta cuestión se planteó a finales del siglo XIX desde ópticas muy diversas. Varias han sido las teorías elaboradas al respecto. Así cabe mencionar las *teorías biológicas* que pretenden explicar el origen de la homosexualidad teniendo en cuenta factores genéticos (hipótesis genética), hormonales (hipótesis endocrinológica) o neuroanatómicos (hipótesis neuroanatómica) o de adaptación por selección natural (hipótesis sociobiológica); las *teorías sicológicas*, entre las que destacan las teorías sicoanalíticas, que consideran la homosexualidad como la consecuencia final resultante de un complejo y variado proceso de evolución psicológica, y las teorías conductistas, que defienden que la causa de la homosexualidad es el aprendizaje; y, por último, las *teorías socio-antropológicas*, que estudian la influencia que pueden tener en la génesis de la homosexualidad los valores culturales vigentes en la sociedad en un momento histórico concreto.

Por último, la orientación bisexual hace referencia a la persona que siente atracción afectiva y sexual por hombres o por mujeres indistintamente.

2. La identidad de género

La *identidad de género,* por su parte, supone el sentimiento psicológico de ser hombre o mujer y con ello la adhesión a ciertas normas culturales relacionadas con el comportamiento femenino o masculino.

Este concepto a su vez presupone otro concepto, el *género,* que se define como el conjunto de contenidos socioculturales que se dan a las características biológicas que diferencian a hombres y mujeres, estableciendo comportamientos, actitudes y sentimientos masculinos y femeninos. El contenido atribuido al género varía según el momento histórico y la sociedad en la que se establezca.

Ahora bien, el problema que surge es que hay personas en las cuales el género no concuerda con el sexo biológico. A esta situación se le denomina *transexualidad.*

Transexual es la persona que nace con el sexo biológico de un género que no le corresponde. Es decir se trata de una persona que nace con genitales y características físicas de varón, pero que psicológicamente se siente mujer, o a la inversa. También se habla de persona *transgénero* para referirse a una persona cuya identidad o conducta escapa a las normas y los estereotipos de género, incluyendo a las personas que desean cambiar de sexo, ya sea a través de tratamiento hormonal o cirugía, para poner de acuerdo sus características físicas con su identidad de género. A este proceso mediante el cual se rectifica el sexo asignado al nacer por aquel que se considera más acorde al que siente la persona se denomina *reasignación sexual.* Para denominar a la persona en donde se produce este proceso se debe utilizar el género deseado y no el inicial de una persona transexual (vgr. denominaríamos hombre transexual a aquella persona que su sexo de nacimiento fuera el de mujer y su identidad correspondiera a la de un hombre, o sea, de mujer a hombre). Hay ocasiones en que se ha confundido la transexualidad con el travestismo, lo que no es lo mismo; travestí es una persona que viste con ropas del otro género para satisfacer un deseo erótico-fetichista, es decir, un hombre que se viste de mujer o una mujer que se viste de hombre (es una práctica o conducta sexual); la persona travestí (homosexual, heterosexual o bisexual) se acepta e identifica con el

sexo que le fue asignado en el momento de su nacimiento, a diferencia de la persona transexual [13].

Por su parte, la Organización Mundial de la Salud califica a la transexualidad como un trastorno de identidad sexual, caracterizado por la incongruencia entre el sexo anatómico y la identidad sexual, entendiendo por tal la conciencia de pertenecer a un sexo determinado, y viene definido como la disociación sexual centrada en la creencia fija de que los caracteres sexuales externos no son los que corresponden a la persona, de tal modo que la conducta resultante del sujeto se dirige, bien hacia el cambio de los órganos sexuales por medio de operación quirúrgica, bien hacia el ocultamiento completo del sexo operante adaptando el vestido y los modales del sexo opuesto [14].

Conviene hacer hincapié en que hay una diferencia importante en el mismo concepto de orientación sexual e identidad de género. Las personas con una determinada orientación sexual no suelen tener problemas de identidad de género. Un hombre homosexual se siente identificado con su sexo biológico, sin embargo sus sentimientos afectivos y sexuales los encauza hacia personas de su mismo sexo. Al mismo tiempo una persona transexual, que ha nacido con una determinado sexo, femenino por ejemplo, y que se identifica con el sexo contrario, puede tener a su vez diferentes orientaciones sexuales (por ejemplo, un hombre transexual puede ser homosexual) [15].

Tampoco hay que confundir las conductas o prácticas sexuales con la orientación sexual o la identidad de género.

---

[13] Véase CASTILLO ROBLES, C., PRIEGO CUADRA, T., FERNÁNDEZ TRESGUERRES, J.A, *El proceso de diferenciación sexual*, en «Transexualidad. La búsqueda de una identidad» (dir. A. Becerra Fernández), Madrid, 2003, págs. 1-18; CAMPILLO ÁLVAREZ, J. E., *Biología del trangenerismo*, en «Transexualidad. La búsqueda de una identidad», cit., págs. 19-32; GOOREN, L. J. G., *El transexualismo, una forma de intersexo*, en la misma obra, págs. 43-58; MONTOYA VIDELA, L., *Sexualidad y Transexualidad, ob. cit.*, págs. 223-234; GARAIZÁBAL ELIZALDE, C., *Identidad: cuerpo, género y subjetividad, ob. cit.*, págs. 235-244.

[14] Organización Mundial de la Salud, *CIE-10, ob. cit.*, pág, 266; Asociación Americana de Psiquiatría, *DSM-IV. Manual diagnóstico y estadístico de los transtornos mentales*, Barcelona, 1995, pág. 550.

[15] Véase BATALLER I PERELLÓ, V., *Historia natural de la transexualidad*, en www.felgt.org., pág. 3. RODRÍGUEZ ALEMÁN, R., *Análisis antropológico de la transexualidad, entre la realidad cultral y la resistencia social*, «Anuario de Filosofía, Psicología y Sociología», núm. 4-5, 2001, págs. 239-248, en donde se señala que frente a la realidad transexual biologista bipolar occidental, existe una realidad de géneros e identidades múltiples, que se manifiesta especialmente en los transexuales no operados.

Por otra parte, además de estas personas existen otras, a las que se denominan *intersexuales*, que son aquellas que nacen con genitales externos ambiguos, que también se han recibido en épocas históricas la denominación de *hermafroditismo* [16].

La intersexualidad puede tener varias manifestaciones [17]:

La *intersexualidad 46, XX*, en la que la persona tiene los cromosomas de una mujer, los ovarios de una mujer, pero los genitales externos con apariencia masculina. Esto generalmente es el resultado de un feto femenino que ha estado expuesto a hormonas masculinas en exceso antes del nacimiento. Los labios mayores («labios» o pliegues de la piel de los genitales externos femeninos) se fusionan y el clítoris se agranda para quedar con apariencia de pene. Esta persona generalmente tiene un útero y trompas de Falopio normales. Esta afección también se denomina *46, XX con virilización* y solía llamársele *pseudohermafroditismo femenino.*

---

[16] La existencia de estos casos no es muy común. Sin embargo en los yacimientos arqueológicos del todo el mundo acompañando al difunto se han hallado obras de arte simbólicas, a la vez femeninas y masculinas, que, en algunos casos, además se encuentran embarazadas, figuras andróginas, bisexuales, hermafroditas, que objetivan la creencia mítica de que los dos sexos causantes de la fertilidad están juntos. Además de estos vestigios arqueológicos, la existencia de personas intersexuales también está documentada en la literatura científica y jurídica. Además hay que señalar que se dan supuestos varios y diferentes en los que se detecta la presencia de los dos sexos. Véase ROVIRA LOSCOS, A., Los estados intersexuales, en la obra «Transexualidad: la búsqueda de una identidad», cit., págs. 33-42, y por didáctico el artículo de NOVAIRA, O., *Hermafroditismo: estados intersexuales*, en la página web www.drnovaira.com.ar.Véase el estudio de dos casos actuales de hermafroditismo presentados por MARÍN, O., DIPIERRE, J.E., PEREYRA ROZAS, A., ALANIZ, E., del Hospital de Niños «Hector Quintana» de Jujuy-Argentina, Unidad de Genética Médica, Servicio de Cirugía, en su investigación *Hermafroditismo verdadero, presentacion de 2 casos, uno de ellos con mosaicismo 46,XX / 46,XY*, en el «VII Congreso Virtual Hispanoamericano de Anatomía Patológica y I Congreso de Preparaciones Virtuales por Internet», 1-31 de octubre de 2005, en la página web www.conganat.org/7congreso. Por otro lado, en cuanto a la actitud que se mantenía hacia estas personas, se ha constatado que en la antigüedad clásica, hay que señalar que en Grecia y Roma singularmente, los hermafroditas eran asesinados al nacer o al descubrirse su condición; durante la Edad Media y el Renacimiento, el hermafroditismo estuvo reconocido en los códigos civiles y canónicos permitiendo que los padres eligieran el sexo del hijo hermafrodita al nacer o, más tarde, en la pubertad, se le confería este derecho al propio sujeto quien, una vez escogido el sexo, debía tener una conducta sexual acorde a su elección o podía acusársele de sodomía; véase el estudio de WACKE, A., *Del hermafroditismo a la transexualidad*, «Anuario de Derecho Civil», vol. 43, núm. 3, 1990, 776-711, quien matiza una revisión de la documentación jurídica que refleja la existencia en la historia de las dos situaciones.

[17] Véase la pág. web de medicina on line, por su sencillez didáctica, www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/001669.htm.

La *intersexualidad 46, XY*, en la que la persona tiene los cromosomas de un hombre, pero los genitales externos no se han formado completamente, son ambiguos o claramente femeninos. Internamente, los testículos pueden ser normales, estar malformados o ausentes.

La *intersexualidad gonadal verdadera*, en la que la persona tiene tanto tejido ovárico como testicular. Esto se podría producir en la misma gónada (un ovotestículo) o la persona podría tener un ovario y un testículo. La persona puede tener cromosomas XX, cromosomas XY o ambos. Los genitales externos pueden ser ambiguos o pueden tener apariencia masculina o femenina. Esta afección solía llamarse *hermafroditismo verdadero*. En la mayoría de las personas con intersexualidad gonadal verdadera, la causa subyacente se desconoce, aunque en algunos estudios con animales ha sido ligada a la exposición a pesticidas comunes para la agricultura.

Por último, la *intersexualidad compleja o indeterminada*, en la que la persona tiene muchas configuraciones de cromosomas distintos a las combinaciones simples 46, XX, ó 46, XY, que pueden ocasionar trastornos del desarrollo sexual y abarcan, entre otros, 45, XO (solamente un cromosoma X) y 47 XXY, 47 XXX, en que en ambos casos tienen un cromosoma sexual adicional, sea un X o un Y.

Estos trastornos orgánicos pueden ser tratados quirúrgicamente en muchos casos, sobre todo en el caso de recién nacidos. La cuestión es que, al elegir uno u otro sexo puede existir una equivocación entre el sexo elegido y el que el intersexual puede llegar a sentir.

Por último, hay que señalar que existen personas asexuales, es decir, que carecen de glándulas asexuales *(agonadismus)*; ya en el siglo XIX se hacía referencia a estas personas con el término de *homo neutris generis (o neutrum)* [18].

3. El rechazo social a la orientación sexual y la identidad de género

Como se indicará a continuación, la valoración de la orientación sexual y de la identidad de género ha sido muy distinta a lo largo de la historia de la humanidad.

[18] En la documentación jurídica alemana, menciona la existencia de estas personas, WACKE, ob. cit., pág. 683.

En la historia más reciente, la orientación sexual que ha predominado en la civilización occidental ha sido la heterosexual, apoyada por las concepciones religiosas y por los gobernantes del momento [19].

Esto ha determinado que haya existido una reacción en contra tanto del poder ejecutivo, como del legal o judicial, frente a las demás orientaciones sexuales, que ha repercutido en la actitud de odio y de rechazo en la sociedad, produciéndose actitudes discriminatorias tanto en el ámbito jurídico como social.

Así, se denomina *homofobia* a la aversión, rechazo o temor patológico e irracional a las personas gays y lesbianas, a la homosexualidad en si misma o a su manifestaciones. Este comportamiento puede verse reflejado tanto a nivel institucional desde leyes que no contemplan la igualdad de homosexuales y heterosexuales como en los grupos sociales que pueden producir la violación de los más elementales derechos humanos de gays y lesbianas [20].

Términos relacionados con la homofobia son la *lesbofobia,* que se define como la aversión, rechazo o temor patológico e irracional a las mujeres lesbianas, al lesbianismo o a sus manifestaciones.

Y la *bifobia* que se define como la aversión, rechazo o temor patológico e irracional a las personas bisexuales, a la bisexualidad o a sus manifestaciones.

Por otro lado, se habla de *transfobia* para referirse a la aversión, rechazo o temor patológico a las personas transexuales o transgénero, a la transexualidad o a sus manifestaciones.

III. DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO. EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y SOCIAL

1. Consideraciones generales. La diferente presencia en la historia de la homosexualidad masculina, femenina y la transexualidad

[19] A esta situación de predominio de la heterosexualidad se le ha denominado *Heterosexismo* o *Heteronormatividad* que se refiere a la ideología dominante en nuestra sociedad en base a la cual se establecen las relaciones heterosexuales como la norma y patrón a seguir, de manera que así se forma la base para que toda orientación no heterosexual pueda ser rechazada, alienada y relegada a lo «anormal» y a lo «otro»; véase *Derechos humanos y diversidad afectivo-sexual*, cit., pág. 4.

[20] La homofobia puede afectar también a las personas homosexuales. La «homofobia internalizada o interiorizada» produce baja autoestima, represión de la expresión del sentimiento y de los afectos, etc., según se señala en la citada *Guía Derechos humanos y diversidad afectivo-sexual.*

Con la finalidad de comparar la discriminación de personas homosexuales y transexuales en las diversas épocas, conviene realizar una breve referencia histórica para contemplar la evolución de su situación en el seno de la sociedad.

Casi todos los datos históricos que se han encontrado hacen referencia a la homosexualidad masculina.

Existen muy pocos documentos relativos a la homosexualidad femenina, aunque se ha constatado su existencia desde tiempos remotos.

Aún así, tanto una como otra han sufrido tratamientos desiguales a lo largo de la historia, pasando por etapas de permisibilidad y por otras de persecución.

No obstante, la homosexualidad masculina ha estado más presente y ha sido más visible en la sociedad que la homosexualidad femenina, que ha pasado más desapercibida, y en los momentos de mayor persecución o rechazo, ha sufrido menor castigo.

Probablemente este distinto trato se debe a la situación que la mujer ha ocupado en la sociedad. Pues, por un lado, la mujer, hasta hace poco, estaba relegada al ámbito doméstico, con una capacidad de obrar en el ámbito jurídico muy reducida. Y, por otro lado, se consideraba que el papel más importante que desempeñaba era el de la maternidad, y que su sexualidad estaba enfocada a la consecución de esa finalidad.

También existen datos históricos acerca de la transexualidad. Y en la antigüedad es bien conocido el fenómeno del hermafroditismo [21].

Ambas situaciones eran contempladas desde una óptica mística, determinando situaciones de respeto en los grupos sociales donde existían.

No obstante, en cuanto la transexualidad se confundía con la homosexualidad, participaba de las mismas connotaciones de repulsa que ésta.

2. La presencia de la homosexualidad y la transexualidad a lo largo de la historia

Como se ha indicado anteriormente, en algunas civilizaciones occidentales y orientales primitivas, la orientación sexual de los sujetos, concretamente la homosexualidad, no era considerada una situación susceptible de ser penalizada, por entender que formaba parte de la naturaleza humana.

[21] El término antiguo para designar esta situación, proviene de juntar los nombres de un dios y una diosa griegos, Hermes y Afrodita. Hermes era el dios de la sexualidad masculina (entre otras cosas) y Afrodita la diosa de la sexualidad, el amor y la belleza femeninas.

Sin embargo, en su evolución social posterior la aparición de nuevos valores, aportados principalmente por el cristianismo, que consideraba la homosexualidad como una conducta rechazable, la orientación sexual de las personas va a sufrir un grave represión, lo que determinara la discriminación de dichas personas en el entorno social.

Esta situación de rechazo se va a proyectar en el tratamiento jurídico de estas conductas.

La persecución de tales comportamientos ha estado influenciada por la ideología política, social y religiosa de cada momento histórico.

Parece ser que la existencia de personas homosexuales y transexuales es una constante universal. Se ha constatado su presencia tanto en los pueblos primitivos con en las civilizaciones más avanzadas.

Está documentada su existencia en las grandes civilizaciones de Egipto, Grecia y Roma, en las cuales las relaciones homosexuales estaban permitidas [22], y no eran castigadas.

En Egipto se han encontrado algunas leyendas relativas a relaciones entre dioses con ciertos rasgos de homosexualidad, sobre todo masculina, así como representaciones de la vida cotidiana que dejan entrever situaciones de convivencia de dos hombres [23].

Por su parte, también se han encontrado referencias a la homosexulidad femenina en algunos documentos de Mesopotamia, China y en algunas comunidades antiguas de Albania, Yugoslavia e Italia [24].

---

[22] Véase GARCÍA VALDÉS, A., *Historia y presente de la homosexualidad*, Madrid, 1981, págs. 15-18.

[23] Véase GARCÍA VALDÉS, *lug. últm. cit.*; TEJA CASUSO, R., *El demonio de la homosexualidad en el monacato egipcio*, en «Codex aquilarensis. Cuadernos de investigación del Monasterio de Santa María la Real», núm. 11, 1994 (dedicado a «El diablo en el monasterio»), págs. 19-32; y el artículo *Adolescentes hoy*, en la página web www.Islaternura.com.

[24] Así, hay indicios de homosexualidad femenina en el Código de Hammurabi (1770 a.C.), en el cual aparece una figura denominada *salzikrum*, que caracteriza a una mujer-hombre que podía tener una o varias esposas y derechos exclusivos de herencia; este término parece que significa hija-varón. Por otra parte, en las zonas montañosas de Cabiria existía una sociedad aborigen compuesta únicamente por mujeres a las que se llamaba *sbraie*. En China también se describen relaciones entre mujeres que interaccionaban entre sí como marido y mujer, situación a la que se hacía referencia con el término *dui shi*. También en América Latina se tiene constancia de la existencia de mujeres lesbianas en comunidades aborígenes a finales del siglo XVI; por ejemplo, las mujeres conocidas como *cacoaimbeguira* pertenecientes a la tribu de los Tupinamba, que ejercían oficios de hombre, iban a la guerra y se relacionaban con otras mujeres que adoptaban el rol de esposa. Véase la descripción que se hace de estos datos históricos en la pág web www.lesbianas.tv.; a documentos similares se refiere también WACKE, *Del hermafroditismo a la transexualidad*, cit., págs. 699 y sigs.

También se ha constatado que la transexualidad o la transgenericidad es un hecho remotísimo, presente en numerosas culturas. Se ha encontrado vestigios de su presencia en sociedades de cazadores, con técnicas neolíticas, como los aborígenes de Siberia o los indios americanos. Entre los amerindios, la transexualidad estaba casi universalmente difundida, desde los pueblos de las praderas hasta las altas civilizaciones centroamericanas. Por otro lado, se encuentra una transexualidad, ya definida, en la India o en el antiguo Mediterráneo [25].

Mayores referencias nos han llegado de la existencia de relaciones homosexuales en la Grecia antigua, tanto en el ámbito de la mitología como en la sociedad griega. La conducta más conocida es la denominada *paiderastia*, que consiste en la relación que mantenía un maestro con su discípulo, relación que tenía unas características especiales, pues se establecía entre ambos un vínculo afectivo, de tipo espiritual, intelectual y pedagógico que, en ocasiones podía ser sexual, aunque con ciertas limitaciones. Esta especial situación fue recogida por las corrientes filosóficas del momento, pero la importancia de las relaciones homosexuales en dichos textos y en la sociedad griega ha sido discutida por la doctrina [26].

---

[25] Véase BATALLER I PERELLÓ, V., *Historia natural de la transexualidad*, en www.felgt.org., pág. 1. El autor señala que en ambos casos, se practicaba ya una amputación de genitales, por medios que no, por traumáticos, eran menos aceptados por las personas que a ellos recurrían, permitiendo corroborar con nitidez, si necesario fuere, la intensidad de la voluntad transexual. Gracias a la continuidad cultural de la India, las hijras siguen existiendo hoy día; están tradicionalmente socializadas y protegidas, aunque sea en condiciones de marginalidad. Emasculadas sin anestesia y con un simple cuchillo, su convalecencia es realmente cuestión de vida o muerte, expuestas a cualquier infección y a terribles dolores. Sin embargo, estas personas acuden a sus hermanas a pedir ese don. Viven en pequeñas comunidades, casi conventuales como dedicadas a la diosa, bajo la custodia de una de ellas de mayor edad, y se ganan la vida en el servicio doméstico o la prostitución, y con sus ingresos rituales, ya que se considera que transmiten fortuna a los casados o a los recién nacidos, por lo que son invitadas a los matrimonios y nacimientos. Por la calle caminan entre el respeto general, acercándose continuamente los viandantes a pedirles una imposición de manos o la bendición. En el antiguo Mediterráneo, existían las galas, sacerdotisas transexualizadas de Cibeles, la Gran Madre de Frigia, que llegó a ser una de las diosas primeras del Imperio Romano. Véase también GASTÓ FERRER, C., *Transexualidad. Aspectos históricos y conceptuales*, «Cuadernos de medicina psicosomática y psiquiatría de enlace», núm. 78, 2006, págs. 13-20.

[26] Para unos autores, el amor homosexual ocupaba un lugar preferente en la sociedad griega (así, BOSWELL, J., *Cristianismo, tolerancia social y homosexualidad: los gays en Europa occidental desde el comienzo de la era cristiana hasta el siglo XIV*, Barcelona, 1993, pág. 78); para otros, tenía un carácter elitista, y era exaltado por los grandes filósofos griegos (por ejemplo, LICHT, H., *Vida sexual en la antigua Grecia*, Madrid, 1976, pág. 372); para algunos, era una situación aceptada por la sociedad griega, pero no constituía la norma habitual (entre ellos, FINNIS, J.M., *Derecho, moral y orientación sexual*, en la Revista «Persona y

Sin embargo, la homosexualidad femenina está menos documentada, aunque existen algunas manifestaciones que constatan su existencia, como la obra poética de Safo, poetisa de la isla de Lesbos, de donde provienen los términos safismo y lesbianismo para referirse a la homosexualidad femenina [27]. En la Grecia clásica, esta homosexualidad no tuvo la importancia ni la trascendencia de la homosexualidad masculina, toda vez que la situación de la mujer en el mundo antiguo carecía del valor jurídico que tiene actualmente.

A pesar de las distintas posiciones que doctrinalmente se adoptan en la interpretación de la homosexualidad en Grecia, lo cierto es que ésta existió y su práctica no estaba penada.

En el mundo antiguo romano también existen indicios de homosexualidad, tanto masculina como femenina [28]. Sin embargo, se ha señalado que la sociedad romana masculina era relativamente bisexual, pues las prácticas homosexuales quedaban restringidas a que el varón asumiera el papel de sujeto activo, y nunca del pasivo. Esta conducta, así como la *paiderastia,* eran sancionadas en la *Lex Scantinia* con una pena pecuniaria. Estas pautas, sin embargo, van a modificarse por la influencia que el mundo griego tuvo sobre la civilización romana, extendiéndose las costumbres helénicas entre la sociedad romana.

Sin embargo, la decadencia del imperio romano, y la recepción de una nueva ideología religiosa, el cristianismo, instauraron una nueva ética

Derecho», 41, 1999, págs. 591-592, y RUSE, M., *La homosexualidad,* Madrid, 1989, págs. 204-205); y otros autores estiman que lo habitual era la existencia de bisexualidad en la sociedad griega, dado que los varones debían contraer matrimonio para salvaguardar la continuación de la estirpe (así, CANTARELLA, E., *Según natura. La bisexualidad en el mundo antiguo,* Madrid, 1991, págs. 271-276). Otras referencias bibliográficas sobre la homosexualidad en Grecia: SERGENT, B., *La sexualidad en la mitología griega,* Barcelona, 1986; GIL-ALBERT, J., GONZÁLEZ IGLESIAS, J. A., *Heraclés: sobre una manera de ser,* Instituto de Cultura Juan Gil-Albert, Valencia, 2001; y los trabajos *Homosexualidad en Roma: Amor y sexo en la Época Antigua,* www.Islaternura.com; *Amor entre hombres en la Grecia clásica,* en www.Androphile.org., *Homosexualidad en la Grecia clásica,* en www.Islaternura.com.

[27] Sobre la homosexualidad femenina en la antigua Grecia, véase MARTOS MONTIEL, J. F., *Desde Lesbos con amor: homosexualidad femenina en la antigüedad,* Madrid, 2001, y *Homosexualidad femenina en Grecia y Roma,* en «Orientaciones: Revista de homosexualidades», núm. 2, 2001, págs. 37-54.

[28] Véase BOSWELL, *ob. cit.*, págs. 85 y sigs.; CANTARELLA, *ob. cit.,* págs. 129 y sigs., y *Homosexualidad en Roma: Amor y sexo en la Época Antigua,* en www.Islaternura.com. Por otra parte, se ha constatado la existencia de baños públicos únicamente para mujeres que, a pesar de estar casadas, deseaban mantener contactos sexuales con otras mujeres. Estos baños contaban con chicas, las esclavas felatoras, que satisfacían sus deseos lésbicos. También existe constancia de bodas entre mujeres (www.lesbianas.tv).

social, que renegaba de los principios romanos, creando una corriente contraria a la admisión de las conductas homosexuales [29].

Aunque en un primer momento, la Roma cristiana no se caracterizó especialmente por una persecución encarnizada de las personas homosexuales.

Según señala la doctrina, a partir del siglo IV, durante la época medieval, hubo períodos de relativo ocultamiento o invisibilidad (en la Alta Edad Media) con períodos de influencia cultural, especialmente a partir del renacimiento de la vida urbana en el siglo XI [30].

La repulsa de tales conductas se basaba en algunos textos del Antiguo Testamento [31], en donde parece que se condenan las relaciones homosexuales. De la misma manera, también se encuentran algunos textos en el Nuevo Testamento donde se censura expresamente tales conductas [32].

Una de las descripciones más tempranas de la sodomía como pecado «contra natura» aparecía en el Nuevo Testamento en una carta que San

---

[29] Es obra de referencia en esta época el estudio citado de BOSWELL, *Cristianismo, tolerancia social y homosexualidad: los gays en Europa occidental desde el comienzo de la era cristiana hasta el siglo XIV,* y también del mismo autor *Las bodas de la semejanza: uniones entre personas del mismo sexo en la Europa premoderna,* Barcelona, 1996. Ambas obras responden a un estudio muy documentado de este investigador norteamericano especialista en estudios medievales, al que, sin embargo, se han realizado algunas críticas. Este autor, después de analizar diversos textos de la Biblia, de los comportamientos sociales judíos, romanos y cristianos, defiende la idea de que la primitiva iglesia cristiana no parece haberse opuesto a la conducta homosexual por si misma, señalando que la hostilidad hacia los gays y su sexualidad se hizo visible en Occidente durante el período de disolución del Estado romano (entre los siglos III y VI), debido a factores que no se pueden analizar satisfactoriamente, pero que es probable que abarcaran la desaparición de las subculturas urbanas, la intensificación de la regulación gubernamental de la moral personal y la presión pública a favor del ascetismo en todas las cuestiones sexuales; durante la temprana Edad Media los homosexuales pasaron inadvertidos prácticamente, aunque se conocen prácticas homosexuales, y es alrededor del siglo XII cuando empieza a aparecer una hostilidad hacia los homosexuales en la literatura popular que se extendió a la teología y a los escritos jurídicos, cuyas causas se desconocen, pero que pueden encontrarse en la intolerancia hacia los grupos minoritarios que mantienen las instituciones eclesiásticas y seculares (herejes, judíos, hechiceros, brujos, gitanos). Y que se perpetuará en las compilaciones teológicas, morales y jurídicas de la Edad Media tardía, muchas de las cuales influenciaron durante siglos la sociedad europea.

[30] BOSWELL, *ob. cit.,* págs. 351-353.

[31] Concretamente el castigo a Sodoma y Gomorra (Génesis XIX, 1-29); y el pasaje referido a los gabaitas y benjaminitas (Jueces XIX, 20-15, y Levítico XVIII, 22, XX,13).

[32] Romanos, I, 26, y 27; I Corintios, VI, 9-10, y I Timoteo, I, 9-10. En estos textos San Pablo condena la homosexualidad y utiliza términos tales como «pasiones infames», y «torpezas nefandas» para referirse a este tipo de relaciones.

Pablo envió a los romanos en la que se refería tanto a la sodomía entre los hombres como a la de las mujeres. En ella, señalaba que tanto hombres como mujeres habían abandonado por desgracia el «uso natural» del orden prescrito cuando los hombres se juntaban con hombres y las mujeres con mujeres, y cometían el vergonzoso acto contra naturaleza [33].

Esta condena de las relaciones homosexuales, tanto masculinas como femeninas, junto a otras circunstancias que nada tenían que ver con el sexo, fueron recogidas por los escritos de los Padres de la Iglesia [34].

Mas posteriormente, tal condena se hará palpable en los Concilios de Elvira, celebrado en el año 306 o 307, que excomulgará a los homosexuales, privándoles de la comunión aún en peligro de muerte (canon 71), y el de Ancyra, celebrado en el año 314, donde se les excluyó de recibir los Sacramentos.

En la Edad Media, cabe destacar el Concilio de Naplusa, celebrado en el año 1120, donde se establecen un buen número de normas contra las conductas sexuales. Y el Decreto de Graciano (1139-1140), donde nuevamente se condenan estas prácticas.

No obstante, se ha señalado que la condena de la homosexualidad en estas disposiciones no fue tan determinante del rechazo de la sociedad hacia la misma [35].

Fue la *Summa Theológica,* de Santo Tomás de Aquino, en el siglo XIII, la que difundió el rechazo hacia cualquier conducta homosexual, pues consideraba que la procreación dentro del matrimonio justifica cualquier actividad sexual, de modo que toda actividad no dirigida a la procreación o realizada fuera del matrimonio era uno de los pecados

[33] Así dice San Pablo: «Por eso los entregó Dios a pasiones infames; pues sus mujeres invirtieron las relaciones naturales por otras contra la naturaleza; igualmente los hombres, abandonando el uso natural de la mujer, se abrasaron en deseos los unos por los otros, cometiendo la infamia de hombre con hombre, recibiendo en sí mismos el pago merecido de su extravío» (Epistola a los Romanos 1, 26-27).

[34] Singularmente por San Juan Crisóstomo, San Basilio de Nisa y San Agustín en sus obras *Confesiones* y en *La ciudad de Dios.* Respecto al *lesbianismo,* en la Edad Media sólo se conocen contados casos a través de los archivos eclesiásticos donde se recopilan denuncias, condenas y sermones. De la misma manera que en la homosexualidad masculina, se calificó la conducta lesbiana de «acto lujurioso» (San Ambrosio), «vergonzoso» (San Crisóstomo) y de «atentado contra la naturaleza» (San Anselmo y Pedro Abelardo).

[35] Así piensa BOSWELL en la citada obra.

más graves, condenando tanto la homosexualidad masculina como femenina [36].

La enorme influencia de dicha obra en la cultura occidental determinó actitudes homofóbicas posteriores, apoyadas por la represión de los gobiernos del momento.

A partir del siglo XII, pues, se va a producir la persecución de la homosexualidad por la Iglesia Católica que culminó en los siglos XIII y XIV con el auge de la Santa Inquisición que condenó a personas homosexuales a la tortura y a la muerte en la hoguera por ser culpables del *pecado nefando* [37].

Esta persecución se va a mantener durante la época del Renacimiento, siglos XVI y XVII, en la que todavía fue perseguida la homosexualidad, incluso por la Iglesia protestante, aún cuando dicho Renacimiento había vuelto sus ojos a la antigüedad grecorromana y la práctica de la homosexualidad se había extendido, inclusive entre los miembros más prestigiosos de la cultura renacentista, incluso se pondría de moda la homosexualidad femenina en ciertos ambientes cortesanos [38].

En la Edad Moderna, con el advenimiento del movimiento filosófico de la Ilustración y de la Revolución francesa, se va a producir un cambio total en la política y en la sociedad francesa que va a influir en los demás países europeos. Al acabar con el feudalismo medieval y las monarquías absolutas, la Iglesia Católica va a perder la influencia que había tenido sobre la sociedad medieval, produciéndose la separación entre el poder del Estado y el de la Iglesia.

---

[36] Debido a ello, no se va a tener noticias de la homosexualidad femenina. Se señala en www.lesbianas. tv, que «en diez siglos sólo existen una docena de alusiones al lesbianismo, siempre ligadas a la condena eclesiástica, la herejía o la brujería. Las monjas, por ejemplo, eran instruidas para evitar la atracción carnal entre ellas, y más adelante, en los Concilios de París (1212) y Ruan (1214) se les prohibió dormir juntas y se las obligó a mantener sus cuartos iluminados durante la noche. Otras medidas para evitar estas relaciones consistían en impedir que las monjas se visitaran o prohibirles que cerraran las puertas para poder ser controladas por la abadesa en todo momento».

[37] BOSWELL, *ob.cit.*, págs. 351-352.

[38] Da constancia de esta situación el escritor francés Pierre de Bourdeille, señor de Brântome, a finales del siglo XVI, quien señalaba que las relaciones sexuales entre mujeres se habían convertido en una moda trasladada de Italia a Francia por una dama noble. Es este escritor francés quien utiliza por primera vez el término «*lesbiana*», en alusión al lugar donde vivió Safo, la isla de Lesbos, en una obra que tituló precisamente «Las lesbianas», donde recopilaba poemas amorosos entre mujeres (incluidos los de Safo). Como se ha indicado anteriormente, el lesbianismo tenía una condena menor que la homosexualidad masculina, aunque con excepciones, pues en algunos lugares se castigaba incluso con la pena de muerte.

Durante esta época se va a producir el fenómeno de la codificación europea, uno de cuyos primeros frutos fueron los Códigos civil (1804) y penal (1810) en Francia, bajo el auspicio del emperador Napoleón, en los cuales no se penaran las relaciones homosexuales consentidas entre adultos.

Como es sabido, los Códigos napoleónicos tuvieron una gran influencia en la obra codificadora europea.

De esta manera, dichas relaciones se legalizaron en Portugal en 1852, y en Polonia en 1932. Inglaterra abolió la pena de muerte por conductas homosexuales en 1861. No será así en España, país de gran tradición católica, donde hasta 1979 no se despenalizarán las conductas homosexuales, como se verá más adelante.

No obstante, estas ideas liberales no cuajaron en todos los países, persistiendo legislaciones punitivas de la homosexualidad; así sucedió en Alemania (parágrafo 175 del Código pena), en los Países Bajos en 1911 (donde se produjo el aumento de la edad de consentimiento para mantener relaciones entre homosexuales a los 21 años), o en Finlandia (donde la homosexualidad es un crimen en el Código penal finlandés de 1889 castigado con penas hasta de 2 años de cárcel).

Paralelamente al fenómeno codificador, durante el siglo XIX se produce otro cambio importante en orden a la valoración de la homosexulidad, tanto femenina como masculina. Dentro de la Psicología surge una nueva disciplina, a la que se denomina Sexología, que tiene como finalidad estudiar científicamente los comportamientos sexuales de las personas. Desde este punto de vista, se considera la homosexualidad masculina y femenina como una enfermedad, como un trastorno patológico, de manera que tales conductas pasan de ser penadas socialmente a ser tratadas médicamente, produciéndose lo que se denomina la medicalización de la homosexualidad. Esta consideración motivó la aplicación de terapias y tratamientos científicos para curar esta enfermedad, muchos de los cuales se demostraron ineficaces [39].

[39] En esta línea de pensamiento, el lesbianismo se clasificó entonces como una perversión patológica, junto con otras como el sadomasoquismo, el fetichismo, el exhibicionismo, la zoofilia o la pedofilia. En www.lesbians.tv, se describe la idea que se tenía de una mujer homosexual en aquella época, señalando que ésta se veía como «una mujer masculinizada, dando lugar a un estereotipo que, si bien coincidía con algunas lesbianas, dejaba al margen a otras muchas mujeres que no se vestían de hombre o no presentaban comportamientos masculinos. La sexología consideraba a las lesbianas enfermas mentales porque las contemplaba desde el rol social estereotipado de la época, es decir, se apartaban de la normalidad que se atribuía al papel de la mujer como

Otro hecho va a dar un giro a la situación de las personas homosexuales, pues a finales del siglo XIX aparece en Alemania un fuerte movimiento homosexual con epicentro en la ciudad de Berlín, donde florece una cultura propia, editándose la primera revista dirigida al público homosexual, en 1896, y las primeras películas de temática gay.

Por otra parte, se produce el nacimiento del movimiento feminista que va a reclamar los derechos de las mujeres y su participación en la vida pública, lo que va a beneficiar al movimiento de las mujeres homosexuales, muchas de las cuales participaran en el mismo.

A su vez, en los años veinte, el doctor Harry Benjamin realizó uno de los primeros tratamientos hormonales a una persona que era transexual. En 1931, en Alemania, tuvo lugar la primera o una de las primeras operaciones quirúrgicas de cambio de sexo, a la que se atrevió una joven pintora, Lili Elba, que poco después falleció en un prematuro intento de creación de vagina [40].

Este período de libertad no va a durar mucho, pues se produce el movimiento político denominado nacionalsocialismo, cuyos defensores más importantes fueron Alemania e Italia, que se convirtieron en regimenes políticos totalitarios, al que se unió posteriormente España.

En estos regimenes políticos se va a producir la persecución y condena de las personas homosexuales en leyes represivas y ante tribunales claramente homofóbicos.

En la Alemania nazi, por razón de homosexualidad, se detuvieron a unas 100.000 personas, de las que alrededor de 50.000 fueron condenadas a prisión [41]. Se estima que en este período fueron asesinados entre 15.000 y

---

esposa, madre y cuidadora de la progenie. El aspecto emocional se obviaba por completo. Con estos conceptos erróneos, en los últimos años del siglo XIX y primeros del XX se cometieron abusos tales como considerar el lesbianismo una enfermedad de mujeres prostitutas o internar a las lesbianas en manicomios junto a criminales, aplicándoles métodos como el electroshock, la lobotomía o la extirpación del clítoris». Sin embargo, queda constancia de que tanto en Europa como en Estados Unidos se venía aceptando la amistad romántica entre mujeres desde mitad del siglo XVIII, quedando constancia de ello en la literatura en obras como «Las bostonianas», de Henry James, en la que se trataba la unión emocional entre mujeres independientes, dando lugar a la extensión del término «matrimonio bostoniano» en la América del siglo XIX.

[40] BATALLER PERELLÓ, *ob. cit.,* pág. 2.

[41] Como prisioneros en el campo de concentración se les obligó a llevar como distintivo un triángulo rosa, o negro para las lesbianas. Tras la liberación, no fueron resarcidos, a diferencia de otros colectivos, pues se estimaba que eran culpables del delito de homosexualidad. En el archivo de la Fundación Triángulo se relata en *Iniciativas sobre las reparaciones a las víctimas homosexuales del holocausto nazi.* que «durante una reunión celebrada los días 21 y 22 de

600.000 homosexuales (según se incluyan o no a los judíos en este recuento), la gran mayoría de ellos en campos de concentración, donde los médicos experimentaban con los mismos para encontrar el «gen de la homosexualidad» con el fin de «curar» a futuros homosexuales alemanes [42]. Además, también los gays eran víctimas de sus propios compañeros de cár-

---

febrero de 1998 en Berlín se constituyó *The Pink Triangle Coalition*, una coalición internacional para coordinar los asuntos relacionados con la persecución nazi de los homosexuales. Formaron parte de esa reunión constituyente la *Comisión internacional de derechos humanos de gais y lesbianas (IGLHRC)* con sede en San Francisco (USA), el *Congreso mundial de organizaciones de gais y lesbianas judíos (WCGLJO), ILGA-Europa*, el grupo suizo *Pink Cross* y el grupo austríaco *Homosexuelle Initiative Wien (Hosi-Wien)* mientras que posteriormente se adhirió el grupo alemán *Schwulenverband in Deutschlandy*, la Asociación internacional de gais y lesbianas hijos de supervivientes del holocausto. El principal objetivo de la coalición fue representar los intereses de los homosexuales y ofrecerse como interlocutor ante el *Fondo Suizo para Víctimas Necesitadas del Holocausto/Shoah*, establecido en febrero de 1997 con una cantidad inicial de 275 millones de francos suizos, y el formado por el gobierno británico y el Banco de la Reserva Federal de Fondo Internacional para *Víctimas Necesitadas de la Persecución Nazi*, Nueva York en el contexto de la Conferencia sobre el oro nazi celebrada en Londres en diciembre de 1997. Mientras que el fondo suizo fue creado con donaciones del gobierno y de los bancos suizos, el fondo internacional se nutrió del dinero ofrecido por países donantes que también participaban en la gestión de las donaciones. Las solicitudes al fondo suizo de víctimas gays y lesbianas debían dirigirse forzosamente a través de *Pink Cross*, miembro de ILGA-Europa, pues el fondo no admite reclamaciones individuales. Fueron mucho mayores las dificultades con respecto a la representación de las víctimas homosexuales en el fondo internacional. Las organizaciones participantes en la reunión de Berlín antes mencionada mantuvieron contactos desde el verano de 1997 con la intención de constituirse como coalición e intentar participar en el fondo. Un primer intento de participar en la Conferencia de Londres por parte de la coalición y del *WCGLJO* fue rechazado por la organización por lo que la persecución nazi de hombres y mujeres homosexuales fue completamente ignorada en la reunión. Pese a ello, la coalición preparó un dossier, titulado *Nazi Persecution of Gay Men and Lesbian*, para ser incluido en el informe final de la Conferencia. Para ser aceptado debía ser presentado por otra organización no gubernamental que sí hubiera sido admitida en la Conferencia, lo que finalmente realizó el Congreso europeo judío (EJC)». Hay que reseñar que la Organización Internacional para las Migraciones, dependiente de las Naciones Unidas, reconoció, en septiembre de 2001, la persecución de que fueron objeto los homosexuales durante el nazismo y el clima de represión que prevaleció tras el Holocausto en relación con esta población. Esta organización decidió comenzar a efectuar pagos a los sobrevivientes de los campos de trabajos forzados o de trabajos en régimen de esclavitud, abriendo para ello una oficina en Ginebra con el fin de repartir algunos fondos en bancos suizos procedentes del régimen nazi o de sus jerarcas huidos tras la guerra.

[42] Hay una abundante bibliografía acerca de la existencia en las cúpulas de poder y en el ejercito nazi de homosexuales. Cfr. el artículo de HERRERO BRASAS, J.A., *Homosexualidad y fascismo*, en «Claves de la razón práctica», núm. 101, 2000, págs. 36-44, donde analiza la razón de la persecución de homosexuales por el nazismo cuando miembros de dicha ideología participaban de la misma orientación sexual, señalando que quizá se encuentra su origen en el citado movimiento homosexual surgido en Alemania y defendido por Karl Ulrichs y Magnus Hierschfeld.

cel o campo de concentración dado que existía claramente una corriente social homofóbica [43].

En España, durante esta época siguieron dictándose leyes represivas de la homosexualidad, estimándose que un total de 5.000 personas fueron detenidas por tener un comportamiento homosexual.

Después de la Segunda Guerra Mundial florecieron diversos regimenes políticos comunistas en Europa del Este, liderados por la Unión Soviética. En estos países la homosexualidad fue perseguida, aunque posteriormente la legislación de los mismos fue cambiando de modo paulatino, modificando la postura que se tenía ante ella [44].

En este período posterior a la gran conflagración mundial, se tienen constancia de otros casos de operaciones quirúrgicas de transexuales. Concretamente, una en 1947, dos en 1950 y una en 1952; asimismo, se produjeron casos de creación de neo-vaginas, hasta que Christine Jorgensen, operada en Dinamarca por el doctor Hamburger, entre 1951 y 1954, alcanzó notoriedad mundial y su caso disparó las técnicas y demandas quirúrgicas de la transexualidad contemporánea. Poco después, en 1953, el doctor Benjamin, en un artículo publicado en el *International Journal of Sexology, 'Transvestism and Transsexualisni'*, acuño científicamente este término, creado por el divulgador médico, el doctor David Cauldwell, en 1950. A partir de este momento, en el ámbito de la sexología, se crea un rama específica que atiende las necesidades de la transexualidad, que, más recientemente, ha empezado a distinguir también el concepto de transgenericidad [45].

---

[43] Véase, entre otros, el monográfico de la revista «Orientaciones: revista de homosexualidades» dedicado a «Exterminio bajo el nazismo», núm. 5, 2003, en el que figuran los siguientes estudios: PRETZEL A., MÜLLER, J.K., MICHELER, S., *La persecución de los homosexuales durante el nazismo y su continuidad. coincidencias y diferencias en Berlín, Hamburgo y Colonia,* pags. 73-94; MANN, K., *Homosexualidad y fascismo* (1934), pags. 127-134; PRETZEL, A., *Inducción y complicidad en el asesinato de homosexuales. Delitos nazis de la justicia berlinesa,* pags. 55-72: MORA, A., *El testimonio deportado,* págs. 95-112; SERRANO BLANQUER, D., *A propósito de la homosexualidad en el lager…: (El testimonio de los supervivientes españoles),* págs. 113-126. También, ANGOSO, R., *El holocausto silenciado: gays en los campos de concentración nazis,* en la revista «Historia 16», julio de 2006.

[44] Así la homosexualidad se legalizó en Hungría en 1961, en Checoslovaquia en 1962, y en Bulgaria en 1968.

[45] BATALLER PERELLÓ, *ob. cit.*, pág. 2. El autor señala que la separación consciente y reivindicativa de transvestismo y transexualidad por un lado y homosexualidad por otro, se debe a Charles 'Virginia Prince', en 1957. Actualmente, se conocen efectivamente tres actitudes en cuanto a la identidad de género o identidad sexual, que se conocen con los nombres de transvestismo, transgenencidad y transexualidad (TV, TG y TS).

No obstante, la discriminación de las personas homosexuales provocó otra oleada de activismo político tras la guerra, iniciándose el movimiento gay en el mundo. Se suele considerar crucial para dicho movimiento el año 1969 en el que se produjeron las denominadas Revueltas de Stonewall. Los hechos ocurrieron el 28 de junio de dicho año en Nueva York, cuando la policía realizaba una de sus habituales redadas en el Pub Stonewall Inn. Ésta fue el inicio de una refriega que pronto se extendió por las calles cercanas, produciéndose disturbios por toda la zona gay, que duraron varios días. Desde aquel momento pasó a reivindicarse abiertamente la homosexualidad. Consecuencia de ello fue la primera marcha por el orgullo lésbico y gay el 28 de junio de 1970 en Nueva York, conmemorando la rebelión del año anterior, y desde entonces, se celebran manifestaciones en esas mismas fechas en prácticamente todas las grandes ciudades del mundo.

Con la instauración de la democracia en los diversos países de Europa, y el fortalecimiento del movimiento gay, se ha producido un cambio en la percepción de la homosexualidad, considerándola como una orientación sexual más, y produciéndose la aceptación de la misma en la sociedad. Como consecuencia de ello, los organismos internacionales han ido emitiendo declaraciones y disposiciones a favor del principio de no discriminación por razón de orientación sexual. En esta línea, la Comunidad Europea se ha mostrado como uno de los continentes más avanzados en la lucha contra la homofonía y a favor de la igualdad y no discriminación de las personas homosexuales, dictando disposiciones no sólo prohibitivas de cualquier manifestación de discriminación de las mismas sino recognoscitivas de derechos a favor de dichas personas.

En esta breve referencia histórica parece conveniente destacar algunos hechos que dieron nacimiento al movimiento gay [46], ya mencionado.

La primera fecha que se toma como referencia es la de 1869, en la cual el médico húngaro Benkert, que fue el que por primera vez utilizó el término homosexual, escribió un larga carta abierta al Ministro de Justicia prusiano en contra del Código penal que castigaba los actos homosexuales masculinos.

Más adelante, surgió el movimiento homosexual en Alemania, como se ha indicado anteriormente, de carácter cultural y político. En 1896, Magnus

[46] Estos datos se encuentran en la página web de la Fundación Triángulo, www.fundaciontriangulo.es, ONG por la igualdad social de gais y lesbianas, que se ha elaborado con los documentos del archivo histórico de la Fundación. Véase también MARCH, S., *Liberación homosexual*, Barcelona, 1977.

Hirschfeld publicó un artículo titulado *«Safo y Sócrates»,* que ha sido considerado como punto de arranque del movimiento homosexual. Un año después fundó el *Comité Científico-Humanitario,* la primera organización cuyo fin era acabar con las discriminaciones legales y la intolerancia contra las personas homosexuales, y el *Instituto para la Ciencia Sexual* en Berlín, que llegó a ser una fuente de información e inspiración para las personas homosexuales internacionalmente. Por otra parte, el abogado y periodista alemán, Karl Heinrich Ulrichs, exigió la derogación de las leyes que penalizaban la actividad homosexual, pero su trabajo fue ridiculizado y fue encarcelado. Ambos defendieron la identidad del homosexual y la igualdad de los derechos de las personas homosexuales, y el fin de su discriminación, por lo que son considerados los precursores del movimiento gay.

Éste fue el punto de arranque para una floreciente vida homosexual a todos los niveles en Berlín, que se prolongó hasta la llegada de los nazis al poder.

En 1902, se funda también en Alemania la *Comunidad de los Especiales,* por inspiración de Benedict Friedländer, asociación que promovía una línea cultural, que se había iniciado en 1896 con la edición de la Revista «Der Eigene» (Lo Especial).

El 8 de octubre de 1904, en el hotel Prinz Albrecht de Berlín tiene lugar el encuentro anual del Comité Científico Humanitario con la participación del movimiento feminista en la causa homosexual.

En 1919 se realizó la primera película sobre la liberación gay, *«Anders als di Andern» (Distinto de los otros),* por Richard Oswald con la ayuda de Hirscheld.

En 1933 fue asaltado el Instituto de Ciencias Sexuales, donde tenía su sede y centro de documentación el Comité Científico Humanitario. Todo el archivo documental, fondo bibliográfico y fotográfico fue quemado. Las tropas de las SA iniciaron una persecución sistemática de personas, lugares de ocio, asociaciones, etc. cuyo apogeo sería la detención sistemática, castración, internamiento y exterminio de los homosexuales en los campos de concentración.

En mayo de 1968 se produjo una revuelta estudiantil en París que propugna entre otras cosas la liberación sexual y que será caldo de cultivo para el *FHAR (Front Homosexuel d'Action Revolutionnaire).*

Por último, el 28 de junio de 1969, se produjo la citada revuelta en el bar Stonewall Inn de Nueva York provocada por la irritación que habían

causado las sucesivas redadas en bares de ambiente gay [47]. En este contexto, a finales de 1969, se crean en New York las asociaciones *GLF (Gay Liberation Front)* y *GAA (Gay Activist Alliance)*, entre otras, y en el Reino Unido la asociación *CHE (Comité for Homosexual Equality).*

Estos sucesos fueron trascendentales en la potenciación del movimiento homosexual y transexual. En recuerdo de estos hechos, el 28 de junio se fijo como el Día del Orgullo Gay, que posteriormente modificaría su nombre para incluir al resto de colectivos, de lesbianas, transexuales, y bisexuales, celebrándose la primera de estas manifestaciones en New York en el año 1970.

Esta fecha, el 28 de junio de 1969, se fijo como el punto de partida del movimiento gay moderno, que incluyó también a mujeres homosexuales y a transexuales, aunque los inicios en España estuvieron más influenciados por el también incipiente movimiento gay francés.

A partir de este momento van a ir surgiendo en todo el mundo grupos y asociaciones, bien legales, bien clandestinas, según el país y la legislación, de estos colectivos.

Si bien estas asociaciones comenzaron englobando homosexuales y transexuales en una causa común, a partir de 1971 esta unión va a padecer un período de ruptura por divergencias internas entre las personas transexuales y lesbianas [48]. Así, varias mujeres transexuales fundan el colectivo *Transexual Activist Organization* y comienzan a publicar la revista «MoonShadow». Previamente, en 1970, Sylvia Rivera y Marsha P. Jonson habían creado el colectivo *Street Transvestite Action Revolutionaries (STAR)*, probablemente la primera organización de corte político-social para el colectivo transexual en New York.

Pero, con posterioridad, salvando las dificultades que surgieron en un primer momento, el movimiento homosexual, lésbico y transexual se ha vuelto a reunir en grandes organizaciones para tener una mayor fuerza e influencia en la legislación de los organismos internacionales y nacionales y en la sociedad.

---

[47] Entre las personas que estuvieron presentes en la revuelta se encontraba la mujer transexual Sylvia Rivera.

[48] Se ha señalado que se reflejaron actitudes discriminatorias dentro del movimiento homosexual masculino hacia las mujeres lesbianas y hacia los transexuales, pero también dentro del movimiento lésbico hacia las personas transexuales. Véase RAMOS CANTÓ, J., *Las Asociaciones de transexuales*, en «Transexualidad. La búsqueda de una identidad», Madrid, 2003, págs. 127-128.

Entre las más importantes en el ámbito europeo, se ha de señalar la creación de la *Internacional Lesbian and Gay Association (ILGA)*, que es una federación mundial de grupos nacionales y locales dedicados a lograr la igualdad de derechos para las personas lesbianas, gays, bisexuales y transgénero (LGBT) en todo el mundo. Se fundó en 1978, y actualmente está integrada por más de 560 organizaciones miembro (entre ellas las de España). Cada continente y alrededor de 90 países están representados. Los grupos miembros de ILGA van desde colectivos pequeños a agrupaciones de alcance nacional y ciudades enteras. ILGA se ha dedicado a poner de manifiesto el problema de la discriminación sexual como un tema mundial.

Estas Asociaciones y grupos tienen como objetivos la lucha, en el ámbito político, legal y social, contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género, y por la consecución de derechos para las personas lesbianas, gays, transexuales y bisexuales (denominadas con las siglas LGTB) y el reconocimiento de su condición.

Pues, aunque parezca que con la democracia y el reconocimiento de los derechos humanos y fundamentales de los seres humanos en diversos documentos de los distintos organismos internacionales y nacionales, la situación de discriminación de estas personas haya sido superada, todavía existen hoy legislaciones que penan las relaciones homosexuales, sin reconocer, por tanto, derechos a estas personas, y situaciones sociales de violencia y muerte de dichas personas en numerosos países del mundo [49].

[49] No hay más que ver los medios de comunicación para descubrir cada día casos de violencia extrema en contra de las personas LGTB. O indagar en las páginas webs de las distintas organizaciones LGTB. Para muestra de lo dicho baste la referencia a los *Informes Anuales sobre Derechos Humanos de las Minorías Sexuales Chilenas,* de 2001 a 2006, de todos los casos de discriminación acontecidos en ese país, en www.movilh.org. Muy importante también son los casos que recoge la Comisión Internacional de Juristas en www.icj.org., que se han presentado ante Naciones Unidas. Y el Extracto sobre asuntos LGTB del Informe de Amnistía Internacional se 2007

Capítulo II EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO EN LA LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA DE LOS ORGANISMOS INTERNACIONALES

A partir de las reivindicaciones sociales y jurídicas que los movimientos de las asociaciones de homosexuales han ido realizando, los organismos internacionales han ido paulatinamente emitiendo declaraciones y normativas en torno principalmente a la eliminación de las discriminaciones sufridas por estas personas.

Veamos algunas de las declaraciones y normativas emitidas por los organismos internacionales de mayor relevancia [1].

I. LA POSTURA DE LA ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS (ONU) ANTE LOS DERECHOS Y LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS LGTB

La ONU, en base a la **Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948** [2], constituye la mayor organización garante de la defensa de los derechos de la persona [3].

[1] Otra recopilación de disposiciones acerca de esta discriminación, MONTERO GONZÁLEZ, D. (Coordinador del Área de Relaciones Internacionales, Cooperación y Derechos Humanos de la FELGTB), *Derechos humanos y Derechos LGTB desde una perspectiva internacional»*, en el Seminario «Orientación sexual e identidad de género. Los derechos menos entendidos», organizado por el Institut de Drets Humans de Catalunya, Barcelona, 21 de mayo de 2007; se puede consultar en la página web www.felgt.org.

Así, el artículo 1 de dicha Declaración proclama: «Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros».

En sus artículos 2, 1, y 7 se establece el *principio de no discriminación* al disponer respectivamente que «Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición», y que «Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación».

Por su parte, el **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 16 de diciembre de 1966** [4], recoge también este principio cuando señala en el artículo 2 que: «1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.- 2. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, *sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social».*

---

[2] Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

[3] La ONU fue fundada oficialmente el 24 de octubre de 1945 en San Francisco, California, por 51 países, al finalizar la Segunda Guerra Mundial, con la firma de la *Carta de las Naciones Unidas.* Se define a sí misma como una asociación de gobiernos global que facilita la cooperación en asuntos como el Derecho internacional, la paz y seguridad internacionales, el desarrollo económico y social, los asuntos humanitarios y los derechos humanos. Constituye el foro más importante de la diplomacia multilateral. Naciones Unidas está integrada por 192 países. Los Estados Miembros están vinculados entre sí por los principios de la *Carta de las Naciones Unidas*, un tratado internacional en que se enuncian sus derechos y deberes en cuanto integrantes de la comunidad internacional. ***España*** forma parte de esta organización desde el 14 de diciembre de 1955.

[4] Adoptado en la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), entrando en vigor el 3 de enero de 1976. En él se reconocen como derechos de la persona el derecho al trabajo, a la seguridad social, a un nivel de vida adecuado, a la protección de la salud, a la enseñanza, y a la participación en la vida cultural, y en los beneficios de los progresos científicos, entre otros. Fue ratificado por ***España*** el 27 de abril de 1977.

Asimismo, el artículo 3 establece que «Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto».

Por último, el artículo 4 dispone que: «Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, en ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el Estado, éste podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática».

En parecidos términos se expresa el **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966** [5], en cuyo artículo 2, se dispone: «1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, *sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social».*

Recogiendo estas disposiciones, en iguales términos se pronunció la **Proclamación de Teherán,** emitida por la Conferencia Internacional de Derechos Humanos en dicha ciudad el **13 de mayo de 1968,** en cuyo artículo 1 se señala que «Es indispensable que la comunidad internacional cumpla su solemne obligación de fomentar y alentar el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales para todos, sin distinción alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u opiniones políticas o de cualquier otra índole».

Naciones Unidas ha abordado el principio de no discriminación en situaciones concretas, como las sufridas por la mujer, la infancia o los inmigrantes, en diversas disposiciones y declaraciones.

Sin embargo, la reivindicación del principio de no discriminación por razón de orientación sexual e identidad de género y el reconocimiento de los derechos de las personas LGTB se ha incorporado al discurso de Naciones Unidas más tardíamente.

Dicha materia se ha trabajado fundamentalmente en dos ámbitos: en la desaparecida Comisión de Derechos Humanos, actual Consejo de Derechos Humanos, y en el Consejo Económico y Social.

---

[5] Adoptado por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, entrando en vigor el 23 de marzo de 1976. Ratificado por ***España*** el 17 de abril de 1977.

La primera vez que se abordó la problemática relativa a la orientación sexual e identidad de género en las Naciones Unidas fue en el discurso pronunciado por el Profesor ***Douglas Sanders*** [6] en 1992, en la 44ª Sesión Anual de la Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y para la Protección de las Minorías, celebrada del 3 al 28 de agosto en Ginebra, Suiza, en el punto 17º del orden del día relativo a la *Promoción, protección y restablecimiento de los derechos humanos en el ámbito nacional, regional e internacional*, en una declaración conjunta de Human Rights Advocates (Defensores de los Derechos Humanos) y de ILGA (Asociación Internacional de lesbianas y gays). En dicha declaración se puso de manifiesto los avances que se habían realizado en pro de los derechos de las personas homosexuales en algunos países, pero también las situaciones de grave discriminación en otros, señalando incluso la perpetración de actos de violencia contra las mismas; por ello, y ante la falta de interés de Naciones Unidas por la situación de tales personas, en dicha declaración se solicitaba que se tomara en cuenta por la Subcomisión que se nombrara un ponente especial para encargarle un estudio sobre las discriminaciones contra las lesbianas y los gays, que la ONU incluyera los derechos humanos de lesbianas y gays en la agenda de la Conferencia Mundial de Derechos humanos de 1993, que dicho organismo repasara su propia política de empleo y beneficio para que no hubiera ninguna discriminación contra las lesbianas y gays o sus parejas, y, por último, que la Subcomisión abogara ante el Consejo Económico y Social para que se considerara favorablemente el ingreso de organizaciones de lesbianas y gays en el Consejo Consultivo, pues se deseaba que las asociaciones se representaran a si mismas.

Sin embargo, fue mucho más adelante, en el año 2003, cuando se presentó la primera propuesta para que la ONU emitiera una resolución sobre los derechos de las personas LGTB. Así, la Misión Permanente de Brasil planteó un proyecto de ***Resolución «Sobre los derechos humanos y la inclinación sexual»*** en la Comisión de Derechos Humanos el 17 de abril de dicho año, conocida como la ***Resolución Brasileña*** [7].

En ella, invocando la Declaración Universal de los Derechos Humanos y otras declaraciones y convenios relativos al principio de no discriminación, y recordando, según se señala expresamente en la misma, «que el

[6] Douglas Sanders ha sido Profesor de la Universidad British Columbia, de orientación homosexual, ha defendido los derechos de las personas homosexuales, y ha publicado diversos estudios sobre los mismos, algunos de ellos citados en el presente capítulo.

[7] E/CN.4/2003/L.92, 59º período de sesiones, tema 17 del programa. Este Proyecto de Resolución fue propuesto por Alemania, Austria, Bélgica, Brasil, Canadá, Dinamarca, ***España,*** Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Italia, Liechtenstein, Luxemburgo, Noruega, Países Bajos, Portugal, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Checa y Suecia.

reconocimiento de la dignidad inherente y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana es el fundamento de la libertad, la justicia y la paz en el mundo», «reafirmando que la Declaración Universal de Derechos Humanos afirma el principio de la inadmisibilidad de la discriminación y proclama que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y que toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración sin distinción de ningún tipo», y «afirmando que la educación en materia de derechos humanos es la clave para cambiar las actitudes y los comportamientos, y para promover el respeto por la diversidad en las sociedades», *destaca que los derechos humanos y las libertades fundamentales son atributo de todos los seres humanos, que el carácter universal de esos derechos y libertades es incuestionable y que el disfrute de esos derechos y libertades no debe verse obstaculizado en modo alguno por motivos de inclinación sexual,* y por ello, «insta a todos los Estados a promover y proteger los derechos humanos de todas las personas independientemente de su inclinación sexual» (punto 3).

Sin embargo, el texto del proyecto provocó uno de los debates más polémicos del periodo de sesiones. Pakistán, en nombre de la Organización de la Conferencia Islámica (OCI), propuso una moción de «no acción» para que la Comisión no tomase ninguna decisión con respecto a la resolución. Esta moción fue rechazada por muy poca diferencia de votos [8]. El último día del periodo de sesiones, se aprobó mediante votación registrada la propuesta de la Presidencia de aplazar el debate sobre el proyecto de resolución hasta el siguiente periodo de sesiones [9], retirándose dicha propuesta definitivamente en 2005 [10].

[8] Con 24 votos a favor, 22 en contra y 6 abstenciones. Véase el documento E/2003/23,E/CN.4/2003/135, de fecha 1 de octubre de 2003.

[9] Con 24 votos a favor, 17 en contra y 10 abstenciones. Véase el documento citado en la nota anterior.

[10] Esta declaración fue apoyada por Amnistía Internacional, que en un texto denominado *Los derechos humanos y la orientación sexual e identidad de género,* Índice AI: ACT 79/001/2004, 31 de marzo de 2004, Secretariado Internacional, 1 Easton street, Londres wc1x 0dw, Reino Unido (traducción de editorial Amnistía Internacional (EDAI), España), solicitaba a la Comisión de Derechos Humanos, reunida en su sexagésimo periodo de sesiones que: «Adopte una postura con respecto a la aplicación del principio de universalidad de los derechos humanos a todas las personas, independientemente de su orientación sexual o identidad de género. Si la Comisión no defiende este principio de universalidad de los derechos humanos, e incluso si no lleva a debate el tema de la discriminación basada en la orientación sexual o identidad de género, estará dando de lado a millones de personas en todo el mundo y estará haciendo dejación de su deber de defender los principios fundamentales de derechos humanos», y que «Declare públicamente y confirme que no caben excepciones a la universalidad del deber de protección de los derechos; que condene las violaciones de derechos humanos basadas en la orientación sexual y la identidad de género; y que respete, proteja y observe los derechos humanos de todas las personas, sin discriminación de ningún tipo».

Durante el año siguiente, 2004, en la Comisión de Derechos Humanos, se presentó una ***Declaración por Jelena Postic*** [11], en la que deseaba llamar la atención sobre la cuestión de la identidad de género y la expresión de género. Puede que ésta sea una de las pocas declaraciones en que expresamente se aborde la identidad de género con independencia de la orientación sexual.

En ella se señalaba que a pesar de los intentos para promover la igualdad de género de mujeres y hombres, la libertad de expresión de género estaba siendo denegada a diario, denunciando la discriminación de la gente que expresa su género de formas diferentes de las que se cree que son las normas de género apropiadas para hombres y mujeres.

En esta declaración se estima que el concepto de igualdad de género abarca la identidad de género y la expresión del género. Entendiéndose por identidad de género la concepción individual de género que tiene uno mismo, que no depende necesariamente del que le fue asignado al nacer. La libertad de expresión de la identidad de género debería incluir el derecho a la ambigüedad de género y a la contradicción de género. Considerando la expresión del género como la manera en la que uno se expresa en la presentación externa y/o el aspecto a través del comportamiento, de la ropa, del corte de pelo, de la voz, de las características del cuerpo o de otras marcas externas.

Una vez señalado esto, se defiende la libertad de expresión del género, observando que ésta está limitada por las normas de género que existen en cada sociedad y que constituyen una limitación. La percepción basada en la identidad de género y la expresión puede llevar a abusos severos: detenciones arbitrarias, ejecuciones extrajudiciales, asesinatos, violaciones, tortura, y desapariciones, haciendo hincapié en la violencia que se ejerce sobre las personas transgénero.

Por lo que en dicha declaración se apela a todos los países a tratar los problemas relativos a la negación de la libertad de expresión de la identidad de género y la expresión del género, y a los gobiernos a reconocer y remediar las violaciones de los derechos humanos que se basan en la identidad de género y la expresión del género.

A pesar de que tales cuestiones no obtuvieron respuesta, el tema ya estaba sobre la mesa y el 26 de mayo de 2005, el embajador de Nueva Zelanda, Tim Caughley, volvió a plantearla realizando una declaración,

[11] Era representante de la organización MADRE, de Croacia.

conocida como la ***Declaración de Nueva Zelanda,*** respaldada por treinta y dos países [12], solicitando de la Comisión de Derechos Humanos una resolución sobre el tema, señalando que *«La orientación sexual es un aspecto fundamental de la Identidad de cada Individuo y una parte inseparable de la misma. Es contrario a la dignidad humana forzar a un individuo a cambiar su orientación sexual, así como la discriminación por ese motivo. Y repugna que un Estado tolere la violencia contra los Individuos.* Todos los Estados deben ejercitarse diligentemente para prevenir, investigar, perseguir y castigar a quien cometa violencia contra cualquier individuo por razón de su orientación sexual. Apoyamos por tanto sin reservas la Resolución Nordic sobre Ejecuciones Extrajudiciales, Sumarias y Arbitrarias que establece que matar a un individuo por razón de su orientación sexual es una violación de los Derechos Humanos», señalando que perdonar tal discriminación es una de las peores formas de discriminación. Por lo que se estimaba que la Comisión debía mantener el principio de no-discriminación y urgía a todos los Estados a reconocer este mínimo común y a participar en el debate.

Ante el silencio de la Comisión de Derechos Humanos, en la tercera sesión del Consejo de Derechos Humanos, el embajador de Noruega, Wegger Chr. Strommen, presentó la declaración sobre *«las violaciones a los derechos humanos por orientación sexual e identidad de género»,* en Ginebra el 1 de diciembre de 2006, conocida como la ***Declaración de Noruega,*** avalada por cincuenta y cuatro Estados, entre ellos, dieciocho miembros del Consejo [13]. En ella se señalaba que en recientes sesiones del Consejo se habían tenido noticias de violaciones de los derechos humanos por razón de orientación sexual e identidad de género, incluso con privación de la vida de estas personas, y después de elogiar la atención prestada a estos asuntos por parte de los Procedimientos Especiales, los órganos de

[12] Esta Declaración fue apoyada por Alemania, Andorra, Argentina, Austria, Bélgica, Canadá, Chile, Chipre, República Checa, Dinamarca, Eslovenia, ***España,*** Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Guatemala, Irlanda, Islandia, Luxemburgo, México, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Portugal, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República de Corea, Rumania, Suecia, Suiza, Uruguay y Venezuela.

[13] Dicha Declaración fue respaldada por Albania, Alemania, Andorra, Argentina, Australia, Austria, Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Brasil, Bulgaria, Canadá, Chile, Croacia, Chipre, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, ***España,*** Estados Unidos, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Guatemala, Hungría, Islandia, Irlanda, Italia, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, la ex república yugoslava de Macedonia, Malta, México, Montenegro, Nueva Zelanda, los Países Bajos, Panamá, Perú, Polonia, Portugal, Reino Unido, la República Checa, la República de Corea, la República de Moldavia, Rumania, Serbia, Suecia, Suiza, Timor-Leste, Ucrania, Uruguay y Noruega.

los tratados y la sociedad civil, se hacía un llamamiento a todos los Procedimientos Especiales y a los órganos de los tratados a que siguieran incluyendo las violaciones de los derechos humanos por orientación sexual e identidad de género entre las preocupaciones de sus mandatos, y considerando que los principios de universalidad y de no discriminación exigen que estos asuntos sean atendidos, se instaba al Consejo de Derechos Humanos a otorgar la debida atención a las violaciones de derechos humanos por orientación sexual e identidad de género, pidiendo al Presidente del Consejo que otorgara la posibilidad de discutir estos temas en una sesión futura del Consejo [14].

Además, esta Declaración fue complementada por otra presentada por Organizaciones No Gubernamentales, la denominada ***Declaración de las Organizaciones No Gubernamentales sobre orientación sexual, identidad de género y Derechos Humanos,*** realizada en la misma sesión, de diecinueve organizaciones [15], y apoyada por otras cuatrocientas sesenta organizaciones de setenta países diferentes [16].

---

[14] En esta ocasión, la oposición que mostraron otros países fue más prudente; en nombre de la OCI, Paquistan dio una respuesta de 30 segundos en la que dijo que «mientras que el Consejo esté en fase de construcción institucional, debemos ser cuidadosos» y evitar «en esta etapa» tratar cuestiones que hayan dado lugar «a extrema controversia y divisiones en el pasado»; Irán hizo un breve comentario en esta misma línea. Sin embargo, dicha declaración fue celebrada por el movimiento homosexual, hasta el punto de que John Fisher, Co-Director de ARC Internacional, señaló que «Por el número de Estados, se trata de la más grande declaración sobre cuestiones de orientación sexual en la historia de la ONU, además de ser la primera en la historia en hacer referencia específica a las violaciones a los derechos humanos por identidad de género».

[15] Concretamente, fue presentada por Action Canada for Population and Development; Amnesty International; Association for the Prevention of Torture; Association for Women's Rights in Development; Canadian HIV/AIDS Legal Network; Center for Women's Global Leadership; Confederazione Generale Italiana del Lavoro (New Rights Section); Development Alternatives with Women for a New Era (DAWN); Fédération Internationale des Droits de l'Homme; Global Rights; Human Rights Watch; International Commission of Jurists; International Planned Parenthood Federation; International Service for Human Rights; International Trade Union Confederation; OMCT - World Organisation Against Torture; Public Services International; Women for Women's Human Rights - NEW WAYS; World Population Foundation

[16] Entre estos países estuvieron: Alemania, Argentina, Armenia, Australia, Austria, Bangladesh, Bélgica, Bielorrusia, Bosnia y Herzegovina, Brasil, Bulgaria, Camboya, Camerún, Canadá, Chile, China, Colombia, Costa Rica, Croacia, Dinamarca, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, ***España,*** Estados Unidos, Filipinas, Fiji, Francia, Georgia, Guatemala, Guyana, Hungría, India, Indonesia, Irán, Irlanda, Italia, Kenia, Letonia, Macedonia, Malawi, Malta, México, Namibia, Nepal, Nicaragua, Nigeria, Noruega, los Países Bajos, Panamá, Perú, Portugal, Reino Unido, República de Corea, Rumania, Federación Rusa, Singapur, Sri Lanka, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Tailandia, Togo, Turquía, Ucrania, Uganda, Uruguay, Venezuela, y Zimbawe.

En ella, se recibía la declaración noruega de muy buen grado, como continuadora de las declaraciones de Brasil y de Nueva Zelanda, señalando que «numerosos Procedimientos Especiales han documentado violaciones de los derechos humanos de lesbianas, gays, bisexuales y personas trans, que incluyen el uso de la pena de muerte, la tortura, las sanciones penales, el acoso policial, la violencia, las violaciones y agresiones sexuales, las agresiones, desapariciones, denegaciones de la libertad de expresión, redadas y clausuras de ONG's, así como discriminaciones en la educación, en el empleo, en la salud y en el acceso a una vivienda», urgiendo a todos los Procedimientos Especiales a que integrasen estos importantes temas de derechos humanos en sus órdenes, y solicitaban «un debate futuro en el seno del Consejo, con la vista puesta en la salvaguarda del principio de universalidad, y que asegure que todas las personas son tratadas como libres e iguales en dignidad y derechos, incluyendo sobre la base de la orientación sexual y la identidad de género».

Más adelante se presentó en la Asamblea General de Naciones Unidas el 28 de junio de 2006 (1º período de sesiones, tema 4 del orden del día) la **Exposición *«La promesa del Consejo de Derechos Humanos: Grupos marginados, Orientación sexual e Identidad de género»,*** presentada ante el Secretario General por Organizaciones No Gubernamentales [17], reconocidas como entidades consultivas especiales, en la que se comenzaba declarando que tales organismos se unían «a otros miembros de la comunidad internacional para dar la bienvenida al Consejo de Derechos Humanos, y participamos en esta sesión inaugural con un espíritu de optimismo y con ánimo de tener un diálogo constructivo»; se reconocía que han sido «numerosos los Procedimientos Especiales de la ONU que han expresado su preocupación por las violaciones de derechos humanos de lesbianas, homosexuales, bisexuales y personas transgénero», destacando que dichas violaciones consistían en arrestos arbitrarios, dejar a las personas sin alimento y sin agua, golpizas, violaciones sexuales y asesinatos. Se señalaba que el éxito que el Consejo de Derechos Humanos tenga para atender estas violaciones continuas a los derechos humanos en contra de grupos marginados será una prueba-indicador de la credibilidad y efectividad del proceso de reforma y de todas las Naciones Unidas como organismo. Se hacía un reconocimiento especial a aquellos Estados que se habían opues-

[17] Concretamente, Action Canada for Population and Development (ACPD), Canadian HIV/AIDS Legal Network, Centre for Women's Global Leadership (Global Center, CWGL), Coalición Internacional sobre la Salud de la Mujer, Global Rights, Servicio Internacional para los Derechos Humanos, y Women for Women's Human Rights (New Ways) (véase documento A/HRC/1/NGO/47).

to a estas cuestiones en el pasado pero que habían llegado a reconocer que existen lesbianas, homosexuales, bisexuales y personas transgénero en todas las regiones, culturas y religiones y que las violaciones a los derechos humanos en contra de estas comunidades deben recibir su justa atención en la agenda de derechos humanos de la ONU, siendo precisamente este espíritu de autorreflexión y de compromiso para con el cambio lo que alimenta la esperanza del funcionamiento futuro de este Consejo.

Dicha exposición concluía con una declaración de esperanza de futuro en los siguientes términos: «Esperamos de los Estados que tengan iniciativa para plantear cuestiones de orientación sexual e identidad de género. Esperamos de los Estados que salvaguarden el principio de universalidad y que garanticen que todas las personas sean verdaderamente tratadas como libres e iguales en dignidad y derechos. Esperamos de los Estados que apoyen el trabajo de los Procedimientos Especiales y que cooperen con ellos, y que respondan de manera oportuna, significativa y sustantiva para atender los problemas de derechos humanos que ellos identifiquen. Esperamos de los Estados que sean un reflejo directo de cómo cada uno puede mejorar su propio registro de derechos humanos y que participen en la Revisión Periódica Universal con un espíritu abierto y un compromiso con el cambio verdadero. Por último, esperamos de los Estados que acepten e incluso acojan con gusto el papel de las ONGs, ya que somos el apoyo a sus esfuerzos para cumplir con estos compromisos. De este modo, el Consejo de Derechos Humanos podrá cumplir exitosamente con su potencial. Esperamos con gusto trabajar con ustedes hacia la construcción de un mundo en donde todas las personas puedan ser tratadas igual: todas, con la misma libertad, dignidad y respeto».

Por último, hay que señalar que en la reunión del Consejo de Derechos Humanos a finales de marzo de 2007 se presentaron los Principios de Yogyakjarta, a los que se hará referencia más adelante, donde se propicia la aplicación de distintas normas de derechos humanos en relación a la orientación sexual y la identidad de género, afirmando la obligación primordial de los Estados de implementar los derechos humanos. La asunción por parte del Consejo de tales Principios sería un avance en el reconocimiento de los derechos de las personas homosexuales y transexuales.

Paralelamente el tema se ha tratado también en la misma Comisión en relación a las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias (así como en Grupos de Trabajo sobre detención arbitraria y en los distintos informes elaborados por un relator especial sobre dichas materias), emitiendo diversas Resoluciones respecto a las mismas, poniendo de relieve la preocupa-

ción que provoca la existencia en distintas partes del mundo de asesinatos, tratos inhumanos, humillaciones por razón de orientación sexual o por razón de sexo, haciendo un llamamiento a los Estados para que investiguen estas actuaciones y pongan los medios necesarios para que no se vuelvan a producir (así Resoluciones E/CN.4/RES/2000/31,E/CN.4/RES/2002/36, E/CN.4/RES/2003/53, entre otras muchas).

De otro lado, en el Consejo Económico y social se han venido presentando diversos informes sobre la situación de las personas LGTB en distintos países, y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha abordado en repetidas ocasiones la cuestión, así como también el primer órgano de vigilancia de los tratados que incluyó explícitamente referencias a la orientación sexual en su *Comentario General 14 sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud* [18]. Sin embargo, no se ha conseguido todavía ninguna resolución específica.

Por su parte, la aspiración más importante del movimiento LGTB en el ámbito del ECOSOC es conseguir el estatus de organismo consultivo de Naciones Unidas [19].

Dicha aspiración ha sido denegada en numerosas ocasiones, por recomendación negativa del Comité de ONG's. Sin embargo, en noviembre de 2006, el pleno de ECOSOC, reunido en Ginebra, concedió dicho estatus a tres asociaciones LGTB europeas: la Asociación Nacional Danesa para gays y lesbianas (LBL), la región europea de la Asociación Internacional de lesbianas y gays (ILGA Europa) y la Federación Gay alemana (LSVD). La norteamericana International Wages Due Lesbians y la australiana Coalition of Activist Lesbians tenían dicho estatus desde hace años. Más recientemente, dicho Consejo ha concedido, en reunión en Ginebra, el 23 de julio de 2007, en una votación que reconoce la importancia de incluir las voces de los grupos de derechos humanos de lesbianas, gays, transexuales y bisexuales (LGTB) en Naciones Unidas, el mencionado estatus a dos Organizaciones No Gubernamentales: la

[18] E/C.12/2000/4, apartado 18. Cfr. el citado documento de Amnistía Internacional *Los derechos humanos y la orientación sexual e identidad de género,* Índice AI: ACT 79/001/2004, 31 de marzo de 2004.

[19] Las solicitudes de obtención de dicho estatus le corresponde examinarlas y concederlo al Comité de ONG's del ECOSOC, el cual está formado por diecinueve países, de entre los cincuenta y cuatro que forman el ECOSOC, y que se renuevan cada año. Actualmente, 2.800 ONG's tienen reconocido el estatus consultivo en Naciones Unidas, de las cuales sólo siete ONG's son organizaciones de defensa de las personas LGTB.

Coalición gay-lesbiana de Quebec (Coalition gaie et lesbienne du Québec, CGLQ) y la Federación Sueca por los derechos de lesbianas, gays, bisexuales y transexuales (RFSL) [20].

Como se observa, la defensa de los derechos de las personas LGTB en Naciones Unidas ha sido muy reciente en el tiempo, pero aún no se ha conseguido una resolución específica sobre los mismos, y, consecuentemente, sobre la aplicación efectiva del principio de no discriminación por razón de orientación sexual e identidad de género. Ello se debe a que en algunos países que forman parte de este organismo, la homosexualidad todavía sigue siendo un delito, sancionado bien con la pena de muerte bien con prisión, y ello sin tener en cuenta la actitud hostil de la sociedad en estos países que provoca situaciones de violencia y de rechazo contra dichas personas, como se ha señalado anteriormente.

No obstante, es importante destacar también que en cada ocasión en que se ha producido una nueva declaración se han ido sumando más países, pues si en la Declaración Brasileña el grueso fundamental de los países que la apoyaron fueron predominantemente europeos (además de Cánada), en las dos declaraciones posteriores, se han adherido países de Latinoamérica, Asía, Africa, e incluso Estados Unidos.

Es de reseñar que en las tres declaraciones citadas en las que se solicitaba una respuesta clara de la ONU en relación al reconocimiento y protección de las personas LGTB, España se ha manifestado expresamente dando su apoyo y respaldando tales declaraciones, como no podía ser menos, dados los principios constitucionales de igualdad jurídica y no discriminación que rigen nuestro ordenamiento jurídico y la adhesión de nuestro país a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y demás Tratados internacionales de defensa y protección de los derechos de la persona.

---

[20] En una reunión del Comité celebrada los días 14 a 18 de mayo de 2007, se han debatido las solicitudes para alcanzar este estatus de las Federaciones LGTB de Suecia, Brasil y España. Como se ha señalado, el Consejo ha aprobado en julio la solicitud de la Federación de Suecia; sin embargo, la decisión sobre las solicitudes de Brasil y de España se ha pospuesto hasta la próxima reunión. El proceso de votación fue el siguiente: La moción pasó con 22 países que votaron a favor, 13 en contra, 13 abstenciones y 6 ausentes. Los miembros del ECOSOC que votaron a favor de garantizar un status en la Organización de las Naciones Unidas a las organizaciones CGLQ y RFSL fueron : Estados Unidos, Reino Unido, Albania, Austria, Bolivia, Brasil, Canadá, República Checa, Dinamarca, Francia, Alemania, Grecia, Guinea-Bissau, Islandia, Japón, Lituania, Luxemburgo, Méjico, Holanda, Nueva Zelanda, Portugal y Rumania. Los que votaron en contra fueron: Argelia, Bielorrusia, Benin, China, Guinea, Indonesia, Iraq, Pakistán, Federación Rusa, Arabia Saudita, Somalia, Sri Lanka y Sudán

II. LOS PRONUNCIAMIENTOS DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT) RESPECTO A LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS LGTB

La Organización Internacional del Trabajo ha redactado diversos documentos consagrando el principio de igualdad y no discriminación en el ámbito laboral.

En su Constitución se dice que la OIT se funda como una organización permanente encargada de trabajar por la realización del programa expuesto en el preámbulo de la misma y «en la Declaración relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo, adoptada en Filadelfia el 10 de mayo de 1944», cuyo texto figura como anexo a la propia Constitución» (art. 1, 1) [21].

El texto a que se hace referencia es la ***Declaración de los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo y de los principios que debieran inspirar la política de sus Miembros,*** la denominada Declaración de Filadelfia, adoptada por la Conferencia General de dicha Organización en la citada ciudad en su vigésima sexta reunión el 10 de mayo de 1944. En ella, en su punto II, se afirma que *«todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades»*, señalando que el logro de las condiciones que permitan llegar a este resultado debe constituir el propósito central de la política nacional e internacional, considerando que incumbe a la Organización Internacional del Trabajo examinar y considerar, teniendo en cuenta este objetivo fundamental, cualquier programa o medida internacional de carácter económico y financiero, pudiendo incluir en sus decisiones y recomendaciones, cualquier disposición que considere apropiada.

---

[21] El texto original de la Constitución de la OIT es de 1919, aunque ha sufrido diversas modificaciones posteriormente. Según datos de la propia Organización, la Constitución de la OIT fue redactada por la Comisión de Legislación Internacional del Trabajo instituida por la Conferencia de la Paz, celebrada en París, que marcó el fin de la Primera Guerra Mundial; incorporada en el Tratado de Versalles, establece por primera vez una relación entre la paz y la justicia social al declarar que «la paz universal y permanente sólo puede basarse en la justicia social». Por otro lado, cabe recordar que en 1946 la OIT se convierte en un organismo especializado de la Organización de las Naciones Unidas que acaba de ser creada, configurándose como el único órgano tripartito dentro de esta Organización. ***España*** ha formado parte de la OIT desde su fundación en 1919, con el largo paréntesis de 1941-1956 motivado por la implantación del régimen franquista en 1939. España se incorpora de nuevo a la OIT en 1956, después de haberlo hecho a la ONU.

En virtud de este principio de igualdad en el trabajo, se han redactado para su aplicación diversos Convenios, de los que conviene destacar el ***Convenio relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor (Convenio núm. 100),*** adoptado el 29 de julio de 1951 [22], en la trigésimo cuarta sesión de la Conferencia General en Ginebra, y especialmente, por el tema que tratamos, el ***Convenio relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación (Convenio núm. 111),*** adoptado el 25 de junio de 1958 por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en su cuadragésima segunda reunión [23], en base al mencionado punto II, a), de la Declaración de Filadelfia y considerando además que la discriminación constituye una violación de los derechos enunciados por la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

En este último se señala que el concepto de *discriminación en el trabajo*, considerando que dicho término comprende: «a) Cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación»; y «b) Cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación, que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados» (art. 1, 1). A efectos del Convenio se considera «empleo» y «ocupación» tanto «el acceso a los medios de formación profesional y la admisión en el empleo y en las diversas ocupaciones como también las condiciones de trabajo» (art. 1, 3).

Para lograr la eliminación de cualquier tipo de discriminación, en el Convenio se establece que los países firmantes del mismo se obligan a llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, comprometiéndose, entre otras cosas, a procurar obtener la cooperación de las organizaciones de empleadores y de trabajadores y de otros organismos apropiados, a promulgar leyes y promover programas educativos que por su índole puedan garanti-

[22] El Convenio ha sido ratificado por 164 países (50 de Africa, 33 de América, 30 de Asia y 51 de Europa, entre ellos España, que lo ratifico el 6 de noviembre de 1967).

[23] Este Convenio ha sido ratificado por 166 países (53 de Africa, 33 de América, 29 de Asia y 51 de Europa, entre ellos España, que también ratificó este Convenio en la misma fecha que el anterior).

zar la aceptación y cumplimiento de esa política; a derogar las disposiciones legislativas y modificar las disposiciones o prácticas administrativas que sean incompatibles con dicha política; a llevar a cabo dicha política en lo que concierne a los empleos sometidos al control directo de una autoridad nacional; y a asegurar la aplicación de esta política en las actividades de orientación profesional, de formación profesional y de colocación que dependan de una autoridad nacional (arts. 2 y 3).

En el desarrollo posterior de las actividades de la OIT en pro de la aplicación del principio de no discriminación en el ámbito laboral van a ser importantes algunos acontecimientos. Así, en 1995 la Cumbre Mundial de las Naciones Unidas sobre Desarrollo Social celebrada en Copenhague adoptó una serie de compromisos que definieron un nuevo campo de acción, acordando en el tercer compromiso de la Cumbre considerar que el pleno empleo es una prioridad básica de las políticas económicas y sociales, proteger los derechos básicos de los trabajadores y, con ese fin, promover «la observancia de los convenios pertinentes de la Organización Internacional del Trabajo, incluidos los que tratan de la prohibición del trabajo forzoso y el trabajo infantil, la libertad de asociación, el derecho de sindicación y de negociación colectiva y el *principio de la no discriminación*». Este proceso fue respaldado por la Conferencia Ministerial de la Organización Mundial del Comercio (OMC), celebrada en 1996 en Singapur, en la que declaró su respeto por las normas fundamentales del trabajo, señalándose que éstas eran de la competencia de la OIT.

Como consecuencia de todas estas actuaciones, en junio de 1998, los representantes de los gobiernos, los empleadores y los trabajadores, reunidos en la Conferencia Internacional del Trabajo, adoptaron la ***Declaración de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento,*** en la que se declara que, de acuerdo con su Constitución y la Declaración de Filadelfia, «todos los Miembros, de dicha conferencia», «aun cuando no hayan ratificado los convenios aludidos, tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios», entre ellos, «(d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación» [24].

[24] La Declaración abarca cuatro áreas: la libertad de asociación y la libertad sindical y el derecho de negociación colectiva; la eliminación del trabajo forzoso u obligatorio; la abolición del trabajo infantil, y *la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.*

En base a estos principios, la OIT emprendió una serie de acciones y programas para combatir las desigualdades derivadas de la discriminación.

Tales acciones se han dirigido, por un lado, a los gobiernos, tanto de los distintos países que están integrados en la OIT, como de aquellos que no lo están, con la finalidad, entre otras, de combatir la discriminación y promover la igualdad de trato y de oportunidades en el lugar de trabajo, mediante la ratificación de los dos principales instrumentos de este organismo en la materia, que son los citados *Convenio sobre igualdad de remuneración y Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación)*, intentando convencer de la necesidad de promulgar leyes especiales sobre el principio de no discriminación e igualdad en el lugar de trabajo, creación de organismos especiales, tanto estatales como no estatales, para ayudar a las presuntas víctimas de discriminación, promocionar planes nacionales de acción de lucha contra la misma, y controlar su aplicación.

Por otro lado, se han realizado determinadas acciones con instituciones de financiación para que se apliquen los principios que se recogen en estas declaraciones; con los servicios de inspección de trabajo, para que controlen las situaciones de discriminación, y con los interlocutores sociales (organizaciones de trabajadores y de empleadores), para que elaboren iniciativas para eliminar la discriminación en el lugar de trabajo y para que inscriban la igualdad como cuestión fundamental objeto de la negociación colectiva.

Por último, se han desarrollado políticas activas de mercado de trabajo, que afectan a los empleadores y empresarios con la finalidad de eliminar tales discriminaciones.

Si se ha observado, el principio de no discriminación se enuncia en todos los documentos señalados de una manera general, salvo alguna puntualización concreta, como las realizadas en la Declaración de Filadelfia, en la que se hace una mención expresa a la no discriminación por razón de sexo, y en el convenio núm. 111, en donde se hace referencia también al sexo y a «cualquier otra distinción, exclusión o preferencia» que provoque tal discriminación. Mas, aún cuando en estos documentos se menciona la discriminación por razón de sexo, no se menciona la discriminación por razón de orientación sexual o identidad de género; aunque, una interpretación extensiva de las causas de discriminación incluiría ambas situaciones como motivos de discriminación.

Será, sin embargo, en un documento informativo de este organismo, el segundo de los Informes de la OIT, donde se exponen los resultados de las acciones y programas desarrollados por este organismo para erradicar las situaciones de discriminación del lugar del trabajo, en donde se menciona

explícitamente la discriminación por razón de orientación sexual, no haciendo referencia a la discriminación por identidad de género.

Así, en el primer informe, *OIT: La hora de la igualdad en el trabajo, Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo,* de 2003 [25], solo se recogían como concretas situaciones de discriminación las relativas al género, a la migración, por razones de raza o etnia, por motivos religiosos y por origen social.

En el segundo Informe, *La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean,* de 2007 [26], que se emite con la misma finalidad de exponer los resultados obtenidos por la actividad de este organismo, se admiten como formas de discriminación recién reconocidas las debidas a la edad, *la discriminación basada en la orientación sexual,* en la discapacidad, y la persistencia de la discriminación de las personas infectadas por el VIH/SIDA, y como manifestaciones incipientes de discriminación, las basadas en factores genéticos y en estilos de vida.

El principal mensaje que en él se transmite, según el propio Informe, es que, para seguir combatiendo eficazmente la discriminación en el trabajo lo esencial es crear sociedades más equitativas para elaborar paradigmas y políticas, y que para progresar en esa dirección se debe promover la igualdad de oportunidades a fin de que tanto hombres como mujeres disfruten de un trabajo decente, sin perjuicio de su raza, religión, edad u *orientación sexual,* o de que tengan o no una discapacidad.

En dicho Informe se hace una referencia expresa a la discriminación basada en la orientación sexual, constatando su existencia en los lugares de trabajo si se sospecha que los trabajadores son gays, lesbianas, bisexuales o transexuales [27], reconociendo que las instituciones y los mecanismos de

[25] Informe I (B), Conferencia Internacional del Trabajo, 91ª reunión, Ginebra, 2003.

[26] Informe I (B), Conferencia Internacional del Trabajo, 96.ª reunión, Ginebra, 2007.

[27] En el Recuadro 2.10 de dicho Informe se señalan distintas manifestaciones de discriminación en el lugar de trabajo por motivos de orientación sexual, tales como denegación de empleo, despido, denegación de ascenso; acoso: bromas indeseables, indirectas y comentarios tendenciosos, abuso verbal, chismes difamatorios, apodos, intimidación y hostigamiento, falsas acusaciones de pedofilia, pintadas, llamadas telefónicas insultantes, anónimos, daños a los bienes, chantaje, violencia e incluso amenazas de muerte; denegación de prestaciones a la pareja del mismo sexo (por ejemplo, días de asueto adicionales por defunción de un familiar; prestaciones educacionales para los trabajadores y su familia; suministro de bienes y servicios de calidad por parte del empleador; prestaciones de supervivencia en los regímenes de pensiones profesionales o a los efectos del seguro de vida, y seguro de enfermedad para los trabajadores y su familia); y autoexclusión (por ejemplo, cuando los homosexuales evitan ciertos empleos, carreras o empleadores por temor a sufrir discriminación por su orientación sexual).

derechos humanos, tanto de ámbito nacional como internacional, otorgan cada vez mayor importancia a dicha discriminación, y afirmando, por último, que algunos países han desarrollado disposiciones legales por las que se veda la discriminación en el trabajo basada en la orientación sexual [28].

Por último, cabe hacer referencia al programa conjunto que OIT mantiene con ONUSIDA, y otros organismos integrados en el Programa de Naciones Unidas de lucha contra el SIDA, de cuya colaboración han surgido varios documentos en los que se establecen políticas y directrices para combatir el VIH/SIDA en el mundo del trabajo [29], padecimiento que ha incrementado aún más la discriminación de personas homosexuales y transexuales.

Entre tales documentos, y fruto de las de acciones realizadas por la OIT para la aplicación de los derechos fundamentales en el trabajo, conviene destacar el *Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT sobre el VIH/SIDA y el mundo del trabajo,* de 2001, en el cual, dadas las discriminaciones que se habían producido en el ámbito laboral hacia las personas afectadas por esta infección, se establecen una serie de recomendaciones prácticas que, según se señala en su propio Prefacio, pretende contribuir a prevenir la propagación de la epidemia, atenuar sus efectos en los trabajadores y sus familias y ofrecer protección social para hacer frente a la enfermedad; comprende principios fundamentales, como el reconocimiento de que el VIH/SIDA es un problema que afecta al lugar de trabajo, la no discriminación en el empleo, la igualdad de trato entre hombres y mujeres, el diagnóstico y la confidencialidad, la prevención, la asistencia y el apoyo como base para enfrentar la epidemia en el lugar de trabajo.

En su texto se hace una referencia expresa a las personas homosexuales al afirmar que «tendrían que elaborarse programas apropiados de prevención para los homosexuales activos del sexo masculino en consulta con estos trabajadores y sus representantes» (epígrafe 6.3, f).

Sin embargo, no se hace ninguna referencia específica a las personas lesbianas ni a las transexuales.

---

[28] En el propio Informe se señalan que los veinticinco Estados miembros de la Unión Europea ha desarrollado este tipo de normativa en los tres últimos años, tras la adopción de la Directiva de la UE sobre la igualdad, en la que se prohíbe, entre otras causas, la discriminación por razón de orientación sexual, aunque se han observado algunos fallos en la aplicación de dicha Directiva, como distintos conceptos de acoso o legislación nacionales en las que no se recoge aún la discriminación por razón de orientación sexual.

[29] Véase el repertorio de documentos emitidos por la OIT sobre el *VIH/SIDA* en el ámbito laboral en la página web de ILO, www.Ilo.org. La ILO es una agencia de Naciones Unidas con responsabilidad en el mundo del trabajo. En el año 2000 se creo el Programa de *VIH/SIDA* en el ámbito laboral denominado ILO Programme on HIV/AIDS and the vorld of work (ILO/AIDS).

III. LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS) ANTE LA SITUACIÓN DE LAS PERSONAS LGTB. PROGRAMA CONJUNTO CON ONUSIDA

El pronunciamiento más destacado que se puede atribuir a la Organización Mundial de la Salud es el realizado el 17 de mayo de 1992, en el que se eliminaba de la lista de enfermedades mentales la homosexualidad.

Hasta la novena edición de la Clasificación Internacional de Enfermedades y Problemas Relacionados con la Salud (CIE-9, o ICE-9, en versión inglesa) de dicha Organización, aprobada en 1975, con entrada en vigor en 1979, la homosexualidad se consideraba como «una inclinación o comportamiento sexual anormal».

En la décima edición de dicha Clasificación, aprobada el señalado 17 de mayo de 1992, la CIE-10, la homosexualidad desaparece como trastorno sexual al tratar de los «trastornos psicológicos y del comportamiento del desarrollo y orientación sexual», advirtiendo que «la orientación sexual en sí misma no se considera trastorno», por influencia de la postura adoptada respecto al tema por la Asociación de Psiquiatras Americanos (APA).

Por su parte, la *transexualidad* es catalogada por la OMS como un trastorno de la identidad sexual, así como el travestismo de rol dual [30].

La APA elaboró en 1952 un Manual de diagnóstico y estadística de los trastornos mentales (conocido con las siglas DSM), donde establecía una clasificación de los trastornos mentales, que a lo largo del tiempo ha sufrido diversas revisiones (en 1969, DSM-II; en 1980, DSM-III; en 1987, DSM-III-R; en 1994, DSM-IV, en 2000, el DSM-IV-R).

En diciembre de 1973, el Comité de Expertos de la Asociación Americana de Psiquiatría decidió eliminar la homosexualidad como trastorno mental, sustituyéndola por una nueva categoría, alteraciones de la orientación sexual [31]. Esta supresión se recogió en el DSM-II, y así se mantuvo en sucesivas revisiones.

---

[30] Al lado de esta categoría, se contempla otra, los trastornos de la preferencia sexual, entre los que se incluyen el fetichismo, el exhibicionismo, el transvestismo fetichista, el voyerismo, la pedofilia, el sadomasoquismo, trastornos múltiples de la preferencia sexual, trastornos de la preferencia sexual no especificados, trastornos psicológicos y del comportamiento asociados con el desarrollo y con la orientación sexuales, trastorno de la maduración sexual, orientación sexual egodistónica, trastorno de la relación sexual, entre otros.

[31] Sin embargo, el modo en que se produjo este cambio fue criticado por considerar que respondió a un carácter político más que científico, debido a las presiones del incipiente movimiento homosexual. Cfr. PEÑA GARCÍA, *ob. cit.*, pág. 79 y bibliografía allí citada.

En la revisión de 1980, el DSM-III señala que la homosexualidad en sí misma no debe considerarse una enfermedad o desviación sexual. No obstante, se incluye la denominada homosexualidad «egodistónica» en la categoría de «otros trastornos sexuales», definiéndose como «aquel síntoma o rasgo que es reconocido por el individuo como inaceptable o indeseable y que es vivido como ajeno»

Sin embargo, en la revisión de 1987, el DSM-III-R suprime definitivamente esta categoría, por considerar que casi todos los homosexuales pasan por una fase egodistónica [32].

En cuanto a la transexualidad se mantiene como un trastorno de la identidad sexual.

Estas clasificaciones han tenido una gran trascendencia en el ámbito de la psiquiatría [33], y también, como se observa, en la Organización Mundial de la Salud.

La supresión de la homosexualidad como enfermedad mental, se consideró como un logro por los movimientos LGTB, teniendo repercusiones jurídicas importantes.

Por otro lado, también ha prestado atención a la situación de las personas LGTB en algunas publicaciones oficiales [34], denunciando la discriminación que sufren las personas homosexuales, incluso entre los profesionales sanitarios, e insistiendo en que la orientación sexual no es una enfermedad.

---

[32] El DSM-III, sin embargo, realiza cinco clasificaciones de las identidades y prácticas sexuales: trastornos de la identidad sexual, parafilias, parafilias atípicas, otros trastornos sicosexuales, y trastornos psicosexuales no clasificados. El DSM-III-R las ordena en cuatro categorías: parafilias, parafilias no especificadas, trastornos sexuales no especificados, y otros trastornos piscosexuales. El DSM-IV, las reduce a tres: parafilias, parafilias no especificadas y trastorno de la identidad sexual no especificado, conservando la misma clasificación el DSM-IV revisado.

[33] No obstante, estas clasificaciones han recibido ciertas críticas de la doctrina, en cuanto se considera que se siguen clasificando ciertas actitudes o prácticas sexuales que no debieran ser consideradas como tales enfermedades, y se cuestiona el fundamento de las mismas. Véase GAMBOA BARBOZA, I., *La constitución de trastornos sexuales en psiquiatria,* en «Diálogos. Revista electrónica de historia», Escuela de Historia, Universidad de Costa Rica, vol. 7. núm. 1, febrero-agosto 2006, págs. 242-290, en la página web http://historia.fcs.ucr.ac.cr/dialogos.htm.

[34] Así, a título de ejemplo, el trabajo redactado por Rachel Baggaley, en colaboración con otros autores, *Impacto del asesoramiento y las pruebas voluntarias. Una revisión global de las ventajas y dificultades*, Ginebra, 2002, que, aunque no es un documento oficial de ONUSIDA, fue fruto de un Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA, y en el que se trataba de esta cuestión tan delicada y polémica como fue en su momento la aplicación del test del Sida, prestándose especial atención al colectivo de personas homosexuales.

En otro orden de cosas y a raíz de la aparición de la pandemia del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA), dado que uno de los primeros colectivos afectados fue el de los homosexuales, la OMS se ha preocupado de establecer pautas específicas para evitar la transmisión del virus VIH/SIDA entre las personas homosexuales, realizando estudios sobre la infección en estos colectivos [35] y formulando disposiciones para frenar la discriminación de las personas afectadas por el VIH/SIDA, de las cuales el colectivo de personas LGTB, el primer colectivo afectado por la pandemia, junto al de los toxicómanos, es el que ha padecido la discriminación más grave.

En esta línea, caben citar algunos documentos publicados por la OMS: Así, el Documento *SIDA: Evitar la Discriminación contra las personas infectadas y las que tienen SIDA*, adoptado en la 41ª Asamblea Mundial de la Salud en 1988 [36]; y *SIDA, Discriminación y Salud Pública*, emitido en 1988 [37].

La misma preocupación en relación al colectivo de personas homosexuales ha manifestado ONUSIDA, el Programa conjunto de las *Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA* [38].

---

[35] Documento AMS 41/1988/REC/1,22.

[36] Documento GPA 1988.

[37] Así, por ejemplo, cabe citar la revista «Acta Bioética», publicada semestralmente por el Programa de Bioética de la Organización Panamericana de la Salud/Organización Mundial de la Salud, OPS/OMS, en la cual, en su ejemplar Año XII, núm. 2º, de 2006, número monográfico dedicado al género, se dedicaban dos trabajos al colectivo de personas homosexuales: *Norrmalización del discurso homofóbico: aspectos bioéticos*, por María de la Luz Sevilla González y Nelson Eduardo Álvarez Licona, en el que se señala que la homofobia está presente en todo discurso, sólo que por la normalización de ciertas conductas de rechazo hacia los homosexuales no nos percatamos, analizando específicamente el discurso homofóbico del personal de salud, ya que la ética profesional dicta que este personal trate con respeto y dignidad a los pacientes; y sin embargo, se ha comprobado que existen actitudes prejuiciadas en las instituciones de salud que disminuyen la posibilidad de ayuda al paciente y generan mala relación y desconfianza, en págs. 199 y sigs.; y *Aproximación bioética a las terapias reparativas. Tratamiento para el cambio de la orientación homosexual*, por Gabriel Jaime Montoya Montoya, en el que se dice que la articulación temática entre bioética y estudios de género resulta evidente, además de vigente, en el análisis de las llamadas terapias reparativas para la «corrección» o cambio de la orientación homosexual, exponiendo los elementos básicos que, a manera de insumos, permiten el diálogo bioético sobre este asunto, y los fundamentos de la orientación sexual y su reconocimiento como un derecho humano; además, se toman algunos elementos teóricos respecto del empleo del poder médico como mecanismo de domesticación, y se analizan algunas características de las terapias reparativas y las razones que no hacen éticamente sustentable su aplicación, en págs. 211 y sigs.

[38] ONUSIDA reúne a ocho organizaciones de las Naciones Unidas en un esfuerzo común para luchar contra la pandemia del SIDA: el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), el Fondo de Población de Naciones Unidas (FNUAP), el Programa de Naciones Unidas para la Fiscalización Internacional de Drogas

ONUSIDA ha elaborado documentos de carácter general para luchar contra la discriminación de las personas *VIH/SIDA*; entre ellos, por ejemplo, se pueden citar las *Directrices internacionales sobre el VIH/SIDA y los derechos humanos*, en 1998 [39], en número de doce, que ha sido revisada posteriormente, y la *Declaración de Compromiso de lucha contra el VIH/SIDA*, de la Asamblea General de Naciones Unidas de 27 de junio de 2001, base del programa ONUSIDA.

Por otro lado, hay que destacar que ONUSIDA también ha mostrado preocupación especial por el colectivo de personas homosexuales afectado por la infección y ha elaborado algunos documentos específicos dirigidos a dicho colectivo. Así, *El SIDA y los varones que mantienen relaciones sexuales con otros varones*, Actualización técnica, noviembre de 1997; *El SIDA y las relaciones sexuales entre varones*, Actualización técnica, en Mayo de 2000 (primera revisión); *Impacto del asesoramiento y las pruebas voluntarias. Una revisión global de las ventajas y dificultades*, Ginebra, 2002 (considerado este documento como material fundamental), que dedica un capítulo a los varones que tienen relaciones sexuales con varones [40].

Además, ha confeccionado otros documentos, de carácter general, para luchar contra la discriminación producida por el VIH/SIDA, en los que hace referencia a las personas homosexuales afectadas por el síndrome. Entre ellos, cabe mencionar: *Campaña mundial contra el SIDA 2002-2003. Marco conceptual y base para la acción: Estigma y discriminación relacionados con el VIH/SIDA, 2002; y Violaciones de los derechos humanos, estigma y discriminación relacionados con el VIH. Estudios de casos de intervenciones exitosas*, de 2005.

La OMS y ONUSIDA, pues, también se han ocupado de establecer el principio de no discriminación para las personas LGTB en el ámbito sanitario y de la salud.

(PNUFID), la Organización Internacional de Trabajo (OIT), la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), la Organización Mundial de la Salud (OMS), y el Banco Mundial. Según señala la propia organización, ONUSIDA moviliza las respuestas de sus ocho organizaciones copatrocinadoras a la epidemia y complementa esos esfuerzos con iniciativas especiales. Su objetivo es encabezar e impulsar la ampliación de la respuesta internacional al VIH en todos los frentes: médico, de la salud pública, social, económico, cultural, político y de los derechos humanos, colaborando con múltiples asociados –gubernamentales y de ONGs, empresariales, científicos y de otros campos- para compartir conocimientos teóricos y prácticos así como prácticas óptimas más allá de las fronteras.

[39] Tales directrices figuran en el Anexo I del informe del Secretario General a la Comisión de Derechos Humanos en el documento E/CN.4/1997/37.

[40] Estos documentos pertenecen a la Colección ONUSIDA de Prácticas Óptimas.

IV. LOS PRONUNCIAMIENTOS DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS LGTB

En la Unión Europea se ha manifestado en numerosas ocasiones la preocupación por aplicar el principio de igualdad y no discriminación en todos los Estados pertenecientes a la misma.

En el ***Tratado constitutivo de la Comunidad Europea*** se señala en el artículo 6 que: «1. La Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros.-2. La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario».

En él se recoge también el principio de no discriminación. Así, en el artículo 12 figura la prohibición de ejercer toda discriminación por razones de nacionalidad. Y en el artículo 13, reformado por el *Tratado de Ámsterdam*, que complementó en el Tratado de la Comunidad Europea las garantías de no discriminación previstas en todos los demás Tratados, establece: «Sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u *orientación sexual*» [41].

La mención que se hace de la orientación sexual es muy reciente. En los preceptos anteriores de los Tratados antecedentes no se hacía referencia a esta causa de discriminación [42].

---

[41] Según versión dada por el Tratado de Maastricht de 7 de febrero de 1992 y el Tratado de Amsterdam de 2 de octubre de 1997, y modificado por el Tratado de Niza firmado el día 26 de febrero de 2001 (ley orgánica 3/2001, de 6 de noviembre, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Niza, 26 de febrero de 2001, modificado por acta de 23 de septiembre de 2003).

[42] Es necesario recordar que se han producido diversos tratados consecutivos que han ido reformando el tratado constitutivo inicial. Así, el primero de los tratados que harían posible la actual Comunidad fue el *Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA)*, firmado el 18 de abril de 1951 en París, entró en vigor el 23 de julio de 1952 y expiró el 23 de julio de 2002. El *Tratado de Roma*, constitutivo de la Comunidad Económica Europea (CEE), se

El ***Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales,*** firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, bajo los auspicios del Consejo de Europa, fundó un sistema original de protección internacional de los Derechos Humanos al ofrecer a los individuos el beneficio de un control judicial de sus derechos [43].

En particular el artículo 14 del mismo establecía la prohibición de discriminación, disponiendo:«El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación».

---

firmó en esa ciudad el 25 de marzo de 1957 y entró en vigor el 1 de enero de 1958. Su firma coincidió con la del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (Euratom), por lo que ambos son conocidos conjuntamente como los «Tratados de Roma». El Tratado de fusión, firmado en Bruselas el 8 de abril de 1965, entró en vigor el 1 de julio de 1967; en él se estableció una sola Comisión y un solo Consejo para las tres Comunidades Europeas entonces existentes. El *Acta Única Europea*, firmada en Luxemburgo y La Haya, entró en vigor el 1 de julio de 1987. El *Tratado de la Unión Europea*, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992, entró en vigor el 1 de noviembre de 1993; éste introdujo las adaptaciones necesarias para completar el mercado interior; el Tratado de Maastricht cambió el nombre de «Comunidad Económica Europea» por el más simple de «Comunidad Europea»; también introdujo nuevas formas de cooperación entre los gobiernos de los Estados miembros (por ejemplo, en defensa y justicia e interior); al añadir esta cooperación intergubernamental al sistema «comunitario» existente, el Tratado de Maastricht creó una nueva estructura con tres «pilares», de naturaleza tanto económica como política: es la denominada «Unión Europea» (UE). El *Tratado de Ámsterdam*, firmado el 2 de octubre de 1997, entró en vigor el 1 de mayo de 1999; modificó el texto y la numeración de los Tratados UE y CE, estableciendo la versión consolidada de ambos; los artículos del Tratado de la Unión Europea pasaron a designarse mediante números en lugar de letras (A a S). El *Tratado de Niza*, firmado el 26 de febrero del 2001, entró en vigor el 1 de febrero de 2003; sobre todo, reformó las instituciones para que la Unión pudiera funcionar eficazmente tras su ampliación a 25 Estados miembros en 2004 y a 27 Estados miembros en 2007. Hay que recordar cómo se ha producido la incorporación de nuevos miembros: en 1973 (Dinamarca, Irlanda y Reino Unido), 1981 (Grecia), **1986** (***España*** y Portugal), 1995 (Austria, Finlandia y Suecia), 2004 (Chipre, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Malta, Polonia y República Checa) y 2007 (Bulgaria y Rumanía).

[43] Dicho Convenio fue ratificado por ***España*** con fecha 26 de septiembre de 1979, y publicado en el Boletín Oficial del Estado de 10 de octubre de 1979. Revisado de conformidad con el Protocolo núm. 11 (fecha de entrada en vigor el 1 de noviembre de 1998). Véase RIVAS VAÑÓ, A., RODRÍGUEZ –PIÑERO ROYO, M.C., *Orientación sexual y no discriminación: el debate en Europa*, «Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social», núm. 52, 1999, págs. 3-38, donde realizan el análisis del artículo 8 y 14 del Convenio en relación con la orientación sexual y la identidad de género y la jurisprudencia emanada del TEDH en torno a estas materias, y *Orientación sexual y derecho europeo*, en «La protección de personas y grupos vulnerables en el derecho europeo» (coord. C. R. FERNÁNDEZ LIESA, F. M. MARIÑO MENÉNDEZ), 2001, págs. 293-332.

Como se observa, en este precepto no se menciona expresamente la no discriminación por razón de orientación sexual o de identidad de género; pero sin embargo, se cierra con una fórmula general en la que puede inscribirse dichas causas de discriminación.

El Convenio, ratificado por todos los Estados miembros de la Unión, instauró distintos organismos de control situados en Estrasburgo:

La Comisión, encargada de estudiar de antemano las demandas presentadas por Estados o, eventualmente, personas.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al que, en caso de solución judicial, acuden la Comisión o los Estados miembros, después del informe de la Comisión.

El Comité de Ministros del Consejo de Europa, que desempeña la función de guardián del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y cuya intervención se reclama para obtener una solución política del desacuerdo cuando el asunto en cuestión no haya sido remitido al Tribunal.

El número cada vez mayor de causas por instruir obligó a reformar el mecanismo de control instaurado por el Convenio, de modo que el 1 de noviembre de 1998 se sustituyeron dichos organismos por un único Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La simplificación de las estructuras permitió acortar la duración de los procedimientos y reforzar el carácter judicial del sistema.

Por otro lado, aunque se ha aludido con frecuencia a la idea de una adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea precisó en un dictamen de 28 de marzo de 1996 que la Comunidad no podía adherirse al Convenio dado que el Tratado CE no incluía competencias para dictar normas o celebrar acuerdos internacionales en materia de derechos humanos.

Esta situación no ha impedido que en el Tratado de Ámsterdam se insista en el respeto de los derechos fundamentales que el Convenio garantiza, ni que se formalice la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la materia. Por lo que se refiere a las relaciones entre ambos Tribunales, la práctica desarrollada por el Tribunal de Justicia de integrar los principios del Convenio en el Derecho de la Unión les ha permitido preservar su independencia y mantener la coherencia de sus trabajos.

No obstante, la Constitución, actualmente en proceso de ratificación, establece dotar a la Unión de personalidad jurídica, lo que permitiría su adhesión al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. También prevé la

incorporación de la Carta de los Derechos Fundamentales, que se proclamó el 7 de diciembre de 2000 en el Consejo Europeo de Niza, lo que permite que ésta sea jurídicamente vinculante

A raíz del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en diciembre de 1998, el Consejo Europeo reunido en Colonia del 3 al 4 de junio de 1999, decidió emprender la redacción de una Carta de Derechos Fundamentales para reunir los derechos fundamentales en vigor en la Unión en un único texto y darles mayor relevancia [44].

La ***Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*** fue proclamada solemnemente por el Consejo Europeo de Niza el 7 de diciembre de 2000. Está basada en los Tratados comunitarios, los convenios internacionales, incluidos el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 y la Carta Social Europea de 1989, las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros y en las declaraciones del Parlamento Europeo [45]. El texto incluye además una serie de derechos no contemplados en el CEDH, que se limita a proteger los derechos civiles y políticos. Entre ellos cabe mencionar los derechos sociales de los trabajadores, la protección de datos, la bioética y el derecho a una buena administración.

La Carta define, en sus 54 artículos agrupados en siete capítulos, los derechos fundamentales en lo tocante a dignidad, libertad, igualdad, solidaridad, ciudadanía y justicia.

En el Capítulo I, sobre la dignidad, el artículo 1 dispone: «La dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida».

---

[44] La redacción del proyecto de la carta se encomendó a un foro especial, una Convención, compuesta por 62 miembros, entre ellos representantes de las instituciones europeas y de los gobiernos de los Estados miembros.

[45] Los Propósitos de las Naciones Unidas son: 1. Mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz; y lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz; 2. Fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, y tomar otras medidas adecuadas para fortalecer la paz universal; 3. Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión; y 4. Servir de centro que armonice los esfuerzos de las naciones por alcanzar estos propósitos comunes.

En el Capítulo III, dedicado a la igualdad, el artículo 20, dispone: «Todas las personas son iguales ante la ley».

Y el artículo 21 establece el principio de no discriminación, disponiendo: «1. Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u *orientación sexual.* - 2. Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea y sin perjuicio de las disposiciones particulares de dichos Tratados».

He aquí, pues, que en la Carta de Derechos fundamentales se introduce el principio de no discriminación por razón de orientación sexual, que después será incorporado al Tratado Constitutivo de la Unión Europea, como ya se ha indicado. Sin embargo, no se menciona la discriminación por razón de identidad de género.

La ***Constitución Europea,*** en proceso de ratificación, supone un importante avance en lo que se refiere a la protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea. Incorpora la Carta de los Derechos Fundamentales y confiere competencia a la Unión para adherirse al Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). Por lo que a la lucha contra la discriminación se refiere, la Constitución Europea amplía las competencias de la Unión a la definición de los «principios básicos» de las medidas de fomento que deban emprenderse en este ámbito [46]. Al incorporar a la Constitución la Carta, que hasta ahora era una Declaración solemne de las instituciones, la Unión y sus Estados miembros se dotan de un catálogo de derechos fundamentales que será jurídicamente vinculante para los signatarios del texto. En ella se recoge la Carta de los Derechos Fundamentales en la Parte II, y en el Título III se recogen los transcritos artículos 20 y 21 de la Carta en los artículos II 80 y II 81, con el mismo contenido.

[46] Todavía está en proyecto el *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*, destinado a reemplazar todos los tratados existentes por un solo texto; es el resultado del trabajo de la Convención sobre el futuro de Europa y de una Conferencia Intergubernamental (CIG). La Constitución fue adoptada por los Jefes de Estado y de Gobierno en el Consejo Europeo de Bruselas el 17 y 18 de junio de 2004, y firmada en Roma el 29 de octubre de 2004. Tras el rechazo de la Constitución Europea por Francia y los Países Bajos en 2005, y después de un periodo de reflexión de dos años, el 23 de junio de 2007 los líderes de la UE acordaron dar el mandato para una nueva Conferencia Intergubernamental. Su cometido será elaborar un nuevo Tratado para la Reforma Institucional antes de finales de 2007.

En virtud de todos estas declaraciones, la Unión Europea ha emitido diversas disposiciones [47] sobre el principio de no discriminación por razón de orientación sexual e identidad de género y los derechos de las personas LGTB.

El ***Consejo de Europa,*** cuyo objetivo fundamental es «favorecer en Europa un espacio democrático y jurídico común, organizado alrededor del Convenio europeo de los derechos humanos y de otros textos de referencia sobre la protección del individuo», se ha pronunciado en varias ocasiones respecto al principio de igualdad y no discriminación de las personas LGTB. Entre ellas cabe destacar los siguientes pronunciamientos..

La *Recomendación 924 de la Asamblea de Parlamentarios del Consejo de Europa* de *octubre de 1981,* en la que se reconocía como un derecho de las personas «(…) el derecho de autodeterminación sexual de hombres y mujeres en edad legal de consentimiento prevista por las leyes del país donde viven y capaces de consentimiento personal válido», exhortando a los países cuyas leyes penalizaban las relaciones entre personas homosexuales adultas y consentidas a derogar dichas leyes, a la vez que se invitaba a la OMS a eliminar la homosexualidad de su catálogo de enfermedades, que, como se ha indicado, la suprimió en 1992. Este fue el primer reconocimiento por parte de un organismo internacional del derecho de una persona a su orientación sexual sin tener que sufrir discriminación por ello.

---

[47] Es conveniente recordar que la Unión Europea puede adoptar una variedad de actos normativos, que tienen muy diferente alcance. Así, el artículo 249 del Tratado de la Comunidad Europea establece: «Para el cumplimiento de su misión, el Parlamento Europeo y el Consejo conjuntamente, el Consejo y la Comisión adoptarán reglamentos y directivas, tomarán decisiones y formularán recomendaciones o emitirán dictámenes, en las condiciones previstas en el presente Tratado.- El *reglamento* tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro.- La *directiva* obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios.- La *decisión* será obligatoria en todos sus elementos para todos sus destinatarios.- Las *recomendaciones* y los *dictámenes* no serán vinculantes». Los dictámenes expresan una opinión sobre una cuestión determinada; las recomendaciones suelen ser invitaciones a adoptar una conducta determinada. Por su parte, el Artículo 254, modificado por el Tratado de Niza, dispone: «1. Los reglamentos, las directivas y las decisiones adoptados con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251 serán firmados por el Presidente del Parlamento Europeo y por el Presidente del Consejo y se publicarán en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas. Entrarán en vigor en la fecha que ellos mismos fijen o, a falta de ella, a los veinte días de su publicación. 2. Los reglamentos del Consejo y de la Comisión, así como las directivas de estas instituciones que tengan como destinatarios a todos los Estados miembros, se publicarán en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas.* Entrarán en vigor en la fecha que ellos mismos fijen o, a falta de ella, a los veinte días de su publicación. 3. Las demás directivas, así como las decisiones, se notificarán a sus destinatarios y surtirán efecto a partir de tal notificación».

La *Recomendación 1470, de 30 de Junio de 2000,* sobre inmigración y asilo a gays y lesbianas y a sus parejas.

La *Recomendación 1474, de 26 de septiembre de 2000,* sobre la situación de gays y lesbianas en Europa.

La *Decisión 2000/750/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000,* por la que se establece un programa de acción comunitario para luchar contra la discriminación (2001-2006) [48].

La *Recomendación 1635, de 25 de Noviembre de 2003,* sobre lesbianas y gays en el deporte.

Mayor importancia tienen las Directivas emitidas por el Consejo.

La *Directiva 2000/78/EC, de 27 de noviembre* relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, cuyo artículo 1 proclama: «La presente Directiva tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación».

Está Directiva, según el Consejo es adoptada considerando que la discriminación por motivos de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual puede poner en peligro la consecución de los objetivos del Tratado CE, en particular el logro de un alto nivel de empleo y de protección social, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social, la solidaridad y la libre circulación de personas (apartado 11); que a tal fin, se deberá prohibir en toda la Comunidad cualquier discriminación directa o indirecta por motivos de religión o convicciones, discapacidad, edad u *orientación sexual* en los ámbitos a que se refiere la presente Directiva; y que esta prohibición de discriminación se aplicará asimismo a los nacionales de terceros países, pero no se refiere a las diferencias de trato basadas en la nacionalidad y se entiende sin perjuicio de las disposiciones que regulan la entrada y la residencia de los nacionales de terceros países y su acceso al empleo y la ocupación (apartado 12); y que la prohibición de discriminación no debe obstar al mantenimiento o la adopción de medidas concebidas para prevenir o compensar las desventajas sufridas por un grupo de personas con una religión o convicciones, una discapacidad, una edad o una *orientación sexual* determinadas, y dichas medidas pueden permitir la existencia de organizaciones de personas de una

[48] Dotado con un presupuesto de 100 millones de euros.

religión o convicciones, una discapacidad, una edad o una orientación sexual determinadas organizarse cuando su finalidad principal sea promover de las necesidades específicas de esas personas (apartado 26).

En el artículo 2 se da una definición de discriminación aplicable al ámbito laboral, en buena medida tomada del Convenio núm. 111, que se tiene en cuenta en la propia Directiva:

«1. A efectos de la presente Directiva, se entenderá por principio de igualdad de trato la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1.

2. A efectos de lo dispuesto en el apartado 1:
   a) existirá discriminación directa cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos mencionados en el artículo 1;
   b) existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o *orientación sexual* determinadas, respecto de otras personas, salvo que:
      i) dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios; o que
      ii) respecto de las personas con una discapacidad determinada, el empresario o cualquier persona u organización a la que se aplique lo dispuesto en la presente Directiva, esté obligado, en virtud de la legislación nacional, a adoptar medidas adecuadas de conformidad con los principios contemplados en el artículo 5 para eliminar las desventajas que supone esa disposición, ese criterio o esa práctica.

3. El acoso constituirá discriminación a efectos de lo dispuesto en el apartado 1 cuando se produzca un comportamiento no deseado relacionado con alguno de los motivos indicados en el artículo 1 que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo. A este respecto, podrá definirse el concepto de acoso de conformidad con las normativas y prácticas nacionales de cada Estado miembro.

4. Toda orden de discriminar a personas por alguno de los motivos indicados en el artículo 1 se considerará discriminación con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1.

5. La presente Directiva se entenderá sin perjuicio de las medidas establecidas en la legislación nacional que, en una sociedad democrática, son necesarias para la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención de infracciones penales, la protección de la salud y la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos».

La *Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002,* que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo [49]. Esta Directiva tiene una importancia especial en relación a la situación de los transexuales, pues prohíbe la discriminación por motivos de sexo en el ámbito del empleo, señalando que la legislación comunitaria considera la discriminación contra transexuales como una forma de discriminación por motivos de sexo.

La D*irectiva 2004/58/EC10 sobre el derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a moverse y residir libremente dentro del territorio de los Estados miembro.* Esta directiva dice escuetamente que miembro de la familia es, entre otros, el cónyuge, así como la pareja registrada.

La *Directiva 2004/83/EC, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida,* que define el término «refugiado» como «nacional de un tercer país que, debido a fundados temores a ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas o pertenencia a determinado grupo social» [50].

Por último, hay que destacar la *Decisión del Consejo 771/2006, de 17 de mayo, por la que se establece el Año Europeo de la Igualdad de Oportunidades para todos (2007). Hacia una sociedad justa,* en la que El Parlamento y el Consejo de Europa, considerando, entre otras, la discrimina-

[49] DO L 269 de 5.10.2002, págs. 15-20.

[50] Señala MONTERO GONZÁLEZ, *ob. cit.,* que esta definición es ambigua y poco precisa, y que no ha sido bien acogida por los colectivos LGTB europeos ya que deja a las legislaciones nacionales respectivas dar contenido a lo que sea «grupo social», y , por lo tanto, a incluir en dichos grupos los constituidos en base a la orientación sexual.

ción por orientación sexual, señalando que «La no discriminación es un principio fundamental de la Unión Europea. Este principio debe tenerse en cuenta en todas las políticas de la Unión Europea», que «Sobre la base del artículo 13 del Tratado, el Consejo adoptó la Directiva 2000/43/CE, de 29 de junio de 2000, que aplica el principio de igualdad de trato para las personas independientemente de su origen racial o étnico en ámbitos como el empleo, la formación profesional, la educación, los bienes y servicios y la protección social, la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que prohíbe la discriminación por razones de religión o convicciones, discapacidad, *edad u orientación sexual*, y la Directiva 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro», y que «La consulta organizada por la Comisión por medio del Libro Verde titulado *Igualdad y no discriminación en la Unión Europea ampliada*, presentado el 28 de mayo de 2004, muestra que, en opinión de una gran mayoría de las personas interrogadas, la Unión debe intensificar sus esfuerzos para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u *orientación sexual*», por todo lo que se decidió proclamar el año 2007 como «Año Europeo de la Igualdad de Oportunidades para Todos» (art. 1).

En el artículo 2 se señalan como objetivos del Año Europeo los siguientes:

«a) Derechos: Concienciar sobre el derecho a la igualdad y a no sufrir discriminación así como sobre la problemática de la discriminación múltiple. El Año Europeo pondrá énfasis en el mensaje de que todas las personas tienen derecho al mismo trato, sin distinción de sexo, origen étnico o racial, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. El Año Europeo deberá permitir que la población expuesta a la discriminación conozca mejor sus derechos así como la legislación europea existente en materia de no discriminación.

b) Representación: Estimular un debate sobre las formas de aumentar la participación en la sociedad de los grupos víctimas de discriminación así como una participación equilibrada entre hombres y mujeres. El Año Europeo fomentará la reflexión y el debate sobre la necesidad de promover una mayor participación de estos grupos en la sociedad y su implicación en acciones destinadas a luchar contra la discriminación en todos los sectores y a todos los niveles.

c) Reconocimiento: Facilitar y celebrar la diversidad y la igualdad. El Año Europeo subrayará la aportación positiva que las personas, independientemente de su sexo, origen étnico o racial, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, pueden hacer a la sociedad en su conjunto, en particular poniendo el acento en las ventajas de la diversidad.

d) Respeto: Promover una sociedad con más cohesión. El Año Europeo aumentará la concienciación sobre la importancia de suprimir los estereotipos, los prejuicios y la violencia, de promover buenas relaciones entre todos los miembros de la sociedad, especialmente entre los jóvenes, y de impulsar y propagar los valores en que se basa la lucha contra la discriminación».

Por su parte, el ***Parlamento Europeo*** también ha emitido una serie de pronunciamientos en relación a los derechos de las personas LGTB. Entre ellos podemos señalar los siguientes.

La *Resolución del Parlamento Europeo de 13 de marzo de 1984, sobre las discriminaciones sexuales en el lugar de trabajo,* en la que se señalaba que «en la lucha contra las discriminaciones de cualquier tipo, no se pueden ignorar o aceptar pasivamente las discriminaciones, de hecho o de derecho, contra los homosexuales».

La *Resolución de 12 de septiembre de 1989 del Parlamento Europeo sobre la discriminación de los transexuales.* Reconoce el derecho a vivir de acuerdo con la identidad sexual, condena el hecho de que los transexuales estuvieran discriminados, marginados y a veces criminalizados en todas partes, e insta a los Estados miembros a realizar una serie de medidas, entre las que cabe destacar la inclusión del tratamiento de cambio de sexo en la Seguridad Social, la concesión de prestaciones sociales a los transexuales que hayan perdido su trabajo o su vivienda por razón de su adaptación sexual, la creación de consultorios para transexuales, la protección financiera a las organizaciones de autoayuda, la adopción de medidas especiales para favorecer el trabajo de los transexuales, el derecho al cambio de nombre e inscripción de sexo en la partida de nacimiento y documento de identidad, entre otras cosas.

La *Resolución de 8 de febrero de 1994, sobre la igualdad de derechos de los Homosexuales y de las Lesbianas en la Comunidad Europea*, conocida como Resolución Roth, por la ponente de la misma, la parlamentaria alemana Claudia Roth, en la que se recogen la totalidad de las reivindicaciones de los colectivos LGTB [51], y que, por su importancia cabe reproducir algunos de sus párrafos, en los que el Parlamento Europeo:

[51] Véase comentario de la Resolución en PÉREZ CÁNOVAS, *ob. cit.*, págs. 41-47, y TALAVERA FERNÁNDEZ, *La unión de hecho y el derecho a no casarse*, Granada, 2000, págs. 200-203.

«A. Considerando su postura a favor de la igualdad de trato para todos los ciudadanos y ciudadanas, independientemente de su orientación sexual,

B. Considerando la creciente presencia de las lesbianas y de los homosexuales en la opinión pública y la creciente pluralización de los estilos de vida,

C. Considerando, no obstante, que en muchos ámbitos sociales y a menudo desde el inicio de la adolescencia las lesbianas y los homosexuales están expuestos a bromas humillantes, intimidaciones, discriminaciones e incluso agresiones,

D. Considerando que los cambios sociales exigen en muchos Estados miembros una correspondiente adaptación de las disposiciones civiles, penales y administrativas en vigor para poner fin a las discriminaciones por razones de orientación sexual y que algunos Estados miembros ya han realizado dichas adaptaciones,

E. Considerando que la aplicación por los Estados miembros de disposiciones discriminatorias en sectores bajo jurisdicción comunitaria vulnera los principios fundamentales de los Tratados comunitarios y del Acta única, en particular, en el ámbito de la libre circulación de las personas conforme al art. 3 del Tratado CE,

F. Considerando la responsabilidad específica de la Comunidad Europea, en el marco de sus actividades y sus competencias, en lo que atañe a la igualdad de trato para todos los ciudadanos y ciudadanas, con independencia de su orientación sexual»,

Realiza unas reflexiones generales en las cuales:

«1. Reitera su convicción de que todos los ciudadanos y ciudadanas tienen derecho a un trato idéntico, con independencia de su orientación sexual;

2. Estima que la Comunidad Europea está obligada a velar por la aplicación del principio de la igualdad de trato con independencia de la orientación sexual de la persona en las disposiciones jurídicas ya adoptadas o por adoptar;

3. Expresa, además, su convicción de que la protección de los derechos humanos debe cobrar mayor relieve en los Tratados comunitarios y pide, por lo tanto, a las instituciones de la Comunidad que, en el marco de la reforma institucional prevista en 1996, preparen la creación de una organización europea encargada de velar por la igualdad de trato independientemente de nacionalidad, credo religioso, pigmentación de la piel, sexo, orientación sexual o demás diferencias;

4. Pide a la Comisión y al Consejo que, como primer paso para reforzar la protección de los derechos humanos, hagan efectiva la adhesión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, prevista en el programa de trabajo de la Comunidad de 1990»;

Por lo que solicita a los Estados Miembros:

«5. Pide a los Estados miembros que supriman las disposiciones jurídicas que criminalizan y discriminan las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo;

6. Pide que las limitaciones de edad con fines de protección sean idénticas en las relaciones homosexuales y heterosexuales;

7. Pide que se ponga fin al trato desigual de las personas de orientación homosexual en las disposiciones jurídicas y administrativas;

8. Hace un llamamiento al Reino Unido para que suspenda las disposiciones discriminatorias encaminadas a contener la presunta propagación de la homosexualidad, estableciendo así, en relación con el tema de la homosexualidad, las libertades en materia de opinión, prensa, información, ciencia y arte para los ciudadanos y ciudadanas homosexuales y pide a todos los Estados miembros que, en el fututo, respeten estos derechos a la libertad de opinión;

9. Pide a los Estados miembros que, en cooperación con las organizaciones nacionales de lesbianas y homosexuales, adopten medidas y realicen campañas contra las crecientes agresiones de que son objeto las personas homosexuales y que garanticen el procesamiento de los autores de estas agresiones;

10. Pide a los Estados miembros que, en cooperación con las organizaciones nacionales de lesbianas y homosexuales, adopten medidas y realicen campañas contra cualquier tipo de discriminación social en contra de los homosexuales;

11. Recomienda a los Estados miembros que adopten medidas para garantizar las organizaciones sociales y culturales de mujeres y hombres homosexuales tengan acceso a los fondos nacionales en las mismas condiciones que otras organizaciones sociales y culturales, que sus solicitudes se juzguen de conformidad con los mismos criterios que las solicitudes procedentes de otras organizaciones y que no se les perjudique por el hecho de ser organizaciones de mujeres y hombres homosexuales»

Y solicita a la Comisión de la comunidad Europea:

«12. Pide a la Comisión que presente una propuesta de recomendación sobre la igualdad de derechos de las lesbianas y de los homosexuales;

13. Considera que la base de recomendación debería ser la igualdad de trato de todos los ciudadanos comunitarios, con independencia de su orientación sexual, y el final de todas las formas de discriminación jurídica basada en la orientación sexual; pide a la Comisión que presente un informe al Parlamento, a intervalos de cinco años, sobre la situación de las personas homosexuales en la Comunidad;

14. Opina que la recomendación debería, como mínimo, tratar de poner fin:

— a la existencia de edades distintas y discriminatorias para el consentimiento necesario para mantener relaciones homosexuales y heterosexuales,

— a la persecución de la homosexualidad como atentado contra el orden público o las buenas costumbres,

— a toda forma de discriminación en el derecho laboral y relativo a los servicios públicos y a la discriminación en el derecho penal, civil, contractual y comercial,

— al almacenamiento electrónico de datos relativos a la orientación sexual de un individuo sin su conocimiento y consentimiento, o a la divulgación no autorizada o al uso indebido de dichos datos,

— a la prohibición de contraer matrimonio o de acceder a regímenes jurídicos equivalentes a las parejas de lesbianas o de homosexuales; la recomendación debería garantizar los plenos derechos y beneficios del matrimonio, permitiendo la inscripción de la convivencia,

— a toda restricción de los derechos de las lesbianas y de los homosexuales a ser padres, a adoptar o criar niños;

15. Pide a la Comisión que, en línea con el dictamen del Parlamento de 19 de noviembre de 1993 sobre la propuesta de reglamento por el que se modifica el Estatuto de los funcionarios así como el régimen aplicable a los otros agentes de las Comunidades en materia de igualdad de trato entre hombres y mujeres, inicie la lucha contra cualquier discriminación basada en la orientación sexual en su propia política de personal;

16. Encarga a su Presidente que transmita la presente resolución al Consejo, a la Comisión, a los Gobiernos y Parlamentos de los Estados miembros y de los países candidatos a la adhesión».

A pesar de las críticas que se ha hecho a esta Resolución en el sentido de negarle valor jurídico, lo cierto es que contribuyó a la igualdad de dichas personas en las legislaciones europeas y al surgimiento de iniciativas legislativas que luego se concretaron en la publicación de leyes de reconocimiento jurídico de las parejas del mismo sexo y de permisión del matrimonio.

La *Resolución de 8 de junio de 2005, sobre la protección de las minorías y las políticas de lucha contra la discriminación en la Unión Europea ampliada,* en cuyo punto 21 «Insta a las Instituciones de la Unión Europea, a los Estados miembros, a todos los partidos políticos democráticos europeos, a la sociedad civil así como a las asociaciones que forman parte de la misma que: (…) condenen todos los actos de violencia contra homosexuales y transexuales, incluidos el acoso, la humillación y la agresión verbal o física, tanto por parte de la administración pública como de particulares». En su punto 23 «Toma nota de que los prejuicios continuos y la homofobia siguen haciendo mella en el ámbito público y pide que la Unión Europea mantenga su presión sobre todos los Estados miembros para que respeten las normas internacionales y europeas sobre derechos humanos»; declarando en el punto 24 que «Está convencido de que se precisa una actuación contra la homofobia creciente; observa con preocupación la violencia cada vez mayor contra los homosexuales, así como el acoso en la escuela y en el lugar de trabajo, los comentarios llenos de odio hechos por líderes religiosos y políticos, el acceso limitado a la atención sanitaria (por ejemplo, exclusión del seguro o menor disponibilidad de órganos para trasplantes) y al mercado laboral; pide a la Comisión que presente una comunicación sobre los obstáculos a la libre circulación en la UE de parejas homosexuales casadas o legalmente reconocidas», y establece una serie de medidas conjuntas para eliminar la discriminación de las minorías.

La *Resolución de 18 de enero de 2006, sobre Homofobia en Europa,* en la que se condena todo tipo de violencia homófoba, incluyendo el lenguaje y el discurso del odio, e insta a los Estados miembros a que trabajen por la eliminación de toda discriminación por motivo de orientación sexual e identidad de género.

La Resolución de 26 de abril de 2007, sobre Homofobia en Europa, en la que se condenan las restricciones de algunos Gobiernos al derecho de reunión de la población LGTB, las gravísimas declaraciones de líderes polacos contra lesbianas y gays y los inadmisibles planes legislativos en materia de educación que se proponían en Polonia.

La Resolución de 14 de junio de 2007, sobre el aumento de la violencia racista y homófoba en Europa, a raíz de algunos episodios dramáticos de violencia ocurridos en Bélgica, Polonia y otros países y a declaraciones discriminatorias de algunos dirigentes políticos contra minorías religiosas y sexuales.

Como se observa,la Unión Europea, está realizando una labor a favor de los derechos de las personas LGTB [52], que ha contribuido y contribuye a un cambio en la legislación tanto de los países europeos como de los organismos internacionales, y a una modificación en las actitudes sociales [53].

En este sentido, resulta interesante resaltar los puntos relativos a la orientación sexual e identidad de género en los distintos Informes emitidos por la Asamblea de Parlamentarios y por la Comisión de Libertades y Derechos de los Ciudadanos, Justicia y Asuntos internos.

En el ***Informe de la Asamblea de 6 de junio de 2000, realizado por la comisión de Temas y Derechos Humanos, sobre la situación de los gais y las lesbianas en los Estados miembros del Consejo de Europa,*** se expone la situación del colectivo en los distintos Estados de la Unión Europea y se hace una propuesta de Recomendación al Comité de Ministros: añadir la orientación sexual a los motivos de discriminación prohibidos por la Convención Europea de Derechos Humanos, como pidió en su Opinión nº 216 (2000); ampliar el mandato del Comité Europeo contra el racismo y la intolerancia para incluir en él la homofobia en base a la orientación sexual; invitar a los Estados miembros: *a.* a incluir la orientación sexual entre los motivos de discriminación prohibidos por sus legislaciones nacionales; *b.* a suprimir de sus legislaciones cualesquiera disposiciones que permitan acciones penales por razón de actos homosexuales libremente consentidos

[52] Entiende Rey Martínez, F., en *Homosexualidad y Constitución,* en «Revista Española de Derecho Constitucional» (Nueva Época), núm. 73, enero-abril, 2005, págs. 130-131, que en la Unión Europea existe un derecho a la homosexualidad «porque de modo explícito se consagra la prohibición de la discriminación por razón de la orientación sexual».

[53] No obstante, Montero González, *lug. cit. útlt.*, observa que Europa «no es un paraíso», pues se ha constatado «como se restringen los derechos de reunión y asociación en varios países (Rusia, Letonia, Serbia, Moldavia, Polonia, etc.), cómo se reprimen las manifestaciones pacíficas del Orgullo LGTB (recientemente se ha visto en Rusia), cómo se promueven legislaciones restrictivas de derechos (como ya hemos visto que ocurre en Polonia) y las agresiones y la violencia son bastante más habituales de lo que pensamos, incluso en lugares como Países Bajos, Bélgica y también España, pese a tener legislaciones que reconocen la igualdad legal de las parejas del mismo sexo, con acceso al matrimonio incluido. Por no hablar de las muchas dificultades que las personas homosexuales pertenecientes a minorías religiosas siguen atravesando a la hora de vivir su sexualidad y no quedar excluidas socialmente».

entre adultos; *c.* a poner inmediatamente en libertad las personas encarceladas en razón de actos homosexuales libremente consentidos entre adultos; *d.* a aplicar la misma edad mínima de consentimiento para actos homosexuales y heterosexuales; *e.* a adoptar medidas positivas para combatir las actitudes homófobas, especialmente entre la clase médica, el ejército y la policía, mediante acciones de formación; *f.* a adoptar medidas disciplinarias, si fuera necesario, contra aquellas personas que discriminen a los homosexuales; *g.* a posibilitar la igualdad de trato de los homosexuales en materia de empleo; *h.* a adoptar una legislación que regule las parejas de hecho; e *i.* a reconocer la persecución de los homosexuales como causa de asilo.

En el ***Informe de 21 de junio de 2001, sobre la situación de los Derechos fundamentales en la Unión Europea,*** de la Comisión de Libertades y Derechos de los Ciudadanos, Justicia y Asuntos Internos, del Parlamento Europeo, se ofrece una visión general de la situación en Europa sobre la discriminación por orientación sexual [54].

En dicho Informe se señalaba que no existían cifras recientes sobre la situación de los homosexuales y las lesbianas en los Estados miembros, que permitiesen medir la situación y el posible aumento o disminución de la discriminación por razones de orientación sexual; pues el informe ILGA elaborado con ayuda de la Comisión [55] se había redactado hacia algunos años (1998). En Austria, Portugal e Irlanda, la legislación penal seguía incluyendo disposiciones que eran discriminatorias en función en la orientación o la conducta sexual. Se trataba de las llamadas disposiciones de *age of consent* que fijan una edad mínima por debajo de la cual el trato sexual es punible, disposiciones que implicaban un límite de edad superior para el trato entre personas del mismo sexo. La Comisión Europea por los Derechos Humanos determinó que tales disposiciones eran contrarias al Convenio Europeo de Derechos Humanos [56], y el Parlamento Europeo ha pedido en repetidas ocasiones a Austria que retire estas disposiciones [57]. En Portugal e Irlanda, en los

[54] En el Informe, Exposición de Motivos, Capítulo III, Igualdad, artículo 20: igualdad ante la ley, artículo 21: no discriminación, discriminación por orientación sexual, págs. 66/108 y sigs.

[55] *Equality for Lesbians and Gay Men; a relevant issue in the civil and social dialogue,* . Bruselas (ILGA), junio de 1998.

[56] *Sutherland contra UK*, nº 25186/94, 1 julio de 1997, Comisión Europea por los Derechos Humanos.

[57] Res. A5-0223/2001, adoptada el 5 de julio de 2001, apartados 80 y 83; Res. A5-0050/2000, adoptada el 16 de marzo de 2000, apartados 59 y 60; Res. A4-0468/98, adoptada el 17 de diciembre de 1998, apartado 53; Res. B4-0824 y 0852/98, adoptada el 17 de septiembre de 1998; Res. A4-0034/98, adoptada el 17 de febrero de 1998, apartado 69; Res. A4-0112/97, adoptada el 8 de abril de 1997, apartados 136 y 140; Res. A4-0223/96, adoptada el 17 de septiembre de 1996, apartado 84; Res. A3-0028/94, adoptada el 8 de febrero de 1994, apartado 6.

últimos años estas disposiciones no se aplicaban ya, mientras que en Austria en los últimos años se ejecutaron entre 20 y 40 condenas al año sobre la base de este artículo, siendo la condena de prisión mínima de 6 meses. En febrero de 2001, declaró preso de conciencia a un hombre que había sido arrestado sobre la base de este artículo [58]; era el primero preso político reconocido en Austria desde hacía décadas; en junio de 2002, el Tribunal Constitucional austríaco declaró esta disposición inconstitucional y el 13 de agosto de 2002 Austria suprimió el artículo 209 de su Código Penal [59].

Por lo que se refiere a las relaciones de parejas de hecho, el Informe pone de relieve que en los últimos veinte años, en la Unión Europea había aumentado enormemente el número de parejas que viven juntas sin contraer matrimonio. En 2000, el 33% de las parejas jóvenes (de menos de 30 años) no habían contraído matrimonio (al igual que el 8% de todas las parejas de la Unión Europea) y el 27% de los nacimientos tuvieron lugar fuera del matrimonio [60]. Asimismo aumentaron o se hicieron más visibles las parejas del mismo sexo que se registraron en un mismo domicilio. A finales del año 2000, más de 30.000 europeos mantenían una convivencia registrada [61].

Diferentes Estados miembros de la UE reconocen a las parejas de hecho y les adjudican derechos más o menos iguales que los asociados al matrimonio. En 2001 se aprobaron en Alemania, Finlandia y Portugal leyes que reconocen a las parejas de hecho [62], por lo que ahora éstas están reconocidas en siete países de la Unión Europea (Alemania, Dinamarca, Francia, Finlandia, Países Bajos, Portugal, Suecia). Por otra parte, y este es un dato muy importante, en 2001 en los Países Bajos se admitió el matrimonio entre personas de un mismo sexo [63]. Sin embargo, en otros países de la Unión su reconocimiento era incierto o no estaba regulado. En diferentes propuestas legislativas de la Comisión que afectaban a las relaciones familiares [64], se

---

[58] Cfr. Amnistía Internacional, Concerns 2002.

[59] Véase http://www.ilga-europe.org/: *archives, media releases, 24 june.*

[60] Véase *The Social Situation in the Unión Europea*, Eurostat/Comisión Europea, 2002, pág.61.

[61] Cfr. Kees Waaldijk in R. Wintemute, *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships: A study of National, European and International Law*, Oxford 2001, pág. 464.

[62] Salvo que se trate únicamente de relaciones entre personas del mismo sexo.

[63] En ese momento también en Bélgica se debatía una propuesta de ley parecida en el Parlamento., que luego se aprobó.

[64] COM (2000) 624, DOCE C 062 del 27.2.2001, entre tanto ya había una nueva propuesta sobre la mesa, concretamente COM (2002) 225; COM (2001) 127, DOCE C 240 del 28.8.2001 y COM (2001) 257, DOCE C 270 del 25.7.2001. En dos casos, la Comisión partió de la premisa de que entre los miembros de la familia (procedieran o no de terceros países) también se pueda entender a la pareja en aquellos Estados miembros que en su legislación nacional equiparan la situación de las parejas de hecho con la de las parejas casadas. En la otra propuesta relacionada

hablaba de la pareja no casada. Sin embargo, en el Informe se señalaba que, según el dogma del reconocimiento mutuo, sería más natural una solución que va más allá, en la que una pareja de hecho registrada en un país de la Unión Europea sea reconocida automáticamente en todos los demás países de la Unión, al igual que ocurre con los permisos de conducir, los diplomas y todo tipo de prescripciones técnicas.

También se pone de relieve la discriminación existente en el ámbito laboral, entre otras cosas, por razón de orientación sexual, señalando que la Comisión debe realizar una propuesta para evitar este tipo discriminación.

A la vista de todo ello, la propuesta de Resolución del Parlamento recomienda a los Estados Miembros la adopción de una serie de medidas para evitar la discriminación todavía existente en algunos países de las personas homosexuales, y, entre ellas, solicita *«El reconocimiento legal de los matrimonios homosexuales para reducir la discriminación entre los matrimonios heterosexuales y las parejas homosexuales»*. En dicha propuesta, entre otras cosas, también se pide a la Comisión que elabore una relación actualizada y comparativa de la situación de los hombres y las mujeres homosexuales en los Estados miembros que permita comprender el aumento o la disminución de los fenómenos discriminatorios, así como el éxito de las políticas europeas y/o nacionales en materia de lucha contra la discriminación; y recomienda a los Estados miembros que apliquen una política explícita y coherente para luchar contra la discriminación de los hombres y las mujeres homosexuales, así como para fomentar su emancipación e integración social y luchar contra los prejuicios por medio del sector cultural y educativo, lanzando una campaña de información y solidaridad a escala europea (apartados 79 y 80) [65].

En el ***Informe de 21 de agosto de 2003, sobre la situación de los Derechos fundamentales de la Unión Europea (2002),*** de la misma Comisión, depués de realizar un repaso de la legislación de la Unión Europea sobre esta materia [66], también se ofrece una visión general de la situación en ese momento de la discriminación por orientación sexual e identidad de género.

---

con la reunificación familiar, el Estado miembro ha de tener en cuenta diversos factores para juzgar si existe una relación de hecho duradera. Factores como por ejemplo tener un hijo en común, haber vivido juntos en el pasado o estar registrados como pareja.

[65] En el Informe, pág. 22/108.

[66] En el informe se denuncia que el Protocolo núm. 12 al CEDH (STE nº 177), aún no ha sido firmado por Dinamarca, España, Francia, Suecia y el Reino Unido y no ha sido ratificado por ninguno de los Estados miembros. Este Protocolo prohíbe de forma general toda forma de discriminación.

En dicho *Informe se expone* [67] *que millones de personas en Europa siguen siendo objeto de discriminaciones a causa de su orientación sexual o su género; sin embargo, en 2002* se registraron algunos avances. Así, en Austria, el Tribunal Constitucional declaró por fin anticonstitucionales las disposiciones del artículo 209 del Código Penal relativas a la edad del consentimiento entre homosexuales, y pidió al legislador que modificase dicho artículo antes de 2003. No obstante, a pesar de esta revisión del Código Penal, efectiva desde el 14 de agosto de 2002, los procedimientos entablados con anterioridad prosiguen, en lugar de haber sido suspendidos. Las edades de consentimiento de las relaciones sexuales en función de la orientación sexual siguen difiriendo y, por tanto, siendo discriminatorias, en Portugal, Irlanda y Grecia. En Finlandia, la ley de 3 de mayo de 2002 reconoce los derechos de los transexuales. La sentencia Goodwin/Reino Unido dictada por el Tribunal de Estrasburgo iba en el mismo sentido. En Suecia, la legislación que penaliza el odio racial se ha ampliado a las víctimas por razón de su orientación sexual. Por último, Bélgica autoriza el matrimonio entre homosexuales. En Italia, la ley de 2002 sobre la inmigración se niega a considerar que la persecución por causa de la orientación sexual dé derecho al asilo. Los Estados miembros deberían reconocer la persecución por causa de la orientación sexual o la identidad sexual en la definición de la condición de refugiados y solicitantes de asilo.

Por ello, se señala en el Informe, en primer lugar, que los Estados miembros deberían adoptar una definición jurídica más amplia de la familia que permita así reconocer los mismos derechos, en particular, para las relaciones entre personas del mismo sexo. En segundo lugar, que, de un modo general, la Unión Europea debería adoptar, antes o después, las disposiciones necesarias para permitir la libre circulación de las parejas homosexuales sin pérdida de los derechos que les hayan sido reconocidos en su país de origen. Y finalmente, que los Estados miembros deberían promover activamente la sensibilización y promover un planteamiento integrador de la antidiscriminación por motivos de orientación e identidad sexual en todas las políticas, programas e iniciativas pertinentes de la Unión Europea.

En concreto, en relación a la discriminación por razón de orientación sexual, en la propuesta de resolución del Parlamento, entre otras cosas, se pide una vez más a los Estados miembros que hagan desaparecer todas las formas de discriminación, legislativa o de facto, de que todavía son vícti-

[67] En la Exposición de Motivos, Capítulo III, Por la Igualdad, El principio de no discriminación (art. 21), punto 3, Los homosexuales, págs. 83/136 y sigs

mas los homosexuales, en particular en materia de derecho a contraer matrimonio y de adopción de niños; y recomienda a los Estados miembros que, en general, reconozcan las relaciones no maritales, tanto entre personas de distintos sexos como entre personas del mismo sexo, y concedan a dichas relaciones los mismos derechos que al matrimonio, adoptando, en particular, las disposiciones necesarias para permitir a las parejas el ejercicio del derecho (apartados 81 y 85) [68].

En el ***Informe de 22 de marzo de 2004, sobre la situación de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea (2003),*** de la misma Comisión, se ofrecía también una visión general de conjunto [69], señalando que millones de personas en Europa seguían siendo objeto de discriminación en razón de su orientación sexual o del sexo. Aunque el Parlamento Europeo había instado a todos los Estados miembros a autorizar el matrimonio y la adopción a las parejas de homosexuales y lesbianas, no se había producido un reconocimiento coherente de las relaciones entre personas del mismo sexo en la evolución legislativa reciente sobre el asilo y la inmigración o sobre el derecho a la libre circulación.

Respecto a la Directiva marco 2000/78 [70], Italia promulgó un decreto para la plena incorporación de la Directiva al Derecho nacional a fin de proporcionar protección contra la discriminación en el lugar de trabajo, pero incluyó disposiciones que permitían a la policía, a las fuerzas armadas y a los servicios penitenciarios y de protección civil la discriminación contra lesbianas, homosexuales y bisexuales. El Reino Unido introdujo una legislación con excepciones para las organizaciones religiosas que les permitía discriminar en razón de la orientación sexual, lo cual era contrario a la Directiva [71].

Por ello, en el Informe se señala que tarde o temprano la Unión Europea tendrá que dar los pasos necesarios para permitir que las parejas del mismo sexo circulen libremente por la misma sin perder los derechos que se les concede en sus países de origen.

---

[68] En el Informe citado, pág. 19/136.

[69] En la Exposición de Motivos del Informe, Capítulo III, Apoyar la igualdad, Discriminación por razón de orientación sexual, pág. 59/93. Por otro lado, ese mismo año se publicó el *Libro Verde. Igualdad y no discriminación en la Unión Europea ampliada* (COM (2004) 379 final- no publicado en el Diario Oficial), donde se hace repaso de todas las actividades realizadas en la Unión Europea hasta ese momento en materia de no discriminación, destacando el dato de la financiación a ILGA.

[70] Sólo había sido incorporada al Derecho nacional por tres Estados miembros, DO L 303/16 de 2.12.2000.

[71] Véase el informe de ILGA, Europe Activity Report, 2002/2003, pág. 3.

Asimismo observa que los Estados miembros deberían incrementar activamente la sensibilización y fomentar un enfoque transversal antidiscriminatorio respecto a la orientación sexual o el género en todas las políticas, programas e iniciativas relevantes de la Comunidad.

En su virtud, en la propuesta de Resolución del Parlamento, se pide una vez más a los Estados miembros que apliquen una política explícita y coherente para combatir la discriminación contra los homosexuales y las lesbianas, y fomentar su emancipación e integración social, en particular organizando una campaña de información y solidaridad a nivel europeo; asimismo, se pide a los Estados miembros que reconozcan a las parejas de hecho, tanto las formadas por personas de diferente sexo como del mismo sexo, y que les otorguen los mismos derechos que a las parejas unidas en matrimonio, en particular, los de adopción, residencia y libre circulación en la Unión Europea; acoge con satisfacción la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto Karner [72], en la que el Tribunal establece que, si los Gobiernos otorgan derechos o beneficios a las parejas formadas por personas de distinto sexo, deben otorgar los mismos derechos o beneficios a las parejas formadas por personas del mismo sexo (apartados 102-104) [73].

Por último, hay que señalar que ya se ha presentado en la citada comisión el Documento de trabajo sobre la situación de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea de los años 2004-2007, en cuyo texto se prevé la redacción de un informe sobre la situación de homofobia en Europa.

V. LA POSTURA DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMÉRICANOS (OEA) Y DEL MERCADO COMÚN DEL SUR (MERCOSUR)

La Organización de los Estados Americanos (OEA) reúne a los países del hemisferio occidental de América para fortalecer la cooperación mutua en torno a los valores de la democracia, defender los intereses comunes y debatir los grandes temas de la región y el mundo. Es el principal foro multilateral de la región para el fortalecimiento de la democracia, la promoción de los derechos humanos y la lucha contra problemas compartidos como la pobreza, el terrorismo, las drogas y la corrupción. Juega un papel central en el cumplimiento de los mandatos establecidos para la región a través del proceso de Cumbres de las Américas.

---

[72] *Karner contra Austria*, 40016/98 de 24 de octubre de 2003.

[73] Informe, Propuesta de Resolución, Capítulo III, Hacia la igualdad, Principio de no discriminación (art. 21), Discriminación por orientación sexual, pág. 19/93.

El 30 de abril de 1948, veintiún países del continente americano reunidos en Bogotá (Colombia) adoptaron la *Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA)*, y la *Declaración Americana de los Derechos del Hombre*, en las que afirmaban su compromiso con las metas comunes y su respeto por la soberanía de cada uno [74].

La Organización está compuesta por 35 Estados miembros: las naciones independientes de Norte, Sur y Centroamérica y el Caribe. La participación del gobierno de Cuba, un Estado miembro, ha estado suspendida desde 1962, por lo que participan activamente sólo 34 países. Naciones de otras regiones del mundo participan en calidad de Observadores Permanentes, lo que les permite seguir de cerca los problemas que afectan al hemisferio [75].

Según la Carta de la OEA, todos los países miembros están sujetos a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Además, una mayoría de los Estados miembros han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos y han aceptado la jurisdicción de la Corte Interamericana [76].

---

[74] Los principios consagrados por la OEA nacieron de una historia de cooperación regional que se remonta al siglo XIX. En 1826, el Libertador Simón Bolívar convocó el Congreso de Panamá con la idea de crear una asociación de Estados americanos. En 1890, la Primera Conferencia Internacional Americana, celebrada en la ciudad de Washington, estableció la Unión Internacional de las Repúblicas Americanas y su secretaría permanente, la Oficina Comercial de las Repúblicas Americanas, precursora de la OEA. En 1910, esta organización se convirtió en la Unión Panamericana. En 1948, en la IX Conferencia Internacional Americana, los participantes firmaron la Carta de la OEA y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. La transición de la Unión Panamericana a la OEA se realizó sin tropiezos. En 1959 se produjo la creación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). En 2001, en la Tercera Cumbre de las Américas, los líderes del hemisferio encomendaron a la Asamblea General de la OEA que preparasen una Carta Democrática Interamericana, que fue adoptada el 11 de septiembre en Lima, Perú.

[75] Los Estados miembros de la OEA son: 1. Miembros originales. Los siguientes veintiún países se reunieron en Bogotá en 1948 para la firma de la Carta de la OEA: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela. 2. Miembros posteriores: Barbados, Trinidad y Tobago (1967), Jamaica (1969), Grenada (1975), Suriname (1977), Dominica, Santa Lucía (1979), Antigua y Barbuda, San Vicente y las Granadinas (1981), Bahamas (1982), Saint Kitts y Nevis (1984), Canadá (1990), Belice, Guyana (1991).

[76] Los siguientes países son parte de la Convención Americana: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname, Uruguay y Venezuela. Los países que se han sometido a la jurisdicción obligatoria de la Corte Interamericana son: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname, Uruguay y Venezuela.

Dentro de la OEA, el sistema interamericano de derechos humanos ofrece un recurso a los ciudadanos que han sufrido la violación de sus derechos por parte del Estado. Los pilares del sistema son la *Comisión Interamericana de Derechos Humanos,* con sede en la ciudad de Washington, y la *Corte Interamericana de Derechos Humanos,* en San José, Costa Rica. Estas instituciones aplican el derecho regional relativo a los derechos humanos.

El sistema interamericano se basa en la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre,* adoptada en 1948, y en la *Convención Americana sobre Derechos Humanos,* adoptada en 1969. Ahora también en la Carta Democrática Interamericana, aprobada en 2001.

En la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre,* adoptada en la IX Conferencia Internacional Americana de 1948, en su Preámbulo, se dice que «Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros». Recogiendo esta idea, el artículo II de la misma establece que «Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna» [77].

En la *Convención Americana sobre Derechos Humanos,*[78], los Estados americanos señalan en su Preámbulo, su propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre; reconocen que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos; consideran que estos principios han sido consagrados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos que han sido reafirmados y desarrollados en otros instrumentos internacionales, tanto de ámbito universal como regional; reiteran que, con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del

[77] Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana. Bogotá, Colombia, 1948.

[78] Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos.

temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos, y consideran que la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria (Buenos Aires, 1967) aprobó la incorporación a la propia Carta de la Organización de normas más amplias sobre derechos económicos, sociales y educacionales y resolvió que una convención interamericana sobre derechos humanos determinara la estructura, competencia y procedimiento de los órganos encargados de esa materia.

En el artículo 1, 1, se establece que «Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social». Añadiendo en el número 2 que «Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano».

Por su parte, en el artículo 24 se establece el principio de igualdad ante la Ley y no discriminación disponiendo que: «Todas las personas son iguales ante a ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley».

Como se observa en estos documentos fundamentales, el principio de igualdad y no discriminación se expone de manera muy genérica, sin mencionar causas concretas.

No obstante, los supuestos de discriminación se han ido presentando ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre los cuales se han presentado casos de discriminación por orientación sexual.

En el Informe de la *Comisión Interamericana de Derechos Humanos* de 2006 se denunciaba que «la desigualdad continúa siendo un eje central del diagnóstico sobre la vigencia de los derechos humanos en la región. A pesar de ello, no es una cuestión que ocupe un espacio destacado en las políticas públicas de los Estados. Si bien durante los últimos años se consolidó un proceso de recuperación económica y en algunos países se redujeron los indicadores de pobreza e indigencia, siguen existiendo millones de personas que confrontan problemas de desempleo estructural, marginación social e inaccesibilidad a servicios sociales básicos. *Tampoco ha variado la situación de desigualdad fáctica y jurídica que afecta a las mujeres así como a grupos tradicionalmente discriminados, tales como los pueblos indígenas, los afrodescendientes y homosexuales*».

En este momento se está discutiendo en el ámbito de la Organización de Estados Americanos (OEA) el Anteproyecto de la *Convención Interamericana contra el Racismo y otras formas de discriminación,* que incluye expresamente la orientación sexual e identidad de género.

En su artículo 1, número 2, define la *discriminación* de la siguiente manera: «El término «discriminación» significa cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en la raza, color, etnia, sexo, edad, *orientación sexual,* idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra naturaleza, origen nacional o social, posición económica, condición de migrante, refugiado o desplazado, nacimiento, condición infectocontagiosa estigmatizada, característica genética, deficiencia, sufrimiento psíquico incapacitante o cualquier otra condición social que tiene por objetivo o efecto anular o restringir el reconocimiento, goce o ejercicio en un mismo plano (en igualdad de condiciones) de derechos humanos y libertades fundamentales en el ámbito político, económico, social, cultural o en cualquier otro ámbito de la vida pública y privada». Añadiendo que «No constituyen discriminación las medidas o políticas de diferenciación o preferencia que adopte el Estado parte con el único objetivo de promover la integración social y el adecuado progreso y desarrollo de personas y grupos que requieran la necesaria protección para garantizarles, en condiciones de igualdad, el goce o ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales, siempre que tales medidas o políticas no den lugar al mantenimiento de derechos separados para grupos diferentes y que no se perpetúen después de alcanzados sus objetivos. En circunstancias específicas, tales medidas o políticas, no son sólo admisibles, sino indispensables y obligatorias para garantizar el derecho a la igualdad ante la ley y la protección contra la discriminación».

Por otro lado en el punto 3 se establece que la *discriminación directa* se produce «en todos los casos de tratamiento diferenciado, en cualquier esfera de la vida pública o privada, basado en factores como la raza, color, etnia, sexo, edad, *orientación sexual*, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra naturaleza, origen nacional o social, posición económica, condición de migrante, refugiado o desplazado, nacimiento, condición infectocontagiosa estigmatizada, característica genética, deficiencia, sufrimiento psíquico incapacitante o cualquier otra condición social que no tenga un objetivo o justificación razonable. El tratamiento carece de objetivo o justificación razonable si no apunta a un fin legítimo o si no existe un vínculo razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo perseguido». Por su parte, «Se produce discriminación indirecta toda vez que, en cualquier esfera de la vida pública o privada, un factor

aparentemente neutro, como una disposición, criterio o práctica, no puede ser fácilmente satisfecho o cumplido por personas que pertenecen a un grupo específico definido en base a elementos como la raza, color, etnia, sexo, edad, orientación sexual, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra naturaleza, origen nacional o social, posición económica, condición de migrante, refugiado o desplazado, nacimiento, condición infectocontagiosa estigmatizada, característica genética, deficiencia, sufrimiento psíquico incapacitante o cualquier otra condición social, a menos que tal factor tenga un objetivo o justificación razonable. En ese caso, la misma reserva indicada para la definición anterior sobre la proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo perseguido se aplica al concepto de discriminación indirecta».

A continuación en el artículo 2 se detallan todos los actos y manifestaciones de racismo, discriminación e intolerancia.

En el artículo 3 se establece que «Todos los seres humanos tienen derecho al tratamiento igualitario ante la ley y a la protección contra la discriminación por motivos de raza, color, etnia, sexo, edad, *orientación sexual*, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra naturaleza, origen nacional o social, posición económica, condición de migrante, refugiado o desplazado, nacimiento, afección infectocontagiosa estigmatizada, característica genética, deficiencia, sufrimiento psíquico incapacitante o cualquier otra condición social».

Señalando a continuación en el artículo 4 una serie de derechos de las personas, entre los que se encuentra, en el apartado XII, *«el derecho a la identidad colectiva e individual»*.

Por su parte en el artículo 6 se detallan los deberes de los Estados para proteger este principio de no discriminación y los derechos reconocidos a las personas detallados en el precepto anterior.

Llama la atención que en el Anteproyecto se define en el artículo 1, apartado 6, lo que supone el *proyecto de vida:* «El sentido de la expresión «proyecto de vida» está asociado al concepto de realización personal y a las opciones de que dispone el ser humano para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone. Los seres humanos no gozan de plena libertad si, en función de un tratamiento discriminatorio, carecen de condiciones igualitarias para orientar su existencia. A los efectos de la presente Convención, la restricción o anulación del proyecto de vida de las víctimas del racismo, la discriminación o la intolerancia implica la reducción objetiva de sus libertades fundamentales, la pérdida de un valor existencial inherente a su dignidad y la violación de sus derechos humanos».

Por lo que se refiere al Mercado Común del Sur (MERCOSUR), esta organización fue creada por la República Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay el 26 de marzo de 1991 en el Tratado de Asunción, que constituye el proyecto internacional más relevante en que se encuentran comprometidos esos países.

Como el propio organismo señala, los cuatro Estados Partes que conforman el MERCOSUR comparten una comunión de valores que encuentra expresión en sus sociedades democráticas, pluralistas, defensoras de las libertades fundamentales, de los derechos humanos, de la protección del medio ambiente y del desarrollo sustentable, así como su compromiso con la consolidación de la democracia, la seguridad jurídica, el combate a la pobreza y el desarrollo económico y social en equidad [79]. En la Cumbre de Presidentes de Ouro Preto, de diciembre de 1994, se aprobó un Protocolo Adicional al Tratado de Asunción (el Protocolo de Ouro Preto) por el que se establece la estructura institucional del MERCOSUR y se le dota de personalidad jurídica internacional.

En diciembre de 2004, se creo las Altas Autoridades en Derechos Humanos de Mercosur y Estados Asociados (la RAADDHH), por la Cumbre de los Presidentes de los países miembros, que comenzó a funcionar a partir de mayo del 2005 como un foro de los Estados miembros del proceso de integración regional, para análisis y definición de políticas públicas en Derechos Humanos [80].

En la última reunión, celebrada los días 8 a 10 de agosto de 2007, se presentó a las Altas Autoridades un documento elaborado por la sociedad civil y los Gobiernos presentes, indicando la urgente necesidad de trabajar para erradicar la discriminación por orientación sexual e identidad/expresión de género en estos países y reconocer los Derechos a la Diversidad Sexual como Derechos Humanos [81].

---

[79] El objetivo primordial del Tratado de Asunción es la integración de los cuatro Estados Partes, a través de la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos, el establecimiento de un arancel externo común y la adopción de una política comercial común, la coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales y la armonización de legislaciones en las áreas pertinentes, para lograr el fortalecimiento del proceso de integración.

[80] Hoy, además de Brasil, forman parte también Argentina, Chile, Paraguay, Uruguay, Venezuela, Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú. Desde mayo de 2005 se han realizado diversas reuniones, en donde han estado presentes organizaciones no gubernamentales del movimiento LGTB (entre ellas IlGA), con el objetivo de incidir políticamente en la temática LGTB sobre las políticas de los países miembros de MERCOSUR.

[81] Este documento será analizado ahora por los Gobiernos, en la próxima reunión de las Altas Autoridades que tendrá lugar en Uruguay al final del segundo semestre. Después de la evaluación, el documento o la parte que del mismo que fuera posible consensuar entre los países miembros, deberá ser tramitado a través de las respectivas cancillerías.

Este documento [82] solicita en síntesis lo siguiente:

Generar o impulsar políticas públicas transversales en todas las áreas de gobierno leyes antidiscriminatorias, programas y acciones, en los órdenes de educación, de la salud, del trabajo, etc. que promuevan expresamente la no discriminación por orientación sexual e identidad/expresión de género, en especial aquellas que permitan el acceso a las personas transexuales en todos los ámbitos.

Promover la inclusión de contenidos relacionados a los Derechos Humanos de las personas LGBT en la educación (pública y privada, institucional y no institucional) a todos los niveles, incluyendo la formación docente, y fomentar campañas que pretendan eliminar los prejuicios sobre los cuáles se basan la discriminación por orientación sexual e identidad/expresión de género, promoviendo también la formación de grupos de investigación sobre temas relacionados con la diversidad sexual.

Tomar decisiones y acciones políticas que terminen definitivamente con la hostilidad, la discriminación, la persecución y la represión de las fuerzas de seguridad pública contra las personas LGBT, especialmente a las personas transexuales, en cada país.

Generar Leyes que garanticen a las personas LGBT y sus familias la misma protección y los derechos que los estados reconocen a las familias heterosexuales, a través de la creación de instituciones jurídicas como la sociedad de convivencia, unión concubinaria, pacto de unión civil o la equiparación del acceso al matrimonio para compañeros del mismo sexo.

Sancionar leyes que posibiliten a las personas transexuales los cambios de registros de nombre y de sexo, sin requisitos quirúrgicos o médicos de cualquier tipo, y que garanticen el acceso público y gratuito a los tratamientos y cirugías de cambio de sexo para aquellos/as que lo deseen.

Generar espacios institucionales específicos dentro del Estado que trabajen temas de discriminación por orientación sexual e identidad/expresión de género

Comprometer su voluntad política para impulsar el anteproyecto de Convención Interamericana contra el Racismo y otras formas de Discriminación que se está discutiendo en el ámbito de la OEA que incluya expresamente la orientación sexual e identidad de género.

[82] Puede verse el documento integro en la página web www.ilga.org.

Impulsar la creación de un Observatorio regional de prácticas discriminatorias que incluya la discriminación por orientación sexual e identidad/expresión de género, donde las organizaciones de la sociedad civil interactúen con las Altas Autoridades de Derechos Humanos de Mercosur y sus Parlamentarios.

VI. OTROS PRONUNCIAMIENTOS

Además de los organismos internacionales mencionados, existen otros pronunciamientos de otros organismos que, por su incidencia directa sobre los derechos de las personas LGTB, conviene tener en cuenta.

1. La Declaración de Montreal

A finales de julio y principios de agosto del año 2006 se celebró Montreal un encuentro multidisciplinar sobre temas LGTB, denominado *1ers. Outgames Montreal 2006*, en el que participaron, entre otros, activistas, profesores universitarios, escritores, artistas, y políticos.

En este encuentro se presentó la *Conferencia Internacional sobre los derechos humanos de LGTB*, de la cual se derivó una declaración conocida como la ***Declaración de Montréal,*** que recoge las aspiraciones del movimiento LGTB mundial.

En ella, partiendo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y su principio de no discriminación, se denuncia en su Preámbulo la situación de discriminación y violencia que viven las personas LGTB en el mundo, pues «Algunos países siguen sin aceptar otros dos aspectos de la diversidad humana: que dos mujeres o dos hombres se enamoren y que no sea el cuerpo con el que se nace lo que determine la identidad personal como mujer, como hombre o como ninguno de los dos», señalando que «para hacer realidad los derechos humanos de dichas personas, se precisan cambios en muchos niveles y en todas las partes del mundo: hay que garantizar derechos, cambiar leyes, trazar y aplicar nuevas políticas y adaptar prácticas institucionales».

Por ello, el objetivo de esta Declaración es «enumerar y explicar los cambios que necesitamos y elaborar un plan de acción a escala mundial».

La Declaración se estructura en un Preámbulo y cinco apartados.

El apartado 1 se dedica a los *Derechos fundamentales*, considerando que «la primera exigencia es salvaguardar y proteger los derechos más

básicos de las personas LGTB, derechos que están bien establecidos y que jurídicamente no admiten discusión». Entre ellos se solicita: a) la protección de la violencia del Estado y de la violencia privada; en concreto, se exige la eliminación de las legislaciones restrictivas de la libertad, el cese de las agresiones y su persecución efectiva por las fuerzas de orden público; b) la libertad de expresión, de reunión y de asociación; c) la libertad de tener relaciones sexuales con personas del mismo sexo, en privado, con consentimiento mutuo y entre adultos; exigiendo la supresión de la pena de muerte para dichas relaciones, la tipificación de los delitos de odio por homofobia y de las mutilaciones genitales que amenazan a las personas intersexuales, y el fin de los matrimonios forzosos.

El apartado 2 se refiere a los *Retos mundiales* que nuestra sociedad afronta de cara al futuro, abordando los siguientes temas: la pandemia del VIH/SIDA, señalando la urgente necesidad de luchar de manera decidida contra el VIH/SIDA a todos los niveles; el asilo, solicitando protección para las personas que son perseguidas en sus países por razón de su orientación sexual o identidad de género; las migraciones, solicitando derecho de residencia para las parejas de las personas LGTB, y la incorporación de los derechos LGTB en la agenda de Naciones Unidas.

El apartado 3 se dedica a la *Diversidad de la propia comunidad LGTB*, y la necesidad de protegerla y respetarla como un valor en sí misma, señalando como objetivos concretos, que se fomente la representatividad de las mujeres lesbianas, con quienes hay que acentuar relaciones estratégicas y de cooperación mutua, que se promueva una participación más activa de las personas procedentes del sur, y que se integren los temas transgénero como parte de la lucha común en pro de la igualdad y de la dignidad.

En el apartado 4 se hace referencia a la *Participación en la sociedad*, señalando que en muchos países se ha saldado con éxito la lucha contra normas y prácticas discriminatorias (como la eliminación de la homosexualidad de la lista de enfermedades mentales, la supresión en algunos países de la homosexualidad como delito, o la declaración de discriminación por razón de orientación sexual, etc.); sin embargo, junto a la constatación de estos avances que se vienen realizando en los últimos años en algunas partes del mundo, se reconoce también la necesidad de profundizar en esta labor, solicitando a los gobiernos políticas globales en contra de la discriminación por razón de orientación sexual e identidad de género, para lograr la igualdad legal y la social, y en áreas específicas como en el ámbito laboral, familiar, y en la educación, la atención sanitaria, los medios de comunicación y la religión.

Por último, el apartado 5, se refiere a *Crear el cambio social,* haciendo un llamamiento a todos los sectores de la sociedad, organizaciones LGTB, sindicatos, organizaciones profesionales y ONGs, empresas nacionales e internacionales, instituciones religiosas y organizaciones no confesionales, fundaciones y mecenas, gobiernos nacionales, comunidad internacional, a todos los países del mundo y a Naciones Unidas, para lograr la igualdad de derechos de todas las personas LGTB en todos los países del mundo.

También se solicita que el día 17 de mayo se proclame como *Día Internacional de Lucha contra la Homofobia.*

2. Los Principios de Yogyakarta sobre la aplicación del Derecho Internacional Humanitario en Relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género

Aún cuando ha habido avances en algunos países en relación al respeto a la dignidad y a los derechos de las personas LGTB, siguen existiendo violaciones de los derechos humanos por razón de orientación sexual e identidad de género.

Reconociendo esta situación, la Comisión Internacional de Juristas y el Servicio Internacional para los Derechos Humanos, en nombre de una coalición de organizaciones de derechos humanos de todo el mundo, puso en marcha un proyecto, según se señala en la Introducción de estos Principios, «encaminado a desarrollar una serie de principios legales internacionales sobre la aplicación del derecho internacional humanitario a las violaciones de los derechos humanos por motivos de orientación sexual e identidad de género, a fin de imbuir una mayor claridad y coherencia a las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos».

El proyecto fue realizado por un grupo de veintinueve especialistas en derecho internacional y derechos humanos procedentes de veinticinco países [83], reunidos en la Universidad de Gadjah Mada en Yogyakarta, Indonesia,

[83] Entre los firmantes se encuentran varios Relatores Especiales de las Naciones Unidas (sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, sobre violencia contra las mujeres, sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, sobre el derecho a una vivienda digna, sobre la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, sobre derechos humanos y solidaridad internacional, protección de Derechos humanos en la lucha contra el terrorismo), algún es presidente de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, miembros del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas, Profesores de Universidad, Magistrados y activistas LGTB, entre otros.

del 6 al 9 de noviembre de 2006, quienes adoptaron unánimemente los señalados Principios.

Esta Declaración consta de una Introducción, un Preámbulo, 29 principios, y 16 Recomendaciones adicionales.

Según se observa en la citada Introducción, estos Principios abordan la aplicación de distintas normas de derechos humanos en relación a la orientación sexual y la identidad de género. Los principios afirman la obligación primordial de los Estados de implementar los derechos humanos; cada principio va acompañado de detalladas recomendaciones a los Estados, aunque también se hace hincapié en que todos los actores tienen la responsabilidad de promover y proteger los derechos humanos.

Dicha Introducción finaliza señalando que «Los Principios de Yogyakarta afirman las normas legales internacionales vinculantes que todos los Estados deben cumplir. Prometen un futuro diferente en el que todas las personas, habiendo nacido libres e iguales en dignidad y derechos, pueden realizar ese preciado derecho».

En el Preámbulo, se recuerda que los «seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y que toda persona tiene derecho al disfrute de los derechos humanos, sin distinción de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición», y que históricamente las personas han sufrido violaciones de sus derechos humanos porque son lesbianas, homosexuales o bisexuales o se les percibe como tales, debido a su conducta sexual de mutuo acuerdo con personas de su mismo sexo o porque son transexuales, transgénero o intersex o se les percibe como tales, o pertenecen a grupos sociales que en algunas sociedades se definen por su orientación sexual o identidad de género.

En el mismo Preámbulo se define qué se entiende por orientación sexual y por identidad de género.

Se considera que la orientación sexual «se refiere a la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género».

Y que la identidad de género «se refiere a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modi-

ficación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales».

Se señala que la legislación internacional de derechos humanos afirma que todas las personas, con independencia de su orientación sexual o identidad de género, tienen el derecho al pleno disfrute de todos los derechos humanos, imponiendo una absoluta prohibición de la discriminación en lo concerniente al pleno disfrute de los derechos humanos, civiles, culturales, económicos, políticos y sociales, y que la comunidad internacional ha reconocido el derecho de las personas a decidir libre y responsablemente en asuntos relacionados con su sexualidad, incluyendo la salud sexual y reproductiva, sin sufrir coerción, discriminación, ni violencia.

En esta declaración se adoptan una serie de principios, que, por otra parte, como bien dice la propia declaración, son principios recogidos ya en normas internacionales, pero que en esta declaración se aplican explícitamente a las personas de todas las orientaciones sexuales e identidades de género.

Los veintinueve principios que conforman la declaración recogen los siguientes derechos:

El Derecho al disfrute universal de los Derechos humanos, en el que se señala que «Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Los seres humanos de todas las orientaciones sexuales e identidades de género tienen derecho al pleno disfrute de todos los derechos humanos». Este reconocimiento implica para los Estados el cese de legislaciones restrictivas para las personas LGTB.

El derecho a la igualdad y a la no discriminación, sin discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género, de manera que la ley debe prohibir toda discriminación y garantizar a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación. En esta declaración se señala que «la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género incluye toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en la orientación sexual o la identidad de género que tenga por objeto o por resultado la anulación o el menoscabo del reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de los derechos humanos y las libertades fundamentales», añadiendo que «la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género puede verse y por lo común se ve agravada por la discriminación basada en otras causas, inclu-

yendo el género, raza, edad, religión, discapacidad, estado de salud y posición económica». Se solicita de los Estados que consagren en sus Constituciones y legislaciones este principio de igualdad y no discriminación por razón de orientación sexual e identidad de género y garantías para que dichos principios sean efectivos.

El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, entendiendo que la orientación sexual o identidad de género que cada persona defina para sí, es esencial para su personalidad y constituye uno de los aspectos fundamentales de la autodeterminación, la dignidad y la libertad. Este derecho incluye que «ninguna persona sea obligada a someterse a procedimientos médicos, incluida la cirugía de reasignación de sexo, esterilización o terapia hormonal para el reconocimiento legal de su identidad de género».

El derecho a la vida, que incluye la eliminación de leyes que castigan con pena de muerte tener relaciones homosexuales; y la obligación del Estado de proteger a sus ciudadanos frente a toda violencia.

El derecho a la seguridad personal, que incluye la protección del Estado ante todo tipo de violencia contra la integridad personal sea cometido por funcionarios públicos o por cualquier otro individuo, grupo o institución.

El derecho a la privacidad, sin injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, y el derecho a la protección contra ataques ilegales a su honra o a su reputación. Añadiendo que el derecho a la privacidad «normalmente incluye el derecho a optar por revelar o no información relacionada con la propia orientación sexual o identidad de género, como también las decisiones y elecciones relativas al propio cuerpo y a las relaciones sexuales o de otra índole consensuadas con otras personas».

El derecho de toda persona a no ser detenida arbitrariamente.

El derecho a un juicio justo y a los recursos y resarcimientos efectivos ante violaciones de derechos humanos.

El derecho de toda persona privada de libertad a ser tratada humanamente, con respeto a la orientación sexual y la identidad de género, como base de la dignidad personal.

El derecho de toda persona a no ser sometida a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos y degradantes.

El derecho a la protección contra todas las formas de explotación, venta y trata de personas.

El derecho al trabajo, digno y productivo, en condiciones equitativas y satisfactorias.

El derecho a la seguridad y otras medidas de protección social, sin discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género.

El derecho a un nivel de vida adecuado, lo cual incluye el acceso a los medios de subsistencia básico.

El derecho a una vivienda adecuada, lo que incluye la protección frente al desalojo por motivos de orientación sexual e identidad de género.

El derecho a la educación, mencionando expresamente el respeto debido a la orientación sexual y la identidad de género, y señalando que los Estados deben asegurar que los métodos, currículos y recursos educativos sirvan para aumentar la comprensión y el respeto de, entre otras, la diversidad de orientaciones sexuales e identidades de género, incluyendo las necesidades particulares de las y los estudiantes y de sus madres, padres y familiares relacionados con ellas.

El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, señalando que la salud sexual y reproductiva es un aspecto fundamental de este derecho.

La protección contra abusos médicos, de manera que «ninguna persona será obligada a someterse a ninguna forma de tratamiento, procedimiento o exámenes médicos o psicológicos, ni a permanecer confinada en un centro médico, en base a su orientación sexual o identidad de género. Con independencia de cualquier clasificación que afirme lo contrario, la orientación sexual y la identidad de género de una persona no son, en sí mismas, condiciones médicas y no deberán ser tratadas, curadas o suprimidas».

El derecho a la libertad de opinión y de expresión, lo que incluye «la expresión de la identidad o la personalidad mediante el lenguaje, la apariencia y el comportamiento, la vestimenta, las características corporales, la elección de nombre o por cualquier otro medio, como también la libertad de buscar, recibir e impartir información e ideas de todos los tipos, incluso la concerniente a los derechos humanos, la orientación sexual y la identidad de género, a través de cualquier medio y sin consideración a las fronteras».

El derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas.

El derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, señalando que estos derechos «no pueden ser invocados por el Estado

para justificar leyes, políticas o prácticas que nieguen el derecho a igual protección de la ley o que discriminen por motivos de orientación sexual o identidad de género».

El derecho a la libertad de movimiento, libre circulación, y libertad de domicilio.

El derecho a procurar asilo, de manera que «en caso de persecución, incluida la relacionada con la orientación sexual o la identidad de género, toda persona tiene derecho a procurar asilo, y a obtenerlo en cualquier país. Un Estado no podrá remover, expulsar o extraditar a una persona a ningún Estado en el que esa persona pudiera verse sujeta a temores fundados de sufrir tortura, persecución o cualquier otra forma de penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes en base a la orientación sexual o identidad de género».

El derecho a formar una familia, señalando que «existen diversas configuraciones de familias. Ninguna familia puede ser sometida a discriminación basada en la orientación sexual o identidad de género de cualquiera de sus integrantes». Por ello, se recomienda a los Estados que garanticen el acceso a la adopción y a las técnicas de reproducción asistida, y que las leyes reconozcan la diversidad de formas de familia y aseguren que el matrimonio u otras sociedades de convivencia se contraigan sólo con el consentimiento libre y pleno de los cónyuges o parejas.

El derecho a participar en la vida pública, tanto interviniendo en la formulación de políticas que afecten a su bienestar como pudiendo acceder a todos los niveles de la función pública.

El derecho a participar en la vida cultural y a expresar la diversidad de orientaciones sexual e identidades de género a través de la participación cultural.

El derecho a promover los derechos humanos, que incluye la recomendación a los Estados para velar por el acceso a los órganos de derechos humanos nacionales e internacionales, y la obligación de ofrecerles protección ante cualquier discriminación, presión u otra acción arbitraria por parte del Estado o de sus autoridades.

El derecho a recursos y resarcimientos efectivos, frente a toda violación de los derechos humanos por razón de orientación sexual o identidad de género.

La exigencia de responsabilidad penal, señalando que «Toda persona cuyos derechos humanos sean violados, incluyendo los derechos a los que se hace referencia en estos Principios, tiene derecho a que a las perso-

nas directa o indirectamente responsables de dicha violación, sean funcionarios públicos o no, se les responsabilice penalmente por sus actos de manera proporcional a la gravedad de la violación. No deberá haber impunidad para autores de violaciones a los derechos humanos relacionadas con la orientación sexual o la identidad de género».

Por último, y aún cuando en cada uno de estos principios se efectúan recomendaciones a los Estados para hacerlos efectivos, se realiza una serie de recomendaciones adicionales a todos los órganos de Naciones Unidas, a la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, al Consejo de Derechos Humanos, a los Procedimientos Especiales, al ECOSOC, a la OMS y a ONUSIDA, a los órganos de Vigilancia de los Tratados, al Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, a organizaciones intergubernamentales regionales y subregionales, a las organizaciones no gubernamentales, humanitarias, profesionales, comerciales, a las instituciones y tribunales de derechos humanos nacionales y regionales, incluso a los medios de comunicación, y a las agencias financiadoras públicas y privadas, para que apoyen estos Principios, los asuman como propios e incluyan en sus protocolos y prácticas, y promuevan la tolerancia y aceptación de la diversidad de la orientación sexual y la identidad de género humanas .

3. Declaración Universal sobre los Derechos sexuales

Por la materia que nos ocupa, parece conveniente hacer una referencia a esta Declaración que fue adoptada por el *XIII Congreso Mundial de Sexología*, en junio de1997, celebrado en la ciudad de Valencia, en España [84], y que fue revisada y aprobada posteriormente por la Asamblea General de la Asociación Mundial de Sexología (WAS), el 26 de agosto de 1999, en el *XIV Congreso Mundial de Sexología*, celebrado en Hong Kong.

En ella se afirma que «La sexualidad es una parte integral de la personalidad de todo ser humano. Su desarrollo pleno depende de la satisfacción de las necesidades humanas básicas como el deseo de contacto, intimidad, expresión emocional, placer, ternura y amor», y que «La sexualidad es construida a través de la interacción entre el individuo y las estructuras

[84] Este Congreso tuvo lugar del 25 al 29 de junio de 1997, con la participación de delegados de 60 países, con el lema *Sexualidad y Derechos Humanos*. Esta declaración se convirtió en el documento base sobre el que se preparó la *Declaration of Sexual Right*s que fue aprobada por la Asamblea de la Asociación Mundial de Sexología (WAS) en el XIV Congreso Mundial de Sexología (Hong Kong, 1999). Asimismo, la *Declaración de los Derechos Sexuales* fue uno de los documentos oficiales para la elaboración del nuevo documento sobre *Salud Sexual* por un comité de expertos de la OMS (La Antigua, Guatemala, mayo 2000).

sociales. El desarrollo pleno de la sexualidad es esencial para el bienestar individual, interpersonal y social»

Por ello, se considera que «Los derechos sexuales son derechos humanos universales basados en la libertad inherente, dignidad e igualdad para todos los seres humanos. Dado que la salud es un derecho humano fundamental, la salud sexual debe ser un derecho humano básico».

Entre los varios derechos que se reconoce en esta Declaración, once en total [85], se pueden destacar los siguientes:

El Derecho a la Libertad Sexual, que abarca la posibilidad de los individuos de expresar su potencial sexual, pero que excluye todas las formas de coerción sexual, explotación y abuso en cualquier tiempo y situaciones de la vida.

El Derecho a la Autonomía Sexual, Integridad Sexual y Seguridad del Cuerpo Sexual. Este Derecho incluye la habilidad de tomar decisiones autónomas sobre la vida sexual de uno dentro de un contexto de la propia ética personal y social. También incluye el control y el placer de nuestros cuerpos libres de tortura, mutilación y violencia de cualquier tipo.

El Derecho a la Privacidad Sexual, que implica el derecho a tomar decisiones individuales y conductas sobre la intimidad siempre que ellas no interfieran en los derechos sexuales de otros.

Y, por último, el *Derecho a la Equidad Sexual*, que se refiere a la oposición a todas las formas de discriminación, independientemente del sexo, género, orientación sexual, edad, raza, clase social, religión o invalidez física o emocional.

VII. LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES Y DECISIONES DE LOS ORGANISMOS INTERNACIONALES

Se va centrar la atención en los pronunciamientos que ha habido en el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas y en las sentencias más relevantes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

---

[85] Otros derechos que se enuncian en la denominada Declaración de Valencia son el Derecho al placer sexual, el Derecho a la expresión sexual emocional, el Derecho a la libre asociación sexual, el Derecho a hacer opciones reproductivas, libres y responsables, el Derecho a información basada en el conocimiento científico, el Derecho a la educación sexual comprensiva y el Derecho al cuidado de la salud sexual.

1. Pronunciamientos del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas

La discriminación por razón de la orientación sexual ha sido tratada extensamente por los mecanismos de la Carta, los procedimientos especiales de la Comisión de Derechos Humanos y por órganos de vigilancia de los tratados de derechos humanos, así como por los mecanismos regionales de Derechos Humanos que expresamente se refieren a la orientación sexual.

Son muchas las decisiones que se han pronunciado por parte de estos mecanismos.

Una de las afirmaciones más importantes en relación a la discriminación por orientación sexual es que en las normas que prohíben la discriminación, la referencia a «sexo» incluye la orientación sexual. Por lo que se estima que cuando existe discriminación por orientación sexual, se están violando obligaciones de los Estados.

Por otro lado, a la vista de las múltiples violaciones de las personas por razón de su orientación sexual, el Comité de Derechos Humanos ha adoptado la práctica de solicitar información concerniente a las medidas adoptadas por los Estados parte para prevenir, atender y prohibir la discriminación, con vistas a que los Estados adopten iniciativas lo suficientemente amplias para derogar aquellas leyes y prácticas discriminatorias, incluyendo las basadas en la orientación sexual.

En virtud de las recomendaciones y decisiones de estos mecanismos, varios países en distintas regiones han adoptado en su legislación nacional medidas adecuadas para cumplir con sus obligaciones internacionales.

El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en los casos que se le han presentado ha considerado que los actos homosexuales pertenecen a la vida privada, y que se encuentran protegidos por el artículo 17, 1, del Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos de 19 de diciembre de 1966.

En este sentido cabe destacar el caso *Toonen c. Australia,* en el que el Comité aplicó esta postura en su Comunicación de 25 de diciembre de 1991.

El demandante cuestionaba dos artículos del Código Penal del Estado australiano de Tasmania que tipificaban las relaciones homosexuales voluntarias entre hombres y en privado. Aunque la policía no había detenido a nadie en relación con estos delitos durante años, consideraba que su convivencia con otro hombre, su actividad política en favor de los derechos de los gays, su libertad y su vida privada estaban siendo amenazadas por el Código Penal, alegando que ello le impedía expresar abiertamente su sexualidad y

que le perjudicaba laboralmente. El Comité examinó la proporcionalidad de la prohibición penal de la homosexualidad en relación con los dos fines alegados por el Gobierno de Tasmania, la salud pública y la moral mayoritaria, concluyendo que la criminalización de la homosexualidad no puede considerarse un medio razonable o proporcionado para prevenir la difusión del SIDA, pues no ha sido demostrada relación alguna entre dicha criminalización y el control de la enfermedad e, incluso, podría deducirse que precisamente la penalización tiende a lo contrario, a impedir que los programas de salud pública lleguen a colectivos cada vez más marginados y ocultos para rehuir la sanción penal. En relación con la moralidad pública, el Comité no acepta que las cuestiones morales sean exclusivamente un asunto de índole doméstica; y observa que las leyes que penalizaban la homosexualidad han sido derogadas en Australia (salvo en Tasmania), que incluso en ese Estado es manifiesto que no existe consenso sobre si debían derogarse o no esos preceptos penales y, finalmente, que esos preceptos no se están aplicando en la actualidad, por lo que «no están siendo juzgados como esenciales para la protección de la moral en Tasmania [86].

También se puede mencionar el caso *Edward Young c. Australia* en el que el Comité en su Comunicación de 18 de septiembre de 2003, recuerda su jurisprudencia anterior de que la prohibición de la discriminación en virtud del artículo 26 incluye también la discriminación basada en la orientación sexual, llegando a la conclusión de que el Estado Parte ha violado el artículo 26 del Pacto al denegar al actor una pensión sobre la base de su sexo u orientación.

Es de señalar que el Comité recibe numerosos casos, que por su abundancia no se van a reseñar, pero siempre ha protegido a las personas de cualquier situación de discriminación que hayan padecido.

En sus observaciones e informes sobre la situación de los derechos de las personas LGTB en los diversos países, el Comité ha recomendado siempre que adopten medidas para eliminar y prohibir todo tipo de discriminación por razón de orientación sexual, suprimiendo todas las disposiciones que penalizan las relaciones homosexuales privadas entre adultos y consentidas y los actos de violencia contra personas homosexuales.

También se recomienda que se suprima el lesbianismo como delito sexual y reconozca la igualdad jurídica de la mujer, admitiendo las posibi-

[86] Véase MOLINER Navarro, R. Mª., *El matrimonio de personas del mismo sexo en el Derecho comparado,* en «Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo» (Alventosa del Rio, J, dir.), «Cuadernos de Derecho judicial», CGPJ, XXVI, Madrid, 2006, pág. 203.

lidades de diferentes opciones sexuales (lo que igualmente recomiendan el Comité de Derechos económicos, sociales y culturales y el Comité sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer).

2. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) fue instituido en el artículo 38 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, adoptado en Roma el 4 de noviembre de 1940.

Resulta conveniente señalar que las Resoluciones del Tribunal son vinculantes para los Estados miembros en los términos señalados en los artículos 53 y 54 del citado Convenio [87]. Por su parte el artículo 25 establece la competencia de este Tribunal para conocer de los recursos individuales, una vez agotadas las vías judiciales internas propias del país a cuya nacionalidad pertenece el demandante [88].

Al igual que en nuestro país, las relaciones homosexuales estuvieron tipificadas como delito en la mayoría de los países europeos hasta fechas recientes. La propia jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos hasta principios de los años ochenta, vino a confirmar la legitimidad de dicha tipificación penal [89], aunque después ha rectificado tal postura.

En la primera etapa, hasta principios de los años ochenta, la Comisión de Derechos Humanos solía rechazar las demandas presentadas por homosexuales contra distintos aspectos de la criminalización de la homosexualidad en las legislaciones nacionales de los Estados miembros.

---

[87] El artículo 53, que se refiere a la protección de los derechos humanos reconocidos, establece: «Ninguna de las disposiciones del presente Convenio será interpretada en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que ésta sea parte». Por su parte, el artículo 54, dispone: «Ninguna de las disposiciones del presente Convenio prejuzgará los poderes conferidos al Comité de Ministros por el Estatuto del Consejo de Europa».

[88] España se encuentra sometida a las decisiones de dicho Tribunal, dado que firmó el citado Convenio, por aplicación de lo establecido en los arts. 10, 2, y 96, 1, de la CE. Las STC 64/1988, de 12 de abril, 36/1991, de 14 de febrero, y 245/1991, de 16 de diciembre, estimaron que las sentencias de aquel Tribunal sirven para interpretar los derechos fundamentales, reconocidos en el Convenio, en el ámbito interno del derecho de los Estados firmantes del mismo.

[89] La división en dos grandes etapas la realiza MOLINER NAVARRO, *ob. cit.*, págs.199 y sigs., siguiendo a NAVARRO VALLS, R., *Matrimonio y Derecho,* Madrid, 1995, págs. 91-94.

Entre estos pronunciamientos se pueden señalar por un lado, *la Decisión 104/55, de 17 de diciembre de 1955,* en la que se rechazó el recurso de un ciudadano alemán contra la RFA, condenado a 15 meses de prisión en aplicación del Código Penal alemán, considerando «que la Convención permite a una Alta Parte contratante establecer, en su legislación, la homosexualidad como infracción punible y, por tanto, injerirse en la vida familiar y privada cuando se trata de proteger la salud y la moral» (art. 8.2 de la Convención), añadiendo en relación al artículo 14 de la Convención, relativo a la discriminación por razón de sexo, que ello «no excluye la posibilidad de establecer una diferenciación entre los sexos para las medidas que la Alta Parte contratante adopte con respecto a la homosexualidad, para la protección de la salud o de la moral». Por otra parte, en la *Decisión 5935/75, de 30 de septiembre de 1975,* un ciudadano alemán demanda también a la RFA por hechos acaecidos tras la reforma del Código Penal de 1969, despenalizando la homosexualidad entre adultos, ya que el Código había dejado vigente la sanción para el «varón de más de dieciocho años que cometa un atentado contra el pudor sobre la persona de otro varón de menos de veintiún años». El recurrente había sido condenado a dos años por cometer actos impúdicos con individuos del mismo sexo, alguno de ellos menor de edad. Alegaba que la represión de la homosexualidad en los términos establecidos por la reforma del Código penal alemán continuaba siendo una intervención abusiva del Estado en la vida privada. La Comisión volvió a rechazar la demanda, por el mismo argumento anterior, estimando que los Estados pueden establecer edades diversas para la penalización de las actividades penales tanto de homosexuales como de heterosexuales [90].

Esta postura del Tribunal Europeo de Derechos Humanos cambiará en el caso *Dudgeon,* en la sentencia de 22 octubre de 1981 [91]. El supuesto de hecho era el siguiente: un ciudadano británico, homosexual y residente en Irlanda del Norte, dirigió una campaña durante varios años para reformar el Derecho del Ulster sobre la homosexualidad. En él se integran dos antiguas Leyes (una de 1861 y otra de 1885) por las que se castigan los actos de *buggery* y atentado grave al pudor y la decencia, en público o en privado, con penas que en el primer caso pueden llegar a la prisión perpetua y en el segundo caso a dos años de reclusión. Sin embargo, las relaciones entre

[90] Véase PÉREZ CÁNOVAS, N., *Homosexualidad, homosexuales y uniones homosexuales en el Derecho español,* cit., págs. 53-61.

[91] MOLINER NAVARRO, *ob. cit.,* pág. 201; REY MARTÍNEZ, F., *Homosexualidad y Constitución,* «Revista Española de Derecho Constitucional» (Nueva Época), núm. 73, enero-abril 2005, págs. 120-123.

lesbianas adultas no se consideran delictivas. En un registro efectuado por la policía en busca de estupefacientes, se descubren documentos concernientes a las actividades sexuales de *Dudgeon* y se le detiene. *Dudgeon* recurre ante la Comisión sosteniendo que el Derecho penal del Norte de Irlanda, que prohíbe los actos de homosexualidad, en privado, entre hombres adultos, consolida un atentado contra el respeto a su vida privada. Alega también ser víctima de una discriminación contraria al artículo 14 de la Convención, en la medida en que la Ley del Ulster es más rigurosa con los homosexuales hombres que con las mujeres.

El TEDH estimó por mayoría que *Dudgeon* había sufrido un atentado a su vida privada. Sin embargo, advierte una cierta legitimidad a los Estados para regular las situaciones de homosexualidad, sobre todo en lo concerniente a los menores de veintiún años [92].

Hay que recordar que en la década de los noventa se produce en la ONU la reivindicación de las personas homosexuales reclamando el reconocimiento de su orientación sexual y su derecho a no ser discriminados por esta razón; postura que también se reproduce en la Comunidad Europea, en la cual muchos de sus Estados pertenecen a Naciones Unidas. Durante esta época se van a producir las declaraciones del Parlamento Europeo a favor del principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo y de orientación sexual, entre otras.

El TEDH ha reiterado la postura adoptada en el caso *Dudgeon* en todas sus resoluciones posteriores.

Entre sus sentencias más destacadas se pueden citar el caso *Norris c. Irlanda,* en sentencia de 30 de noviembre de 1987; el caso *Modinos c. Chipre,* en sentencia de 22 de abril de 1993; el caso *A.D.T. c. Reino Unido,* en sentencia de 31 de octubre de 2000, en el que el TEHD también falló que se había violado el derecho al respeto de la vida privada (art. 8.1 CEDH) de una persona detenida en posesión de varias cintas de vídeo en las que aparecía con otros varones practicando sexo [93], aunque no realizó ninguna consideración sobre la legislación del Reino Unido; en el mismo sentido, el *caso B.B. c. Reino Unido,* en sentencia de 10 de febrero de 2004; y los *casos L.* y *V.* y *S.L. c. Austria,* en sendas sentencias de 9 de enero de 2003, el caso *Wolfmeyer c. Austria,* en sentencia de 26 de mayo de 2005, en las que también consideró contrario al art. 14 del Convenio, en relación

[92] Un año después de la sentencia Irlanda del Norte despenalizaba los actos homosexuales entre adultos a partir de los veintiún años.

[93] En el Reino Unido se penaban las prácticas homosexuales en grupo.

con el derecho al respeto de la vida privada (art. 8), que la legislación penal austriaca tipificara los actos homosexuales voluntarios con adolescentes masculinos de entre 14 y 18 años y no lo hiciera con los actos heterosexuales u homosexuales con mujeres de esas edades (art. 209 del código penal, que el Tribunal Constitucional consideraba derogado). En todos ellos también se apreciaba discriminación de trato legislativo.

Durante esta época nuevos casos de discriminación [94] se van a producir en Reino Unido, que también van a llegar al TEDH. Se trataba de los casos *Lustig-Prean and Beckett*. c. *Reino Unido* y *Smith and Grady c. Reino Unido*, en senencias de 27 de diciembre de 1999, con ocasión de la prohibición de acceso de las personas homosexuales al Ejército británico. El Tribunal consideró que la expulsión de estas personas por causa de su orientación sexual constituía una violación del artículo 8 del Convenio, frente a la argumentación del Gobierno británico que estimaba que los intereses de la seguridad nacional estaban en juego y que admitir homosexuales en las fuerzas armadas tendría un significativo y negativo efecto sobre la moral de las fuerzas armadas.

En el *caso Salgueiro da Silva Mouta c.. Portugal*, en sentencia de 21 de marzo de 2000, el Tribunal resolvió que la autoridad judicial portuguesa había violado el derecho al respeto a la vida privada del demandante (art. 8.1 CEDH), otorgando la custodia de una hija a la madre y no a él, argumentado la homosexualidad del padre demandante. La sentencia considera que la decisión apelada puede considerarse un supuesto de discriminación *por razón de la orientación sexual del demandante*, que debe entenderse incluida entre los rasgos de discriminación no expresamente enumerados en la lista abierta del art. 14 CEDH.

Esta sentencia constituye la primera en la que abiertamente el TEDH se va a pronunciar sobre la orientación sexual como causa de discriminación.

En el caso *Kerner c. Austria*, en sentencia de 24 de julio de 2003, el Tribunal consideró que la no extensión del derecho de subrogación arrendaticia al superviviente de una pareja homosexual constituía una discriminación «por razón de orientación sexual» (art. 14 CEDH) en relación con el derecho al respeto de la vida privada (art. 8.1 CR).

Algunos países como Holanda (1992 y 1994) y Portugal (2004) han introducido expresamente en sus constituciones la «orientación sexual»

[94] Véanse los estudios al respecto de estas sentencias MOLINER NAVARRO, *ob. cit.*, págs 203 y sigs.; REY MARTÍNEZ, F., *Homosexualidad y Constitución, cit.*, págs. 123 y sigs.

como uno de los factores discriminatorios que atentan contra el derecho a la igualdad.

El principio de igualdad y no discriminación por razón de orientación sexual se extendió también a los transexuales.

Dos cuestiones fundamentales se han planteado en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de transexualidad. Por un lado, el reconocimiento jurídico del cambio de sexo jurídicamente, y por otro, el derecho a contraer matrimonio y fundar una familia.

En cuanto a la admisión de la identidad de género, en principio el Tribunal Europeo de Derechos Humanos fue reticente a conceder las solicitudes presentadas por las personas transexuales, postura contraria a la que adoptaba la Comisión Europea de Derechos Humanos; sin embargo, a partir de 1992, su posición va a dar un giro absolutamente distinto, pronunciándose a favor del cambio de sexo y rectificación del mismo en las inscripciones registrales [95].

El primer caso que se presentó ante el TEDH fue el denominado caso *Van oostrwijck c. Bélgica*, sentencia de 6 de noviembre de 1980 [96].

El supuesto que se planteaba era el de una súbdita belga que solicitaba el tránsito de mujer a hombre, después de haberse sometido a tratamiento hormonal e intervención quirúrgica.

En su país, el Tribunal había denegado la rectificación de sexo en su inscripción de nacimiento.

Por lo que la actora interpuso recurso ante el TEDH amparándose en el antiguo artículo 25 del Convenio de Roma y fundamentando su pretensión en

---

[95] Resulta interesante ver el análisis de las sentencias emanadas del TEDH, y del TS español en relación a la jurisprudencia de Estados Unidos en ELOSEGUI ITXASO, M., *Transexualidad, derecho a la vida privada y derecho al matrimonio. El caso español a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y estadounidense,* «Actualidad civil», núm. 10/7, 13 de marzo de 1994, págs. 173-198.

[96] Véase el comentario de esta sentencia en FOSAR BENLLOCH, E., *El reconocimiento de la transexualidad en la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1987 y en los Dictámenes de la Comisión Europea de Derechos Humanos: Casos VAN OOSTERWIJC contra Bélgica -1 de marzo de 1979- y REES contra el Reino Unido -12 de diciembre de 1984,* «Boletín de Información del Ministerio de Justicia», núm. 1476, Madrid, 1986; MARTÍNEZ PEREDA RODRÍGUEZ, J.M., *El transexualismo en el Derecho Español,* «Actualidad civil», núm. 16, 1989; TOLDRÁ ROCA, Mª. D., *Capacidad natural y capacidad matrimonial. La transexualidad (Estudio de la capacidad en el matrimonio civil. Problemática jurídica de la persona transexualizada),* Barcelona, 2000, págs. 159-160.

que el Estado belga había infringido los antiguos artículos 3, 8 y 12 del Convenio de Roma [97]. La argumentación jurídica se fundamentaba en que esta persona utilizaba una documentación que no se correspondía con su identidad real, y como consecuencia de esta diversidad entre su ser legal y su ser físico, esto le impedía casarse y fundar una familia, y ello conllevaba a un trato degradante.

Previamente la Comisión Europea de Derechos Humanos elaboró un dictamen el 1 de marzo de 1979 favorable a acoger la demanda i informó que, en su opinión, había habido violación de los citados artículos 8 y 12 del Convenio.

Sin embargo, el TEDH denegó la petición al considerar que la actora no había agotado las vías jurisdiccionales en su país, no habiendo alegado en las instancias previas la violación de los preceptos del Convenio de Roma.

Por tanto, el TEDH no entró en el fondo del asunto, pero estableció un requisito formal, cual es el de agotar primero las vías jurisdiccionales internas.

En el caso *Rees c. el Reino Unido,* en la sentencia de 17 de octubre de 1986, una mujer, Brenda Margaret Rees, se había sometido a un tratamiento quirúrgico para adecuar su físico a las características morfológicas de un hombre, cambiando su nombre, según permite la legislación inglesa [98].

---

[97] El art. 3 establecía: «Nadie puede ser sometido a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes»; el art. 8 disponía: «1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.- 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás»; y el art. 12: «A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho». Estos textos han sido mantenidos por el Protocolo núm. 11 de 11 de mayo de 1994.

[98] Esta sentencia está comentada por FOSAR BENLLOCH, E., *El reconocimiento de la transexualidad en la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1987 y en los Dictámenes de la Comisión Europea de Derechos Humanos: Casos VAN OOSTERWIJC contra Bélgica -1 de marzo de 1979- y REES contra el Reino Unido -12 de diciembre de 1984, cit.* ELOSEGUI ITXASO, M., *La transexualidad. Jurisprudencia y argumentación jurídica, cit.* págs. 207-240; ESCRIVÁ IVARS, J., *Transexualismo y matrimonio,* «Persona y Derecho» (2), 1992, págs. 327-351; MARTÍNEZ PEREDA RODRÍGUEZ, J.M., *El transexualismo en el Derecho Español,* «Actualidad civil», núm. 16, 1989; MOLINER NAVARRO, *El matrimonio de personas del mismo sexo en el Derecho comparado, cit.*, págs. 208; PÉREZ CÁNOVAS, *Homosexualidad, homosexuales y uniones homosexuales en el Derecho español, cit.*, págs. 137-140; TOLDRÁ ROCA, Mª. D., *Capacidad natural y capacidad matrimonial. La transexualidad (Estudio de la capacidad en el matrimonio civil. Problemática jurídica de la persona transexualizada), cit.* págs. 159-160.

La cuestión, sin embargo, se planteó cuando quiso que en su acta de nacimiento constara su sexo como varón.

En este supuesto, la Comisión Europea de Derechos humanos también emitió informe favorable el 12 de diciembre de 1984, por unanimidad, considerando que el Reino Unido había infringido el artículo 8 del Convenio de Roma.

A pesar de todos estos antecedentes, el TEDH consideró que no se había producido tal infracción atendiendo al margen de apreciación que tienen los Estados miembros.

En el caso *Coosey c. el Reino Unido,* sentencia de 27 de septiembre de 1990, se planteó un caso similar al planteado en el supuesto anterior [99].

En este caso se trataba de un ciudadano registrado como varón que había producido el tránsito morfológico a mujer mediante intervención quirúrgica, que solicitaba el cambio en la inscripción registral, toda vez que su apariencia sexual estaba consolidada socialmente, solicitud que igualmente le fue denegada en el Reino Unido.

La ciudadana británica interpuso recurso ante el TEDH argumentando que dicha actitud por parte de su país vulneraba su derecho a la intimidad y el artículo 12 del Convenio de Roma.

De la misma manera que en los casos anteriores, la Comisión Europea de Derechos Humanos emitió informe favorable el 9 de mayo de 1989, por mayoría de sus miembros, considerando la violación de los preceptos señalados por la actora.

El TEDH, en la misma línea seguida en las sentencias anteriores, denegó la solicitud de la ciudadana británica, con los mismos argumentos que había esgrimido en los casos anteriores.

La Corte entiende que no se ha producido violación del artículo 12 en virtud de que el derecho al matrimonio (garantizado por dicho artículo) se refiere al matrimonio tradicional entre dos personas de sexo biológico

[99] Véase el comentario de esta sentencia en ARECHEDERRA ARANZADI, L.I., *La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el transexualismo»,* «Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid» (1), 1991, y en «Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo», vol. I, Barcelona, 1992-93; ELOSEGUI ITXASO, M., *La transexualidad. Jurisprudencia y argumentación jurídica, cit.,* págs. 241-280; ; MOLINER NAVARRO, ob. *cit.,* págs. 208-211; TOLDRÁ ROCA, Mª. D., *Capacidad natural y capacidad matrimonial. La transexualidad, cit.,* pág. 151.

opuesto; de manera que el impedimento legal de celebración de matrimonio entre personas del mismo sexo biológico que existe en el Reino Unido no puede considerarse una limitación que menoscabe la esencia del *ius connubii*. Además recuerda que en las legislaciones y en la opinión pública de la mayoría de los Estados miembros, «no se evidencia un abandono general del concepto tradicional de matrimonio», por lo que el mantenimiento de este concepto es razón suficiente para continuar aplicando el criterio biológico en orden a la determinación del sexo de una persona a efectos matrimoniales.

En cuanto a la supuesta violación del artículo 8 del Convenio, la Corte estima igualmente que no hay violación, pues considera que en relación a la transexualidad no se ha producido ningún progreso científico desde el caso Rees, de manera que una operación quirúrgica de conversión sexual no conlleva la plena adquisición de todos los caracteres biológicos del sexo opuesto, de manera que los Estados tienen un amplio margen de apreciación.

Sin embargo, el Tribunal reconoce la situación problemática de las personas transexuales y deja abierta la puerta para un posible cambio de posicionamiento.

En efecto, en el *caso Norbert B. c. Francia*, en la sentencia de 25 de marzo de 1992, el TEDH se pronuncia de nuevo sobre la cuestión. En esta ocasión, se estima por quince votos contra seis, que la negativa del Estado francés a rectificar en el Registro civil el sexo de un ciudadano transexual constituye una violación del artículo 8 de la Convención, aunque mantuvo el mismo criterio en relación a la posibilidad de contraer matrimonio [100].

Con posterioridad a estas sentencias se planteó el caso *Botella c. Francia*, en la sentencia de 25 de mayo de 1992 [101], en la cual el TEDH va a dar un giro trascendental a su consideración del cambio de sexo.

El supuesto de hecho que dio lugar a esta sentencia se refería a un ciudadano francés, inscrito como varón en el Registro civil. Éste se había sometido a una operación quirúrgica para adaptar su fisonomía a la de una mujer. Deseando contraer matrimonio con su pareja masculina, solicita la rectificación de

---

[100] Véase ELOSEGUI, *La transexualidad. Jurisprudencia y argumentación jurídica, cit,* págs. 281-332; MOLINER NAVARRO, *ob. cit.*, pág. 211; PÉREZ CÁNOVAS, *Homosexualidad, homosexuales y uniones homosexuales en el Derecho español, cit.*, págs. 133-140;

[101] Véase los comentarios a esta sentencia en GÓMEZ LA PLAZA, Mª. C., *Transexualidad,* «Aranzadi civil», 2004 (1), pág. 2001; TOLDRÁ ROCA, *Capacidad natural y capacidad matrimonial. La transexualidad, cit.*, págs. 151-152.

su identidad en el Registro civil, cosa que le es denegada en las diversas instancia judiciales, incluso en la Corte de Casación francesa que alegó que su estado actual no es el resultado de elementos preexistentes a la operación quirúrgica, sino que revela una voluntad deliberada por parte del sujeto.

La ciudadana francesa presentó recurso ante el TEDH alegando que se habían infringido los artículos 3, 8 y 12 del Convenio de Roma, como en los casos examinados con anterioridad.

La Comisión Europea de Derechos Humanos también emitió en esta caso informe favorable.

El TEDH admitió la demanda con puntualizaciones. Rechazó la infracción de los artículos 12 y 13 del Convenio, pero considero que se había infringido el artículo 8 del mismo, estimando que en el sistema registral francés nada impedía hacer mención de que se reflejara la situación actual del interesado. Considera también que se viola la intimidad del sujeto pues en sus documentos de identidad consta el sexo originario contrario a su nueva apariencia. Por todo ello, concluye el Tribunal que el transexual se encuentra en Francia «habitualmente situado en un lugar incompatible con el respeto debido a su vida privada», instando a este país a restablecer el interés general y el individual que exige el citado artículo 8 [102].

A partir de este momento, las cuestiones planteadas se resuelven en este sentido.

En el *caso X, Y y Z c. el Reino Unido*, en sentencia de 22 de abril de 1997, el supuesto que se contemplaba era diferente.

El señor X, de nacionalidad británica, era un transexual convertido del sexo femenino al sexo masculino, que convivía de forma estable desde 1979 con Y, mujer, también de nacionalidad británica. En 1990 X e Y solicitaron una inseminación artificial con donante anónimo («IAD»), la cual iba acompañada por dos recomendaciones y una carta de su médico. Sin embargo, el Comité de Ética del hospital rechazó su solicitud. X e Y apelaron invocando un estudio sobre 37 niños criados por transexuales y homosexuales en los que no habían aparecido orientaciones sexuales anormales o no se habían apreciado consecuencias nefastas para los niños. En noviembre de 1991 el Comité de Ética aceptó el tratamiento demandado y solicitó a X que reconociera la paternidad del niño que nacería. En enero de 1992 Y fue fecundada artificialmente con esperma de un donante anónimo en presencia de X. La hija,

[102] Esta sentencia no fue unánime, pues hubo varios votos disidentes.

Z, nació el 13 de octubre de 1992. En febrero de 1992, X había consultado en el Registro si había alguna objeción a que él fuera registrado como padre del hijo de Y, habiéndole contestado por escrito el 4 de junio de 1992, que solo un individuo biológicamente de sexo masculino podía ser registrado como padre, señalando, sin embargo, que el hijo podía llevar legalmente el apellido de X y que, a reserva de respetar las condiciones previstas, X tenía derecho a ciertas exenciones fiscales suplementarias.

Una vez nacida Z, X e Y intentaron registrarse como padre y madre de la niña, respectivamente. A X no le fue autorizado figurar en el Registro civil como padre y se dejó en blanco esa rúbrica. Z fue inscrita en el Registro bajo el patronímico de XX.

Ante esta situación, Y y Z acudieron ante la Comisión Europea de Derechos Humanos alegando un atentado contra su derecho al respeto a la vida privada y familiar, protegido por el artículo 8 de la Convención, por no haberle permitido la inscripción como padre de Z, alegando, por tanto, una discriminación contraria a los artículos 8 y 14 del Convenio.

La Comisión estimó, por trece votos contra cinco, que efectivamente se había producido la vulneración del artículo 8, considerando, por diecisiete votos contra uno, que no era necesario examinar la pretendida violación del artículo 14 en relación con el artículo 8.

La Comisión sometió el asunto al Tribunal Europeo de Derechos Humanos el 13 de septiembre de 1995.

El Tribunal analizó, en primer lugar, la violación alegada del citado artículo 8 de la Convención. La Corte estimó que el concepto de vida familiar engloba tanto a las familias fundadas sobre el matrimonio como a otras relaciones de facto. Para establecer si una convivencia puede ser considerada como familia señala que hay una serie de elementos que pueden permitir hablar de vida familiar, entre los que pueden destacar el hecho de saber si los miembros de la pareja viven juntos y desde cuanto tiempo, y si han tenido hijos en común, prueba de su compromiso de uno hacia el otro, entre otras cosas. Por ello estima que el artículo 8 es de aplicación al asunto.

Sin embargo, el Tribunal considera que debe evaluar los inconvenientes que se generan con el rechazo del reconocimiento legal de X como padre de Z. A su juicio, las consecuencias jurídicas de este hecho son poco susceptibles de generar sufrimientos excesivos en el caso concreto. Además estima que es imposible prever en qué medida la ausencia de

vínculo jurídico entre X y Z tendrán repercusiones sobre el desarrollo de esta última. Por último, el Tribunal señala que el artículo 8 no parece implicar que el Estado tenga la obligación de reconocer oficialmente como padre de un niño a una persona que no es su padre biológico. En estas condiciones, la Corte dictamina que el hecho de que el derecho británico no permita un reconocimiento jurídico especial de la relación que vincula a X y Z no constituye una quiebra del respeto a la vida familiar en el sentido de esta disposición.

Sobre la alegada violación del artículo 14 en relación con el artículo 8, entiende el Tribunal que no ha lugar a un examen diferente de lo apuntado anteriormente.

Supuesto también sobre los hijos fue el planteado en la sentencia del TEDH de 26 de febrero de 2002, *caso Fretté c. Francia*, en la que se contemplaba el supuesto de denegación por el Estado francés de la adopción de un menor a un soltero homosexual porque a la vista de sus condiciones de vida y a pesar de sus cualidades humanas y educativas, no ofrecía garantías suficientes en el ámbito familiar, educativo y psicológica para acoger a un niño adoptado; el demandante fundamentó su reclamación en que el rechazo de su solicitud de adopción se basaba en su orientación sexual y, por tanto, era víctima de un caso de discriminación. Aún reconociendo que no cabe discriminación por orientación sexual, el TEDH concluye, en este punto, la ausencia total de consenso acerca de la oportunidad de permitir a un soltero homosexual adoptar a un niño, por lo que esto debe conducir a reconocer a los Estados un margen amplio de apreciación, afirmando que no es su función sustituir a las autoridades nacionales, e imponiendo una solución única; el Tribunal Europeo consideró normal que las autoridades nacionales -que deben tener en cuenta dentro de los límites competenciales, los intereses de la sociedad en su conjunto- dispongan de un amplio margen para pronunciarse en estas materias, señalando que, dentro de este margen, han actuado las autoridades francesas con fundamentos que resultan atendibles y no discriminatorios. En este marco de consideraciones entiende el Tribunal que el Consejo de Estado francés ha estimado legítimo y razonable entender que la facultad de adoptar pretendida por el demandante encuentra su límite en el interés de los niños susceptibles de ser adoptados, no obstante las aspiraciones legítimas del reclamante y sin que puedan ser puestas en entredicho sus opciones personales. Por lo que el TEDH opina que la justificación presentada por el Estado francés para denegar la autorización para la adopción a un ciudadano francés soltero y homosexual es objetiva y razonable y la diferencia de trato con otras personas no supone una discriminación en el sentido del artículo

14 del Convenio para la Protección de los Derechos y Libertades Fundamentales [103].

Sin embargo, esta posición del TEDH en relación a la adopción de los hijos ha cambiado en la sentencia de 22 de enero de 2008, *caso E.B. c. Francia*, en la que dicho Tribunal condena a Francia por negar la adopción a una mujer lesbiana que vivía en pareja, considerando que el Estado francés ha cometido una discriminación contra la demandante a causa de su orientación sexual y una violación del respeto a su vida privada y familiar.

En el caso *Sheffield y Horsham c. el Reino Unido*, sentencia de 30 de julio de 1998, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos estableció que cualquier diferencia de trato no conlleva automáticamente una vulneración del derecho a la igualdad, y que los Estados poseen un cierto margen a la hora de determinar esas diferencias de trato. El derecho a la igualdad de trato como cualquier otro derecho es susceptible de ser limitado siempre y cuando el límite sea legítimo, necesario y establecido en una ley.

El supuesto que se contempló en esta sentencia fue el siguiente. Las señoras Sheffield y Horsham, de nacionalidad británica, se sometieron a una operación quirúrgica de cambio de sexo. Aunque su nueva identidad sexual como mujeres aparece en varios documentos, no pudieron modificar el sexo en sus partidas de nacimiento en el Registro civil.

Como consecuencia de ello, el matrimonio de la señora Horsham se consideró nulo legalmente en Gran Bretaña.

Las afectadas acudieron ante la Comisión Europea de Derechos Humanos alegando que la negativa del Reino Unido a reconocer legalmente su

---

[103] Véase el comentario a esta sentencia de RUBIO TORRANO, E., *Adopción y homosexualidad*, en «Aranzadi civil», núm. 1/2002, págs. 2163-2164, BIB 2002/76, y PULIDO QUECEDO, M., *Discriminación por razón de orientación sexual (El affaire Fretté c. Francia)*, «Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional», núm. 4/2002, BIB 2002/349. Un análisis crítico de esta sentencia realiza FLUITERS CASADO, R., en *Adopción por parejas del mismo sexo. Una perspectiva judicial*, en «Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo», cit., págs. 357-359, quien estima que a la hora de evaluar dicha resolución y su valor vinculante para los Tribunales españoles, hay que tener en cuenta que de la misma no se desprende la imposibilidad de que otro Estado legisle o actúe de manera diferente al Consejo de Estado francés, además de que esta resolución se dictó cuando no existía el Tratado por el que se aprueba la Constitución Europea y sin vinculación al Tratado de Ámsterdam de 1997, de manera que el autor se muestra conforme con el voto particular de tres de los siete magistrados que señalan que «a partir del momento en que el sistema jurídico concede un derecho, en este caso el derecho de toda persona a solicitar el consentimiento con vistas a la adopción, no puede, sin violar el artículo 14 del Convenio, concederlo de forma discriminatoria», y que «el rechazo de la solicitud de aprobación, basada únicamente en el motivo de su orientación sexual, constituye una violación del artículo 14 del Convenio».

condición femenina, suponía la violación de los artículos 8, 12 y 14 del Convenio, entre otros, aduciendo que la falta de reconocimiento de su condición sexual constituía una intromisión en el derecho al respeto de su vida privada, porque en distintos momentos tenían que descubrir su sexo originario.

La Comisión, como en ocasiones anteriores, emitió informe favorable.

Las actoras presentaron ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos recurso alegando la violación de los artículos citados.

La Corte, en relación a la violación del artículo 8, y siguiendo la línea jurisprudencial anterior, consideró que las demandas debían considerarse desde la perspectiva de si el Estado había omitido el cumplimento de una obligación positiva para asegurar el derecho de respeto a las vidas privadas de las demandantes. El Tribunal reiteró que la noción de «respeto» no estaba claramente delimitada, especialmente en relación a las obligaciones positivas inherentes al concepto, y que teniendo en cuenta las distintas prácticas seguidas en los Estados miembros, los requisitos del concepto variaban considerablemente de un caso a otro. Para determinar si existía o no una obligación positiva se debía tener en cuenta alcanzar un justo equilibrio entre el interés general de la comunidad y el interés individual. Este principio se aplicó a los casos recogidos anteriormente, donde se estableció la inexistencia de una obligación positiva por parte del Estado que le compeliera a modificar su sistema de registro de nacimientos. El TEDH estimó que no habían existido desarrollos científicos ni legales notables sobre la transexualidad desde la resolución del caso Cossey que motivasen un cambio de criterio de dicho Tribunal. También señaló que no existían criterios uniformes entre los Estados miembros para resolver las complejas cuestiones científicas, legales, morales y sociales que surgían en dicha materia.

Pero, por otro lado, la Corte consideró que las molestias sufridas por las demandantes al tener que declarar su sexo original en ciertos contextos no eran tan graves como para prevalecer sobre el criterio de apreciación establecido por el Estado al evaluar los intereses en juego, por lo que estimó que en este caso no se violó dicho artículo. Sin embargo en esta ocasión la votación no fue tan homogénea como en las sentencias anteriores, pues se adoptó la sentencia por once votos contra nueve.

En relación al artículo 12, las demandantes alegaron su vulneración porque la legislación inglesa consideraba nulo el matrimonio entre un transexual (convertido en mujer tras ser operado) y un hombre, ya que legalmente el primero seguía considerándose hombre. El TEDH reiterando

los criterios establecidos en los casos anteriores, señaló que dicho artículo garantiza el derecho al matrimonio entre personas de opuesto sexo biológico, porque su esencia es la protección del matrimonio como base de la familia, estando el ejercicio de este derecho sujeto a la legislación nacional de los Estados miembros. El hecho de que la legislación inglesa adopte un concepto tradicional del matrimonio, y siga el criterio biológico para determinar el sexo de las personas que contraen matrimonio, no se consideró contrario al art. 12, y por tanto, la Corte entendió que no fue violado en una votación mayoritaria (dieciocho votos contra dos).

Con respecto al artículo 14 en relación con el 8, las demandantes alegaron que únicamente los transexuales estaban obligados, en frecuentes ocasiones, a desvelar públicamente un sexo que no estaba acorde con su apariencia externa, lo que suponía una discriminación en comparación con otros miembros de la sociedad y con otras mujeres, produciéndoles ansiedad y humillación. La Corte señaló que no todas las diferencias de trato suponen una violación del artículo 14, y que la existencia de discriminación se daba cuando personas en situación análoga gozaban de un trato preferente, sin justificación objetiva o razonable para tal distinción. El Tribunal añadió que los Estados gozan de un cierto margen de apreciación para determinar cuándo y en qué medida las diferencias entre situaciones de otro modo análogas justifican las distinciones de tratamiento jurídico. En este caso, el no reconocimiento legal de la nueva sexualidad de un transexual operado no sobrepasaba el margen de apreciación permitido al Estado, ya que en dicha decisión se había sopesado la protección de los intereses de los transexuales y de los intereses de la comunidad en general. Además, las situaciones en las que las demandantes tenían que revelar su sexualidad original no se daba con tanta frecuencia como para considerar que afectase de manera desproporcionada a su derecho al respeto hacia su vida privada. El TEDH falló, por unanimidad, que no existió vulneración del citado artículo.

Por lo que se refiere al derecho a contraer matrimonio y fundar una familia, hay dos sentencias fundamentales emitidas por dicho Tribunal que cambian el criterio sostenido hasta el momento.

El primer caso, *caso I c. Reino Unido,* en sentencia de 11 de julio de 2002, una persona transexual que había pasado del sexo masculino al femenino mediante operación quirúrgica, solicitaba el derecho a contraer matrimonio con la pareja masculina, derecho que en su país le había denegado.

La interesada interpuso recurso ante el TEDH alegando la violación de los artículos 8, 12 y 14 de la Convención de salvaguarda de los Derechos del Hombre y Libertades Fundamentales.

La sentencia del TEDH reconoce que se han violado los citados artículos 8 y 12. Estima el Tribunal que la esfera personal de individuo debe protegerse, comprendiendo en ella los detalles de su identidad como ser humano. Estima que las personas transexuales deben disfrutar plenamente del derecho al desarrollo personal y a la integridad física y moral y no debería ser controvertida dicha cuestión. Advierte el Tribunal que el cambio de sexo conlleva repercusiones en diversos ámbitos, pero aún así el interés de la demandante a obtener el reconocimiento jurídico de su conversión sexual no entra en colisión con el interés público.

En la misma sentencia, el Tribunal señala que actualmente no es posible seguir admitiendo que el sexo deba ser determinado por criterios puramente biológicos. Por ello, para el reconocimiento jurídico del cambio de sexo es necesario tener en cuenta otros factores, como el reconocimiento por la comunidad médica y las autoridades sanitarias del estado médico de dificultad de la identidad sexual, la oferta de tratamientos, comprendidas las intervenciones quirúrgicas, y el sentimiento de la persona de pertenecer y adoptar el rol social correspondiente al nuevo sexo.

Estima la Corte que si el mantenimiento por el Derecho Nacional del sexo registrado al nacer constituye una limitación para contraer matrimonio, debe entenderse que, si se ha modificado el sexo, nada impide que contraiga matrimonio con persona del sexo opuesto al de su antiguo sexo. En el caso de autos, la solicitante llevaba una vida de mujer, mantiene una relación con un hombre y desea únicamente casarse con un hombre. Teniendo en cuenta además que este derecho está reconocido por muchos países. Por lo que estima debe permitirse el matrimonio de la actora. En este caso, el Tribunal considera violado el artículo 12 del Convenio, en sentencia que fue adoptada por unanimidad.

Así se establece una doctrina que también se contiene en otras decisiones, como en los casos *Pretty c. Reino Unido*, sentencia de 29 de abril de 2002, y *Mikulic c. Croacia*, sentencia de 7 de febrero de 2002.

En el caso *Goodwin c. Reino Unido*, sentencia de 11 de julio de 2002, el supuesto era parecido. Se trataba de una transexual que había pasado del sexo masculino al femenino.

Sin embargo, este caso presentaba una problemática adicional, pues la actora, en su etapa de varón, había contraído matrimonio, del cual había tenido hijos. Más adelante, sintió que el sexo masculino no era su verdadero sexo, habiendo consultado con especialistas en identidad sexual, médicos, psicólogos y psiquiatras, que confirmaron su transexualidad; con lo que iniciaron

los correspondientes tratamientos, que concluyeron con la operación quirúrgica de conversión sexual.

Relata la recurrente que había tenido problemas graves laborales, creyendo que eran debidos a su condición de transexual, hasta el punto de no poder beneficiarse de la jubilación que corresponde a las mujeres a los 60 años, habiéndosele advertido que debería solicitarla a los 65 años, como corresponde a los varones. La demandante alegó que había tenido que optar entre divulgar su acta de nacimiento o renunciar a ciertas ventajas subordinadas a la presentación de este documento.

El TEDH utilizó uno de los argumentos esgrimidos en la sentencia anterior, el de que el criterio cromosómico no debe constituir el criterio determinante y exclusivo de atribución jurídica de la identidad sexual a un transexual, ya que el sexo depende de una multitud de factores, aunque para atribuir una identidad, sea necesaria la conversión sexual. Por otro lado, estima que no parece lógico que si un Estado autoriza el tratamiento y la intervención quirúrgica, incluso financiándola en todo o en parte, para cambiar el sexo, rehúse después reconocer las implicaciones jurídicas que ello conlleva.

Así pues, la Corte estimó que hubo violación de los artículos 8 y 12 de la Convención.

Esta misma doctrina se contiene en el caso *Grant c. Reino Unido*, sentencia de 26 de mayo de 2006, en el que se enjuiciaba el caso de un hombre que había modificado su sexo y cambiado a mujer, que alegaba la violación de su derecho al respeto a su vida privada, contraviniendo el artículo 8 del Convenio debido a la falta de reconocimiento legal de su cambio de sexo. El Tribunal señala que se dan en este caso las mismas condiciones que en el caso Goodwin, y estima que la negativa a concederle una pensión según los parámetros aplicables a las mujeres de origen biológico femenino efectivamente constituye una violación del citado precepto.

Como se observa, las decisiones del TEDH en relación a la orientación sexual y a la identidad de género han ido variando y evolucionando hacia un reconocimiento jurídico de los derechos solicitados por personas LGTB.

3. Pronunciamientos del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

El Tribunal de Justicia de las comunidades Europeas también se ha ocupado del principio de igualdad y no discriminación en algunos de sus pronunciamientos.

De ellos, se van a destacar los siguientes.

El caso *Lisa Jacqueline Grant c. South-West Trains Ltd,* que se llevó ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, solicitando de la misma que se pronunciase sobre una cuestión prejudicial acerca de la interpretación del artículo 119 del Tratado CE, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras, y de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso al empleo, a la formación y la promoción profesional y a las condiciones de trabajo. La cuestión que se planteaba versaba sobre una normativa empresarial que preveía la concesión de una reducción en el precio del transporte en favor del cónyuge del trabajador o de la persona, del *otro sexo*, con en el que convivía maritalmente. La cuestión sobre la que se pedía que se pronunciara el Tribunal era determinar si esta normativa y, en particular, la decisión empresarial de denegar tal ventaja económica en favor de la persona del mismo sexo con la que el trabajador mantiene una relación estable, constituían una discriminación prohibida por el derecho comunitario. El Pleno del Tribunal, en sentencia de 17 de febrero de 1988, entendió que dicha norma no constituía una discriminación directamente basada en el sexo y ello en la medida en que la condición establecida se aplicaba de igual modo a trabajadores y trabajadoras, exigiendo, tanto a unos como a otras, que la persona con la que convivan pertenezca a un sexo distinto. Se añadía, además, que la prohibición de discriminación del artículo 119 del Tratado no se aplicaba a las diferencias de trato basadas en la orientación sexual. Sin embargo, el mismo Tribunal advertía que la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam permitiría al Consejo adoptar diversas medidas dirigidas a suprimir la discriminación basada, entre otras causas, en la orientación sexual. En consecuencia, el Tribunal declaró que la negativa empresarial a conceder una reducción en el precio del transporte en favor de la persona del mismo sexo con la que el trabajador mantenía una relación estable no constituía una discriminación prohibida por el citado artículo 119 del Tratado o por la Directiva 75/117.

En el mismo ámbito, hay que señalar la sentencia de 30 de abril de 1996, caso *P. c. S. y Cornwall County Council,* en la que se produjo el despido de una transexual femenina, que contratada como administrativa en un colegio, decidió comenzar un tratamiento de reasignación sexual. La demandante fundó su pretensión en que su despido violaba la Directiva 76/207, relativa a la aplicación del principio de igualdad entre hombres y mujeres en el acceso al empleo, a la formación y a la formación profesional

y condiciones de trabajo, pues estaba recibiendo un trato discriminatorio por razón de sexo. Por su parte, la parte demandada alegó que el despido estaba basado en la necesidad de amortizar el puesto de trabajo, y no en el cambio de identidad sexual.

El Tribunal sentenció el caso a favor de la demandante al entender que la razón del despido había sido en realidad el cambio de sexo y en consecuencia aplicó la Directiva citada por la demandante [104].

Por su parte, la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 7 de enero de 2004, contempla una cuestión prejudicial planteada por la Court of Appeal (England & Wales), Civil Division, que se refiere a la normativa nacional que deniega a un transexual el derecho a beneficiarse de una pensión de supervivencia reservada al cónyuge supérstite, al exigir el requisito previo del matrimonio, que no se admite en el Estado correspondiente, por cuanto la demandante es una mujer que mantiene una relación afectiva y convive con una persona nacida mujer e inscrita como tal en el Registro civil, pero que, a raíz de una operación de cambio de sexo, pasó a ser un hombre, sin poder, no obstante, modificar su partida de nacimiento para inscribir dicho cambio de sexo. El TJCE entiende que el artículo 141 de la CE se opone, en principio, a una legislación contraria al Convenio de Roma, que impida a una pareja como la del caso cumplir el requisito del matrimonio, necesario para que uno de ellos pueda disfrutar de un elemento de la retribución del otro.

VIII. REFERENCIA A LA LEGISLACIÓN MUNDIAL SOBRE ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO

Conviene realizar una breve referencia a la legislación relativa a la orientación sexual e identidad de género para situar la discriminación por dichas causas en el contexto legislativo mundial.

---

[104] Véase el comentario de esta sentencia en MARISCAL DE GANTE, M., LÓPEZ PASARO, E., *Transexualidad y discriminación (Estudio de la sentencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo de 30 de abril de 1996, C-13/1994),* «Revista española de derecho del trabajo», núm. 96, 1999, pags. 601-616; MORALES ORTEGA, J. M., *Nuevos fenómenos discriminatorios: homosexualidad y transexualidad,* «Relaciones laborales. Revista crítica de teoría y práctica», núm. 2, 1999, pág.478, quien estima que el Tribunal confunde sexo con transexualidad, por lo que la resolución no es de una impecable técnica jurídica; pero también recuerda que la identidad sexual no está recogida como causa de no discriminación en el Derecho comunitario; VICENTE PALACIO, Mª. A., *Transexualidad y contrato de trabajo (Breves consideraciones a propósito de la S.T.J.C.E. de 30 de abril de 1996),* «Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral», núm. 67, 1996, pags. 55-61.

Al respecto no existen muchos estudios puestos al día [105], sin embargo se pueden señalar las siguientes conclusiones.

Las legislaciones donde se permite las relaciones entre personas del mismo sexo corresponden a los países de Europa, Estados Unidos y Canadá, Australia, y algunos países de América del Sur, Asia y África [106].

[105] De los pocos estudios realizados, el más completo y actualizado es el debido al Prof. OTTOSÓN, D., Universidad de Södertörn, Estocolmo (Suecia), *Homofobia de Estado. Un estudio mundial de las leyes que prohiben la actividad sexual con consentimiento entre personas adultas,* revisión actualizada a abril de 2007, Informe de ILGA, Asociación Internacional de lesbianas y gays, página web www.ilga.org. En él se recoge la información de todos aquellos países del mundo en los que, a día de hoy, se penalizan de alguna manera las relaciones sexuales entre personas adultas del mismo sexo y de manera consentida. Véase también, del mismo autor su estudio *LGTB World legal rap up survey,* noviembre de 2006, publicado por Ilga, que recoge la relación de legislaciones de países donde existe normativa sobre las personas LGTB, bien sea de carácter restrictivo bien de carácter protector. Véase también el *Informe* preparado por CSABA TABAJDI, del Grupo Socialista, de Hungría, *Situación de gais y lesbianas en los Estados miembros del Consejo de Europa,* presentado en la Comisión de temas y Derechos humanos, el 6 de junio de 2000, donde se analiza la situación de los Derechos de las personas LGTB de los países que forman parte del Consejo de Europa en diversos ámbitos. Y el estudio del Prof. DOUGLAS SANDERS, profesor de la Universidad de British Columbia y de orientación homosexual, *Sexual Orientation in International Law* (Orientación sexual en la Ley Internacional), julio de 2007, publicado por ILGA, en la pág. web. www.Ilga.org, que contiene la historia del avance de los derechos homosexuales en Europa y señala cómo el ejemplo europeo puede ser modelo para la Organización de las Naciones Unidas; observa que las expresiones «orientación sexual» e «identidad sexual» no se encuentran mencionadas en ningún instrumento internacional existente sobre derechos humanos pero «invocando disposiciones acerca de «privacidad personal e igualdad» los homosexuales han logrado reconocimiento en el terreno internacional de derechos humanos». Véase también el estudio de CARRERAS, M., *Orientación sexual y discriminación en Norteamérica,* «Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol», núms. 18-19, Valencia, 1997. págs. 97-114.

[106] Países que permiten relaciones sexuales entre las personas del mismo sexo, según el Prof. Ottesson, *LGTB World legal rap up survey, cit.,* pág. 3: Albania (1995), Andorra, Argentina (1886), Armenia (2003), Australia (1975-97), Austria (1971), Azerbaijan (2000), Bahamas (1991), Belarus (1994), Belgica (1795), Bolivia, Bosnia-Herzegovina (1998/2000), Brasil (1830), Bulgaria (1968), Burkina Faso, Burundi, Camboya, Canadá (1969), Cabo Verde (2004), República de Africa Central, Alemania (1968/1969), Chad, Chile (1998), China (1993)3, Colombia (1981), Comoros, Congo, Costa Rica (1971), Corea del Norte, Corea del Sur, Croacia (1977), Cuba (1979), Chipre (1998), Dinamarca (1933), Ecuador (1997), El Salvador, España (1979), Estados Unidos (2003), Estonia (1992), Filipinas, Finlandia (1971), Francia (1791), Gabon, Georgia (2000), Guinea Ecuatorial, Grecia (1951), Guatemala (1871), Haiti, Honduras, Holanda (1811), Hungria (1962), Islandia (1940), Indonesia, Iraq, Irlanda (1993), Israel (1988), Italia (1890), Costa de Marfil, Japón (1880), Jordania (1960), Kazakhstan (1998), Kyrgyzstan (1998), Laos, Latvia (1992), Liechtenstein (1989), Lithuania (1993), Luxemburgo (1795), Madagascar, Malí, Malta (1973), Méjico (1871), Micronesia, Moldova (1995), Mónaco (1793), Mongolia, Montenegro (1977), Netherlands Antilles, Nueva Caledonia, Nueva Zelanda (1986), Nigeria, Noruega (1972), Palestina – West Bank, Panamá, Paraguay, Perú (1924), Polonia (1932), Portugal (1983), Puerto Rico (2005), Reino Unido (1967), República Checa (1962), República Democrática del Congo, República Dominicana, Republica de

Sin embargo, el nivel de aceptación de estos países es muy diverso. Y esto se debe a las circunstancias culturales, religiosas o políticas que existen en cada uno de los mismos. Así, los países de tradición cristiana no reprimen la homosexualidad, pero restringen los derechos de las personas LGTB [107].

De manera que nos encontramos con países que reconocen derechos tanto en el ámbito privado como en el público; y otros que restringen los derechos de las personas LGTB únicamente al ámbito privado.

Así, sólo hay unos pocos países en donde se permite el matrimonio entre personas del mismo sexo: Holanda (2001), Bélgica (2003), Massachussets (2004), Canadá (2005), y España (2005) [108].

Mayor es el elenco de países donde se permite la unión de hecho: Dinamarca (1989), Noruega (1993), Suecia (1995), Groenlandia (1996), Islandia (1996), Holanda (1998), Francia (1999), Alemania (2001), Finlandia (2002), Luxemburgo (2004), Nueva Zelanda (2005), Andorra (2005), Reino Unido (2005), República checa (2006), Eslovenia (2006), Suiza (2007), y algunos territorios de Argentina, Australia, Brasil, Canadá, Italia, y Méjico [109].

Por otra parte, los países que permiten la adopción conjunta por parejas del mismo sexo son: Dinamarca (1999), Países Bajos (2001), Noruega (2002), Suecia (2003), Alemania (2004), Andorra (2005), Sudáfrica (2002/2005), España (2005), Reino Unido (2005), Israel (2000/2005),

---

Macedonia (1996), Rumania (1996), Rusia (1993), Rwanda, San Marino (1865), Serbia (1994), Slovakia (1962), Slovenia (1977), South Africa (1998), Suriname, Suecia (1944), Suiza (1942), Tajikistan (1998), Tailandia (1957), Timor-Leste, Turkia (1858), Ukrania (1991), Uruguay (1934), Vanuatu, Venezuela, Vietnam. Los países en los que las parejas homosexuales no gozan de ninguna consideración expresa ante la ley, lo que lleva a situaciones de discriminación en la Unión Europea, son Italia, Irlanda, Grecia, Austria y Luxemburgo, además de prácticamente todos los países recién llegados a la Unión. Véase CALVO BOROBIA, K., *Ciudadanía y minoría sexuales: la regulación del matrimonio homosexual en España*, Estudios de Progreso, Fundación Alternativas, págs. 12-14.

[107] Véase el comentario más detenido que realiza OLTRA JARQUE, M., *Els drets i llibertats de les minories sexuals. La Mediterrânia pont o abisme?*, en «Jornada de trabajo: La Mediterrània: espai de diàleg», Institut Triangle de Mar Blava, Barcelona, 28 de mayo de 2005, en la que examina las diferencias entre las legislaciones de los diversos países del Mediterráneo relativas a los derechos de las personas LGTB. Puede consultarse en la pagina www.felgt.org.

[108] OTTOSSON, *LGTB World legal rap up survey, cit.*, pág. 5.

[109] OTTOSSON, *lug. últm. cit.* Véase el cuadro de los países de la Unión Europea que realiza CALVO BOROBIA, *Ciudadanía y minoría sexuales: la regulación del matrimonio homosexual en España, cit.*, págs. 15, y la diferencia que señala entre parejas de hecho, uniones de hecho y matrimonio, págs. 14-24.

Islandia (2006), y algunas regiones de Australia, Canadá y de Estados Unidos [110].

También es diferente la legislación entre los diversos países en relación a la inseminación artificial de parejas de lesbianas, la igualdad en el empleo, la admisión en el ejército, el derecho a la inmigración de la pareja o el derecho de asilo entre los países que no criminalizan la homosexualidad, permitiéndose en unos estados y negándose en otros [111].

Además hay que señalar que no todos los países que despenalizan la homosexualidad tienen leyes contra la homofobia [112].

Sin embargo, una mayoría de países asiáticos y africanos (noventa y un países), siguen castigando, habitualmente en sus respectivos Códigos penales o Leyes criminales, las relaciones homosexuales entre adultos realizadas con consentimiento mutuo, o lo que es lo mismo, la homosexualidad [113]. No obstante, dicha penalización se establece en la mayoría de los países (concretamente, en cuarenta y tres de los mismos) respecto a las relaciones entre hombres; en ellos la homosexualidad femenina no está castigada, ni tan siquiera contemplada.

Las penas que se imponen a las personas que realizan dichas prácticas son muy diferentes, desde la pena de muerte a la sanción pecunaria [114].

---

[110] Cfr. OTTOSSON, *lug. últm. cit.*

[111] Cfr. OTTOSSON, *LGTB World legal rap up survey, cit.*, págs.. 7-9.

[112] Así hay países que incluyen la orientación sexual como categoría protegida en la Constitución: Fidji (1997), Ecuador (1998), Sudáfrica (1996), Suiza (2000), Suecia (2003), Portugal (2004), y algunos estados en Brasil y Alemania (OTTOSSON, *ob. cit.*, pág. 6). Hay otros países que establecen leyes contra la homofobia: Noruega (1981), Dinamarca (1987), Irlanda (1989), Holanda (1993), Finlandia (1995), España (1996), Islandia (1996), Luxemburgo (1997), Nueva Zelanda (2002), Bélgica (2003), Croacia (2003), Lituania (2003), Suecia (2003), Uruguay (2003), Canadá (2004), Francia (2004), Hungría (2004), Andorra (2005), Alemania (2005), Reino Unido (2005), Estonia (2006), y algunas regiones de Australia y de Estados Unidos (OTTOSSON, *ob. cit.*, págs. 6-7).

[113] Países que prohíben relaciones entre las personas del mismo sexo, con independencia de que se trate de homosexualidad masculina o femenina: Arabía Saudí, Argelia, Angola, Antigua, Barbados, Belice, Benin, Bhután, Botswana, Camerún, Djibouti, Dominica, Eritrea, Etiopía, Guinea, Guinea Bissau, Irán, Líbano, Liberia, Libia, Mauritania, Marruecos, Mozambique, Nepal, Nicaragua, Omán, Paquistán, Santo Vincente y las grenadinas, São Tomé y Príncipe, Senegal, las islas de Solomon, Somalia, Sudán, Togo, Trinidad, Tobago, Túnez, Emiratos Árabes Unidos, Yemen y algunas partes de Nigeria y de Zanzibar que pertenecen a Tanzania (OTTOSSON, *ob. cit.*, pág.3).

[114] Véase el estudio de OTTOSSON, D., *Homofobia de Estado. Un estudio mundial de las leyes que prohiben la actividad sexual con consentimiento entre personas adultas, cit.*

Así, dichas prácticas se castigan con pena de muerte en Arabia Saudita (cuando el hombre está casado, por lapidación; y si está soltero, con la pena de 100 latigazos); aplicándose también en Afganistán, los Emiratos Árabes Unidos, Irán, Mauritania, Nigeria, Sudán y Yemen.

Las penas de prisión de por vida se aplican en Antigua, Bangla Desh, Barbados, Sierra Leona, Singapur, Tanzania y Uganda.

En la mayor parte del resto de países, las penas que se aplican son penas privativas de libertad con una duración variable, según las circunstancias y el país, que van desde los 2 años hasta los 25 años.

En algunos países no se criminaliza la homosexualidad, pero sin embargo se establecen normas que reprimen las relaciones homosexuales, como es el caso de Egipto, cuya legislación criminal no dice nada al respecto pero en la práctica utiliza la ley que combate la prostitución para reprimir las relaciones homosexuales, o Irak, cuyo nuevo Código Penal tampoco prohíbe estas relaciones, pero permite que los llamados escuadrones de la muerte funcionen con impunidad aplicando las leyes islámicas, o Turquía, en donde, aunque se ha despenalizado la homosexualidad, en la práctica se reprime acogiéndose a la figura jurídica de «actos que violan la decencia pública».

Por lo que se refiere a la *transexualidad,* ha habido diversos países donde se ha publicado alguna regulación sobre la misma. Entre ellas cabe destacas las siguientes.

La *Ley sueca, de 21 de abril de 1972* prevé el cambio jurídico de sexo como consecuencia de una intervención quirúrgica destinada a este fin, y estima que ese cambio debe tener continuidad. Exige la Ley ser persona soltera, de nacionalidad sueca, y ser incapaz para la procreación [115].

En *Alemania,* se publicó la *Ley, de 11 de agosto de 1980,* resultado de la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 11 de octubre de 1978, en la que se exige dictamen médico sobre la irrevocabilidad del cambio de sexo deseado y operación de reasignación sexual. Propone la ley dos soluciones: por un lado, la llamada «kleine Lösung» (solución pequeña) que se sustancia en un mero cambio del nombre; por otro lado, la «grosse Lösung» (la gran solución), que supone el cambio oficial de sexo, con el consiguiente reconocimiento del derecho al matrimonio respecto de per-

[115] Véase De Ángel Yagüez, *ob. cit.*, pág. 181; Díez del Corral, *ob. cit.*, pág. 1081; Martínez Pereda Rodríguez, *ob. cit.*, pág. 1196; Toldrá Roca, *ob. cit.*, pág. 140.

sonas pertenecientes a su sexo originario, aunque se exigen ciertos requisitos (incapacidad para procrear, irreversibilidad de la nueva situación, modificación de los caracteres sexuales externos en un individuo mayor de edad y transcurso de un plazo mínimo de tres años en tal situación y que sea alemán, apátrida con residencia habitual o refugiado extranjero domiciliado). Pero, en todo caso, cabe un «decisión previa o prejudicial», con fuerza de cosa juzgada, para el caso de que el transexual pueda obtener el cambio, una vez que haya cumplido condiciones exigidas. Y cabe también un arrepentimiento con anulación de la decisión, sin más requisitos que el nuevo sentimiento de pertenecer al sexo inicial. Hay un pronunciamiento muy importante en la citada sentencia del Tribunal Constitucional federal pues considera que, atendiendo a la dignidad de la persona, y al libre desarrollo de la personalidad, ello determina que el estado civil se corresponda, en cuanto al sexo, con la constitución psicofísica de la persona [116].

La *ley italiana de 14 de abril de 1982 núm. 164,* dicta «normas en materia de rectificación de atribución de sexo», completada por la *Ley de 6 de marzo de 1987 núm. 74,* sobre «nuevas normas sobre la disciplina de los casos de disolución del matrimonio» [117]. En la ley se establece que cabe la rectificación del estado civil en base a una sentencia firme que atribuya a una persona sexo diverso del enunciado en el acta de nacimiento como consecuencia de modificaciones producidas en sus caracteres sexuales. Esta ley exige que se presente demanda de rectificación, y dispone que será el juez quien deba autorizar la intervención quirúrgica par adecuar los caracteres sexuales a fin de conseguir una adecuación morfológica si, después de examinar distintas circunstancias de la persona, así lo considera oportuno. La Sentencia no tiene efecto retroactivo y provoca la disolución del matrimonio o la cesación de efectos civiles del matrimonio religioso [118].

---

[116] Véase comentario más extenso de dicha Ley en TOLDRÁ ROCA, *ob. cit.*, págs. 151-157.

[117] Véase mayores precisiones en TOLDRÁ ROCA, *ob. cit.*, págs 146-147. Señala la autora que en la ley influyeron la jurisprudencia de los Tribunales italianos que reconocieron el derecho a la identidad sexual, y la doctrina científica italiana.

[118] El Tribunal de Casación promovió cuestión de constitucionalidad sobre diversos preceptos de esta ley (respecto de los *artículos 2, 3, 29, 30* y *32* de la Constitución italiana), que fue resuelta en sentido negativo por el Tribunal Constitucional mediante Sentencia de 6 de mayo de 1985, en la que se tiene en cuenta la citada sentencia del Tribunal Constitucional alemán, se apunta el problema de afecta al transexual, y que consiste en la exigencia fundamental de hacer coincidir el soma con la psique, equilibrio que suele recomponerse a través de la intervención quirúrgica, que permite al transexual gozar de una situación de, al menos, relativo bienestar. El legislador italiano ha escogido, dice la sentencia, un concepto de identidad sexual nuevo y diverso respecto del pasado, en el sentido de que no sólo se confiere relieve a los órganos genitales externos, comprobados en el momento del nacimiento o naturalmente evolucionados, sino a elementos de carácter psicológico y social, ya que es presupuesto de la norma impugnada la

Con respecto a los hijos, no hay una interpretación doctrinal unánime, pero se estima que hay que tener en cuenta el interés del menor, y que, por tanto, se puede llegar a restringir el derecho de visitas.

En Francia no existe legislación relativa a la transexualidad. Por tanto, las cuestiones que se derivan de la misma se resuelven por los Tribunales franceses [119]. La jurisprudencia francesa, que había sostenido la indisponibilidad del estado civil y el respeto del orden público (Sentencias de la Cass., Ch. civ,, 1ère, de 21 de mayo de 1990, con varios precedentes) ha variado después de la citada sentencia del TEDH de 25 de marzo de 1992. En principio se consideraba que no era posible la cirugía de reasignación de sexo, por entender que se trataba de una mutilación; pero posteriormente se producirá un cambio en la jurisprudencia a partir de las sentencias del Tribunal de Casación (Assemblée Plénière de la Cour de Cassation) de 11 de diciembre de 1992 nums. 361 y 362, admitiéndose actualmente la modificación del acta de nacimiento después de un cambio de sexo fundamentada en el respeto debido a la vida privada, y siempre que se cumplan varias condiciones (existencia del síndrome transexual constatado médicamente por un equipo interdisciplinar compuesto por médicos, psiquíatras, psicólogos y endocrinólogos y cirujanos, y adverado judicialmente por pericia judicial; cirugía de reasignación sexual, y tratamiento médico-quirúrgico sufrido con finalidad terapéutica, y comportamiento social del sexo deseado). La sentencia es constitutiva del cambio de sexo deseado y carece de efecto retroactivo.

En el Reino Unido, la *Gender Recognition Act*, de 1 de julio de 2004 permite el cambio de sexo a quienes, habiendo cumplido 18 años, estén viviendo como miembros del otro sexo o hayan cambiado de sexo de acuerdo con el Derecho de otro país. Se requiere que se constate la disforia de género, que el cambio se haya producido durante al menos dos años y que la persona se proponga vivir de acuerdo al sexo deseado y que se cumplan ciertos requisitos, concretamente, que presente informes médico y psicológico sobre la disforia de género y que el solicitante se haya sometido o se esté sometiendo a tratamiento para la modificación de los caracteres sexuales, o que tal tratamiento le haya sido prescrito o planificado.

---

concepción del sexo como dato complejo de la personalidad determinado por un conjunto de factores, cuyo equilibrio debe ser intentado dando preferencia a los dominantes. Señala que la Ley lo que hace es reconocer una situación de hecho preexistente, de manera que la ley italiana no exige necesariamente una intervención quirúrgica de reasignación de sexo, a menos que de las circunstancias del caso se derive su necesidad.

[119] Cfr. TOLDRÁ ROCA, *ob. cit.*, págs. 140-145.

La *Ley holandesa de 24 de abril de 1985*, que modifica el *artículo 29 del Código civil holandés*, exige dictamen de facultativo en que conste la convicción del transexual de pertenecer a un sexo distinto al que legalmente consta en el acta de nacimiento; adaptación física al sexo deseado en la medida de lo posible, que no implica necesariamente una intervención quirúrgica, pero que permita al juez tener el convencimiento de un propósito serio de permanecer viviendo como miembro del sexo adquirido; no estar casado; ser incapaz para la procreación. Será el Juez quien otorgue o no la concesión del cambio. El cambio de sexo no influye en las relaciones de parentesco, ni en las competencias y obligaciones asumidas por la persona [120].

En *Suiza* tampoco existe una norma concreta que regule la transexualidad, por lo que la cuestión se resuelve en los Tribunales; éstos tienen un amplio margen para su resolución; sin embargo, la acción de rectificación del sexo es una acción de estado civil que requiere intervención quirúrgica e informe médico que dictamine la transexualidad del sujeto [121].

Por último, en *Estados Unidos*, dado el sistema federal del país, no hay una legislación única en la materia. Hay estados que poseen legislación estableciendo requisitos para que se produzca la rectificación de sexo. Sin embargo, existen otros estados en los que no hay legislación *ad hoc*, siendo los Tribunales quienes resuelven esta cuestión, pero de sus pronunciamientos se deriva que el sexo puede estar determinado por otros factores que no sean puramente los cromosómicos [122].

[120] Véanse algunos otros extremos sobre dicha ley en TOLDRÁ ROCA, *ob. cit.*, págs. 140-144, quien estima que en esta Ley se da preponderancia al sexo psicológico.

[121] Crf. DÍEZ DEL CORRAL, *ob. cit.*, pág. 1089; TOLDRÁ ROCA, *ob. cit.*, pág. 146.

[122] TOLDRÁ ROCA, *lug. últm. cit.*

Capítulo III DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO EN LA LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA DE ESPAÑA

En España la presencia y la evolución social y jurídica de las personas homosexuales y transexuales ha sido paralela a la de otros países europeos, con las peculiaridades propias de nuestro país.

Conviene repasar brevemente cuál ha sido el recorrido que ha seguido nuestro Derecho y la posición de nuestros Tribunales al respecto para conocer la evolución que se ha producido en nuestro ordenamiento jurídico y en el seno de nuestra sociedad.

I. DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO EN ESPAÑA. EVOLUCIÓN HISTÓRICA EN LA LEGISLACIÓN Y EN LA JURISPRUDENCIA HASTA LA PROMULGACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN DE 1978

1. Época antigua

En España, la presencia de diversos pueblos de origen tan diverso como iberos y cartagineses, fenicios y germanos, y la recepción de la civilización romana, va a determinar que traigan con ellos sus diversos modos de vida, con sus particulares maneras de vivir la sexualidad. Cuestión a la que se ha aludido anteriormente, y a la que se hace remisión.

2. La situación de la homosexualidad y la transexualidad durante la Edad Media hasta la época de la codificación

Al abordar la cuestión de la presencia de personas homosexuales y transexuales en la Edad Media en España y del tratamiento jurídico que recibían, es necesario recordar la situación política en la que se encontraba nuestro país durante este período de la historia. Durante esta época, en España conviven dos pueblos muy distintos, el visigodo en los Reinos del norte del país, cristianizados, y la civilización musulmana en la parte meridional del mismo. Por lo que durante este periodo van a interrelacionarse diversas culturas, la cristiana, la musulmana y la judía.

En esta etapa, se ha documentado la existencia de relaciones de carácter homosexual, y un diverso tratamiento de dichas relaciones en diferentes textos jurídicos [1].

En la mayoría de dichos textos se hace referencia a las relaciones homosexuales entre hombres, generalmente para castigar tales conductas, silenciando las relaciones homosexuales entre mujeres, por las razones que se apuntaban anteriormente.

Entre los textos jurídicos que hacen alusión a tales conductas se pueden destacar los siguientes.

En la *Ley Visigothorum o Liber Iudiciorum* (642-649) se recogen dos leyes que castigan la homosexualidad. Por un lado, una ley del rey Egica, relativa a los hombres que yacen con otros hombres, en la que se manda castrar a los sodomitas por la justicia civil y entregarlos posteriormente a los obispos para que los encarcelasen o les obligasen a hacer penitencia, quedando disuelto el vínculo matrimonial si eran casados (Libro III, título VI, ley V). Y por otro lado, una ley del rey Recesvinto, en la que se establecía que cualquier hombre, lego o eclesiástico que hubiere cometido el pecado sodomítico fuere castrado y excomulgado (Libro III, título VI, ley VI). En la misma época, el XVI Concilio de Toledo, celebrado en el año 693, condenó a los homosexuales eclesiásticos a la degradación, excomunión, decalvación y destierro perpetuo después de haber recibido cien azotes en la espalda.

Una particularidad, quizá, se debería destacar en España frente a otros países de Europa durante esta época, y es la circunstancia de que en nuestro país se produjo la invasión de los musulmanes alrededor del año 711.

[1] Véase sobre la evolución histórica de nuestra legislación, PÉREZ CÁNOVAS N., *ob. cit.*, págs. 9-25

Parece que existe abundante documentación histórica que avala la existencia de relaciones homosexuales entre los hispanoárabes, lo que parece que puede atribuirse a la cultura islámica en general, pues, aunque el Corán [2] y los primeros escritos religiosos del Islam sostenían actitudes moderadamente negativas respecto a la homosexualidad, la sociedad musulmana mantenía una actitud tolerante respecto a la misma. Y en la interrelación existente entre las tres culturas (la musulmana, la cristiana y la judía), parece que no existía una actitud adversa hacia la homosexualidad. Por lo que las leyes de las comunidades y de los reinos cristianos durante este período guardan silencio acerca de la cuestión de la conducta homosexual cuando, sin embargo, legislaban detalladamente sobre otros aspectos de la sexualidad, tales como la bestialidad. Esto no significa que la recepción del cristianismo no tuviera ninguna reacción contra estas conductas, pero tales reacciones no eran tan fuertes como llegaron a ser más adelante [3].

Sin embargo, dichas conductas preocupaban más en los reinos del norte de España, ocupados por los visigodos, por influencia del cristianismo.

Durante la etapa de la Reconquista, esta actitud de los cristianos que recuperan los territorios ocupados se va a mantener en las leyes de la época.

Así, el *Fuero Juzgo,* versión castellanizada del Liber Iuidiciorum (s. XII), mantuvo la misma postura punitiva ante dichas conductas que las leyes visigodas, lo que se recogió en diversos fueros municipales, aplicándose concretamente en los Reinos de Asturias, León y Castilla.

En el *Fuero Real* (1255) se castigan a los dos sujetos implicados en las prácticas homosexuales públicamente y con pena de muerte (Libro IV, título IX, ley II).

---

[2] El Corán condena la homosexualidad (VII, 78, 80 y XI, 82).

[3] Especialmente se han encontrado numerosas referencias a dichas relaciones en la literatura de la época. Cfr. BOSWELL, J., *Cristianismo, tolerancia social y homosexualidad: los gays en Europa occidental desde el comienzo de la era cristiana hasta el siglo XIV*, Barcelona, 1993, y *Las bodas de la semejanza: uniones entre personas del mismo sexo en la Europa premoderna,* Barcelona, 1996; CARTAGENA-CALDERÓN, J. *«'El es tan rara persona.' sobre cortesanos, lindos, sodomitas y otras masculinidades nefandas en la España de la temprana Edad Modern,» Lesbianism and homosexuality in early Modern Spain. Literature and theater in context.* Ed. María-José Delgado y Alain Saint-Saëns, New Orleans: University Press of the South, 2000, págs. 139-174; y EISENBERG, D., *«['La escondida senda':] Homosexuality in Spanish»,* en History and Culture. Spanish Writers on Gay and Lesbian Themes: A Bio-Critical Sourcebook, Ed. David William Foster. Westport, CT: Greenwood, 1999, págs. 1-21, y *¿Cuán queer fue Iberia?,* Publicado en «La corónica», 30.1 (2001), págs. 236-238.

En el *Código de las Siete Partidas* (1265), también se castiga con pena de muerte para ambos sujetos la realización del acto sexual, exculpando, sin embargo, a los menores de catorce años (Partida 7, título 21) [4].

Está reconocido el valor que tienen las Siete Partidas en nuestro ámbito jurídico, y su influencia en el derecho posterior.

En relación a ellas, es importante destacar un hecho que se produjo con posterioridad a su publicación, pues en su edición de 1555 se realiza una glosa de las mismas por Gregorio LÓPEZ, en las que, cuando comenta las leyes mencionadas relativas a la sodomía, advierte que «igual delito pueden cometer las mujeres entre sí, o el hombre cohabitando fuera del orden natural», señalando que de las leyes anteriores se deduce que «las mujeres que cometan tal delito deben ser arrojadas al fuego», advirtiendo, sin embargo, que aunque sea muy grave ese pecado, no lo es tanto como el de sodomía entre hombres «porque en este último se invierte más torpemente el orden natural, pues no es el varón quien debe padecer en tales actos sino la mujer, que no es apta para obrar como principio activo». Es uno de los pocos textos en donde se hace referencia a la homosexualidad femenina, y aunque, como se observa, el castigo es el mismo, la pena de muerte, la valoración del pecado es distinta. Pero ya se ha indicado la escasa trascendencia jurídica que tenía la situación de la mujer en nuestro ordenamiento.

En consonancia con esta legislación, los Reyes Católicos dictaron una *Pragmática dada en Medina del Campo el 22 de agosto de 1497*, bajo el título de *«Cómo ha de ser castigado el pecado nefando contra naturaleza»*, que establecía la pena de muerte (a ser quemados en la hoguera) y la requisa de los bienes de las personas cuya conducta se castigaba aún cuando no se hubiera producido la consumación del acto (que irían a parar a la Real Cámara y al Fisco). En ella se consideraban tales conductas como «abominable delito», y se las calificaba de herejía y de crimen de lesa majestad, dando entrada a la Santa Inquisición para reprimir tales conductas. Los Reyes Católicos proponían que tanto *«la ley secular como la eclesiástica unieran sus fuerzas para castigar el crimen nefando, ese que no merece tener nombre, destructor del orden natural y por tanto punible*

[4] El Título consta de una introducción y dos Leyes. La Ley 1 lleva por rúbrica «Onde tomo este nome el pecado que dizen sodomitico, e cuantos males bienen del», y la Ley 2, «Quien puede acusar a los que fazen el pecado sodomitico, e ante quien, e que pena merecen ayer los fazedores del, e los consentidores». Véase GARZA CARVAJAL, F., *Quemando mariposas: sodomía e imperio en Andalucía y México, siglos XVI-XVII*, Barcelona, 2002, y TOMÁS Y VALIENTE, F., *Manual de historia del derecho español*, Madrid, 2001.

por la justicia divina». Sin embargo, en la práctica, las autoridades rara vez las ponían en práctica [5].

Aunque la Inquisición española persiguió a los homosexuales si estaban implicados en casos de herejía. El castigo para los mayores de 25 años era pena de muerte en la hoguera, mientras que para los menores era la pena de azote y las galeras. El objetivo principal de la Inquisición, sin embargo, era la persecución de la herejía en España; por ello sufrieron mayor represión los judíos y los moriscos que los homosexuales [6].

Dicha norma fue recogida posteriormente por la *Pragmática* dada por Felipe II en Madrid en el año 1598, titulada *«De la forma cómo se ha de tener probado el pecado contra naturam»,* en la que se establecen ciertas medidas encaminadas a eliminar la dificultad de la prueba.

Ambas disposiciones se recogieron en la Nueva Recopilación de las Leyes de España de 1567 (Libro VIII, título XXI, leyes I y II), y posteriormente, en la Novísima Recopilación (1805), en la que, recogiendo la tradición anterior, se establecía que el sodomita debía morir así como el que consintiera tal conducta, salvo que se tratara de un menor de 14 años, a los que se azotaba, se enviaba a galeras, se les encerraba y se les llevaba a ver cómo ardía el cómplice.

Durante toda esta época se han documentado casos de muerte en la hoguera y castigos por sodomía [7].

---

[5] Véase TOMÁS Y VALIENTE, F., *El crimen y pecado contra natura*, en «El Derecho penal de la Monarquía absoluta. Siglos XVI, XVII y XVII», Madrid, 1969. También la historia de los homosexuales en la Sevilla de la Edad Moderna, en POZO RUIZ, A., en su página web personal, www.personal.us.es/histsevilla/leyes_sodomia.htm

[6] Señala PÉREZ CÁNOVAS, *ob. cit*, pág. 11, que la Inquisición fue más moderada en la aplicación de la pena de muerte a los sodomitas que los Tribunales estatales.

[7] En este sentido, se ha recogido el dato de que los Tribunales de Granada y Sevilla, junto con el Tribunal de la Casa de la Contratación, instruyeron 175 casos de sodomía entre 1560 y 1699, en los que sentenciaron a unos cincuenta sodomitas a la hoguera; así lo señalaba Pedro de León, jesuita, conocedor de las confesiones de los sentenciados a muerte en la cárcel de Sevilla durante treinta y ocho años (1578-1616), en *Compendio de algunas experiencias en los ministerios de que usa la Compañía de Jesús... y su Apéndice de los ajusticiados*, recogido en «Grandeza y miseria en Andalucia. Testimonio de una encrucijada histórica 1578-1616», Edición, introducción y notas de Pedro Herra Puga, Granada, 1981. Pero no sólo existen datos de estas condenas en Sevilla. El *«sexo contra natura»* tuvo un desarrollo notable en esta época en España. Se ha documentado por CARRASCO, R., en *Inquisición y represión sexual en Valencia. Historia de los sodomitas (1565-1785)*, Barcelona, 1985, si bien centrado en el tribunal valenciano, que entre 1450 y 1700, el Tribunal Inquisitorial instruyó 380 casos por sodomía en Valencia, otros 791 en Zaragoza y 453 en Barcelona; en Valencia, el tribunal sentenció a la hoguera a 37 hombres entre 1566 y 1775, la gran mayoría entre 1616 y 1630, justo durante el auge de la Contra-

También hay constancia de que las mujeres que realizaban prácticas sexuales entre ellas eran castigadas. Estas mujeres recibían «doscientos latigazos y el tribunal las desterraba a perpetuidad del Reino» o eran quemadas, según cómo se cometía dicho pecado [8].

Esta situación se mantuvo hasta la promulgación del Código penal de 1848.

Obsérvese que las conductas homosexuales se castigan con pena de muerte en pleno siglo XIX.

Por lo que se refiere a los distintos derechos de los diversos reinos de la España medieval, la tónica fue la misma que en la legislación mencionada. Las relaciones sexuales con personas del mismo sexo eran castigadas con la pena de muerte. Así se recogió en los Fueros de Valencia de 1261, en las Costumbres de Tortosa de 1279, en la Novísima Recopilación de las Leyes

---

rreforma. Los tribunales no condenaron a la pira a ningún sodomita después de 1630; en lugar de eso los condenaron al cadalso, a que se les administraran latigazos o al destierro perpetuo del Reino. En Castilla este cambio ocurrió en la última década del siglo XVII. Pero añade el Padre León que esos eran los descubiertos, diciendo *«que no son los mayores pecadores los que mueren quemados, que otros hay que nos los prenden»*. Esta documentado en los expedientes judiciales que los «pecadores» eran de toda clase social y origen: nobles, clérigos, frailes, taberneros, maestros de escuelas, napolitanos, franceses, negros, mulatos, turcos ...; «mocitos galanes», «caballeritos» de 17 años e incluso niños.

[8] Así lo describe Pedro de León, señalando que también se besaban las mujeres en ocasiones: «la otra que junta con ella boca con boca y otras cosas indignas de historia por más profanas que fuera y así las dejo por la decencia». Pero también hay documentos de la época en que parece que las mujeres utilizaban instrumentos artificiales para darse placer. Así, Antonio Gómez, moralista del siglo dieciséis, observaba que si dos mujeres cometían el crimen de sodomía contra la naturaleza «mediante aliquo instrumento materiali» debían ser quemadas, como dictó en un caso anterior que había instruido y que había «involucrado a dos monjas»; sin embargo, en ausencia de un instrumento empleado para la penetración, Gómez se mostraba partidario de una pena menor que la de muerte. Aparentemente, hasta 1560, el Tribunal Supremo Inquisitorial de Madrid no conoció casos que involucraran sodomía entre mujeres sin el uso de un «instrumento», a pesar de acusaciones al contrario. No obstante, en la primera década del siglo XVI, es conocido el caso de Catalina de Belunza y una tal Mariche, que el Fiscal General de San Sebastián había acusado de «penetrarse entre sí como lo harían un hombre y una mujer desnudas, en la cama, tocándose y besándose, la una encima del vientre o la panza de la otra, un crimen que habían perpetrado en numerosas y diversas ocasiones»; tras apelación, el Tribunal Supremo terminó retirando todos los cargos, Y es que, «aunque un crimen», muchos moralistas consideraron la sodomía entre mujeres como «no auténtica, imperfecta, desprovista de semen desperdiciado o dispersado» y los tribunales por lo general delegaban estos casos y sus sentencias a los obispos locales (véase Pozo Ruiz, A., en su citada página web personal, www.personal.us.es/histsevilla/leyes_sodomia.htm). Esto demuestra que la homosexualidad femenina carecía de la trascendencia que tenía la homosexualidad masculina.

de Navarra de 1512, en los Fueros del Reino de Aragón de 1552, y en la Compilación de usos, Constituciones y otros derechos de Cataluña. Regulación que también acabó con la promulgación del Código penal de 1848.

3. Discriminación por orientación sexual e identidad de género en la época de la codificación

La etapa de la codificación en España comenzó en las Cortes de Cádiz con la promulgación de la Constitución de 1812, en donde se mandaba elaborar los Códigos civil, mercantil y criminal. Consecuencia de ello fue que se impulsó la elaboración de dichos Códigos. El primero en publicarse fue el Código penal de 1822, posteriormente el mercantil de 1829, y, por ultimo, el civil en 1889.

A la vista del tratamiento jurídico que la legislación anterior había dado a las conductas homosexuales, interesa conocer en primer lugar cómo se regularon tales conductas en el Código penal.

En el primer Código penal que se promulgó en 1822 no se recoge, frente a todo pronóstico, la criminalización del delito de sodomía, influenciado quizá por el Código penal francés de 1810 [9].

Esta actitud se mantuvo en la reforma posterior del Código penal en 1848, 1850, 1860 y 1870.

En esta etapa se produce la medicalización de la homosexualidad, cuya corriente también llega a España [10].

Sin embargo, como señalan algunos autores, a pesar de ello y de que en los citados Códigos no se criminalizaba las conductas homosexuales expresamente, dichas conductas se recondujeron a otros delitos, concretamente los de escándalo público y faltas contra la moral y las buenas costumbres, que se recogían en aquéllos, y que permitían a los Tribunales incluir dentro de los mismos las relaciones homosexuales.

Por otra parte, las relaciones homosexuales sí estaban penalizadas en el Código penal del Ejército de 1884 y en el de la Marina de Guerra de 1888, en vigor hasta la promulgación del Código de Justicia Militar de 1945, que unificó la justicia militar de los tres Ejércitos.

---

[9] En Francia, la Asamblea Constituyente de 1791 había abolido la pena de muerte para el delito de sodomía. Y el Código penal francés de 1810 había despenalizado la sodomía cuando tales relaciones se dieran entre adultos. Por otro lado, la reina regente María Cristina había suprimido el Tribunal de la Inquisición por Decreto de 1 de julio de 1835.

[10] Véase VÁZQUEZ GARCÍA, F., *El discurso médico y la invención del homosexual (España 1840-1915)*, en Revista «Asclepio», vol. LIII-2-2001, págs. 143-162.

Por lo que se refiere a los Códigos mercantil y civil, que regulan las relaciones en el ámbito privado, no se hace en ellos ninguna referencia a la condición de homosexualidad, de manera que estas personas podían realizar actos de carácter mercantil o civil. Si bien, con respecto a este último Código, era impensable en el momento de su publicación la existencia de relaciones conyugales o familiares entre personas del mismo sexo, por cuanto el matrimonio y la familia que se configuraba en dicho Código se fundamentaba en la familia tradicional católica, cuya regulación estaba inspirada netamente en el Derecho canónico y en los principios de la Iglesia Católica, por cuanto la religión católica, y salvo el paréntesis de la Constitución de 1869, era la religión oficial del Reino de España, situación que se prolongará hasta la Constitución de 1978, que proclama la aconfesionalidad del Estado, que permitirá la reforma del Código civil en materia de matrimonio y familia, con la culminación en el año 2005, de permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo.

4. La situación de las personas LGTB en las primeras décadas del siglo XX

En los primeros años del siglo XX se va producir el 13 de septiembre de 1923 un golpe de Estado por el General Primo de Rivera que instaurara en España una dictadura militar.

En el nuevo régimen político, se vuelve a reformar el Código penal en 1928, vigente hasta 1932. En este Código se tipifica como delito las relaciones homosexuales en dos preceptos. Por un lado, en el artículo 69 que establecía, en relación al delito de abusos deshonestos, que «cuando tuviere lugar entre personas del mismo sexo del culpable, se impondrá la pena de dos a doce años de prisión». Por otro lado, el artículo 616, en relación al delito de escándalo público, establecía que «el que habitualmente o con escándalo, cometiese actos contrarios al pudor con personas del mismo sexo, será castigado con multa de 1000 a 10000 pesetas e inhabilitación especial para cargos públicos de seis a doce años». Este precepto resultaba discriminatorio por cuanto establecía una pena mayor para las conductas homosexuales frente a las heterosexuales [11].

[11] Señalan VÁZQUEZ, F., CLEMINSON, R., en *Democracia y culturas sexuales. La irrupción de la homosexualidad en la escena política española,* «Revista de filosofía», 32, págs. 134-135 y 135-140, que hubo oposición médica y jurídica, representada por las personas de Gregorio Marañón y Jiménez de Asúa, a la criminalización de la homosexualidad en el Código penal de 1928, quienes la manifestaron concretamente en el prólogo y epílogo del libro *El Ángel de Sodoma* de Alfonso Hernández Catá. Por otra parte, dichos autores advierten que a finales de los años 20 y 30 se proyecta a primer plano el debate sobre la homosexualidad, dando lugar a diversas teorías que recogen en su trabajo.

Con el advenimiento de la Segunda República el 14 de abril de 1931, se publica la Constitución de 9 de diciembre de1931, cuyo artículo 2 establece: «Todos los españoles son iguales ante la ley», señalándose en el artículo 25 que:«No podrán ser fundamentos de privilegio jurídico: la naturaleza, la filiación, el sexo, la clase social, la riqueza, las ideas políticas ni las creencias religiosas».

En virtud de estos nuevos principios de igualdad de los sujetos, se vuelve a reformar el Código penal en 1932, el cual hará desaparecer los dos preceptos del anterior Código penal, relativos a los abusos deshonestos y al escándalo público.

La regulación de los delitos de escándalo público y abusos deshonestos no ve agravada la pena si tal conducta la realizan dos personas del mismo sexo.

Sin embargo, nuestros Tribunales siguieron castigando dichas conductas integrándolas en el delito de escándalo público.

5. La discriminación de las personas LGTB durante la época del régimen político del General Franco

Después de la Guerra civil española de 1936-1939, se produce un cambio en las bases políticas y jurídicas de España, derogándose la Constitución de 1931.

En esta nueva etapa histórica, las conductas homosexuales no van a ser recogidas como delitos en el Código penal [12], aunque esto no significa que sea admitida como una conducta aceptable en la sociedad de entonces[13].

[12] Sin embargo, se ha señalado por algunos autores, entre ellos ADAM DONAT, A., MARTÍNEZ VIDAL L, A., en *«Consideraciones sobre tan repugnante tendencia sexual»: la homosexualidad en la psiquiatría del franquismo*, en Orientaciones: Revista de homosexualidades, núm. 7, 2004, págs. 51-72, que durante la época del franquismo, los asuntos relativos a la sexualidad se dejaron en manos de la moral o de la autoridad gubernativa como materia de orden público; y analizando la obra de los dos psiquiatras más influyentes de la época, A. Vallejo Nágera y J.J. López Ibor, observan que ambos trataban la homosexualidad como una trastorno del instinto sexual, remitiendo el primero a los juristas para el tratamiento de estos delincuentes, y el segundo a los tratamientos de la medicina. Concluyen dichos autores que «la psiquiatría del franquismo era personalista y arbitraria», manifestándose en que los criterios de su abordaje eran: «mantenerla en secreto, regresar a modelos previos que la criminalizaban, ignorar los autores de prestigio, manipular los resultados de los trabajos científicos reconocidos y, por último, desdeñar cualquier intento de desmedicalización», añadiendo otras dos características: una «repugnante homofobia» y unos profundos y arraigados prejuicios antihomosexuales.

[13] Véase el estudio de obras de temas jurídicos, médicos y artísticos que analizaban las situación de los homosexuales en esta época vistos desde tan distintos puntos de vista en ALTMANN, W.,

Sin embargo, van ser penalizadas al incluirse en leyes especiales. Concretamente, en la Ley de Vagos y Maleantes de 4 de agosto de 1933 [14], en cuya redacción no se incluía a las personas homosexuales de manera expresa, que fue reformada por Ley de 15 de julio de 1954, en cuyos artículos 2 y 6 ya se incluían a tales personas como peligrosas para la sociedad.

En el artículo 2, 2º, se incluyó a los homosexuales como sujetos peligrosos junto a los proxenetas y rufianes.

Por su parte el artículo 6, en su número 20, se establecía que: «A los homosexuales, rufianes y proxenetas, a los mendigos profesionales y a los que vivan de la mendicidad ajena, exploten menores de edad, enfermos mentales o lisiados, se les aplicarán, para que las cumplan todas sucesivamente, las medidas siguiente: a) Internado en un establecimiento de trabajo o colonia agrícola. Los homosexuales sometidos a esta medida de seguridad deberán ser internados en Instituciones especiales, y, en todo caso, con absoluta separación de los demás. b) Prohibición de residir en determinado lugar o territorio y obligación de declarar su domicilio. c) Sumisión a la vigilancia de los delegados».

Como se observa, la situación de los homosexuales es castigada de manera especial, de lo cual se deduce una situación de discriminación con respecto a los demás sujetos considerados peligrosos para la sociedad.

La Ley de Vagos y Maleantes fue sustituida posteriormente por la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4 de agosto de 1970 [15], donde se

---

«Vicio repugnante en lo social, aberración en lo sexual, perversión en lo psicológico y defecto en lo endrocrino». Un ensayo bibliográfico sobre la homosexualidad y los homosexuales bajo la dictadura franquista, en revista «Iberoamericana. América Latina, España, Portugal: Ensayo sobre letras, historia y sociedad. Notas. Reseñas Iberoamericanas», núm. 22, 2006, págs. 193-210.

[14] Véase ALVAREZ JUSUÉ, A., Ley de Vagos y Maleantes: *exposición histórica de la legislación española. Precedentes parlamentarios. La ley actual y su procedimiento,* Madrid, 1933; TERUEL CARRALERO, D., *Comentarios a la ley de 4 de agosto de 1933 y Reglamento de 3 de mayo de 1935,* Madrid, 1949.

[15] Véase JORGE BARREIRO, A., *Las medidas de seguridad en el derecho español : un estudio de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social de 1970 y de la doctrina de la Sala de Apelación de Peligrosidad ,* Madrid, 1976; AA. VV., *Peligrosidad social y medidas de seguridad (la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social de 4 de agosto de 1970),* Universidad de Valencia, Instituto de Criminología y Departamento de Derecho Penal, 1974; FAIRÉN GUILLÉN, V., *Problemas del proceso por peligrosidad sin delito : La Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social de 4 de agosto de 1970 y su Reglamento. Con notas de derecho comparado,* Madrid, 1972; *Circulares relacionadas con la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social: Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social de 4 de agosto de 1970 y Reglamento para su aplicación, de 13 de mayo de 1971,* Madrid, Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, 1972.

sigue incluyendo la homosexualidad como situación de peligrosidad social, con una diferencia respecto de la anterior ley, ya que en ésta se castigan las conductas homosexuales pero no a las personas homosexuales [16].

En dicha Ley se incluyen a los mayores de 16 años que realicen actos de homosexualidad (arts. 1 y 2, párrf. 2, núm. 3º), y a los que ejerzan habitualmente la prostitución (art. 2, párrf. 2, num. 4º), con lo cual se estaban incluyendo también indirectamente a las personales transexuales y travestís, muchas de las cuales no tenían otra opción para sobrevivir.

Esta ley, pues alcanzó, tanto a homosexuales como a transexuales.

Y las medidas de seguridad que se les imponen tanto a los que realicen actos de homosexualidad como a los que ejerzan la prostitución son las mismas y consisten sucesivamente en internamiento en un establecimiento de reeducación y prohibición de residir en un lugar o territorio que se designe o de visitar ciertos lugares o establecimientos públicos, y sumisión a la vigilancia de los delegados (art. 6, núm. tercero) [17].

La competencia para juzgar el estado de peligrosidad le corresponde a los Juzgados ordinarios, creándose Salas especiales para conocer el recuso de apelación (arts. 8 y 9). El procedimiento para la declaración del estado de peligrosidad puede iniciarlo el Ministerio Fiscal o de oficio, en este caso bien por ciencia propia, por denuncia de la Policía judicial o de particulares (art. 12).

Se establece que el Juez oirá a la persona afectada, acordará la investigación antropológica, psíquica y patológica del sujeto mediante dictamen

---

[16] Señala ALTMANN, en *«Vicio repugnante en lo social, aberración en lo sexual, perversión en lo psicológico y defecto en lo endrocrino». Un ensayo bibliográfico sobre la homosexualidad y los homosexuales bajo la dictadura franquista, cit.*, pág. 195, que la razón de este cambio hay que buscarla en los cambios sociales de los años sesenta, el nacimiento del movimiento gay en Estados Unidos, el auge del turismo extranjero en España, la libertad sexual entre los jóvenes, entre otras causas.

[17] Parece ser de testimonios recogidos por los autores AMALTE A., *Redada de violetas: la represión de los homosexuales durante el franquismo,* Madrid, 2003, y OLMEDA, F., *El látigo y la pluma. Homosexuales en la España del franquismo,* Madrid, 2004, que estas medidas afectaron más a los jóvenes de clase baja, librándose de la cárcel personas de estamentos sociales más reconocidos, y que al principio, los establecimientos donde se recluían eran las cárceles. El 13 de mayo de 1971 se aprobó el Reglamento para la aplicación de la Ley de Rehabilitación y Peligrosidad social, y en la Orden de 1 de junio se designó la cárcel de Huelva para el cumplimiento de las medidas de reeducación, cuyo funcionamiento ha estudiado AMALTE, *ob. cit.*, págs. 143-206, y señala que no hubo tales tratamientos por falta de personal idóneo en los centros y por escasez de los necesarios recursos financieros.

pericial médico, y recabará información sobre sus factores familiares y sociales a técnicos o instituciones especializadas, y podrá realizar las demás diligencias que estime oportunas (art. 16).

Se deja al arbitrio del Juez, previo informe de la Junta de tratamiento o, en su defecto, del delegado que tenga a su cargo la vigilancia del peligroso social, la cancelación, suspensión o sustitución de las medidas de seguridad impuestas al sujeto (art. 26) [18].

En relación a los actos de homosexualidad, algunas sentencias de la Sala de Apelación de Peligrosidad de Madrid señalan que lo que define el tipo peligroso es la realización de actos de homosexualidad, de donde se infiere que la realización de un solo hecho de tal naturaleza no determina por sí solo un estado peligroso (así en las Ss de 22 de diciembre de 1971, y 5 de febrero de 1972).

Como actos homosexuales la jurisprudencia de dicho Tribunal considera cualquiera de los posibles [19].

Dicha Ley se aplicó tanto a la que se calificaba de homosexualidad congénita o de inversión natural y a la que se calificaba de patológica, pervertida y viciosa, entendiendo la jurisprudencia del citado Tribunal que ambas se recogen en la Ley, «que atiende a la práctica de actos y a la peligrosidad del sujeto y no a la causa que lo motiva, aunque a efectos de tratamiento de la medida de seguridad, individualizándolo, para hacerlo más efectivo (…) se produce (…) el conocimiento de su género a efectos de tratamiento rehabilitado» (S. de la Audiencia de Peligrosidad de Madrid de 5 de febrero de 1972).

Ahora bien, se ha señalado que como lo que establecía la Ley eran medidas de seguridad dirigidas a curar, rehabilitar y regenerar socialmente a los sujetos peligrosos y propensos a delinquir, y dado que dichas conductas no se consideraban delitos, los sujetos declarados peligrosos y sometidos a tales medidas no podían beneficiarse ni de indultos, ni de amnistías ni de la redención de penas por el trabajo ni por buena conducta, ni de la libertad condicional [20].

---

[18] En la Ley se regulan también el juicio de revisión (arts. 27 y sigs.) y la prescripción de las medidas de seguridad (arts, 35 y sigs.).

[19] Así, la sentencia de la Sala de Apelación de de Madrid de 12 de mayo de 1973 consideraba como tales actos los ayuntamientos carnales y en general los tocamientos lascivos de toda índole, y la sentencia de 5 de febrero de 1972, los de ayuntamientos carnal perilineales activos o pasivos entre personas del mismo sexo y los de onanismo bucal «in vase praepostero vel in buca», y los de masturbación y tocamientos lascivos de cualquier conducta.

[20] PÉREZ CÁNOVAS, *ob. cit.*, pág. 20.

Esto añade un plus de discriminación a las personas homosexuales presas, no ya en relación a las personas heterosexuales, sino incluso en relación a las demás personas privadas de libertad por causas distintas a las conductas consideradas de peligrosidad social (como lo eran las relativas a las relaciones homosexuales).

Al mismo tiempo, como se ha anticipado, nuestros Tribunales siguieron castigando dichas conductas integrándolas en el delito de escándalo público, por vía del artículo 431 del Código penal, que establecía: «El que de cualquier modo ofendiere el pudor o las buenas costumbres con hechos de grave escándalo o trascendencia incurrirá en la pena de arresto mayor, multa de 5000 a 25000 pesetas e inhabilitación especial.- Si el ofendido fuere menor de veintiún años, se impondrá la pena de privación de libertad en su grado máximo».

La imprecisión de los términos «pudor», «buenas costumbres», «escándalo o trascendencia» determinó que fueran los Tribunales quienes interpretaran el alcance de su significado.

En este sentido, se dictaron numerosas sentencias en las que el Tribunal Supremo calificó los actos homosexuales de escándalo público como «altamente ofensivos al pudor y a las buenas costumbres, y atentatorios a la moral, fundamento de la familia y de la sociedad» (STS de 7 de marzo de 1963), considerando que la homosexualidad era «un vicio repugnante en lo social, aberración en lo sexual, perversión en lo psicológico y defecto en lo endocrino» (STS 15 de octubre de 1951), y era ofensiva a la moral pública y a los principios morales de honestidad y recato (STS 5 de noviembre de 1974). Asimismo consideraba que para que tales actos fueran considerados como tal delito bastaba un solo hecho (STS 20 de diciembre de 1966).

Ahora bien, tales conductas no se consideraban punibles si se realizaban entre personas mayores de edad, con absoluta libertad de decisión y en la más absoluta privacidad. Sin embargo, el concepto de privacidad resultaba tan restringido que era inoperante, hasta el punto de que el propio Tribunal Supremo señalaba contradictoriamente que «la reserva u ocultación de estos actos se convierte en el medio propicio a los atentados contra el pudor» (STS de 15 de octubre de 1964), y que de cualquier manera que llegará a hacerse público se convertía ya en delito [21], por ser propiamente el escándalo público un delito de resultado (STS de 27 de octubre de 1965).

[21] Así PÉREZ CÁNOVAS, *ob. cit.*, pags. 22-23, cita varias sentencias en donde se recogen diversos medios a través de los cuales se entiende que se ha producido el conocimiento público de tales conductas: el hecho de practicar diligencias por otro acto no delictivo y descubrir la reali-

Entiende la doctrina que con esta interpretación de nuestros Tribunales se había creado un tipo específico que castigaba las conductas homosexuales [22], hasta el punto de que el propio Tribunal Supremo señaló que lo que verdaderamente caracterizaba este delito era «(…) su propia naturaleza escandalosa, es decir, (…) la grave perturbación que el mismo produce en la conciencia de quien o quienes lo conozcan, y por muy reducido que sea su número…» (STS de 30 de noviembre de 1953, y en el mismo sentido la citada sentencia de 27 de octubre de 1965).

Tanto la redacción del artículo 431 del Código penal como la interpretación anterior que la jurisprudencia del Tribunal Supremo hizo del mismo fueron objeto de crítica por la doctrina.

Como se observa, todas las sentencias vienen referidas a la homosexualidad masculina. La homosexualidad femenina de nuevo pasa desapercibida, sobre todo por la situación jurídica que la mujer tiene durante toda esta época histórica.

En otros ámbitos también se produjeron situaciones de discriminación legislativa de las personas homosexuales.

Así, en el ámbito militar, el Código de Justicia militar de 17 de julio de 1945 sancionaba en el artículo 352 «al militar que cometa actos deshonestos con individuos del mismo sexo» con penas de prisión militar entre seis meses y un día a seis años y con la separación del servicio.

En el ámbito de la enseñanza, la Orden del Ministerio de Educación y Ciencia de 1 de febrero de 1971 señalaba la intersexualidad y el homosexualismo como defecto físico o enfermedad que impide el ingreso en el Cuerpo de Magisterio Nacional de Enseñanza Primaria (Anexo I, núm. 45).

En el ámbito civil, no se produjo ninguna modificación del concepto de matrimonio y familia que permitiese el reconocimiento jurídico, siquiera privado, de tales relaciones.

---

zación de tales conductas (STS de 2 de noviembre de 1943), o ser descubiertas por la Policía Armada en los aledaños de un camino (STS de 26 de febrero de 1965), el hecho de ser sorprendido el sujeto en los retretes por el acomodador de un cine (STS de 31 de marzo de 1965), o el hecho de ser sorprendidos por la policía en determinado domicilio (STS de 27 de octubre de 1965).

[22] En este sentido, PÉREZ CÁNOVAS, *ob. cit.*, pág. 22.

II. LA DISCRIMINACIÓN POR ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO EN LA ÉTAPA DEMÓCRATICA DEL ESTADO ESPAÑOL. LOS NUEVOS PRINCIPIOS INSTAURADOS POR LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

Tras el fallecimiento del General Franco el 20 de noviembre de 1975, y el referéndum celebrado el 15 de diciembre de 1976 sobre la reforma política, se da paso a la democracia en nuestro país.

Con el nuevo régimen político instaurado en España, se da un giro fundamental a los valores y principios recogidos en nuestro ordenamiento jurídico, plasmados en la nueva Constitución aprobada en referéndum el 6 de diciembre de 1978.

A los veinticinco años de vigencia de nuestra Constitución de todos es conocido el desarrollo que ha tenido la misma, y las insuficiencias que a lo largo de estos años se han manifestado. Sin embargo, por lo que se refiere a la protección de la persona y de sus derechos se ha mostrado sumamente eficaz, aún cuando no se ha desarrollado plenamente dicha protección en el marco social.

Efectivamente, nuestra Constitución estableció un marco jurídico de protección de la persona inusual en nuestra historia política, aunque se debe recordar que los derechos de la persona inherentes a la misma habían estado protegidos por vía civil a través de los denominados derechos de la personalidad o bienes de la personalidad, que el Tribunal Supremo en la Sala de lo civil consagró en su sentencia de 1912, y cuya configuración en nuestro país es obra de la doctrina científica civilista y de la jurisprudencia de la citada sala del Tribunal Supremo.

La mayoría de dichos derechos se han recogido en la Constitución Española de 1978, elevándolos a la categoría de Derechos fundamentales, a los que después se aludirá.

Pero, además de éstos, en nuestra Constitución se establece un marco de protección de la persona en otros preceptos de la misma que también hay que tener en cuenta, y que, en su momento, supuso un cambio radical en la contemplación de la persona en nuestro ordenamiento jurídico, lo cual favoreció obviamente la situación personal y jurídica de las personas homosexuales y transexuales, aunque el reconocimiento de su condición y circunstancias se ha ido realizando paulatinamente.

Del contenido de la Constitución conviene destacar varias declaraciones y preceptos.

Así, en el *Preámbulo* de la misma se declara que «La Nación española, deseando establecer la justicia, la libertad y la seguridad y *promover el bien de cuantos la integran,* en uso de su soberanía, proclama su voluntad de: (…) *Consolidar un Estado de Derecho* que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular. - *Proteger a todos los españoles* y pueblos de España *en el ejercicio de los derechos humanos,* sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones. (…) Promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida. *Establecer una sociedad democrática avanzada* (…)».

Debe deducirse que de la proclamación de estas finalidades que se atribuye la Nación española no debe excluirse a nadie, y que, por tanto, tales finalidades alcanzan también a las personas LGTB, las cuales, forman parte de la comunidad española, y por ende, se encuentran en el ámbito del Estado de Derecho, en la protección que debe la Nación española de sus derechos humanos y en el establecimiento de una sociedad democrática avanzada.

De su texto articulado y en relación al tema que nos ocupa, merecen destacarse varios preceptos.

En primer lugar, el *artículo 1, número 1,* en cuanto proclama que: «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como *valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político».*

El principio de igualdad, por tanto, se convierte así en un valor superior del ordenamiento jurídico español, que consagra la Constitución, y contra el cual no puede prevalecer ninguna norma del resto del ordenamiento, pues la Disposición Derogatoria tercera de la propia Constitución establece que «quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución».

En segundo lugar, el *artículo 10,* integrado en el Título I, referido a «los derechos y deberes fundamentales», cuyo párrafo primero establece que *«La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social».* Y cuyo párrafo segundo establece: «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Dere-

chos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España» [23].

Por último, cabe señalar el precepto fundamental en el que se basa el principio de igualdad y no discriminación de las personas en España, el *artículo 14*, situado sistemáticamente en el Capítulo segundo del Título I, referido a los «Derechos y libertades» de los españoles, y que establece: *«Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social»*.

Si no parecía suficiente con haber consagrado la igualdad como un valor superior de nuestro ordenamiento jurídico en el citado artículo 1 de la Constitución, el artículo 14 convierte además este principio en un derecho de las personas, señalando determinados supuestos en los que se debe aplicar directamente este principio, entre ellos, y por el tema que nos ocupa, se señala que no cabe ningún tipo de discriminación por razón de sexo.

La cuestión es que se hace una referencia genérica al sexo, pero no se puntualiza más, por lo que tal referencia parece referida al género de las personas y no a su orientación sexual.

En la elaboración de esta norma constitucional se perdió la ocasión de hacer una referencia explícita a la no discriminación por razón también de orientación sexual y de identidad de género [24].

---

[23] Véanse los comentarios a estos preceptos de la Constitución, ÁLVAREZ CONDE. E., *Curso de Derecho Constitucional, vol I,* Madrid, 2005, 5ª ed., págs. 356 y sigs.; DE ESTEBAN, J., *Tratado de Derecho Constitucional, I,* Universidad Complutense de Madrid, 2001, 2ª ed., págs. 155 y sigs.; GARRIDO FALLA, F.,*et alii, Comentarios a la Constitución*, Madrid, 2001, 3ª ed., págs. 195 y sigs.; PÉREZ ROYO, J., *Curso de Derecho Constitucional,* Madrid-Barcelona, 2003, 9ª ed., págs. 288 y sigs.; DE ESTEBAN, J., GONZÁLEZ TREVIJANO, P.J., SÁNCHEZ NAVARRO, A, *Tratado de Derecho constitucional, II,* Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2004, págs. 35 y sigs.

[24] Se ha criticado que en la enumeración del artículo 14 no se haga referencia expresa a la no discriminación en relación a la orientación sexual; pero el inciso final del precepto determina una interpretación expansiva del principio contenido en el mismo; luego no hay que considerar la enumeración como una lista cerrada sino que cabe aplicar al mismo el sistema del *numerus apertus,* lo que ha sido confirmado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (así, sents. 22/1981, de 2 de julio, y 75/1982, de 3 de agosto, entre otras); en este sentido, PÉREZ CÁNOVAS, *ob. cit.*, págs. 64-65, aunque señala que la ausencia de esta mención va a tener una incidencia muy negativa en la equiparación de las personas homosexuales a las personas heterosexuales en la atribución de derechos, y así recoge algunas resoluciones de nuestros Tribunales denegatorias de dicha equiparación en las págs. 66 a 75.

Sin embargo, la doctrina considera que la enumeración de las situaciones que se recogen en el artículo 14 no es una lista cerrada, sino ejemplificativa, que recogería supuestos concretos de discriminación existentes en aquel momento histórico en determinados textos de nuestro ordenamiento jurídico (sexo, nacimiento, raza, religión, ideología) [25]; por ello el precepto se cierra con una expresión de tipo general ya que no cabe discriminación alguna por «cualquier otra condición o circunstancia personal o social» para incluir aquellas otras causas de discriminación no mencionadas expresamente en el citado artículo. Así lo entiende también el Tribunal Constitucional en reiteradas sentencias, en alguna de las cuales ha señalado que en dicho artículo no ha de verse «una intención tipificadora cerrada que excluya cualquier otra de las precisadas en el texto legal, pues en la fórmula del indicado precepto se alude a cualquier condición o circunstancia personal o social» [26].

En mi opinión, el principio de no discriminación en relación a la orientación sexual o la identidad sexual se encuentra implícito en el artículo 14 por dos razones principalmente.

En primer lugar, porque hay una referencia a la no discriminación por razón de sexo. Esta referencia parece aludir a la diversidad de género, y en principio a la diferente legislación que se aplicaba a hombre y mujer, sexo masculino, sexo femenino, claramente desfavorable a la mujer. Pero en ese momento histórico también existen otras situaciones, la transexualidad o la intersexualidad, que plantean un problema de identidad de género, y que, por tanto, tienen que ver con el sexo, y las situaciones de homosexualidad, que también tienen que ver con el sexo, que ya habían suscitado conflictos de discriminación ante nuestros Tribunales. Por lo que tales situaciones se pueden considerar contenidas en dicha referencia general [27].

Y en segundo lugar, por si no fuera suficiente con lo señalado anteriormente o la interpretación resultara demasiado forzada, existe la fórmula genérica final, en donde, sin duda, la situación de ser transexual u homo-

---

[25] Cfr. PÉREZ CÁNOVAS, *ob. cit.*, págs. 63-65; RODRÍGUEZ –PIÑERO, FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Igualdad y discriminación, cit.*, pág. 159.

[26] STC 2 de julio de 1981; otras sentencias del mismo Tribunal en el mismo sentido, 21 de abril, 3 de agosto y 22 de noviembre de 1982, 23 de noviembre de 1983.

[27] Discrepa CARRASCO PERERA, A., *El principio de no discriminación por razón de sexo*, «Revista Jurídica de Castilla-La Mancha», núms. 11 y 12, pág. 19, para quien la discriminación por sexo no tiene nada que ver con la discriminación por orientación sexual, en las que se distingue entre heterosexuales y homosexuales, con independencia del sexo que tienen cada uno de ellos.

sexual es una condición personal, por lo que dichas situaciones se pueden considerar contenidas en esta fórmula final [28].

De tal manera que la orientación sexual o la identidad de género no pueden ser objeto de discriminación, debiendo considerarse las personas LGTB iguales a los demás ciudadanos y, por tanto, con los mismos derechos y obligaciones. Una legislación represora de estas condiciones en las personas o limitativa de los derechos de las mismas iría contra el principio de igualdad y no discriminación constitucionales y contra el derecho de estas personas a la igualdad y no discriminación.

En este sentido cabe recordar que el *artículo 9* de la Constitución establece que:«1. *Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico»*, que viene refrendado por el artículo 53, número 1, al señalar que: «Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a)». Asimismo el número segundo del citado artículo 9 dispone que *«Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social»*.

De esta forma queda explícitamente establecido que todos lo españoles quedamos sometidos a los principios constitucionales, tanto los ciudadanos particulares como los poderes públicos. Y que corresponde a estos últimos promover la igualdad efectiva tanto por lo que se refiere a los individuos particulares como a los grupos sociales. Dichos poderes lo ostentan el poder político, el poder legislativo y el poder judicial.

De esta manera el marco constitucional establecido en nuestro país se muestra proclive a la promoción y al respeto de los derechos de las personas, y, entre ellas, de aquellos que sean homosexuales y transgénero.

---

[28] Señala REY MARTÍNEZ, *ob.cit.*, pág. 139-140, que el derecho fundamental a no ser discriminado por razón de orientación sexual tendría el efecto típico de la igualdad de trato con sus dos corolarios: la prohibición de discriminación directa, es decir, tratamiento jurídico diferente y peor trato por razón de la homosexualidad, y de discriminación indirecta, en cuanto impactan negativamente sobre la minoría homosexual. Además habría que entender que la prohibición de discriminar obliga tanto a los particulares como a los poderes públicos. Criterio confirmado por la STC de 13 de febrero de 2006.

En el marco de estos valores y principios constitucionales se debe desarrollar toda la legislación de nuestro ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta que aquella legislación que sea contraria a los principios establecidos en nuestra Constitución quedan derogador por virtud de la Disposición Derogatoria tercera de la propia Constitución y que la legislación elaborada con posterioridad a la misma que menoscabe alguno de los valores y principios establecidos en ella puede impugnarse como inconstitucional por virtud de los artículos 161 y siguientes de la misma.

De otro lado, la Sección 1ª del Capítulo II del Título I establece los derechos fundamentales y libertades públicas de los ciudadanos españoles, señalando como tales, entre otros, el derecho a la vida, a la integridad física y a la integridad moral (art. 15), el derecho a la libertad ideológica, religiosa y de culto (art. 16), el derecho a la libertad y a la seguridad y la inviolabilidad del domicilio (art. 17), el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18), el derecho a la libertad de expresión (art. 20), y el derecho de asociación (artículo 22). Derechos y libertades que tienen una especial protección por vía del artículo 53 de la propia Constitución.

Como se observa, nuestra Constitución coloca a la persona en el vértice de nuestro ordenamiento jurídico [29].

Tales normas contribuyeron de manera decisiva a la consideración jurídica de las personas LGTB como sujetos dignos de protección por parte del ordenamiento jurídico.

III. DESARROLLO DE LA LEGISLACIÓN RELATIVA A LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS LGTB POSTERIOR A LA PUBLICACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN DE 1978

El reconocimiento de los derechos de las personas LGTB no se realizó automáticamente después de publicarse la Constitución de 1978, sino que se produjo de modo paulatino y tras las fuertes y continuas reivindicaciones del movimiento asociativo.

El desarrollo de los principios contenidos en la Constitución, teniendo como fundamento básico el principio de igualdad y no discriminación

[29] Así lo ha defendido VIDAL MARTÍNEZ, J., *Algunas observaciones sobre el concepto de persona y de los derechos que le son inherentes (art. 10, 1 de la Constitución Española),* «Revista General de Derecho», julio-agosto 1990, págs. 5297-5310.

con respecto a las minorías sexuales, se ha producido en diversos ámbitos de nuestro ordenamiento jurídico.

Quizá por su importancia y trascendencia se debe hacer referencia en primer lugar a lo acontecido en el ámbito penal, pues siendo considerada la homosexualidad un delito ningún derecho podía derivarse de tal situación; pero la supresión de tal calificación coloca a las personas LGTB en otra perspectiva.

Dicho reconocimiento se ha ido produciendo a través de dos cauces.

Por un lado, por vía judicial, a través de las sentencias que nuestros Tribunales han dictado en la resolución de los diversos casos de discriminación que las personas y el movimiento LGTB han presentado.

De otro lado, a través de la legislación que tanto el Estado Español como las Comunidades Autónomas han ido publicando, por una parte, por imperativo de la Constitución, para adaptar las normas de nuestro ordenamiento jurídico al principio de igualdad que establece la misma en el artículo 14, y por influencia de la legislación derivada de los organismos internacionales, para cumplir las disposiciones, especialmente de la Unión Europea, que han emitido en relación al principio de no discriminación de las personas LGTB, y por otra parte, por la presión que el movimiento asociativo ha ejercido en el Gobierno y en los distintos Parlamentos de España.

En este sentido, varias han sido las leyes de reconocimiento de la igualdad de dichas personas. Unas, reformando las ya existentes, eliminando cualquier rastro de discriminación. Y otras de reciente factura reconociendo derechos que no se habían reconocido a las personas LGTB hasta este momento, con la consiguiente adaptación de las normas correlativas.

Entre ellas, se pueden destacar las siguientes.

En el ámbito penal, cabe mencionar el Decreto-Ley de 11 de enero de 1979, que reformó la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social, en el que se excluyó a los homosexuales de su aplicación. La Ley Orgánica de 21 de junio de 1989, de reforma del Código penal, que modificó el delito de violación y de abusos sexuales, de manera que no se pudieran imputar a las conductas homosexuales que no revestían ningún tipo de delito. La reforma del Código penal por Ley Orgánica de 23 de noviembre de 1995, en la que se va a producir un cambio significativo a favor de las minorías sexuales, pues se introduce el delito de discriminación por orientación sexual expresamente.

En el ámbito civil, se pueden citar las leyes de uniones estables o de parejas de hecho publicadas por casi todas las Comunidades Autónomas donde se van a reconocer expresamente las parejas de hecho de personas del mismo sexo dotándolas de un régimen jurídico propio. Y la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio, que posibilita la celebración del matrimonio entre parejas del mismo sexo, así como la posibilidad de adopción.

Asimismo, también en este ámbito ha sido de suma importancia la Ley 3/2007, de 15 marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, que permite en definitiva la admisión en el ámbito jurídico del cambio de sexo, por lo que reconoce el derecho a la identidad sexual de las personas transexuales.

Esta Ley reformó a su vez la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, en la que en relación a la filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida, permitió que cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última pudiese consentir en que cuando naciese el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido.

En el ámbito laboral, hay que referirse principalmente a la reforma del Estatuto de los Trabajadores por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y financieras, que estableció el derecho de los trabajadores a no ser discriminados por razón de su orientación sexual, con todas las consecuencias que de ello se deriva también en el ámbito de la Seguridad Social.

Por otra parte, La Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de Asilo y de la condición de refugiado, reconoce la posibilidad de conceder la condición legal de refugiado a quienes sean perseguidos en sus lugares de origen por su pertenencia a un grupo social determinado por lo que técnicamente es posible, existiendo ya algunos casos, reconocer a un hombre o mujer homosexual su condición de perseguido y, por tanto, de refugiado. Fue modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo, y completada por el Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Aplicación de la Ley 5/1984, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo, en cuyo artículo 34 se hace referencia a la familia de los refugiados y nada se menciona acerca de su orientación sexual.

En el ámbito militar, el Código penal de 17 de junio de 1985 derogó la figura contemplada en el artículo 352 del Código anterior. Sin embargo, se recogieron, como causas de infracción disciplinaria en los artículos 9, 20 y 59, 3 de la Ley Orgánica de 27 de noviembre de 1985, reguladora del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas. El artículo 9, 20 consideraba faltas graves «Mantener relaciones sexuales en Acuartelamientos, Buques, Bases y demás Establecimientos Militares cuando atenten contra la dignidad militar»; el artículo 59, 3 establecía que «Mediante la incoación de expediente gubernativo se podrán imponer sanciones disciplinarias extraordinarias a los militares profesionales. Procederá la incoación de expediente gubernativo por cualquiera de las causas siguientes (…) 3. Observar conductas gravamente contrarias a la disciplina, servicio o dignidad militar, que no constituyan delito». En estos textos se hace referencia a actos sexuales sin distinguir entre la heterosexualidad y homosexualidad, aunque la ambigüedad de su redacción dio lugar a alguna sentencia que discriminaba los actos homosexuales. Dicha Ley fue derogada por la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, aunque en su artículo 8, 24 se recoge el mismo supuesto, pero con mayores precisiones que en su precedente, al disponer que constituyen faltas graves «Mantener relaciones sexuales en acuartelamientos, bases, buques, aeronaves y demás establecimientos militares cuando, por la forma y circunstancias en que se lleven a cabo, o por su trascendencia, atenten contra la dignidad militar», añadiendo en el artículo 9, 2 que las sanciones que se pueden imponer son arresto de 1 mes y 1 día a 2 meses en establecimiento disciplinario militar, pérdida de destino o baja en el centro docente militar de formación y en otros centros de formación.

Por su parte, las sucesivas reformas del sistema educativo, por Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo, por Ley Orgánica 10/2002 de 23 diciembre 2002 y finalmente por Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, se fundamentan en los valores constitucionales, declarándose en el artículo 1 de esta última que, entre otros, una de las finalidades del sistema educativo es «La transmisión y puesta en práctica de valores que favorezcan la libertad personal, la responsabilidad, la ciudadanía democrática, la solidaridad, la tolerancia, la igualdad, el respeto y la justicia, así como que ayuden a superar cualquier tipo de discriminación». Por lo que hay que entender erradicado del sistema educativo cualquier tipo de discriminación, incluidas las relativas a la orientación sexual e identidad de género.

IV. EL MOVIMIENTO ASOCIATIVO DE LAS PERSONAS LGTB EN ESPAÑA

En España, como en el resto de los países, el movimiento asociativo de las personas LGTB ha pasado por diversas etapas [30].

En un primer momento, la finalidad de los grupos asociativos se dirigió a reclamar el derecho a no ser perseguidos ni condenados como delincuentes. Una vez alcanzado este objetivo, el paso siguiente fue la consecución de la no discriminación y la igualdad en el seno de la sociedad. Más adelante, las asociaciones se convirtieron en grupos de prestación de servicios sociales a sus propios congéneres. Los últimos objetivos perseguidos han sido el reconocimiento de los derechos a nivel legislativo y la visibilidad en la sociedad en todos los ámbitos posibles. Esta breve sipnósis no implica que se hayan abandonado los objetivos iniciales. Muy al contrario, las asociaciones actuales abarcan actividades de muy diversa naturaleza que implican la consecución simultánea de muchos de los objetivos descritos [31].

1. El nacimiento del movimiento asociativo. La etapa política del franquismo

Como se ha indicado anteriormente, se puede considerar que el movimiento de las personas LGTB tomó como punto de partida la revuelta de Stonewall el 28 de junio de 1969.

En ese período de tiempo, se ha visto como en España se castigaban las conductas y relaciones de carácter homosexual.

Por tanto, siendo tales conductas delito según la jurisprudencia de nuestros Tribunales y siendo consideradas supuestos de peligrosidad social

---

[30] Véase la historia del movimiento LGTB realizada por sus propios protagonistas en la página web de la Asociación Fundación Triángulo www.fundacióntriangulo.org, y en RAMÓS-CANTÓ, J., *Las Asociaciones de Transexuales, cit.*, págs. 125-142

[31] En el desarrollo del epígrafe se mencionan aquellas Asociaciones que iniciaron el movimiento asociativo LGTB. Hay que señalar que existen en el momento actual muchas más de las que aparecen en este texto, dedicadas cada una de ellas a diversas actividades, y que están contribuyendo en pequeña o gran medida al desarrollo y apoyo de los derechos LGTB. Se puede ver una lista de asociaciones de gais, lesbianas, bisexuales y transexuales en la página web de la Asociación Gais Positius (Coordinadora gai-lesbiana), www.gaispositius.org/GL_ESPc.html, que recoge aquellas que están en la red, pero hay que pensar que existen otras que no tienen página web.

en la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social, no cabía atribuir a dichos grupos el derecho de asociación.

Por ello, los primeros movimientos de las personas LGTB que se produjeron a raíz de los hechos acontecidos en Estados Unidos se van a producir en España en la clandestinidad, siendo ilegales y perseguibles.

Se considera que en España, el nacimiento del movimiento LGTB se produjo durante la presentación en las Cortes Españolas del Proyecto de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, aprobada el 4 de agosto de 1970, en la que se condenaba a los homosexuales por el simple hecho de serlo. Ante ello, algunas personas protestaron enviando cartas a los Obispos Procurados en Cortes y a los medios de comunicación, que presionaron para suavizar el texto del proyecto, en el que en su articulado definitivo sólo se penalizaron las conductas homosexuales [32].

Mir Bellgai y Roger de Gaimon, animados por el hecho, constituyeron el primer grupo asociativo y de lucha por los derechos de las personas LGTB denominado Movimiento Español de Liberación Homosexual (MELH), que realizó sus actividades en la clandestinidad, con base en Barcelona, siendo sometido a persecución policial. En 1972, empezó a editar un boletín mensual llamado Aghois *(Agrupación Homosexual para la Igualdad Sexual)* que se enviaba a Francia, para distribuirla desde allí y de allí a los suscriptores españoles, fundamentalmente catalanes. Poco después, el grupo comenzó a implantarse en Madrid, pero el acoso policial terminó con el mismo, aunque sus militantes se volvieron a activar tras la muerte del General Franco.

En 1973, en Barcelona, los restos del MELH se convierten en el *Front d'Alliberament Gai de Catalunya (FAGC).* El FAGC es el primer grupo estable que trabaja de forma abierta a favor de los derechos gais y lesbianas. Fue un grupo de gran repercusión e influencia en el resto del movimiento gai del Estado, impulsando la creación de grupos homólogos en Valencia y Baleares e influyendo en la línea ideológica de varios movimientos madrileños posteriores [33], que aún sigue existiendo.

2. La etapa democrática. El período de la Transición

Con el fallecimiento del General Franco y la llegada de la democracia, las personas LGTB comenzaron a organizarse.

---

[32] Tales personas fueron Francesc F. (bajo el seudónimo de Mir Bellgai) y Armand de Fluvià (con el de Roger de Gaimon).

[33] Creo la FFAGPC *(Federació de Fronts d'Alliberament Gai dels Països Catalans)* de muy corta duración.

En 1976, Armand de Fluviá, también en Barcelona, creo el *Institut Lambda*, como un centro de servicios, sin carácter reivindicativo.

Sin embargo, un año después nacieron otros grupos que sí revestían ese carácter, como fue *EHGAM (Euskal Herriko Gay Askapen Mugimendua)*, de Bilbao, que en noviembre edita el primer número de la revista Gay Hotsa, que luego servirá de modelo para muchas otras [34]. En Madrid aparecen tres grupos: *FHAR (Frente Homosexual de Acción Revolucionaria)*, espejo del FHAR francés y el más radical de los tres; MDH, formado por personalidades vinculadas al Partido Comunista español, y *Mercurio*, inicialmente reformista, pero que sufrió una fuerte evolución de carácter reivindicativo. Por otra parte, se crea la *COFLHEE (Coordinadora de Organizaciones y Frentes de Liberación Homosexual del Estado Español)* en la que están los tres grupos de Madrid, así como FAGC y EHGAM [35].

En junio de 1977 se celebra en Barcelona la primera manifestación de Día del Orgullo Gay, en la que van a participar personas transexuales, haciéndose visibles públicamente por primera vez [36]. La aparición pública de los transexuales generó multitud de reacciones de desprecio hacia dicho colectivo, tanto por parte de la prensa como desde diversos sectores de los partidos políticos, incluida la izquierda.

Quizá una de las actividades más importantes a destacar es el hecho de que estos grupos realizaron un acto público de protesta contra la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social.

En 1978, los militantes de los grupos FHAR y MDH y Mercurio se unieron en un solo grupo que se denominó Frente de Liberación Homosexual de Castilla (FLHOC) [37]. Este fue el primer grupo mixto de homosexuales masculinos y femeninos.

Este grupo convocó en Madrid el día del Orgullo Gay celebrado el 28 de junio de 1978, en el que participaron gays, lesbianas y transexuales, y la mayoría de las fuerzas políticas de la izquierda (salvo ORT y PTE), de los

[34] En la actualidad tiene sedes en Bilbao, San Sebastián y Pamplona.

[35] Al mismo tiempo se fueron creando otros grupos por el resto del Estado: FAGI, AM, MH Aragón y FLH Galicia.

[36] Véase para un conocimiento más profundo del itinerario que ha seguido el nacimiento del movimiento del colectivo transexual, RAMÓS CANTÓ, J., *Las Asociaciones de Transexuales*, lug.últm. *cit.*, y VÁZQUEZ, J., *Conferencia sobre los Orígenes del movimiento transexual en el Estado español*, impartida en la sede del COGAM el 8 de noviembre de 2001, en la página web www.humano.ya.com/transexualia/archivos_historia/inicios-mov.htm

[37] Tenía su sede en Madrid, y editó un boletín que recibió diversos nombres.

movimientos sociales (englobados en la Coordinadora de Marginados Sociales), y de centrales sindicales (CCOO, UGT, USO, CSUT, CNT) [38].

En 1979, se crea el primer grupo reivindicativo de transexuales, en Barcelona, dentro de la CCAG, con el nombre de *Colectivo de Travestis y Transexuales.*

Ese mismo año la manifestación del Orgullo Gay fue prohibida en Barcelona, aunque la CCAG convocó a gais, lesbianas y también, por primera vez, expresamente a travestis y transexuales. La manifestación terminó con fuertes enfrentamientos entre la policía y un grupo de 500 travestis y transexuales que se negaron a disolverse, organizando cortes de tráfico y barricadas en Las Ramblas [39].

En 1981, las diferencias entre homosexuales masculinos y femeninos en el seno del FLHOC determinan que las mujeres se separen formando el grupo femenino denominado *Colectivo de Feministas Lesbianas de Madrid (CFLM),* que se integrara en el movimiento feminista estatal.

De manera similar, los grupos de transexuales y travestis deciden formar sus propias agrupaciones.

3 La etapa de la consolidación del movimiento y reclamación de derechos

Durante la década de los ochenta se va a producir el nacimiento de otros grupos, algunos de los cuales se disolverán con posterioridad. Así nacen *Asamblea Gai de Madrid (AGAMA),* que publicará una revista *(«Madrid Gai»),* el grupo cristiano *Cohesión y COGAM (Colectivo Gai de Madrid, posteriormente Colectivo de Gays y Lesbianas de Madrid),* con un espíritu que intenta combinar el carácter revolucionario de los grupos de la transición con la moderación y los servicios sociales, y que también editará una revista *(«Entiendes…?»).* Además se crean los grupos CGLE *(Coordinadora de Gais y Lesbianas de España)* en Cataluña *y el Col·lectiu Lambda,* en Valencia, que editará otra revista *(«Casal Lambda»).*

[38] Esta manifestación fue importante no sólo por el número de congregados (10.000 personas), sino porque venía a demostrar que la opción sexual y la opción de género eran políticas, como apunta Juan Vázquez en la citada obra.

[39] RAMÓS CANTÓ, *ob.cit.*, pág. 129. Añade la autora que ese año se crea uno de los grupos de transexuales más carismáticos y combativos del ámbito europeo, el Movimiento Italiano de Transexuales (MIT).

Hay que recordar no obstante, que en esta década aparece la pandemia del SIDA [40], siendo el colectivo de homosexuales y transexuales los más afectados, lo que provocó una reacción de pánico en la sociedad mundial, a la que no fue ajena la sociedad española, y como consecuencia de ello, dichos colectivos (así como el de toxicómanos y personas dedicadas a la prostitución) fueron cruelmente discriminados.

Al mismo tiempo se inicia en los organismos internacionales, singularmente en la Comunidad Europea, una corriente a favor de la no discriminación de dichos colectivos.

En los años noventa, la política de los movimientos LGTB se encamina a la consecución de logros concretos en materia de derechos, pero también se pone de manifiesto las distintas posturas de los diferentes grupos que integran el movimiento asociativo, que lleva a crear graves disensiones y distanciamientos en el seno del mismo.

En 1989, el colectivo de personas transexuales decide tomar las riendas por si mismo de sus reivindicaciones y crea en Madrid el grupo *Asociación Transexual Española -Transexualia (ATET)*, a la que se unieron después hombres transexuales, y que tiene como finalidad en principio acabar con el acoso policial a las trabajadoras sexuales, realizando después una actividad en defensa de los derechos de las personas transexuales [41].

En el año 1992 se crea el *Colectivo de Transexuales de Catalunya – Pro Derechos (CTC)*, de planteamientos más revolucionarios e intensa actividad política, que realiza multitud de reuniones con partidos políticos e instituciones.

En el año 1993 nace en Granada el *Centro de Identidad de Género*, que posteriormente pasaría a denominarse *Asociación de Identidad de Género de Andalucía* (AIGA), cuyo mayor logro fue potenciar la inclusión del tratamiento integral de cambio de sexo (psicológico, endocrinológico, plástico-quirúrgico) en el Servicio Andaluz de Salud (SAS).

Sucesivamente nacieron otras muchas asociaciones de personas transexuales en España.

---

[40] Se ha documentado que el primer caso de esta infección se descubrió en 1981, en Estados Unidos, en una persona que era homosexual.

[41] Los logros de esta Asociación han sido muchos, pero entre ellos, se podría destacar el hecho de acercar la cuestión transexual al Gobierno y al Parlamento, la reivindicación de cambio de sexo e identidad, la solicitud de que se considere la operación de reasignación sexual como una de las prestaciones de la Seguridad social, y haber realizado las Primeras Jornadas Estatales de Transexuales, celebradas en Gijón, del 5 al 8 de diciembre de 1998.

En 1990, en el segundo congreso de COGAM se opta por ofrecer mayores servicios sociales y se define al grupo como *«anti-identidad»* y contrario a las automarginaciones (lo que ahora se llama «comunidad gai»). Por ello, al año siguiente COGAM se retira de la COFLHEE, que consideraba demasiado radicalizada, lo que provoca en su seno la escisión de La Radical Gai que automáticamente entra en la COFLHEE. Al poco tiempo aparece LSD, grupo de lesbianas radicales muy cercano a La Radical Gai.

En 1992 se crea la *Federación Estatal de Gais y Lesbianas* integrada inicialmente por COGAM y CRECUL. Con posterioridad se unirán Casal Lambda, NOS, 28-J y Gais Cristians/es; en ese momento se negocia un consenso con los grupos parlamentarios para una *Proposición No de Ley en apoyo a la no discriminación a gais y lesbianas* en la Asamblea de Madrid, que se aprueba el 15 de octubre.

Pero, el Ayuntamiento de Madrid intenta cerrar el local, provocando un gran escándalo en los medios de comunicación. La sociedad, sin embargo, respondió con solidaridad tanto a nivel nacional como internacional.

En septiembre de 1993, COGAM y CGL presentaron públicamente un proyecto de Ley de Parejas. Otro hecho que hay que destacar es la firma del primer convenio entre la Comunidad de Madrid y COGAM. Al mismo tiempo se crea en la capital de España, el primer grupo universitario en la Universidad Complutense: *RQTR (Rosa Que Te Quiero Rosa).*

A nivel internacional, la homosexualidad es por fin eliminada de la lista de enfermedades de la OMS (Organización Mundial de la Salud), y el Parlamento Europeo defiende la necesidad de igualar los derechos de gais y lesbianas con los del resto de la población.

Como consecuencia de ello y de la presión ejercida por el movimiento asociativo ante los parlamentarios españoles, en marzo de 1994 se abre el primer registro de parejas municipal en Vitoria, y la Asamblea de Madrid insta al gobierno a reconocer a las parejas de hecho.

En noviembre de 1995, se celebra en Madrid la primera manifestación convocada por todas las tendencias del movimiento gai y lésbico [42].

En 1996, tras un cambio paulatino de ideología en COGAM, muchos de sus dirigentes históricos deciden escindirse y crear la *Fundación Triangulo*

[42] También se van a producir otras manifestaciones culturales, además de la edición de revistas especializadas; así, se celebra, por el Casal, el primer *Festival de Cine Gai y Lésbico de Barcelona.*

que, entre otras actividades, relanza la campaña por la Ley de Parejas [43]. En el mismo año, Extremadura, que era la única comunidad autónoma que no había tenido nunca un grupo, crea *De Par en Par,* que pronto tuvo un rápido crecimiento con una ideología claramente abierta a la sociedad.

El nacimiento de la Fundación Triángulo, De Par en Par y A.L.V.A.S. (en Castilla-La Mancha) consolida una nueva tendencia ideológica en el movimiento de gais y lesbianas que cuestiona el modelo de «comunidad gai-automarginación».

Otro acontecimiento importante tiene también lugar en 1996, pues se crea la *Federación de Asociaciones de Transexuales del Estado Español (FAT),* que se constituye con el objetivo de coordinar y aunar esfuerzos en la lucha por los derechos de los transexuales. Los grupos fundadores son ATV, AIGA, CTC y ATET. Posteriormente se sumarían Soy Como Soy, Grupo Trans del COGAM, Así Somos, Ilota Ledo y Grup Identitat de Génere del Lambda [44].

4. La etapa del reconocimiento de los derechos de las personas LGTB

La última década, a partir de 1998, viene marcada por una fuerte reivindicación de los derechos y libertades de las personas LGTB, que se realiza ante los Tribunales de Justicia y ante el Parlamento y Gobierno español, manteniendo numerosos contactos con los grupos políticos y los grupos parlamentarios [45].

De otro lado, dichos colectivos están trabajando también a nivel internacional, tanto en conexión con otros colectivos extranjeros como en los organismos internacionales, por la consecución de sus derechos y libertades y por la supresión de todo tipo de discriminación, tanto a nivel nacional como internacional.

---

[43] Dicho grupo se une al movimiento cultural y realiza, entre otras actividades, la primera *Muestra Internacional de Cine Gai y Lésbico de Madrid,*

[44] Véase también RAMÓS CANTÓ, J., *Las Asociaciones de Transexuales en España,* en «Transexualidad: la búsqueda de una identidad», págs. 125-142.

[45] Véase la exposición de las políticas que se han seguido en relación al colectivo de gays y lesbianas en PLATERO MÉNDEZ, R., *Mucho más que matrimonio. La representación de los problemas de lesbianas y gays en la agenda política española,* en la obra colectiva «Políticas de igualdad en España y Europa» (coord. María Bustelo y Emanuela Lombardo), 2007

También se ha producido un fenómeno de visibilidad en el seno de nuestra sociedad, que se ha encauzado a través de los distintos medios de comunicación, y a través de la presencia de los distintos colectivos en distintos ámbitos de la sociedad, así como en los medios culturales, artísticos o universitarios.

Ello ha dado lugar a la consecución en España de la igualdad en materia jurídica, como después se examinará.

Aún así y todo, todavía quedan algunas cuestiones que resolver, y la consecución de la erradicación de la discriminación plena en nuestro país, pues el rechazo social todavía existe en el ámbito social.

Por lo que el movimiento LGTB sigue luchando para alcanzar la igualdad real y la no discriminación tanto en nuestro país como en países menos favorecidos.

Capítulo IV LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO EN EL ÁMBITO PENAL

I. LA SITUACIÓN DE LAS PERSONAS LGTB EN EL ÁMBITO PENAL. LA DESPENALIZACIÓN DE LA HOMOSEXUALIDAD. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Tras la promulgación de la Constitución de 1978, la primera actuación legislativa de trascendencia en orden a la aplicación del principio de no discriminación de las minorías sexuales en el ámbito penal fue la modificación de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social.

Efectivamente, la *Ley 77/1978, de 26 de diciembre, de modificación de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social y de su Reglamento (BOE, 11 de enero de 1979, núm. 10)*, excluyó a los homosexuales de su aplicación, en el artículo 1, 1, a), que expresamente derogaba, entre otros, el supuesto tres del artículo segundo, que hacía referencia al estado de peligrosidad de los que realizaban actos de homosexualidad. En consecuencia, la Disposición transitoria establecía que «Los procedimientos derivados de los supuestos del artículo segundo y del artículo tercero derogados por la presente ley, que se hallaren en trámite de declaración del estado de peligro, de ejecución de las correspondientes Medidas de Seguridad y Rehabilitación Social, o de la revisión, se cancelaran con carácter definitivo, cesando las medidas de internamiento preventivo y las de seguridad que se hubieren impuesto (…)».

Sin embargo, el número cuatro del artículo segundo que se refería a la prostitución no se derogó, por lo que las personas dedicadas a estos servicios siguieron siendo objeto de su aplicación.

No obstante, la jurisprudencia del Tribunal Supremo durante toda la década de los años ochenta siguió condenando conductas homosexuales por vía del delito de escándalo público recogido en el artículo 431 del Código penal.

Así, el Tribunal Supremo siguió calificando las relaciones homosexuales como «relaciones aberrantes» (Ss. TS de 9 y 13 de octubre de 1981), «actos de perversión sexual» (STS 13 de octubre de 1981), «actos contra natura», «práctica obscena», actos que tienden a «la desviada excitación del instinto sexual» (STS de 14 de julio de 1982). Defendiendo su postura, el Tribunal Supremo señaló que la aplicación del artículo 431 a las conductas homosexuales no suponía discriminación por razón de sexo puesto que sería igualmente aplicable a las relaciones heterosexuales practicadas en público y sin la discreción acostumbrada (STS de 13 de mayo de 1985). Esta valoración de la homosexualidad se mantuvo durante tiempo, de tal manera que en una sentencia bastante posterior aún consideraba la homosexualidad como un acto contra natura, y esgrimió este argumento para calificar de robo con violencia en las personas la actuación de un homosexual que se dedicaba a la prostitución, que había arrebatado a la fuerza objetos personales de un cliente con el que previamente había pactado el precio por los servicios sexuales que le había prestado, señalando que «la fuente de la supuesta obligación no sólo es un hecho contra las buenas costumbres y la moral, sino, además, *contra natura*» (STS de 15 de noviembre de 1991), con lo que con dichas consideraciones, al diferenciar entre prostitución homosexual y heterosexual, introduce de nuevo una discriminación por razón de orientación sexual [1].

La doctrina penalista, sin embargo, criticó la formulación del delito de escándalo público en el artículo 431 porque entendía que vulneraba los principios de legalidad y seguridad jurídica, y, por ende, criticó también la aplicación que nuestros Tribunales hacían del mismo.

No obstante, el propio Tribunal Constitucional justificaba su aplicación señalando que dicho artículo (y el artículo 566, núm. 5º del Código penal) no vulneraba los citados principios cuando la definición del tipo «interpone conceptos cuya delimitación permita un margen de apreciación, máxime en aquellos supuestos en que los mismos responden a la protección de

[1] Véase el comentario que sobre la aplicación del artículo 431 por nuestros Tribunales realiza PÉREZ CÁNOVAS, *ob. cit.*, págs. 66-72, quien califica de homofóbicos las expresiones y juicios de la jurisprudencia de esta época.

bienes jurídicos reconocidos en el contexto internacional en el que se inserta nuestra Constitución, de acuerdo con su artículo 10.2 y en supuestos en que la concreción de tales bienes es la dinámica y evolutiva y puede ser distinta según el tiempo y el país de que se trate» (STC de 15 de octubre de 1982).

Se ha de señalar, sin embargo, que durante la década de los ochenta ya existían unas cuantas declaraciones y algunos Convenios firmados con los organismos internacionales en donde se recogía el principio de no discriminación por diversas causas, entre ellas, la condición social de las personas.

Todas las sentencias citadas hacían alusión a la homosexualidad masculina. Casi ninguna hacía referencia o condenaba la homosexualidad femenina.

Sin embargo, hay una sentencia que contempla un caso de homosexualidad femenina, la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1978, en la que se condena por corrupción de menores a una mujer que había mantenido relaciones lésbicas con una menor de edad.

En los fundamentos de derecho, el Tribunal Supremo señala que «del examen detenido de la resultancia fáctica aparecen datos positivos de hecho más que suficientes para cumplir los presupuestos, fácticos y normativos que constituyen el delito de corrupción de menores al decirse que la procesada inició en prácticas homosexuales a una niña de trece años de edad, continuando durante tres años esas relaciones, al final del cual, realizó un viaje con la menor, de dieciocho días, (…) viviendo ambas en las mismas casas, entregadas a sus prácticas lesbianas, hasta que el padre de la menor se presentó (…) y reintegró a su hija al hogar; con lo que se dan los requisitos de la minoría de la mujer iniciada en prácticas homosexuales realizadas no por acto aislado o esporádico -lo que hubiere podido constituir el delito de abusos deshonestos no violentos, dada la edad de la ofendida-, sino con continuidad y persistencia durante tres años y culmina llevándosela fuera del hogar paterno a las ciudades dichas, donde vivieron juntas durante dieciocho días entregadas a las citadas prácticas lesbianas, lo que es más que suficiente para producir los peculiares efectos estragadores de la moral sexual de la menor, con todas las secuelas que en su formación moral e inestabilidad psíquica les ha de producir en tan temprana edad, a la que, como señalan los hechos probados «se la pervirtió y desvió de sus naturales inclinaciones», por lo que procede desestimar el único motivo del recurso», presentado por la demandada.

El fallo del Tribunal en este caso es no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la demandada en causa seguida a la misma por escándalo público y corrupción de menores [2].

II. LAS SUCESIVAS REFORMAS DEL CÓDIGO PENAL Y SU REPERCUSIÓN EN LA SITUACIÓN DE LAS PERSONAS LGTB

El delito de escándalo público del artículo 431 y el de faltas en relación al mismo del artículo 566, 5º, fueron *suprimidos por la reforma del Código penal por Ley Orgánica de 9 de junio de 1988.*

El nuevo artículo 431 establecía: «El que ejecutare o hiciere ejecutar a otros actos lúbricos o de exhibición obscena ante menores de dieciséis años o deficientes mentales, será castigado con la pena de arresto mayor y multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas. Se impondrá la pena de multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas al que ejecutare o hiciere ejecutar a otro las acciones previstas en el párrafo anterior ante mayores de dieciséis años sin su consentimiento. Para proceder por el delito previsto en este párrafo será precisa denuncia de la persona agraviada».

Este precepto venía a acabar con la situación de las personas homosexuales frente al escándalo público; sin embargo también en esta norma se introducían dos términos ambiguos, la realización de actos lúbricos o exhibición obscena, que recogían algunos supuestos sancionados en la redacción anterior del artículo 431 y que fue criticada por la doctrina penalista, puesto que se permitía de nuevo una valoración subjetiva de los Tribunales acerca del contenido de dichas actitudes, donde bien se podrían encuadrar las conductas homosexuales que la línea jurísprudencial del momento había incluido entre los actos calificados de escándalo público.

Sin embargo, en la nueva redacción del citado artículo el bien jurídico protegido era la libertad sexual de la persona, sancionando conductas de tercero que atentan contra dicha libertad al efectuar actos sin el consentimiento de la misma.

En este cambio de directrices se incardina la *reforma* otra vez *del Código penal*, en esta ocasión concretamente del delito de violación del

[2] Comenta PÉREZ CÁNOVAS, *ob. cit.*, pág. 70, el diferente trato que da a la homosexualidad femenina y masculina, con grave menoscabo hacia esta última frente a aquella. Lo que continua la línea tanto legislativa como jurisprudencial seguida en nuestro ordenamiento jurídico desde antiguo.

artículo 429 y del de abusos sexuales del artículo 430, por *Ley Orgánica de 21 de junio de 1989;* en ambos casos, el bien jurídico protegido va a ser también la libertad sexual de las personas, y consecuentemente se amplían las conductas sexuales objeto de ambos delitos, de manera que se extiende el elemento subjetivo de dichos delitos al hombre, y no sólo a la mujer.

Otros preceptos que modifica esta Ley son los artículos 383 y 384, relativos a la limitación en la libertad sexual, los cuales amplían los sujetos pasivos de dichos delitos a cualquier persona cualquiera que sea su sexo.

Con posterioridad se va a producir la *reforma* más importante del *Código penal por Ley Orgánica de 23 de noviembre de 1995,* dando lugar al que será llamado el Código de la democracia.

En dicha reforma se va a producir un cambio legislativo muy importante para el colectivo de minorías sexuales, pues por primera vez, en lugar de sancionar a las personas LGTB, se les va a proteger a través de diversos preceptos.

Entre ellos cabe destacar los siguientes.

Los artículos 510 a 512, situados sistemáticamente en el Libro II (Delitos y sus penas), Título XXI (Delitos contra la Constitución), Capítulo IV (De los delitos relativos al ejercicio de los Derechos fundamentales y libertades públicas y al deber de cumplimiento de la prestación social sustitutoria), Sección 1ª (De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución). En ellos se incluye la discriminación por la orientación sexual como un delito contra los derechos fundamentales y libertades públicas [3].

El artículo 510 establece: «1. Los que provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, *orientación sexual,* enfermedad o minusvalía, serán

[3] Véanse, por todos, RODRÍGUEZ RAMOS, L., (coord.) *et alii, Código penal*. Concordado con *jurisprudencia sistematizada y leyes penales especiales y complementarias,* Madrid, 2007, págs.1020 y sigs.; SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho penal. Parte Especial,* Madrid, 2004, 9ª ed., 937 y sigs.; QUINTERO OLIVARES, G., (Dr.), MORALES PRATS F., (Cord.), *et alii, Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal,* Navarra, 2004, 4ª ed., págs. 1984 y sigs.; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., (Cord.) *et alii, Manual de Derecho penal, t. II. Parte especial,* Madrid, 2004, 2ª ed., págs. 611 y sigs., aunque en estos textos no se presta especial atención a los delitos contra la discriminación por orientación sexual.

castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses.

2. Serán castigados con la misma pena los que, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, difundieren informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones en relación a su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, *orientación sexual,* enfermedad o minusvalía».

El artículo 511 dispone: «1. Incurrirá en la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años el particular encargado de un servicio público que deniegue a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, *orientación sexual,* situación familiar, enfermedad o minusvalía.

2. Las mismas penas serán aplicables cuando los hechos se cometan contra una asociación, fundación, sociedad o corporación o contra sus miembros por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, *orientación sexual,* situación familiar, enfermedad o minusvalía.

3. Los funcionarios públicos que cometan alguno de los hechos previstos en este artículo, incurrirán en las mismas penas en su mitad superior y en la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a cuatro años».

Por último, el artículo 512 establece: «Los que en el ejercicio de sus actividades profesionales o empresariales denegaren a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, *orientación sexual,* situación familiar, enfermedad o minusvalía, incurrirán en la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio, por un período de uno a cuatro años».

En la misma línea, también se castigan los actos de discriminación contra la orientación sexual en el ámbito laboral en el artículo 314, el cual dispone que «Los que produzcan una grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, *orientación sexual,* situación familiar, enfermedad o minusvalía, por ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores, por el parentesco con otros trabajadores de la empresa o por el uso de alguna de las lenguas oficiales

dentro del Estado español, y no restablezcan la situación de igualdad ante la ley tras requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de 12 a 24 meses» (Libro II, Título XV, De los delitos contra los derechos de los trabajadores).

Es más, el artículo 22 (Disposiciones generales sobre los delitos y las faltas, las personas responsables, las penas, medidas de seguridad y demás consecuencias de la infracción penal, Titulo I, De la infracción penal, Capítulo IV, De las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal), establece en su número 4º que es una circunstancia agravante: «Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo u *orientación sexual,* o la enfermedad o minusvalía que padezca».

Del contenido de estos preceptos se desprenden tres conclusiones importantes para el reconocimiento de los derechos de las personas LGTB.

En primer lugar, que nuestro legislador cataloga la orientación sexual entre los derechos fundamentales y libertades públicas, aún cuando nuestra Constitución no la menciona expresamente en la relación que de éstos realiza en los artículos 15 y siguiente de la misma.

En segundo lugar, establece que cabe la discriminación contra las personas por razón de su orientación sexual, aunque el artículo 14 de la Constitución no hiciera mención de la misma, lo cual subraya la idea de que hay que considerarla incluida en dicho precepto. Es la primera vez que en un texto legal se habla de *discriminación por razón de orientación sexual.*

En tercer lugar, sanciona las conductas que discriminen a las personas por su orientación sexual, lo cual significa que les dota de una protección jurídica de la que carecían hasta ese momento.

Todo ello significa que nuestro Código penal se sitúa en las antípodas de la legislación penal que hasta el momento regía nuestro ordenamiento.

En los preceptos citados se protege la orientación sexual como una manifestación del derecho a la libertad sexual; pero también se protege la libertad sexual en el Código penal a través de los denominados delitos y amenazas contra la misma en los artículos 178 a 194 (Libro II, Título III, Delitos contra la libertad sexual) y 169 ((Libro II, Título VI, Delitos contra la libertad, Capítulo II, De las amenazas) respectivamente. El título III dedicado a la regulación de los delitos contra la libertad sexual ha sido una

de las partes del Código penal que ha sufrido varias reformas. La reforma del mismo por Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código penal, tuvo por objeto casi exclusivo esta parte de dicho Código. Posteriormente, fueron modificados por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de extranjeros, que afectó al artículo 188 del Código Penal, dentro de los delitos relativos a la prostitución. De nuevo, la Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre vuelve a modificar dicha regulación, que es la actualmente vigente.

De las sucesivas reformas producidas en la regulación de los delitos contra la libertad sexual cabe destacar, por la materia que se está analizando, la referencia a los sujetos activos y pasivos de dichos delitos. Sujeto activo de las conductas sancionadas puede serlo cualquier persona, sin restricción alguna, tanto un hombre como una mujer, cualquiera que sea su orientación sexual o su identidad de sexo. Del mismo modo, sujeto pasivo de dichas conductas, puede serlo también según el delito de que se trate (piénsese que en algunos tipos, sólo lo son los menores de edad), cualquier persona, con independencia de su sexo y de su orientación sexual, tanto podría serlo una persona que ejerce la prostitución y a la que se le impone un acto de índole sexual, independientemente de si entre el sujeto activo y la víctima ha habido con anterioridad relaciones de índole sexual, como si no, y con independencia de que exista relación de pareja de hecho o matrimonial.

De manera que las conductas homosexuales, salvo que integren los tipos recogidos en los delitos regulados en el Código penal contra la libertad sexual, no se pueden considerar como tales delitos sino como manifestación del derecho a la libertad sexual.

Capítulo V DISCRIMINACIÓN DE LAS PERSONAS LGTB EN EL ÁMBITO CIVIL

I. LA SITUACIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS LGTB EN EL ÁMBITO CIVIL

1. La importancia del reconocimiento jurídico de las relaciones de pareja en el derecho civil

Junto al ámbito penal, en el ámbito del Derecho civil quizá sea donde se haya hecho más patente la discriminación de las personas LGTB, especialmente en el Derecho de familia, ya que la homosexualidad era considerada como una conducta socialmente peligrosa y ciertas manifestaciones de la misma delito de escándalo público, lo que determinaba que las personas LGTB quedarán excluidas de algunas relaciones familiares básicas, como la relación conyugal o la adopción.

Esta situación fue calificada por parte de las personas LGTB como situaciones de discriminación por relación a la situación de las personas heterosexuales en el seno de la famita.

Sin embargo, el movimiento social LGTB ha reivindicado, como sabemos, el reconocimiento de la igualdad jurídica en todos los órdenes, y, como uno más de sus aspectos, el reconocimiento jurídico de las uniones homosexuales, solicitando un tratamiento legal equiparado al de las parejas heterosexuales, incluyendo el acceso al matrimonio y a la adopción.

La existencia del vínculo matrimonial entre dos personas tiene consecuencias jurídicas importantes. De él se derivan diversas relaciones jurídicas tanto personales como patrimoniales, que no dependen exclusivamen-

te de la voluntad de los sujetos. Del vínculo matrimonial se derivan la relación conyugal, que implica una serie de derechos y deberes para los cónyuges, y la existencia de un régimen económico matrimonial que, a falta de pacto, será uno de los establecidos en el Código civil o Compilación correspondiente. También se deriva la relación de afinidad, de escasa trascendencia actualmente, pero que tiene alguna repercusión en el ámbito administrativo y judicial. Por otra parte, el vínculo matrimonial es la base del derecho a la legítima del cónyuge viudo y de la sucesión intestada del mismo, sin el cual no existe ninguno de ambos derechos. Pero, además, ha sido el vínculo matrimonial el que ha determinado hasta tiempos muy recientes el derecho a ciertos beneficios laborales (vrg. permisos por celebración de matrimonio, derecho a la pensión de viudedad, etc.). También ha tenido su repercusión en el ámbito fiscal, y en la asistencia sanitaria. Derechos extendidos en la actualidad a las parejas de hecho por la legislación relativa a las mismas.

Como en otras instancias, el camino para conseguir esta equipación ha sido largo y paulatino, y ha pasado por muy diferentes momentos.[1]

2. Breve referencia al panorama legislativo de las relaciones de parejas del mismo sexo en otros países

En otros países distintos al nuestro, la relación de pareja entre personas del mismo sexo o no se ha reconocido o se ha regulado de diversa manera, bien a través de un reconocimiento jurídico como parejas de hecho o como uniones civiles libres, bien como matrimonio.

En los organismos internacionales, las declaraciones sobre el matrimonio se realizan de forma muy general.

Así, en la Declaración Universal de los Derechos humanos, el artículo 16 establece que: «Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos

[1] Véase cómo se encontraba la cuestión del matrimonio por personas del mismo sexo en el momento de la promulgación de la Ley 13/2005, que se abordó en el Curso organizado por el Servicio de Formación Continúa del Consejo General del Poder Judicial, celebrado en Madrid, los días 30 y 31 de mayo y 1 de junio de 2005, con la participación de distintos profesionales y que fue objeto de publicación, en ALVENTOSA DEL RÍO, J., La *ley 13/2005, de 1 de julio, de reforma del matrimonio en el Código civil. Genésis y contenido de la ley,* en «Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo» (Alventosa del Rio, J, dir.), «Cuadernos de Derecho judicial», CGPJ, XXVI, Madrid, 2006, págs. 105-194.

en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. - Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio. -La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado».

En el Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y culturales, el artículo 10 dispone: «1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges».

En el Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos, el artículo 23 señala que: «1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.- 2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello.- 3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.- 4. Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos».

En el Convenio europeo de Derecho humanos (revisado en conformidad con el Protocolo núm. 11, entrada en vigor 1 de noviembre de 1998), el artículo 12, referido al derecho a contraer matrimonio dispone: «A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este Derecho».

De distinta manera se plantea el matrimonio en la Constitución Europea; el artículo II-69 al establecer el derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia, dispone que: «Se garantizan el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio». Téngase en cuenta que el tratado por el que se establece esta Constitución es de 2004, en un momento en el que la Unión Europea ya había emitido diversas declaraciones acerca de respetar el principio de igualdad por razón de orientación sexual e identidad de género, y que había publicado recomendaciones en el sentido de recomendar a los Estados legislar sobre las parejas de hecho y el matrimonio de personas del mismo sexo. Pero, teniendo en cuenta la diversidad de planteamiento de

los diversos países, la Unión Europea ha optado por reconocer el derecho al matrimonio de forma aséptica, y con una fórmula abierta que no menciona los sujetos, y de remitir la regulación de las parejas del mismo sexo a los diferentes Estados.

Como se ha indicado, la regulación de las parejas de hecho es muy diversa. Por ello, la doctrina ha agrupado dichas legislaciones distinguiendo varias categorías[2]. Así se habla de leyes de parejas de mínimos para designar a aquellas leyes que pudiendo otorgar derechos frente a la descendencia, deciden no hacerlo; se hace referencia a las leyes de máximos para designar a aquellas leyes que buscan la equiparación entre el matrimonio y cualquier otra forma de organización familiar; se denominan leyes de uniones civiles a aquellas leyes que equiparan en todo las parejas de hecho homosexuales al matrimonio, excepto en el *nomen iuris*, y, por último se habla de ley de matrimonio para referirse a aquellas leyes que admiten el matrimonio tanto para parejas de distinto sexo como del mismo.

En el momento presente, en Europa [3] existe una regulación sobre leyes de mínimos de parejas de hecho en Hungría (1996), Francia (el PAC de 1999), Portugal (1999-2001), Croacia (2003), Luxemburgo (2004), Andorra (2005).

Se regulan leyes de parejas de máximos en Holanda (1998).

Por otro lado, se regulan como leyes de uniones civiles en Dinamarca (1989-1999), Noruega (1993), Suecia (1994; 2004), Islandia (1996), Alemania (2001), Finlandia (2001),

Otros países donde existen leyes de parejas de hecho son Andorra (2005), Reino Unido (2005), República China (2006), Eslovenia (2006), Suiza (2007), y algunas regiones de Italia.

---

[2] En este sentido, CALVO, K., *Ciudadanía y minorías sexuales: la regulación del matrimonio homosexual en España*, Fundación Alternativa, pág. 14, al que siguen algunos autores de nuestra doctrina.

[3] Véase respecto al nacimiento y contenido de las diversas legislaciones relativas a las parejas de hecho y al matrimonio de personas del mismo sexo en Europa, los estudios de CAÑAMARES ARRIBAS, S., *El Matrimonio homosexual en Derecho español y comparado*, Madrid, 2007, donde analiza la legislación de Holanda y Bélgica, y el Derecho norteamericano y canadiense (pags. 139-217); GONZÁLEZ BEILFUSS, C., *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea*, Madrid-Barcelona, 2004, y de MOLINER NAVARRO, R. Mª., *El matrimonio de personas del mismo sexo en el Derecho comparado*, , en «Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo» (Alventosa del Rio, J, dir.), «Cuadernos de Derecho judicial», CGPJ, XXVI, Madrid, 2006, págs. 197-244; en relación a las parejas de hecho del mismo sexo, véase el estudio de TALAVERA FERNÁNDEZ, P., *La unión de hecho y el derecho a no casarse*, Granada, 2000.

España, desde 1998 viene regulando la legislación sobre parejas de hecho en casi todas las Comunidades Autónomas, pero la regulación es también muy distinta, de manera que dichas legislaciones podrían encuadrarse en las varias categorías señaladas.

Sin embargo, sólo se regula el matrimonio en Holanda (2001), Bélgica (2003) y España (2005).

Fuera del ámbito europeo, se reconoce el matrimonio de personas del mismo sexo en algunos Estados de Canadá (2003, 2004), cuyo Tribunal Supremo confirmó la constitucionalidad del matrimonio de parejas del mismo sexo por decisión de 9 de diciembre de 2004; y en el Estado de Massachussets, de Estados Unidos (2003), en donde, sin embargo, no se ha ratificado dicho opción en los demás Estados, los cuales parecen mantener una actitud contraria al mismo [4].

Y tienen leyes sobre parejas de hecho Nueva Zelanda (2005), y algunas zonas de Argentina, Australia, Brasil, Méjico, Canadá y Estados Unidos.

Uno de los efectos más importantes que ha producido el reconocimiento jurídico de las parejas de hecho del mismo sexo ha sido la posibilidad de la adopción. Sin embargo, esta posibilidad no se ha recogido en todas estas legislaciones[5]. Con algunas diferencias, admiten estas adopciones de forma conjunta Holanda, Bélgica, y España, donde se ha aprobado el matrimonio de personas del mismo sexo, Suecia (2003), Inglaterra (2005), y algunas zonas de Australia, Canadá y Estados Unidos; mientras Dinamarca (1999), Alemania (2004), Israel (2000-2005), Noruega (2002), y algunos estados de Canadá y Estados Unidos la circunscriben a los hijos del conviviente[6].

II. DISCRIMINACIÓN Y RECONOCIMIENTO JURÍDICO DE LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO. ANTECEDENTES DE LA REFORMA DEL DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO

En nuestra sociedad la existencia de parejas homosexuales era una realidad. Pero una realidad no reconocida socialmente ni protegida jurídicamente.

---

[4] Véase el estudio pormenorizado que realiza acerca de la posibilidad de matrimonio en Estados Unidos y Canadá SEOANE PRADO, J., *Matrimonio, familia y constitución,* en «Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo», cit., págs. 23-104.

[5] Analiza el tratamiento legislativo de la adopción por estas parejas en el contexto internacional, TALAVERA FERNÁNDEZ, P., *El matrimonio entre personas del mismo sexo frente a la adopción,* en «Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo», cit., págs. 411-450.

[6] Cfr. OTTOSSON, LGTB *World legal warp up survey, cit,* pág. 5.

Por ello, desde la despenalización de la homosexualidad y el progresivo reconocimiento de sus derechos como personas y ciudadanos del Estado español, dichas parejas han reclamado el reconocimiento jurídico de su unión, bien como matrimonio bien como unión estable, presentando sus reivindicaciones tanto ante el poder legislativo como ante el judicial.

1. La reivindicación de las parejas de hecho de acceder al matrimonio

La reivindicación de las parejas del mismo sexo de acceder al matrimonio no es tan reciente.

La primera vez que se solicitó la celebración de matrimonio por pareja homosexual aconteció en 1988, pero la Dirección General de los Registros y del Notariado, en Resolución de 21 de enero de ese año, denegó el acceso de dicha pareja al matrimonio, no autorizando su inscripción en el Registro civil.

La DGRN fundamentó esta decisión en que «el matrimonio ha sido siempre entendido como una institución en la que la diferenciación de sexos es esencial», señalando que esta interpretación se deduce de las normas vigentes en España, entre ellas, el artículo 32, 1, de la Constitución Española, en el que se alude al hombre y a la mujer, y que hay que interpretar de acuerdo a las normas y tratados internacionales, tales como el artículo 12 del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950 sobre protección de Derechos humanos y de las libertades fundamentales, que dispone que «a partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tendrán derecho a casarse y a fundar una familia (…)», y el artículo 22, 2, del Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos de Nueva York de 18 de diciembre de 1966, que establece que «se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia».

Añadía dicha *Resolución* que el artículo 32 era el único que utiliza los términos concretos de *hombre y mujer* para designarlos como titulares del *ius nubendi*, mientras que en todos los demás casos se utilizan formas impersonales, como *«todos», «toda persona», «se garantiza», «se reconoce», «tienen derecho»*, para atribuir otros derechos, sin entender necesario referir el derecho al sexo cierto de la persona.

La misma doctrina se mantuvo ante otra solicitud de celebración de matrimonio por pareja homosexual en la Resolución de la misma Dirección de 2 de octubre de 1991, en donde se afirmaba que «el derecho funda-

mental del hombre y la mujer a contraer matrimonio está limitado a personas de distinto sexo biológico».

Interpretación que posteriormente fundamentó la denegación de otras peticiones por parejas del mismo sexo y que fue recogida más adelante por un sector doctrinal para defender la tesis contraria al derecho al matrimonio de parejas del mismo sexo, y que ya entonces recibió ciertas críticas[7].

Con posterioridad y a lo largo del tiempo, se presentaron otras solicitudes de matrimonio por parejas homosexuales, todas ellas denegadas en virtud de los mismos argumentos. Entre ellas, cabe mencionar, por lo reciente a la reforma del Código civil en materia de matrimonio de 2005, la presentada en el Registro civil de Valencia, que fue denegada por Auto de fecha 4 de noviembre de 2003, en base a que «los solicitantes no reúnen los requisitos legales para contraer matrimonio según la legislación vigente», refiriéndose a los artículos 44 a 48 del Código civil, y remitiéndose todavía a la citada Resolución de 21 de enero de 1988; en el mismo sentido se pronuncia el Auto del Registro civil de Madrid de 5 de noviembre de 2003, en el que no se autorizó matrimonio civil a parejas del mismo sexo biológico porque dicho matrimonio no era una institución jurídicamente regulada ni existía un derecho constitucional a su establecimiento.

Estas argumentaciones en contra del matrimonio de las parejas del mismo sexo parecieron ser confirmadas por el Auto del Tribunal Constitucional 222/1994, de 11 de julio, que declara «la plena constitucionalidad del principio heterosexual como calificador del matrimonio», señalando que la unión entre personas del mismo sexo biológico no es una institución jurídicamente regulada, ni existe un derecho constitucional a su establecimiento, todo lo contrario al matrimonio entre un hombre y una mujer que es un derecho constitucional (art. 32, 1), y que genera *ope legis* una pluralidad de derechos y obligaciones[8].

---

[7]. Véase PÉREZ CÁNOVAS, *ob. cit.*, págs. 105-106.

[8] En dicho Auto, el Tribunal Constitucional menciona la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos (concretamente, ss. de 17 de octubre de 1986, caso Rees, y 27 de septiembre de 1990, caso Cossey) que señala que la evolución de la legislación y la opinión pública en la mayoría de los Estados miembros «no evidencia un abandono general del concepto tradicional del matrimonio», de modo que el mantenimiento de este concepto es razón suficiente para continuar aplicando el criterio biológico en orden a la determinación del sexo de una persona a efectos matrimoniales»; aunque ambas sentencias se refieren a la solicitud de matrimonio por personas transexuales, que resulta un problema específico, sobre el que también han tenido oportunidad de pronunciarse nuestros Tribunales, denegando en principio tal posibilidad, aunque posteriormente hubo pronunciamientos autorizando la celebración del matrimonio (S. del Juzgado de Primera Instancia de Lérida de 20 de octubre de 1999 y Auto del Registro civil de Meli-

2. Los conflictos derivados de la relación de pareja entre personas del mismo sexo antes de la publicación de la Ley 13/2005 ante los Tribunales de justicia. La postura de los Tribunales Superiores de Justicia, Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional

Dado que durante este periodo de tiempo no existía cobertura para las parejas extramatrimoniales ni del mismo ni de distinto sexo [9], los conflictos que se suscitaban en el seno de las mismas debían resolverse en el ámbito de nuestros Tribunales. Las pretensiones que se han planteado ante éstos se referían concretamente, entre otras, al reconocimiento de dicha unión, a la resolución de cuestiones planteadas en el seno de la propia pareja, tanto de carácter personal como patrimonial, y a la concesión de determinadas prestaciones sociales.

En unos casos, nuestros Tribunales han denegado ciertos derechos a las parejas del mismo sexo, en base, principalmente, a la inexistencia de vin-

---

lla de 2000). Véase la cuestión en DE VERDA Y BEAMONDE, J.R., *Principio de libre desarrollo de la personalidad y «ius connubii». (A propósito del ATC 222/1994)*, en «Revista de Derecho Privado», octubre de 1998, págs. 720 y sigs.; ELÓSEGUI Itxaso, M., *La transexualidad. Jurisprudencia y argumentación jurídica*, Granada, 1999; EECRIVÁ IVARS J., *Transexualismo y matrimonio*, en «Persona y Derecho», 1992, 2, págs.335-336; FERNÁNDEZ CAMOS, J.A., *Matrimonio civil: heterosexualidad jurídica o biológica (La posibilidad del transexual de contraer matrimonio con arreglo a su nuevo sexo jurídico)*, en «Uniones de hecho», XI Jornadas Jurídicas, Universidad de Lleida, 1998, págs. 187-199; MARTÍNEZ PEREDA RODRÍGUEZ, J.M., *El transexualismo en el Derecho español: Otras sentencias del Tribunal Supremo sobre el cambio de sexo*, «Actualidad civil», 1990, 3, págs. 1345-1362; PÉREZ CÁNOVAS, *ob. cit.*, págs. 132-141; TALAVERA FERNÁNDEZ, P., *La unión de hecho y el derecho a no casarse*, Granada, 2001, págs. 193-200. A esta cuestión se hace referencia más explícita en el caítulo VIII de este estudio.

[9] Es necesario recordar que el reconocimiento jurídico de las parejas extramatrimoniales de distinto sexo se produjo paulatinamente y de manera muy controvertida en nuestros Tribunales y que sólo a partir de 1998, año en el que se publica la primera ley de parejas de hecho en la Comunidad de Cataluña, se producirá el reconocimiento legal de las mismas. La problemática derivada de las uniones de hecho tanto heterosexuales como homosexuales generó una bibliografía específica, relativa tanto a descripciones generales de dicha relación como a cuestiones concretas, tales como las relaciones económicas, pensión de viudedad, relación arrendaticia, etc., de la que se pueden citar, entre otros, los trabajos de carácter general de ARMAND DE FLUVIÁ, A., *Aspectos jurídico-legales de la homosexualidad*, Barcelona, 1979; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Las parejas de hecho*, Pamplona, 1992; CERDA GIMENO, J., *La situación actual de las parejas no casadas ante el Derecho*, «Boletín de Información del Ministerio de Justicia», 1988, núm. 1482; DÍAZ ALABART, S., *El pseudo «status familiae»*, en «Revista de Derecho Privado», octubre de 1992, págs. 839-856; ESTRADA ALONSO, E., *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho civil español*, Madrid, 1986; ROCA TRÍAS, E., *Familia, familias y derecho de familia*, «Anuario de Derecho civil», 1990; y VIDAL MARTÍNEZ, J., *La relación no matrimonial en el Derecho español*, Congreso Hispanoamericano de Derecho de familia, Universidad de Extremadura, 1987, «Revista Tapia», 0ctubre de 1987.

culo matrimonial; en otros, han procedido al reconocimiento de algunos derechos, sobre todo en aquellas Comunidades Autónomas donde ya se había publicado una regulación sobre las parejas de hecho.

Entre las sentencias que han abordado cuestiones planteadas por parejas del mismo sexo, cabría citar las siguientes.

En la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 9 de enero de 1990, se solicitaba una indemnización por causa de muerte del compañero homosexual, el cual trabajaba como educador del Patronato Municipal de Guarderías Infantiles de Barcelona, en cuyo Convenio Colectivo se establecía una indemnización en caso de muerte o invalidez del trabajador al personal afectado. El compañero del fallecido entendió que él se encontraba dentro de la categoría de personal afectado, y reclamó al Patronato dicha indemnización. Pero el Patronato Municipal denegó tal indemnización al no acreditar su calidad de beneficiario ni de heredero, ya que el derecho a la indemnización había ingresado en el patrimonio del causante, formando parte del caudal relicto.

El Tribunal Superior de Justicia estimó que si no existe designación de beneficiario por el fallecido, la indemnización hecha debía ser percibida por el heredero y no por parientes o allegados, y dado que el compañero sentimental del fallecido no ostentaba la cualidad de heredero, fue desestimada la pretensión del mismo. En la misma sentencia dicho Tribunal no apreció discriminación alguna al faltar el elemento referencial con el que se efectúa la comparación.

Interpuesto recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, éste resolvió en Auto de 4 de mayo de 1990 no admitirlo a trámite, sin entrar en el fondo del asunto planteado, por faltar la exigencia de la jurisprudencia de existir identidad de supuestos enjuiciados y por no haber discriminación en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia dado que la negativa al reconocimiento de la indemnización se basa en que el compañero del fallecido no reúne la cualidad de heredero y no en la naturaleza de la relación homosexual que mantenían.

Sin embargo, en el caso de una petición de cobro de indemnización por muerte en accidente de tráfico del seguro obligatorio por uno de los miembros de una pareja del mismo sexo, en sentencia dictada en abril de 1992, el Juez consideró que existía entre ambos una relación de convivencia con apariencia matrimonial aunque fuera entre personas del mismo sexo, por lo que el compañero del fallecido podía acceder a la indemnización en concepto de perjudicado.

Por el contrario, nuestros Tribunales denegaron el derecho a las pensiones de viudedad porque para solicitarlo se precisaba un vínculo conyugal previo, que no existía entre la pareja homosexual.

En este sentido se han pronunciado las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 25 de febrero de 1993 [10] y de 26 de enero de 1999, y del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León de 18 de enero de 2000.

Especialmente hay que mencionar la sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Primera, de 11 de julio de 1994, que deniega el recurso interpuesto ya que no considera vulnerado el principio de igualdad, pues la sentencia impugnada negó el derecho a percibir la pensión de viudedad e indemnización a tanto alzado por el fallecimiento *in itinere* de la pareja homosexual por no concurrir matrimonio previo que es *conditio iuris* para causar derecho en las prestaciones solicitadas.

Por otro lado, se denegó también el derecho a los quince días de licencia retribuida por causa de inscripción en el Registro correspondiente de pareja de hecho homosexual por no existir el preceptivo vínculo matrimonial, requisito esencial para tal concesión (sent. del TSJ de Madrid de 25 de marzo de 1998).

Por la misma razón, se deniega el derecho a percibir el denominado vale de carbón a uno de los componentes de la pareja homosexual (sent. del TSJ de Asturias de 5 de abril de 2002).

No obstante la denegación de los derechos señalados anteriormente, otras sentencias reconocen ciertos derechos a las parejas homosexuales.

Así, se les concede el derecho a la prestación de asistencia sanitaria a favor de pareja estable (sents. del TSJ de Cataluña de 30 de noviembre de 2000, y del TSJ de Navarra de 6 de mayo de 2004. Obsérvese, sin embargo, que en ambos casos ya existía legislación de parejas de hecho en las Comunidades Autónomas citadas, cuyas disposiciones se aplicaron a los casos planteados).

También se han reconocido ciertos derechos derivados de la relación laboral (así, en el XIII Convenio Colectivo de RENFE se ha equiparado la pareja homosexual a cualquier otra pareja para los efectos que le fueren favorables y otros posibles beneficios, y en las sents. del TSJ de Madrid de 16 de julio de 2002, y del TSJ de Andalucía de 4 de junio de 2002).

[10] Aunque en este caso se trataba de un homosexual que convivía con un travestido.

De otro lado, nuestros Tribunales han concedido pensión compensatoria a una mujer que mantenía relación de convivencia con otra al considerar que en determinados ámbitos los derechos y deberes de las parejas homosexuales quedan equiparados a las parejas heterosexuales (sent. de la AP de Jaén de 15 de noviembre de 2002).

Por último, es necesario destacar la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de febrero de 1993 sobre recurso de amparo, que considera vulnerado el principio de igualdad al haber impedido la subrogación en el arrendamiento al conviviente *more uxorio* homosexual del arrendatario [11].

Especial importancia merecen las sentencias relativas a la custodia de hijos.

En este sentido cabe destacar la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 14 de junio de 1999, sobre constitución de tutela de una menor de once años, cuya madre había fallecido, teniendo la custodia de la misma el padre, quien mantenía una relación de pareja estable con otro hombre, y que reclamaban los abuelos maternos al producirse el fallecimiento del padre de la misma, la cual concedió la custodia a la pareja del padre.

Por otro lado, cabe mencionar también, por su trascendencia, el Auto del Juzgado de Primera Instancia de Familia de Pamplona de 22 de enero de 2004, en el que se concedió la adopción a una mujer, pareja estable de otra que tenía dos hijas biológicas nacidas por la aplicación de las Técnicas de Reproducción Asistida, en base a la posibilidad de adoptar las parejas estables, con independencia de su orientación sexual, que concede el artículo 8 de la *Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables*, y a los informes emitidos por los peritos correspondientes sobre las condiciones favorables de desarrollo de las menores en el entorno familiar propiciado por la pareja demandante.

De la misma manera se han concedido dichas adopciones a parejas de hecho de mujeres en sendos Autos de los Juzgados de Primera Instancia de Euskadi de 21 de febrero y 22 de marzo de 2005, en base al artículo 8 de la *Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las Parejas de hecho del País Vasco*, que permite también la adopción a parejas estables, con independencia

[11] En ese momento todavía no se había publicado la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, en la que su artículo 16 reconoce explícitamente este derecho; pero la jurisprudencia de nuestros Tribunales ya había reconocido ese derecho a las parejas formadas por personas del mismo sexo en varias sentencias, al realizar la interpretación del artículo art. 58, 1, de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964. Véase el análisis que de dicha jurisprudencia realiza PÉREZ CÁNOVAS, *ob. cit.*, págs. 235-244.

de su orientación sexual, atendiendo igualmente a los informes favorables emitidos sobre dichas parejas.

Como se observa, la posición de la jurisprudencia sobre los distintos aspectos planteados por las parejas del mismo sexo no ha sido homogénea. En unos casos, ante la ausencia de legislación de parejas de hecho, se deniegan los derechos en base a la inexistencia de vínculo conyugal. En otros casos, se hace concesión de otros derechos por considerar la convivencia de hecho similar a la del matrimonio [12].

3. Reconocimiento legal de las parejas de hecho del mismo sexo

El reconocimiento de derechos a las parejas de hecho de distinto y del mismo sexo en nuestros Tribunales y las reivindicaciones sociales de las mismas dio lugar a un progresivo reconocimiento legal de éstas, que tuvo diferentes manifestaciones.

3.1. Los Registros de parejas de hecho. Primera legislación de cobertura

Un primer paso en el reconocimiento jurídico de las parejas de hecho, tanto de distinto como del mismo sexo, fue la creación de los Registros de uniones civiles o de hecho, con la finalidad de utilizarlos como prueba de la convivencia de estas parejas, con independencia de su orientación sexual, y para constatar la realidad social de las mismas [13]. Aunque se ha de seña-

[12] De esta conclusión, de que el movimiento homosexual no ha encontrado ayuda en los tribunales, participan PÉREZ CÁNOVAS, N., *La Crisis del Estado Heterosexual: Del Derecho a la Vida Privada al Derecho a la Vida Familiar de las Parejas Homosexuales*, « Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada», 4 (3ª época) 2001, págs. 73-77, y CALVO BOROVIA, *ob. cit.*, pág. 27. Sin embargo, esta limitación de los derechos de las uniones homoexuales se incardina en la postura de nuestros Tribunales de distinguir la protección y los efectos de las uniones de hecho y las uniones matrimoniales, lo que ha señalado en algunas sentencias, como en la STC 74/1997 de 21 de abril, en la que el TC afirmaba que, aunque la protección social, económica y jurídica otorgada por la CE a la familia no se ha de constreñir, «en términos exclusivos y excluyentes, a la fundada en el matrimonio», la «(…) igualación entre una y otra clase de familias no impone una paridad de trato en todos los aspectos y en todos los órdenes de las uniones matrimoniales y las no matrimoniales»; o en la STC 184/1990, de 15 de noviembre. Véase el análisis de TALAVERA FERNÁNDEZ, P., en *La Unión de Hecho y El Derecho a no Casarse*, Granada, 2001, págs. 76-82, de las diversas sentencias del TC y TS en que estudia la concepción de nuestros Tribunales respecto a la protección de las diversas clases de familia.

[13] En este sentido el primero en crearse fue el Registro Municipal de Uniones Civiles de Vitoria, por Decreto de la Alcaldía de 28 de febrero de 1994, en el que se podían inscribir las declaraciones de constitución de uniones no matrimoniales de convivencia, con independencia de la orien-

lar que estos Registros sólo tenían carácter administrativo y, por tanto, sus efectos jurídicos eran muy limitados.

Por otra parte, hubo intentos tímidos en nuestra legislación de reconocimiento de ciertos derechos a las parejas de hecho, con independencia de su orientación sexual.

Así, la Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de noviembre de 1994 hizo una referencia explicita a la parejas de hecho del mismo sexo en su artículo 16 que permite que podrá subrogarse *mortis* causa en el contrato de arrendamiento «la persona que hubiera venido conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la de cónyuge, con *independencia de su orientación sexual,* durante al menos los dos años anteriores al tiempo del fallecimiento, salvo que hubieran tenido descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia»; de la misma manera también se concede a las parejas de hecho la posibilidad de subrogarse en la vivienda cuando haya abandono de la pareja que sea arrendatario (art. 12); así como también permite realizar en la vivienda las obras que sean necesarias para adecuar ésta a la condición de minusválido de la pareja (art. 24) [14].

---

tación sexual de sus integrantes, la extinción de las mismas y los pactos y acuerdos establecidos por los convivientes. Esta creación se fundamentó en el principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad y en el deber de posibilitar la igualdad ante la ley de todos los ciudadanos, concediendo la misma protección social, económica y jurídica, tanto a las uniones matrimoniales como a las uniones extramatrimoniales heterosexuales y homosexuales, «una vez los injustificados reparos sociales que han venido marginando, e incluso criminalizando, a quienes por su congénita orientación sexual demandan una vida en común con otras personas del mismo sexo». A partir de la creación de este Registro, en España proliferará el nacimiento de otros Registros del mismo estilo en las demás Comunidades Autónomas. Véase MEZQUITA DEL CACHO, J.L., *El principio de seguridad jurídica en las diversas opciones legislativas. Aspectos probatorios: registros y otros medios de salvaguarda,* en «El Derecho europeo ante la Pareja de hecho», Seminario organizado por la Fundación Olof Palmer, Barcelona, 1996, págs. 157-182; MORENO VERDEJO, J., *Algunas reflexiones sobre los registros municipales de uniones civiles no matrimoniales,* en «Revista General de Derecho», núm. 603, diciembre de 1994, págs. 12543-12549; PÉREZ BERASTEGUI, J. I., *Los Registros Municipales de uniones civiles. En especial el de Vitoria,* «Revista Tapia», núm. 83, y VALPUESTA FERNÁNDEZ, Mª. R., *La institucionalización jurídica de la pareja. Registros de pareja de hecho,* en «Uniones de hecho», II Seminario de Estudios Jurídicos y Criminológicos, Universidad de Cádiz y Ayuntamiento de Jerez de la Frontera, Cádiz, 1995, págs. 47-66.

[14] En otros ámbitos del Derecho se han producido también intentos de equiparación de derechos entre las parejas de hecho y el matrimonio. Así, en el art. 3, a), de la Ley Orgánica 6/1984, reguladora del procedimiento de *Habeas Corpus;* en el art. 10, 1, de la Ley de Asilo y del Refugiado de 26 de marzo de 1984; en los arts. 392 y 219, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985; en la Ley de 9 de julio de 1999, de Apoyo a la Movilidad Geográfica, y en el art. 23 del Código penal de 1995, el cual señala: «Es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser o haber sido el agraviado cónyuge o *persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad*, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente».

3.2. Las parejas del mismo sexo en la legislación sobre parejas de hecho.

Durante la década de los noventa, y paralelamente a lo acontecido anteriormente, se inició un proceso de reivindicación de regularización de las parejas de hecho en nuestro país.

Fue en el Boletín Oficial de la Asamblea de Madrid donde en fecha de 13 de enero de 1994 se recogió por primera vez una Proposición no de ley, presentada por el Grupo Socialista, instando al Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Madrid para que trasmitiera a las Cortes Generales, a los Grupos Políticos en ella representados y al Gobierno del Estado, la necesidad de regular a través de una Ley de Convivencia las uniones de hecho que, independientemente del sexo de sus componentes, desarrollen una comunidad estable y duradera. La finalidad de esta ley sería amparar jurídicamente a los convivientes de hecho, dado *el nuevo modelo de familia que se está delineando en los últimos años y «que ya no está fundado exclusivamente en el vínculo matrimonial, sino más bien en el consentimiento y en la solidaridad libremente aceptada, con la finalidad de llevar a efecto una plena comunidad de vida material y espiritual», pues de los artículos 32,1, y 39, 1, de la Constitución «se deduce un concepto amplio de familia»*. Proposición que fue aprobada por el Pleno de la Asamblea de Madrid el 3 de marzo del mismo año. Esta iniciativa fue seguida de manera similar por sendas Resoluciones de 19 de mayo de 1994 del Pleno de las Cortes Valencianas y de 23 de junio de 1994 de la Junta General de Asturias, en donde también se instaba al Gobierno a que promoviera la publicación de medidas jurídicas que reconocieran, a todos los efectos, las uniones no matrimoniales de parejas tanto heterosexuales como homosexuales, removiendo toda discriminación de hecho respecto de los integrantes de estas uniones, seguidas por otras proposiciones no de ley en el mismo sentido.

A partir de este momento, se comenzó también en las Cortes Generales a presentar proposiciones de ley para regular las uniones de hecho, ninguna de las cuales llegó a ser aprobada[15].

[15] Las Proposiciones de Ley en relación a la regulación de las parejas de hecho que se presentaron en la VI Legislatura fueron las siguientes: Proposición de Ley de medidas para la igualdad jurídica de las parejas de hecho, presentada el 4-11-1996, rechazada; Proposición de Ley por la que se reconocen determinados efectos jurídicos a las parejas de hecho, el 19-3-1997, rechazada; Proposición de Ley de igualdad jurídica para las parejas de hecho el 19-3-1997, rechazada; Proposición de Ley sobre reconocimiento de efectos jurídicos a las parejas de hecho estables, el 4-4-1997, caducada; Proposición de Ley Orgánica de contrato de unión civil, presentada por el Grupo Parlamentario Popular el 19 de septiembre de 1997, caducada, por la que se regulaba la convivencia de las parejas de hecho *como contrato de unión civil* por el cual dos personas físicas mayores de edad acuerdan convivir y prestarse ayuda mutua, sin hacer referencia a la

En este estado de cosas, fueron las Comunidades Autónomas quienes empezaron a legislar sobre las parejas de hecho, dotándolas de un régimen jurídico específico [16].

La pionera en dictar una ley relativa a esta materia fue Cataluña, la Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja, a la que han seguido diversas Comunidades Autónomas, aunque no todas. Así, se ha regulado dicha materia en Aragón por Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas; Navarra por ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables; Comunidad Valenciana, por Ley 1/2001, de 6 de abril, por la que se regula las uniones de hecho; Baleares por Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables; Madrid por Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de uniones de hecho; Principado de Asturias por Ley 4/2002, de 23 de mayo, de parejas de hecho; Canarias por Ley 5/2003, de 23 de mayo, de parejas estables; Andalucía por Ley 5/2002, de 6 de diciembre, de parejas de hecho; Canarias por Ley 5/2003, de 6 de marzo, para la regulación de las parejas de hecho; Extremadura por Ley 5/2003, de 20 de marzo, de parejas de hecho; el País Vasco por Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho; y Cantabria por Ley 1/2005, de 16 de mayo, de Parejas de Hecho. Por su parte, las relaciones de parejas de hecho también se regulan en el Derecho civil de Galicia, en la Disposición Adicional Tercera, redactada por el artículo único de la Ley 10/2007 de 28 junio, de reforma de dicha disposición de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia.

No existen todavía leyes de parejas de hecho en las Comunidades Autónomas de Castilla-La Mancha, Castilla-León, La Rioja y Murcia.

En todas ellas se regulan las uniones estables de parejas del mismo o distinto sexo. En unas se regula separadamente el régimen jurídico que afecta a las parejas de hecho de distinto sexo y el que afecta a las parejas de

---

orientación sexual de sus componentes, concediendo a estas uniones efectos en diversos ámbitos de nuestro ordenamiento jurídico. En la VII Legislatura cabe mencionar las Proposiciones de Ley de medidas para la igualdad jurídica de las parejas de hecho, presentada el 27-4-2000, rechazada; sobre igualdad jurídica para las parejas de hecho, el 16-5-2000, rechazada, y sobre uniones estables de pareja, el 3-5-2000, rechazada.

[16] Algún autor señala que tales leyes tienen un considerable peso político, y así distingue aquellas leyes que tienen un matiz conservador de aquellas que parecen más progresistas en el reconocimiento de derechos a las parejas del mismo sexo. Así, CALVO BOROVIA, *ob. cit.*, págs. 28-34. Otros autores, ante la realidad social emergente, plantearon propuestas de legislación; así TALAVERA FERNÁNDEZ, P., *Fundamentos para el reconocimiento jurídico de las uniones homosexuales. Propuestas de regulación en España*, Instituto de Derechos humanos «Bartolomé de las Casas», Universidad Carlos III de Madrid, 1999.

hecho del mismo sexo; mientras en otras se establece el mismo régimen jurídico para unas y para otras. En casi todas ellas se realiza una regulación más o menos detallada de la situación y los derechos que corresponden a los convivientes, mientras que en otras (como las leyes de las Comunidades valenciana y madrileña) tan sólo se da reconocimiento jurídico a tales uniones, desarrollando cuestiones meramente registrales, sin dotar de contendido sustantivo a la unión.

Pero el valor que tiene dicha legislación, por el tema que nos ocupa, es que se dota de reconocimiento jurídico a las uniones de parejas del mismo sexo[17].

El régimen jurídico básico que establecen estas leyes en relación a las parejas del mismo sexo suele regular las mismas cuestiones, aunque de forma diferente en las distintas Comunidades Autónomas. Básicamente tales cuestiones se refieren a la constitución de la pareja de hecho, al régimen económico matrimonial a los derechos económicos después de la separación, al derecho de sucesiones, y a la posibilidad de adopción y acogimiento.

En cuanto a la constitución de la pareja de hecho, en algunas Comunidades por el otorgamiento de escritura pública sin necesidad de convivencia previa (Cataluña, Aragón, País Vasco); en otras, se exige la convivencia de un año (Navarra, Madrid, Asturias, Canarias, Cantabria, aunque se puede demostrar una convivencia previa mediante prueba testifical o documento público); en otras Comunidades, se exige la inscripción y la convivencia de un año (así, en Valencia, Andalucía y Extremadura).

En cuanto a la extinción de la relación, existe posibilidad de reclamar alguna compensación económica, que se suele extinguir en un plazo máxi-

[17] Sobre dicha legislación, también se ha producido una extensa bibliografía, de la que se puede citar, entre todas, las siguientes obras de carácter general: CALVO SOLER, R., PÉREZ TRIVIÑO, J.L., *Igualdad, discriminación y parejas de hecho,* en Revista «Sistema», 1998, 142, págs. 47-61; DÍAZ MORENO, J.M., HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, G., LÁZARO GONZÁLEZ, I., ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., *Las uniones de hecho. Una aproximación plural,* Madrid, 1999; MOLINER NAVARRO, R.Mª., *El problema jurídico de las «parejas de hecho»,* en «Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Vidal Guitarte», vol. II, Valencia, 1999, págs. 629-641, y *Las uniones homosexuales en el Derecho español,* «Revista de Derecho Comparado», vol. 4, 2001, págs. 131-170; ROCA I TRÍASS, E., *Familia y cambio social (De la «casa» a la persona),* Cuadernos Civitas, Madrid, 1999; TALAVERA FERNÁNDEZ, P., *La unión de hecho y el derecho a no casarse,* Granada, 2001; ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., *Unión paramatrimonial o de hecho,* Madrid, 1998; y la obra colectiva *Uniones de hecho,* publicación derivada de las XI Jornadas Jurídicas, Universidad de Lleida, 1998. Véase la sinopsis de las leyes autonómicas de parejas de hecho, ALONSO PÉREZ, J.I., *El reconocimiento de las uniones matrimoniales en la unión europea. Análisis y sinopsis de las leyes autonómicas en vigor,* Barcelona-Cantabria, 2007.

mo de tres años, en Cataluña, Navarra, o de un año en Aragón y Baleares; mientras en las demás Comunidades, Valencia, Madrid, Asturias, Andalucía, Extremadura, País Vasco, Canarias y Cantabria, se debe recoger tal posibilidad en acuerdo o contrato privado, donde se disponga las condiciones económicas concretas que regirán su convivencia y las que se aplicarán después de su extinción.

Por lo que se refiere a derechos sucesorios, se conceden ciertos derechos en las Comunidades de Cataluña, Navarra, Aragón, Baleares; en las demás Comunidades, no se conceden derechos sucesorios, excepto en el País Vasco, en el que se conceden los mismos derechos que a las parejas matrimoniales. En dichas Leyes se suele conceder al miembro superviviente el derecho a conservar los bienes de uso habitual y común, excluidos los especialmente valiosos o de tradición familiar.

En cuanto a la adopción, se reconoce expresamente la adopción por parejas del mismo sexo en Cataluña, Navarra, o de un año en Aragón, País Vasco, Galicia y Cantabria, sin permitirlo en las demás Comunidades.

Se permite el acogimiento de menores en las Comunidades de Cataluña, Navarra, Aragón, Asturias, Andalucía, Extremadura y Cantabria, mientras en las demás Comunidades no se permite.

En general, estas Leyes reconocen a los convivientes los derechos derivados de la Administración pública y los beneficios sociales que se conceden también a las parejas casadas.

Sin embargo, como se observa, las leyes de pareja no equiparan el régimen jurídico establecido en ellas para las parejas de hecho de personas del mismo sexo al régimen jurídico de las parejas matrimoniales, ni aún cuando tales parejas sean heterosexuales.

Por ello, el desarrollo de esta legislación se culminó con la presentación, en la VIII Legislatura, de una *Proposición de Ley de igualdad jurídica para las uniones de hecho,* presentada por el Grupo Parlamentario Mixto, el 5 de abril de 2004, que se encuentra todavía en el trámite parlamentario. En ella se considera que existe unión de hecho cuando «(…) dos personas mayores de edad o, en su caso, menores emancipados, sin vínculos de parentesco en línea recta por consanguinidad o adopción o colateral dentro del segundo grado de consanguinidad, y siempre que ninguno de ellos esté unido por vínculo matrimonial a otra persona, *conviven de forma libre, estable, pública y notoria en una relación de afectividad similar a la conyugal con independencia de su orientación sexual».* En dicho texto hay un artículo clave, el artículo 6, en el que *se establece el principio de equiparación jurídica entre las uniones*

de hecho, sin hacer distinción entre parejas de distinto o del mismo sexo, y las matrimoniales, disponiendo que «Uno. No podrá establecerse en la legislación ninguna norma que directa o indirectamente suponga discriminación por razón del grupo familiar del que una persona forma parte, tenga éste su origen en la filiación, en el matrimonio o en la unión libre de dos personas por análoga situación de afectividad a la conyugal. (…) Cuatro. Las disposiciones contenidas en la presente ley, y aquellas que se dicten en desarrollo de las mismas se considerarán en todo caso aplicables a todas las personas que formen parte de una unión de hecho que convivan de forma libre, estable, pública y notoria en una relación de afectividad similar a la conyugal, con independencia de la orientación sexual de los convivientes». En consecuencia, se reconocen diferentes derechos a los convivientes en el ámbito civil, entre ellos el de la adopción, derechos sucesorios legitimarios y *ab intestato,* igualdad jurídica en los ámbitos laboral y social, prestaciones de la Seguridad Social, derechos derivados de la Función pública, e igualdad jurídica en el ámbito tributario, entre otros. Se deja a voluntad de los convivientes el establecimiento de pactos o acuerdos de carácter económico que regulen los aspectos patrimoniales de su convivencia y se simplifican las causas de ruptura de la convivencia conyugal, que no requiere ningún procedimiento judicial [18].

Con lo que en este texto se produce una equiparación casi total con el matrimonio, que de suyo sólo conservaba, en el momento en que se produjo la presentación de este Proyecto, la alteridad de sexos, los requisitos de solemnidad en la celebración del mismo, la aplicación *ope legis,* si no hay capitulaciones matrimoniales, de un determinado régimen económico y la ruptura reglada de la convivencia conyugal.

Y esta equiparación entre matrimonio y uniones estables se realiza tanto entre matrimonio y uniones estables heterosexuales como entre matrimonio y uniones de hecho homosexuales.

III. REIVINDICACIÓN DE MATRIMONIO PARA PAREJAS DEL MISMO SEXO

Como se ha señalado anteriormente, la reivindicación de las parejas del mismo sexo de tener posibilidad de contraer matrimonio es antigua, dado que la primera solicitud data del año 1988.

[18] En relación a este Proyecto, se ha presentado por el Grupo Parlamentario Popular una enmienda a la totalidad, proponiendo que se sustituya dicha regulación por la propuesta presentada en otra Proposición de Ley por este mismo Grupo, en la que se defiende la idea de la unión civil.

Esta ha sido la cuestión que mayor polémica ha desatado tanto en los ámbitos políticos como sociales[19]. Y donde ha quedado de manifiesto que una gran parte de la sociedad todavía no asume la igualdad social ni jurídica de las personas LGTB. En el debate parlamentario, académico y social se pusieron de relieve los distintos argumentos que utilizaron las partes enfrentadas.

1. Las Proposiciones de ley de matrimonio de parejas del mismo sexo

Paralelamente al desarrollo de la actividad legislativa para obtener el reconocimiento jurídico a través de una legislación concreta de las parejas de hecho, tanto del mismo como de distinto sexo, se produjo una actividad similar para lograr el reconocimiento jurídico del matrimonio de personas del mismo sexo.

Así, a lo largo de la VII y de la VIII Legislatura se presentaron diversas Proposiciones de Ley de modificación del Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio con la finalidad de que se incluyese en el Código civil el matrimonio de personas del mismo sexo.

Durante la VII Legislatura se presentó la Proposición de Ley de modificación del Código civil en materia de matrimonio, por el Grupo Parlamentario Socialista, el 5 de abril de 2001, que fue rechazada, a la que siguieron las presentadas por el mismo Grupo Socialista el 18 de abril de 2001; por el Grupo Parlamentario Mixto los días 19 de abril, 12 de junio de 2001 y 3 de septiembre de 2002; por el Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida el 5 de noviembre de 2002; de nuevo por el Grupo Socialista el 6 de noviembre de 2002; y otra vez por el Grupo Parlamentario Mixto los días 19 de noviembre y 20 de noviembre de 2002. Todas ellas rechazadas.

En todas estas Proposiciones de Ley se reiteraba a lo largo del tiempo el mismo texto de reforma del Código civil. La fundamentación que se utilizaba en la Exposición de Motivos era, basándose en el artículo 32 de la Constitución, que la sociedad española ha evolucionado en los últimos años hacia una realidad en la que existen distintos modelos familiares, algunos de ellos diferentes de la tradicional institución familiar, pero con vínculos igualmente fuertes, estando constituidos en algunos casos por

[19] Véase los avatares políticos que se desarrollaron para que los partidos políticos asimilaran la defensa del matrimonio entre parejas del mismo sexo en CALVO Borovia, *ob. cit.*, págs. 35-51.

parejas del mismo sexo. Esta realidad está reconocida en diversas leyes, estatales y autonómicas, aunque las personas homosexuales están discriminadas en cuanto se les priva de los derechos derivados de la institución matrimonial, y, por tanto, carecen de la protección a que esta institución ofrecen los poderes públicos. En este sentido, la Constitución reenvía a la ley para regular las formas de matrimonio, por lo que no sería inconstitucional la regulación del matrimonio homosexual, teniendo en cuenta que el Parlamento Europeo se ha pronunciado sobre la igualdad de derechos de los homosexuales y propone permitir el matrimonio entre parejas del mismo sexo. Lo que deja clara la necesidad de avanzar hacia una regulación más acorde con la realidad social y atender las reclamaciones de los ciudadanos a los que no se permite la igualdad ante la ley por razón de su orientación sexual. Por ello, en el texto articulado de dichas Proposiciones de Ley se solicitaba la modificación del artículo 44 del Código civil en el sentido de permitir que *«cualquier persona tiene derecho a contraer matrimonio con otra persona conforme a las disposiciones de este Código»,* sin especificar el sexo de las mismas, y a modificar consiguientemente la terminología de los artículos 66 y 67 del mismo cuerpo legal.

Durante la VIII Legislatura se siguieron presentando Proposiciones de Ley para la modificación del Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio.

Así, el Grupo Parlamentario Mixto presentó la Proposición de Ley de modificación del Código civil para reconocer la celebración de matrimonio entre personas del mismo sexo el 5 de abril de 2004, tomada en consideración el 1 de junio de ese año, en la que se cambia el contenido del artículo 44, proponiendo añadir un párrafo segundo que dijera: «También tendrán derecho a contraer matrimonio civil ante el juez, Alcalde o funcionario señalado en el artículo 49, 1º, dos personas del mismo sexo mayores de edad, conforme a lo dispuesto en este Código», solicitando al mismo tiempo la modificación del artículo 46, en el sentido de permitir el matrimonio a las personas que formen pareja estable con otra persona, de los artículos 66 y 67, en sentido terminológico, y proponiendo añadir una Disposición adicional primera, en la que se disponga que ninguna norma, incluso de desarrollo reglamentario, suponga directa o indirectamente discriminación alguna por razón de que el grupo familiar tenga su origen en el matrimonio de personas del mismo o distinto sexo, así como extender las referencias que se hagan en las normas a la institución matrimonial también al matrimonio formado por personas del mismo sexo.

El Grupo Parlamentario de Izquierda Verds-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds presentó el 1 de junio de 2004 una Proposición de ley

con el mismo texto de referencia, con alguna ampliación en la Exposición de Motivos.

El Grupo Parlamentario de Ezquerra Republicana (ERC) presentó el 11 de mayo de 2004, tomado en consideración el 26 de junio de ese año, un texto prácticamente semejante al anterior, pero manteniendo el contenido del artículo 44 igual que en las Proposiciones de Ley de la Legislatura anterior, y con una Exposición de Motivos mucho más amplia, en la que se alude a la diferenciación entre familia y matrimonio; se señala que el legislador debe identificar y remitir «el concepto socialmente definido de la familia vigente en la sociedad en cada momento histórico, para cumplir con el mandato constitucional que exige a los poderes públicos la protección social, económica y jurídica de la familia», y remover todos los obstáculos que impidan la libertad e igualdad del individuo (art. 9, 2, de la CE), presente en el mandato expreso del respeto a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad (art. 10, 1, de la CE). Se recuerda la legislación autonómica sobre las parejas heterosexuales y homosexuales que regulan esta realidad social, y la Resolución del Parlamento Europeo de 8 de febrero de 1994 que establece la igualdad de derechos de homosexuales y lesbianas en la Comunidad Europea. Para finalizar, se postula la posibilidad de la adopción por parejas del mismo sexo, que se entiende puede conciliarse con el interés del menor, citando diversos estudios extranjeros que avalan esta posibilidad, y jurisprudencia internacional y europea, y la referencia a la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, de Navarra, para la igualdad jurídica de las parejas estables, y a Ley 2/2003, de 7 de mayo, del País Vasco, reguladora de las parejas de hecho, que admiten la adopción conjunta por parejas del mismo sexo.

Por último, se presentó por el Gobierno el Proyecto de Ley por el que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio, a las Cortes Generales el 12 de enero de 2005, que culminó con la aprobación del mismo.

2. El Anteproyecto de ley de reforma del Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio

Como se ha indicado anteriormente, el Gobierno, en cumplimiento de sus promesas electorales, elaboró un anteproyecto de ley que el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Justicia, tomó en consideración en su reunión de 1 de octubre de 2004, remitiéndolo posteriormente al

Consejo de Estado, para que emitiera su oportuno dictamen, el 7 de octubre de 2004 [20].

El Anteproyecto de ley de reforma se estructuraba en una Exposición de Motivos, un artículo único y dos Disposiciones finales.

En la Exposición de Motivos se fundamentaba la reforma del Código civil en materia de matrimonio con los argumentos siguientes [21], que, con posterioridad, se recogerían en el Informe del Consejo de Ministros.

En primer lugar, se parte de la idea de que la relación de pareja es expresión genuina de la naturaleza humana y constituye un cauce destacado para el desarrollo de la personalidad, que nuestra Constitución establece como fundamento del orden político y de la paz social en el artículo 10 de la misma.

En segundo lugar, se considera el matrimonio como una manifestación señalada de esta relación, recogida en el artículo 32 de la Constitución Española. Sin embargo, se afirma que es la ley la que desarrolla este derecho «dentro del margen de opciones abierto por la Constitución, la que, en cada momento histórico y de acuerdo con los valores dominantes en el mismo, determinará la capacidad exigida para contraer matrimonio, así como su contenido y régimen jurídico», reconociendo que hasta este momento, según los modelos y valores existentes en las sociedades europeas y occidentales, sólo se regula el matrimonio entre personas de diferente sexo.

Como contrapartida a esta afirmación, se añade que la evolución de la sociedad ha determinado modelos de convivencia afectiva diferentes, como la convivencia entre personas del mismo sexo, que han sido objeto de reconocimiento y aceptación social crecientes, superando arraigados prejuicios y estigmatizaciones. Es por ello que el legislador reconoce la igualdad jurídica de las personas que adoptan una opción sexual y afectiva por personas del mismo sexo, tratando de evitar todo tipo de discriminación respecto a ellas. Se trata, por tanto, de profundizar en la garantía constitucional del matrimonio como un derecho de la persona, extendiéndolo a relaciones de pareja del mismo sexo.

Como fundamentos jurídico-constitucionales se aducían: la promoción de la igualdad efectiva de los ciudadanos en el libre desarrollo de la

[20] La Orden del Ministro de Justicia lleva fecha de 5 de octubre de 2004, y registro de entrada del día 7 siguiente.

[21] Algunos de los cuales, como se puede observar, ya se habían expuesto en las Proposiciones de Ley presentadas anteriormente.

personalidad (arts. 9, 2, y 10, 1, de la CE), la preservación de la libertad en lo que a las formas de convivencia se refiere (art. 1, 1, de la CE), y la instauración de un marco de igualdad real en el disfrute de los derechos sin discriminación alguna por razón de sexo, opinión o cualquiera otra condición personal o social (art. 14 de la CE); valores todos ellos que se deben tener en cuenta para delimitar el estatus del ciudadano en una sociedad libre, plural y abierta.

Se establecía como objetivo de la reforma el permitir el matrimonio entre personas del mismo o distinto sexo, con plenitud e igualdad de derechos y obligaciones, cualquiera que sea la composición del mismo, estableciendo la unicidad de efectos, entre otros, los referidos a derechos y prestaciones sociales y a la posibilidad de ser parte en los procedimientos de adopción. Para ello se procedía a una adaptación terminológica de distintos preceptos del Código civil que se refieren o traen causa del matrimonio, así como de una serie de artículos que hacen referencia al sexo de los contrayentes.

En su virtud, el contenido de la reforma concretada en el artículo 1 del Anteproyecto era el siguiente.

Se añadía un nuevo párrafo al artículo 44 del Código civil, estableciendo: «El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o diferente sexo».

En consonancia con la admisión del matrimonio por personas del mismo sexo, se modificaba la terminología utilizada en los artículos siguientes, sustituyendo las expresiones *marido y mujer* por la expresión más genérica de *cónyuges o padres*, según los casos: arts. 66, 67 (referidos al matrimonio); 154, 160 y 164 (referidos a la patria potestad); 637 (referido a la donación); y 1323, 1344, 1348, 1351, 1361, 1365, 1404 y 1458 (referidos al régimen económico matrimonial).

Para finalizar, se establecían dos disposiciones finales, en la primera de las cuales se señalaba que esta ley se dictaba al amparo del titulo competencial que de forma exclusiva atribuye la Constitución Española al Estado sobre esta materia en el artículo 149, 1, 8ª; disponiendo en la segunda su entrada en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE.

3. El Dictamen del Consejo de Estado

Como se ha indicado, el Anteproyecto de ley fue remitido por el Consejo de Ministros al Consejo de Estado el 7 de octubre de 2004, para que

emitiera el correspondiente dictamen sobre el mismo [22]. En el expediente se acompañó junto al texto del Anteproyecto Informe sobre la necesidad y oportunidad de la norma proyectada, memoria económica, en la que se señalaba que esta reforma no supondría un aumento del gasto público dado que no creaba ninguna prestación, y un informe sobre impacto por razón de género, habiendo sido informado también por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia.

El dictamen del Consejo de Estado comienza con una referencia a la evolución de la sociedad en relación con las nuevas formas de convivencia de la pareja, y la respuesta dada a ello en España, en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en el ámbito de la Unión Europea.

En dicho dictamen se reconoce que ha habido una consagración en la Unión Europea de la prohibición de cualquier discriminación por razón de la orientación sexual, lo que implica un marco de protección en España en base a los artículos 10 y 14 de la Constitución Española. De la misma manera admite que se ha producido un reconocimiento jurídico y aceptación social creciente de la convivencia entre personas del mismo sexo que se ha reflejado en diversas legislaciones autonómicas, donde se las regula. Pero, añade que nuestro Tribunal Constitucional ha entendido que la unión de hecho, tanto de parejas de diferente o del mismo sexo, no es comparable a la unión matrimonial, con la particularidad de que las uniones formadas por parejas del mismo sexo no resultan de una libre opción, dado que hasta ahora no han tenido acceso a la unión matrimonial. El Consejo de Estado, sin embargo, pone de relieve que, tanto en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y en la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como en la normativa emanada de la Unión Europea, se entiende que la regulación de la convivencia por parejas del mismo sexo corresponde a los legisladores de los diferentes Estados.

En cuanto al fundamento constitucional de la reforma, se señala en el dictamen que en una interpretación literal y sistemática del artículo 32 de la Constitución «existe un derecho constitucional al *matrimonio* entre hombre

[22] Dicho dictamen se recababa al amparo de lo dispuesto en el art. 24, 1, de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, de acuerdo con el cual, este órgano consultivo puede ser oído en cualquier asunto en que, sin ser obligatoria la consulta, ésta se estime conveniente por el Presidente del Gobierno o cualquier Ministro. J. RODRÍGUEZ ARANA-MUÑOZ, realizó un comentario a dicho Dictamen coincidiendo en todo con sus afirmaciones, en *Sobre el Dictamen del Consejo de Estado y el matrimonio entre personas del mismo sexo*, «Diario la Ley», núm. 6170, XXVI, 18 enero 2005.

y mujer; no existe un derecho constitucional (…) a la *unión* entre personas de distinto sexo, aunque su apartado 2 remite la regulación de determinadas cuestiones a la ley; con ello no se impide, por sí, que el legislador extienda a las parejas homosexuales los derechos y deberes propios del matrimonio», interpretación que estima el Consejo de Estado viene refrendada por los pronunciamientos del Tribunal Constitucional [23]. Idea, que conforme al artículo 10,2, de la Constitución, en relación con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y a los tratados y acuerdos internacionales, lleva a concluir que el derecho a contraer matrimonio se predica de la pareja heterosexual, «si bien no se excluye de raíz el acceso de los homosexuales al estatuto matrimonial, lo que depende, en aquellos instrumentos, de la legislación nacional aplicable» [24].

Por lo que se refiere al panorama legislativo extranjero, el Consejo de Estado concluye, después del análisis del mismo, que en otros países, especialmente en Europa, se entiende que el matrimonio es una unión entre personas de distinto sexo, siendo muy pocos los casos de países en que los que la institución matrimonial queda abierta a las parejas homosexuales, extendiéndose, sin embargo, el reconocimiento jurídico de las parejas de hecho homosexuales, aunque manteniendo diferencias en materia de filiación y adopción [25].

En cuanto al objetivo principal perseguido por el Anteproyecto, el reconocimiento de un nuevo modelo de pareja, el Consejo de Estado estima que esta finalidad se puede lograr *«por otras vías, sin necesidad de*

[23] El Consejo de Estado se apoya fundamentalmente en el Auto de dicho Tribunal 222/1994, de 11 de julio, ya reseñado.

[24] El Consejo de Estado hace mención concretamente del art. 16,1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, y del art. 12 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 14 de noviembre de 1950, en donde entiende que se hace referencia expresa al elemento heterosexual del matrimonio puesto que se utilizan los términos *hombre y mujer* explícitamente, y no otros de carácter más genérico como *toda persona, todo ser humano, todos o nadie.*

[25] Se recuerda que en Europa, las uniones de parejas de hecho de personas del mismo sexo se regulan en Dinamarca (1989), Noruega (1993), Suecia (1994), Alemania (2000, sin incluir la adopción), Irlanda (2001), Finlandia (2001), Francia (2001), con distinto alcance jurídico, mientras que sólo se admite y regula el matrimonio por parejas del mismo sexo en Holanda (2001 y 2002, incluyendo la adopción) y Bélgica (2003, sin incluir la adopción). Por su parte en 2003, las provincias de Ontario y Columbia Británica aprueban el matrimonio de parejas del mismo sexo, incluyendo la adopción. En 2004, el alcalde demócrata de San Francisco permitió a las parejas de gays y lesbianas casarse en el ayuntamiento, a pesar de las presiones de la derecha cristiana y del Gobernador del Estado de California, lo que tuvo una repercusión mediática en todo el mundo impresionante.

alterar los perfiles propios de los principios sobre los que se articula la institución matrimonial». Por otra parte señala que la supresión de toda discriminación por razón de la orientación sexual de una persona, no requiere la inserción de un nuevo modelo de pareja en la institución matrimonial. Por lo que sería más acertada la elaboración de una regulación adecuada que dé respuesta a sus propias necesidades, y no la inserción en una regulación que responde a un modelo diferente de pareja. Así que el establecimiento de un estatus de este tipo de parejas equiparable a las parejas matrimoniales se puede lograr a través de una ley especial que regule las peculiaridades propias de la misma, pues no se puede dar un tratamiento conjunto a dos realidades diferentes, que puede dar lugar a problemas, que son evidentes en materia de filiación y patria potestad, pero también en los aspectos sucesorios, derechos reconocidos por normas internacionales o supranacionales, régimen económico-matrimonial, etc, destacando la problemática derivada de la adopción y la falta de regulación o la incoherencia de la regulación planteada con el artículo 178, 2,2, del Código civil o con la Disposición Adicional Tercera de la Ley 21/1987 (adopción por parejas de hecho heterosexuales).

En lo que atañe a la finalidad pretendida por el Anteproyecto de poner fin a la situación de inseguridad jurídica creada por la diversa legislación autonómica relativa a las parejas de hecho, el Consejo de Estado entiende que esta ley no soluciona esta situación sino que añade una opción más a las existentes en el momento actual.

A la vista de todo lo expuesto, el dictamen final del Consejo de Estado de16 de diciembre de 2004 fue: «Que, una vez tenida en cuenta las observaciones formuladas en relación con las distintas opciones posibles para la más adecuada consecución de los objetivos previstos, puede V.E. elevar al Consejo de Ministros el correspondiente anteproyecto de Ley».

4. El Proyecto de Ley por el que se modifica el Código en materia de derecho a contraer matrimonio. Tramitación parlamentaria

Recibido el Dictamen del Consejo de Estado, el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Justicia, y a los efectos de lo dispuesto en el artículo 22,3, de la Ley 50/1997, de 22 de noviembre, del Gobierno, aprobó la remisión del texto articulado a las Cortes Generales en la reunión del 30 de diciembre de 2004, asumiendo la oportunidad de la reforma y los fundamentos constitucionales que figuraban en el Anteproyecto.

El Proyecto de ley se presentó a las Cortes Generales el 12 de enero de 2005 [26].

Al contenido del Anteproyecto descrito anteriormente se le realizaban algunas modificaciones.

Así, la Exposición de Motivos del Anteproyecto se asumía íntegramente, pero se añadía que subsistían las referencias al binomio hombre-mujer en los artículos 116, 117 y 118 del Código civil, dado que los supuestos a los que se hace referencia en los mismos sólo se pueden dar en el caso de los matrimonios heterosexuales.

En el artículo uno, se incorporaba la modificación, de carácter terminológico, pero de trascendencia práctica profunda, de los artículos 175 y 178, referidos a la adopción.

Por último, se añadía una nueva Disposición Adicional en el sentido de que todas las referencias al matrimonio en las disposiciones legales se entenderían aplicables con independencia del sexo de sus integrantes.

En lo demás, el texto del Anteproyecto quedaba intacto.

El texto presentado fue objeto de veinte enmiendas, planteadas por distintos Grupos Parlamentarios (concretamente, Esquerra Republicana, Grupo Parlamentario Catalán, Grupo Parlamentario Vasco, Grupo Parlamentario de Izquierda Verde-Izquierda Unida, Grupo Parlamentario mixto y Grupo Parlamentario Popular), dos de las cuales lo fueron a la totalidad (presentadas por Grupo Parlamentario Catalán y Grupo Parlamentario Popular) [27].

---

[26] Véase con más detalle la tramitación parlamentaria del proyecto en ALVENTOSA DEL RÍO, *ob. cit.*, págs. 126-158.

[27] BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, 15 de marzo de 2005, núm.18-5. De entre ellas, se pueden destacar algunas. Así, el Grupo Parlamentario de Esquerra Unida presentó tres enmiendas: a la Disposición Adicional única, en el sentido de que en ella se debería hacer referencia tanto a las disposiciones legales como a las reglamentarias; una de adición, en cuanto se proponía la reforma de la Ley de 8 de junio de 1957 del Registro civil, concretamente de los artículos 46, 48, 49 y 53, todas ellas de carácter terminológico, para adaptar tales preceptos al contenido del Proyecto, y de modificación de la Disposición final primera, para que se puntualizará que esta ley se dictaba al amparo de la competencia exclusiva del Estado en materia de relaciones jurídico-civiles relativas a la forma del matrimonio reconocida por el artículo 149, 1, 8ª de la Constitución, pues el propio precepto también se refiere a la competencia que sobre Derecho civil propio tienen las Comunidades Autónomas para conservarlo, modificarlo o desarrollarlo (Enmiendas 1, 2 y 3, respectivamente). Los Grupos parlamentarios mixto e Izquierda Verde-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds, presentaron enmiendas de mejora técnica. El Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV) planteó cinco enmiendas, entre las se solicitaba la modificación del párrafo segundo del artículo 44 propuesto en el Proyecto de Ley en el sentido de

El debate que en el Congreso de los Diputados se siguió, lo abrió el Ministro de Justicia, quien destacó, en la defensa del Proyecto de Ley, que éste tiene «una enorme potencia simbólica, social y política», y que responde al cumplimiento de un compromiso expreso del Programa de investidura del Presidente del Gobierno y del Programa Electoral del Partido Socialista, señalando que se trata de la extensión de la libertad y de la consecución de un espacio de igualdad y de ciudadanía, al mismo tiempo que de la remoción de una barrera de desigualdades. En su discurso señaló que el matrimonio entre personas del mismo sexo no viene a minorar el matrimonio heterosexual, no tiene ninguna contradicción porque no va contra nada ni contra nadie, ni perjudica absolutamente los derechos de nadie; sin embargo, otorga reconocimiento a una realidad que la busca. En cuanto a la adopción, señalaba el Ministro que no se predica del ejercicio de un derecho fundamental a adoptar, sino que es una institución jurídica que busca articular la protección de los derechos del menor; la realidad jurídica del presente es que la adopción está abierta por igual tanto a personas heterosexuales como a las homosexuales, pero sólo las personas heterosexuales pueden concurrir en pareja. Entiende el Ministro que este Proyecto es constitucional porque el artículo 32 de nuestra Constitución lo que establece es el principio de igualdad entre los cónyuges, erradicando la discriminación de la mujer en el matrimonio, se manifiesta en contra del argumento gramatical y teleológico, y considera que es un acierto ser uno de los primeros países en abrir esta puerta al matrimonio entre personas del mismo sexo.

Por otra parte, la intervención de los demás Grupos Parlamentarios en el debate del Proyecto se articula en torno a los argumentos que ya se expusieron en las enmiendas, añadiendo otros de carácter social, e incluso repitiendo argumentos esgrimidos en el dictamen del Consejo de Estado. De

---

tener una redacción diferente como la siguiente: «Las uniones civiles entre personas del mismo sexo tendrán los mismos efectos que el matrimonio», ya que con ello se posibilita una regulación adecuada de las personas homosexuales sin que con ello el matrimonio mantenga una reserva exclusiva de los derechos derivados de la convivencia estable, pues se debe dar una equiparación de efectos sin identidad institucional. Por último, los Grupos parlamentarios Catalán (Convergencia y Unió) y Popular presentaron una *enmienda a la totalidad*, coincidentes en la cuestión de fondo, en la que se propone una regulación diferenciada de las uniones homosexuales al margen del matrimonio, no sólo por ser la opción mayoritariamente considerada en los ordenamientos jurídicos europeos cercanos, sino por entender que tendría mayor encaje en nuestro ordenamiento jurídico y sería más adecuado para la consecución de los objetivos perseguidos por el Proyecto, defendiendo regular la unión civil estable tanto de parejas homosexuales como heterosexuales sin introducir la quiebra de la institución jurídica del matrimonio que el Proyecto plantea, y restringiendo la adopción a parejas de distinto sexo.

manera que las posturas se polarizaron en torno a dos ideas principales: De una lado, se defendió la peculiariedad del matrimonio en cuanto constituye requisito esencial del mismo la heterosexualidad, poniéndose de relieve los problemas que conllevaría un tratamiento igual a realidades diferentes; y de otro, se ponía el acento en el respeto a la libertad y en la no discriminación de las personas por su orientación sexual, en la existencia de nuevos modelos de familia y, por tanto, en la equiparación de derechos [28].

Emitido el Informe de la Ponencia el 12 de abril de 2005, ésta propuso a la Comisión la aceptación de la Enmienda número uno de Ezquerra Republicana y el estudio de las demás enmiendas por dicha Comisión. En fecha 19 de abril de 2005 se emitió el Dictamen de la Comisión en el que se admitieron la enmiendas de dicho Grupo Parlamentario, añadiendo las modificaciones señaladas a la Exposición de Motivos y a la Disposición adicional primera, y una Disposición adicional segunda en la que se modificaban los artículos 46, 48 y 53 de la Ley del Registro civil de 8 de junio de 1957, manteniendo, por otra parte, las enmiendas para su defensa en el Pleno de los Grupos Parlamentarios Popular, Vasco y Mixto. Dicha defensa se realizó en el Pleno celebrado el 21 de abril de 2005 [29]. Procediéndose a la votación del Proyecto, fueron rechazadas las enmiendas y aprobado el Dictamen por 183 votos a favor, 136 en contra, y 6 abstenciones, de los 325 votos emitidos.

El 5 de mayo de 2005 fue remitido el texto aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados, sin modificaciones con respecto al texto del Dictamen de la Comisión, al Senado [30].

Recibido el Proyecto de Ley en el Senado, se presentaron dos Propuestas de veto y catorce enmiendas [31].

En el Senado se van a reproducir en mayor o menor medida las argumentaciones a favor y en contra del Proyecto de Ley ya esgrimidas en el Congreso de los Diputados, tanto en las enmiendas presentadas como en los debates subsiguientes.

---

[28] Las dos enmiendas a la totalidad quedaron rechazadas por 178 votos en contra y 135 votos a favor de los 313 votos emitidos.

[29] BOCG, Congreso de los Diputados, Sesión Plenaria, núm. 79, 21 de abril de 2005, núm. 84.

[30] BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, 5 de mayo de 2005, núm. 18-10.

[31] BOCG, Senado, Serie II, 26 de mayo de 2005, núms. 15 (c) y (d). Las enmiendas fueron presentadas por varios senadores pertenecientes a los Grupos Parlamentarios BNG y Grupo Mixto, y por los Grupos Parlamentarios de Senadores Nacionalistas Vascos (GPSNV), Popular (GPP), y Catalán en el Senado de Convergencia y Unió (GPCIU).

Concretamente, las propuestas de veto fueron planteadas por el Grupo Parlamentario Unió Democrática de Catalunya y por el Grupo Parlamentario Popular, fundamentándolas principalmente en que la reforma propuesta suponía una alteración sustancial de la institución matrimonial fundada en la alteridad de los sexos, proponiendo un régimen jurídico distinto al del matrimonio para regular la unión de las parejas del mismo sexo, y defendiendo la idea de que la adopción, que genera vínculos equivalentes a la filiación biológica, debe reservarse a las parejas de distinto sexo.

La Ponencia designada para el estudio del Proyecto desestimó en su Informe las propuestas de veto y todas las enmiendas realizadas al mismo [32]. En el correspondiente debate en la Comisión de Justicia [33], cabe destacar que se formuló por el Grupo Parlamentario Catalán en el Senado una enmienda transaccional en torno a la objeción de conciencia [34]. Efectuadas separadamente la votación sobre el Informe de la Ponencia y la enmienda transaccional, fue aprobado el texto remitido por la Ponencia, con la inclusión de dicha enmienda [35].

El Dictamen de la Comisión fue llevado al Pleno para su correspondiente debate en la sesión de 22 de junio de 2005 [36], y sin necesidad de reiterar otra vez los argumentos ya conocidos en pro y en contra del Proyecto, el resultado fue, efectuada la votación de la primera propuesta de veto,

---

[32] BOCG, Senado, Serie II, 6 de junio de 2005, núm. 15 (e).

[33] BOCG, Senado, Diario de Sesiones, Comisión de Justicia, 14 de junio de 2005, núm. 184.

[34] Véase lo ocurrido con dicha enmienda en ALVENTOSA DEL RÍO, *ob. cit.*, págs. 142-143, que no fue admitida. Al respecto se han manifestado dos posturas contradictorias: por un lado, la de aquellos que piensan que cabe la objeción de conciencia en esta materia por parte de los funcionarios públicos, como NAVARRO VALLS, R., *La objeción de conciencia a los matrimonios entre personas del mismo sexo*, «Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado», núm. 9, septiembre, 2005, y CAÑAMARES ARRIBAS, *ob. cit.*, págs. 57-77; y , por otro, la de aquellos que opinan que es dudoso que pueda aplicarse ya que en numerosas sentencias y autos (ATC 135/00, SSTC 321/94, 161/87) se indica que «el derecho a la libertad ideológica reconocido en el art. 16 de la CE no resulta por sí sólo suficiente para eximir a los ciudadanos por motivos de conciencia del cumplimiento de deberes legalmente establecidos», citando como presupuestos de cualquier objeción de conciencia admisible, no sólo la concurrencia de creencias religiosas o ideológicas, sino que la conducta objetada afecte a un derecho fundamental de terceras personas, como la vida del art. 15 de la CE, que sí está implicado en la objeción de conciencia al aborto, como así señala FLUITERS CASADO, *ob. cit.*, pág. 361.

[35] El resultado de dicha votación fue el siguiente: Respecto a la Disposición adicional nueva, votos a favor, 13; en contra, 11; abstenciones, 1. Respecto al Informe de la Ponencia, votos a favor, 13; en contra, 12.

[36] BOCG, Diario de Sesiones del Senado, Sesión del Pleno, 22 de junio de 2005, núm. 46.

favorable al mismo [37], dándose traslado al Congreso de los Diputados, mediante mensaje motivado [38]. En él se señalaba que el veto del Senado se fundamentaba en dos motivos. El primero se basa en que el reconocimiento legal y la atribución de efectos jurídicos a las uniones de personas del mismo sexo no requiere la desnaturalización de la institución matrimonial; en este sentido, se entiende que el matrimonio es la unión de hombre y mujer, institución fundamentada en la alteridad, la diferencia y la complementariedad entre la mujer y el hombre, idea de la que participa también el Consejo de Estado, recordando que en Europa tan solo Holanda y Bélgica admiten el matrimonio de personas del mismo sexo, aún cuando se haya producido el reconocimiento de las uniones civiles de estas parejas, que se aproxima en mayor o menor medida al matrimonio, manteniendo diferencias con el mismo, sobre todo en punto a la filiación y a la adopción; se considera, pues, que el Proyecto del Gobierno implica una alteración sustancial del matrimonio y una ruptura de la garantía constitucional del mismo. El segundo de los motivos se refiere a la posibilidad de adopción por las parejas del mismo sexo, considerándose que la filiación adoptiva reproduce los efectos jurídicos, sociales y económicos de la filiación biológica, de manera que todo niño tiene derecho a una familia, constituida por un padre y una madre, reproduciéndose con ello el hábitat natural, recordándose además que hay muy pocos países donde se acepte la adopción por estas parejas; por todo lo cual se estima que debe reservarse la adopción para parejas de distintos sexo, matrimoniales o no, o para personas individuales. Por último, en dicho mensaje, se comparte la conclusión del Consejo de Estado cuando considera que la opción del proyecto no es indispensable para el logro de sus objetivos.

Considerado el veto del Senado en el Pleno del Congreso de los Diputados, en su sesión del día 30 de junio de 2005 [39], éste acordó ratificar el texto del Proyecto de Ley aprobado por el Pleno de 26 de abril de 2005, con una votación que dio el siguiente resultado: votos emitidos, 338; a favor, 187; en contra, 147; abstenciones, 4.

La ***Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio*** se publicó en el Boletín Oficial del Estado el día 2, entrando en vigor al día siguiente (BOE, sábado 2 de julio de 2005, núm. 157).

---

[37] El resultado de la votación fue: votos emitidos, 252; a favor, 131; en contra, 119; abstenciones, 2.

[38] BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, 28 de junio de 2005, núm. 18-11.

[39] BOCG, Congreso de los Diputados, Diario de Sesiones, Pleno y Diputación Permanente, 30 junio de 2005, núm. 103.

5. Repercusiones sociales del Proyecto de reforma del derecho a contraer matrimonio. Otros dictámenes emitidos

La postura de nuestra sociedad ante el Proyecto de reforma del derecho a contraer matrimonio fue muy diversa. Mientras en unos sectores sociales se aplaudió esta iniciativa del Gobierno, en otros se produjo un rechazo absoluto [40], existiendo posturas intermedias que admiten el matrimonio

[40] En este sentido se ha manifestado la Iglesia Católica, teniendo en cuenta que en el Código de Derecho canónico de 1983, el canon 1055 define: «La alianza matrimonial, por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida, ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la procreación y educación de la prole, fue elevado por Cristo Nuestro Señor a la dignidad de sacramento entre bautizados». Por su parte, el Catecismo Universal de la Iglesia Católica aprobado el 26 de junio de 1992, señala en los apartados «2357. La homosexualidad designa las relaciones entre hombres o mujeres que experimentan una atracción sexual, exclusiva o predominante, hacia personas del mismo sexo. Reviste formas muy variadas a través de los siglos y las culturas. Su origen psíquico permanece en gran medida inexplicado. Apoyándose en la Sagrada Escritura que los presenta como depravaciones graves (cf Gn 19, 1-29; Rm 1, 24-27; 1 Co 6, 10; 1 Tm 1, 10), la Tradición ha declarado siempre que 'los actos homosexuales son intrínsecamente desordenados' (CDF, decl. «Persona humana» 8). Son contrarios a la ley natural. Cierran el acto sexual al don de la vida. No proceden de una verdadera complementariedad afectiva y sexual. No pueden recibir aprobación en ningún caso; 2358 Un número apreciable de hombres y mujeres presentan tendencias homosexuales instintivas. No eligen su condición homosexual; ésta constituye para la mayoría de ellos una auténtica prueba. Deben ser acogidos con respeto, compasión y delicadeza. Se evitará, respecto a ellos, todo signo de discriminación injusta. Estas personas están llamadas a realizar la voluntad de Dios en su vida, y, si son cristianas, a unir al sacrificio de la cruz del Señor las dificultades que pueden encontrar a causa de su condición; y 2359 Las personas homosexuales están llamadas a la castidad. Mediante virtudes de dominio de sí mismo que eduquen la libertad interior, y a veces mediante el apoyo de una amistad desinteresada, de la oración y la gracia sacramental, pueden y deben acercarse gradual y resueltamente a la perfección cristiana». En julio de 1992, la Sagrada Congregación publica *Observaciones sobre propuestas legislativas relativas a la discriminación de personas homosexuales*, donde se señala que la Iglesia debe oponerse a tales medidas en ciertos ámbitos, como en el matrimonio y la adopción. La doctrina de la Iglesia se ha manifestado en varios documentos; véase *Familia, matrimonio y «uniones de hecho»*, del Consejo Pontificio para la familia, de fecha 26 de julio de 2000; la *Declaración del Pontificio Consejo para la Familia acerca de la Resolución del Parlamento Europeo de 16/3/2000 sobre equiparación entre familia y «uniones de hecho»*, incluso homosexuales, de fecha 17 de marzo de 2000, en la que se finaliza señalando que esta clase de legislación sería propiamente inicua por «ir contra el bien común y la verdad del hombre», y el documento publicado por la Congregación para la doctrina de la fe el 31de julio de 2003, *Consideraciones sobre los proyectos de reconocimiento legal de las uniones entre personas homosexuales*, que concluye que los nuevos modelos de unión se oponen a los valores de la humanidad. También otras confesiones religiosas han manifestado su discrepancia con el matrimonio de homosexuales; así, la Federación de Comunidades Judías de España, la Comisión Permanente de la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, y representantes de la religión ortodoxa, firmaron, junto con la Conferencia Episcopal Española, un comunicado en defensa del matrimonio heterosexual, que forma parte de la tradición judeo-cristiana y de otras confesiones religiosas. Por su parte, el Foro Español de la Familia presentó 500.000 firmas en defensa del matrimonio heterosexual y de la infancia.

de parejas del mismo sexo, pero se oponen a que ello conlleve la existencia de relaciones de filiación atribuidas a ambos miembros de dicha pareja o la posibilidad de adoptar conjuntamente la pareja homosexual.

Por su parte, además del dictamen del Consejo de Estado, solicitado por el Gobierno, se emitieron otros dictámenes e informes de instituciones y organismos tanto públicos como privados.

Entre ellos se ha destacar el Informe del Consejo General del Poder Judicial y el de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

5.1. El Estudio del Consejo General del Poder Judicial sobre la reforma del Código civil en materia de matrimonio entre personas del mismo sexo

Poco después de que el Gobierno presentara el Proyecto de Ley a las Cortes Generales, el Consejo General del Poder Judicial presentó el 26 de enero de 2005 un estudio con la rúbrica que señala este epígrafe, aunque el Gobierno no había solicitado de dicho Consejo ningún informe [41].

En dicho estudio se comienza exponiendo la evolución del régimen jurídico del matrimonio, para abordar a continuación la constitucionalidad del Proyecto de reforma.

En el citado Estudio se afirma que el Proyecto de Ley elimina un signo identificador de la institución matrimonial, hasta ahora indubitado y jurí-

[41] El Pleno del Consejo General del Poder Judicial había acordado en fecha 6 de octubre de 2004 dirigirse al Gobierno para que remitiese el preceptivo informe del Anteproyecto referido a la regulación del matrimonio entre personas del mismo sexo, lo que fue denegado por el Ministro de Justicia el día 13 siguiente. Ese mismo día, el Pleno acordó elaborar un estudio jurídico sobre dicha reforma por la Comisión de Estudios e Informes, entendiendo que el Ejecutivo había omitido solicitar al Consejo General el preceptivo informe sobre el Anteproyecto ex art. 110 de la LOPJ, siendo designado ponente para la elaboración de dicho Estudio el Excmo. Sr. D. José Luis Requero Ibáñez. La elaboración de dicho estudio se fundamentó en el art. 108, 1, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, apartado e), que atribuye a este órgano la potestad de informar los Anteproyectos de leyes y disposiciones generales del Estado y de las Comunidades autónomas que afecten total o parcialmente, entre otras materias, a normas que afecten a aspectos jurídicos constitucionales de la tutela ante los Tribunales ordinarios del ejercicio de los derechos fundamentales, además de que el Consejo General del Poder Judicial puede elaborar los estudios e informes que estime pertinentes (art. 81, 5º, de su Reglamento de Organización y Funcionamiento), acordando elaborar este estudio porque afectaba a un derecho fundamental y a la actuación de los Tribunales y con la finalidad de contribuir al debate sobre dicha materia. Sin embargo, en el seno del propio Consejo existieron discrepancias de algunos vocales, las que formularon en respectivos votos particulares, tanto en relación a la pertinencia del mismo como a su contenido. El contenido de este Estudio y de los votos particulares se puede consultar en la página web de dicho Consejo (www.poderjudicial.es).

dicamente incuestionado tanto por el legislador como por la opinión prácticamente unánime de la doctrina, esto es, que el matrimonio es una unión heterosexual, característica ésta basada en la idea de complementariedad de sexos como base ordinaria para la constitución de una familia. De manera que la heterosexualidad es un elemento constitutivo esencial del propio concepto de matrimonio: *el matrimonio o es heterosexual o no es.*

Tomando como punto de partida esta premisa, se considera que el Proyecto de Ley es inconstitucional por varias razones.

En primer lugar, se estima que el Proyecto del Gobierno es inconstitucional porque va en contra de la interpretación que se debe dar al artículo 32 de la Constitución, en cuanto ha de entenderse que la referencia que se hace al derecho al matrimonio en el mismo se realiza al derecho que tienen el hombre y la mujer a contraer matrimonio *entre sí,* y que tal referencia no debe extenderse a otros sujetos, puesto que dicho precepto no utiliza las expresiones «todos» o «toda persona», por lo que resulta obvio para el legislador de 1978 el carácter heterosexual de la unión matrimonial.

En segundo lugar, porque colisiona con el único pronunciamiento del Tribunal Constitucional (Auto 222/1994) del que se deriva que no hay deber jurídico alguno de propiciar una reforma del matrimonio abierta a las parejas del mismo sexo.

En tercer lugar, porque, cuando nuestro ordenamiento niega el matrimonio «a dos personas del mismo sexo no hay, propiamente, discriminación puesto que un homosexual puede casarse del mismo modo y en las mismas condiciones en las que puede hacerlo un heterosexual: es decir, con una mujer (si es varón) o con un varón (si es mujer)»; y en relación a la Resolución del Parlamento Europeo considera que tiene escaso valor jurídico, puesto que tiene por destinataria a la Comisión.

En cuanto al argumento esgrimido para dejar abierto el matrimonio a parejas del mismo sexo de que el artículo 32 de la Constitución no exige el requisito de la alteridad porque no señala que el hombre y la mujer pueden contraer matrimonio entre sí, el Estudio del Consejo General estima que no era necesaria esa precisión en dicho artículo porque la heterosexualidad se daba por supuesta, según la tradición jurídica, y en base a la interpretación lógica y gramatical del texto constitucional desde el sentido literal de sus palabras en relación con su contexto y los antecedentes históricos, constitucionales y legislativos (art. 3, 1 del C.c.). Por lo que, aunque el artículo 32 no defina el matrimonio, eso no implica la inexistencia de un concepto jurídico, y en todo caso está claro que no se trata de un concepto libre-

mente disponible para el legislador, de manera que la ley puede y debe fijar las formas del matrimonio, los derechos y los deberes de los cónyuges, las causas de separación y hasta la edad, pero no puede alterar el concepto mismo del matrimonio porque sería ir más allá del poder constituyente.

Por lo que se refiere a la adopción por parejas del mismo sexo, el Estudio del Consejo General no lo considera aconsejable en cuanto la filiación adoptiva tiene como modelo la filiación biológica en la que no existen dos padres o dos madres, de modo que dicha adopción sería contraría a la protección integral que los poderes públicos deben asegurar a los hijos por ser contrario al interés del menor. Ahora bien, la exclusión de la adopción por parejas del mismo sexo debe ser mantenida no por una valoración negativa de las relaciones homosexuales, sino sobre todo por ser contraria a la propia estructura y naturaleza de los vínculos que crea la adopción y al interés del adoptando que es el que preside la adopción.

Además de estos argumentos que defienden la inconstitucionalidad del Proyecto de reforma del matrimonio, el Estudio del Consejo General señala una serie de razones que desaconsejan tal iniciativa, reiterando algunos de los argumentos ya esgrimidos. Entre ellas cabe mencionar las siguientes. Se considera que con dicha iniciativa se está alterando el contenido central del matrimonio como institución jurídica hasta el punto de hacerla perder uno de sus signos de identidad, por lo que es necesario pensar, al mismo tiempo, en la posibilidad de ofrecer cobertura jurídica distinta del matrimonio a las parejas del mismo sexo. Ya que se estima que el matrimonio y las uniones homosexuales son realidades diferentes que deben ser tratadas jurídicamente de manera diversa, pues, entre otras razones, por su funcionalidad social, las uniones heterosexuales son estructuralmente fecundas y con cierto grado de estabilidad, mientras las uniones homosexuales son estructuralmente estériles, con mayor grado de inestabilidad en su unión, por lo que las uniones heterosexuales son socialmente relevantes en cuanto de ellas depende la continuidad de la sociedad a través del nacimiento de nuevos ciudadanos. El matrimonio de homosexuales supone una ruptura neta y clara en la imagen comúnmente aceptada de la institución matrimonial, quebrando la imagen maestra de la misma. El matrimonio homosexual no es una exigencia constitucional, y si el deseo de la reforma es dar cobertura jurídica a la situación de convivencia de las personas homosexuales, se pueden diseñar otras figuras que den seguridad jurídica sin adulterar el matrimonio. El matrimonio heterosexual tiene una función jurídicamente tutelada, frente a la cual aparece la disfuncionalidad del matrimonio homosexual en tanto éste no cumple una función de interés

social en orden a garantizar la subsistencia de la sociedad, ya que se trata de uniones estériles, por cuanto la voluntad de los contrayentes homosexuales no puede identificarse con la voluntad conyugal, basada en la *affectio maritalis*, y en tanto el número de personas homosexuales que estarían dispuestas a contraer matrimonio es tan insignificante que no justifica la alteración de una institución jurídica como el matrimonio, ya que el derecho de familia tiene que construirse sobre lo general y no sobre lo excepcional, sin perjuicio de dar a lo excepcional el trato jurídico que le corresponda.

De todo ello se desprende que en el Estudio del Consejo General del Poder Judicial hay una postura desfavorable a la iniciativa legislativa.

5.2. El Informe de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia

Por su parte, la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia también emitió su propio informe sobre el Proyecto de Ley de reforma del Código civil el 1 de marzo de 2005. En extensión dicho Informe es mucho más breve que los emitidos por el Consejo de Estado y el Consejo General del Poder Judicial, pero aduce similares argumentos.

En este Informe, la Real Academia considera inconstitucional dicho Proyecto, pues estima que el artículo 32 acoge una institución que de suyo tiene ya delimitado su contenido con preexistencia a la misma y se fundamenta en la existencia de personas de distinto sexo. Dicha idea viene refrendada por la referencia que el artículo 10, 2, de la Constitución hace a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y a los Tratados y Acuerdos Internacionales, puesto que en ellos cuando se alude al derecho de los hombres y mujeres a contraer matrimonio lo hace al derecho que tienen de contraer matrimonio entre sí, por lo que la extensión del mismo a las parejas homosexuales sería inconstitucional.

Por otra parte, se afirma en el citado Informe que la función social del matrimonio consiste en ser el momento fundacional de una familia entendida como progenie, aunque nuestro ordenamiento reconoce también variantes del matrimonio sin fundación de familia, pero son casos excepcionales que confirman la regla general, lo que no se daría en el matrimonio de personas del mismo sexo.

Por último, se entiende que, desde un punto de vista jurídico, el matrimonio no es un instrumento para dar cauce a la afectividad de las personas, pues lo que se garantiza con el matrimonio es un compromiso de vida común, independiente de las relaciones de afectividad que pertenecen al terreno de la intimidad.

Por lo que de esta diversidad de funciones sociales se deriva que no pueda establecerse una relación entre matrimonio y uniones estables que imponga la regla de igualdad del artículo 14 de la Constitución, porque el trato igual y no discriminatorio sólo se produce entre situaciones en que no existen las diferencias.

De todo lo cual se deduce que la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia también es contraria a la iniciativa legislativa.

6. La ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio

El texto de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el código civil en materia de derecho a contraer matrimonio, difiere muy poco del Proyecto presentado al Congreso de los Diputados.

Con independencia de todo lo que sobre el contenido de la Ley se ha ido señalando a lo largo del iter parlamentario, conviene abordar las cuestiones que se derivan del texto final aprobado.

6.1. El fundamento de la modificación del artículo 44 del Código civil

La fundamentación de la modificación del artículo 44 del Código ha sido, como ya se ha visto, la cuestión crucial y más polémica en la reforma del derecho a contraer matrimonio.

En la Exposición de Motivos de la Ley, la iniciativa del legislador se fundamenta en diversos derechos y valores recogidos en la Constitución Española [42].

[42] Esta Exposición de Motivos fue objeto de crítica por LEONÉS SALIDO, J.M., Letrado de la Administración de la Seguridad Social, en *La nueva regulación del matrimonio: una crítica a su Exposición de Motivos,* en «Diario La Ley», núm. 6312, 6 septiembre 2005, con referencia, entre otras cosas, al concepto de matrimonio, que no proviene del Código civil francés de 1804, al apoyo económico y social, en cuanto el matrimonio va más allá de ello, y en cuanto a la Resolución del Parlamento Europeo de 1994, en cuanto no existe la Recomendación solicitada en ella. A su vez, el entonces Ministro de Justicia J.F. LÓPEZ AGUILAR escribió un artículo dónde explicaba la fundamentación de la reforma de la Ley, *Los criterios constitucionales y políticos de la reforma del Derecho civil en materia matrimonial,* Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 655, BIB 2005/156, donde señalaba que «Nuestro Derecho no impone ninguna la finalidad ni orientación específica a quienes contraen matrimonio y no puede hacerlo porque así lo exige el respeto a la libertad y autonomía individuales. El entendimiento tradicional del matrimonio desde la perspectiva finalista «orientada a la procreación biológica» no condiciona el matrimonio como institución jurídica reconocida y amparada por la Constitución. Más bien al contrario, es la propia Constitución la que orienta y da sentido a las instituciones jurídicas. El lenguaje de la Constitu-

En primer lugar, se señala que la relación de pareja «es expresión genuina de la naturaleza humana y constituye cauce destacado para el desarrollo de la personalidad, que nuestra Constitución establece como uno de los fundamentos del orden político y la paz social», siendo una manifestación señalada de esta relación el matrimonio, que viene a ser recogido en la Constitución en el artículo 32, considerado, en términos de nuestra jurisprudencia constitucional, «como una institución jurídica de relevancia social que permite realizar la vida en común de la pareja». Por ello, el legislador no puede desconocer la institución ni dejar de regularla conforme a los valores superiores del ordenamiento jurídico y con su carácter de derecho de la persona con base en la Constitución. Se reconoce en dicha Exposición que la regulación del matrimonio en el Derecho civil ha reflejado los modelos y valores dominantes en las sociedades europeas y occidentales, en los que el matrimonio, como institución y como relación jurídica, sólo ha podido establecerse entre personas de distinto sexo, por lo que nuestro Código no precisaba prohibir ni siquiera referirse al matrimonio entre personas del mismo sexo. Advierte que nuestra sociedad ha evolucionado y que la realidad social española de nuestro tiempo es mucho más rica, plural y dinámica que la sociedad donde se publica el Código civil de 1889, y que en ella se reconocen diversos modelos de convivencia, que el legislador no puede ignorar. Y entiende que la Constitución al encomendar al legislador la configuración normativa del matrimonio, no excluye de forma alguna una regulación que delimite las relaciones de pareja de una forma diferente a la que haya existido hasta el momento, regulación que dé cabida a las nuevas formas de relación afectiva.

Además de la referencia al artículo 32 de la Constitución, que daría cobertura al matrimonio de parejas del mismo sexo, en cuanto recoge la garantía constitucional de protección del mismo, en la Exposición de Motivos se señalan otros fundamentos constitucionales: la promoción de la igualdad efectiva de los ciudadanos en el libre desarrollo de la personalidad (arts. 9, 2, y 10, 1, de la CE), la preservación de la libertad en lo que a las formas de convivencia se refiere (art. 1, 1, de la CE), y la instauración de un marco de igualdad real en el disfrute de los derechos sin discriminación

---

ción es el de la consagración de la libertad y la igualdad así como el de la búsqueda activa de mayores márgenes para su realización efectiva sin discriminaciones, removiendo barreras de desigualdad para ello. Lo que implica que el Estado reconoce y ampara la unión estable de dos personas a través del matrimonio; lo que implica también que la sociedad reconoce públicamente el amor, la «affectio» y compromiso recíprocos de dos personas como fundamento de la institución, otorgándoles respeto y amparo legal como pareja. Los españoles y las españolas de hoy -y la sociedad en su conjunto- deben poder reconocerse en el texto y en la práctica de la Constitución».

alguna por razón de sexo, opinión o cualquier otra condición personal o social (art. 14 de la CE).

Cabe hacer referencia a otra normativa a la que se alude también en dicha Exposición: la Resolución del Parlamento Europeo, de 8 de febrero de 1994, en la que expresamente se pide a la Comisión Europea que presente una propuesta de recomendación a los efectos de poner fin a la prohibición de contraer matrimonio a las parejas del mismo sexo y garantizarles los plenos derechos y beneficios del matrimonio.

Por último, en dicha Exposición se menciona especialmente la contribución de los colectivos que han venido defendiendo la plena equiparación en derechos para todos con independencia de su orientación sexual, y que es una realidad palpable en España, realidad que requiere un marco que determine los derechos y obligaciones de todos cuantos formalizan sus relaciones de parejas.

En cuanto, pues, a la fundamentación de la Ley, los cuatro pilares básicos que se esgrimen son los artículos 1.1, 9.2, 10.1, y 14 de la Constitución española, los cuales constituyen las coordenadas en las que se enmarca nuestro ordenamiento jurídico. La Constitución española no realiza ninguna discriminación por razón de sexo. Muy al contrario, establece en su artículo 14 que «los españoles son iguales ante la ley», sin que pueda prevalecer discriminación alguna, entre las que se mencionan precisamente el sexo y cualquier otra condición o circunstancia personal o social. El hecho, pues, de que una persona tenga determinada orientación sexual no determina que no se le considere igual ante la ley [43]. Porque el artículo 10, 1, de la misma considera que la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad son fundamento del orden político y de la paz social, en un país que proclama como valores superiores de su ordenamiento jurídico, en el artículo 1, 1, de su Constitución, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

Sin embargo, las críticas en torno a la fundamentación reseñada se han centrado principalmente, como se ha visto, en la interpretación del artículo 32 de la Constitución Española. Un precepto que de suyo fue ya en su momento susceptible de distintas interpretaciones. En dichas críticas se niega la interpretación dada por la Ley de reforma a este precepto, pues se considera que el matrimonio es un vínculo entre hombre y mujer, por lo que la heterosexualidad es nota esencial del matrimonio, de manera que

[43] Ya se ha señalado la crítica que merece el artículo 14 en cuanto no hace referencia expresa a la no discriminación por orientación sexual.

admitir el matrimonio entre parejas del mismo sexo supone la ruptura de este principio básico.

Ahora bien, a esta crítica y a toda la argumentación reseñada en los epígrafes anteriores contrarios a la reforma del matrimonio establecida en esta Ley, cabe hacer algunas observaciones.

En primer lugar, es de señalar que en los dos preceptos de la Constitución en los que se hace referencia directa al matrimonio y a la familia, la cual siempre ha aparecido directamente vinculada al mismo, los artículos 32 y 39 respectivamente, no se da una definición ni de uno ni de otra [44].

En el artículo 32 se reconoce el derecho a contraer matrimonio del hombre y de la mujer con plena igualdad jurídica. Lo que hace este precepto es establecer, pues, el principio de igualdad jurídica de los cónyuges, aplicando directamente a la relación conyugal el principio de no discriminación por razón de sexo, establecido en el artículo 14 de la misma. Lo que resultaba necesario en el momento de la publicación de nuestra Constitución, dado que en aquellos momentos históricos el principio que regía la relación conyugal era precisamente el contrario: el sometimiento de la mujer en todos los aspectos derivados de la relación conyugal al marido [45].

Consecuencia de la implantación de este principio constitucional de igualdad jurídica de los cónyuges en nuestro ordenamiento fue la reforma integral de todo el Derecho de familia que afectó a la relación conyugal, tanto en sus aspectos personales como patrimoniales, a la relación paterno-filial, a las relaciones de filiación, a la vecindad civil y a la nacionalidad, lo

---

[44] Así lo señalan explícitamente, DÍEZ-PICAZO, L., *Familia y Derecho*, Madrid, 1984, págs. 37 y sigs.; ESPÍN CÁNOVAS, D., en el Comentario al artículo 32 de la Constitución Española, en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, dirigidos por Oscar Alzaga Villaamil, Madrid, 1996, pág. 455, y ROCA I TRÍAS, E., en la obra *Derecho de Familia*, 2ª ed., Valencia, 1995, pág. 43.

[45] Véase la evolución de la posición jurídica de la mujer en ALVENTOSA DEL RÍO J., *Situación jurídica de la mujer en el ámbito del Derecho civil español*, en la obra colectiva «Mujeres y Derecho» (coordra. Paloma Durán), Ayuntamiento de Valencia, 1998, págs. 29-59, y bibliografía allí seleccionada, donde, entre otras cosas, se recoge la literatura jurídica en la que se plasmaba la idea de que la mujer tenía una inferior capacidad intelectual respecto al hombre y eso se debía al menor tamaño de su cerebro y a la pobreza de su obra intelectual a lo largo de la historia, lo que determinaba su situación como sujeto incapaz de derechos y obligaciones. En el mismo sentido, MURILLO MUÑOZ, M., *Matrimonio y homosexualidad. La constitucionalidad de la Ley 13/2005 de modificación del Código civil español sobre derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo*, en «Laicidad y libertades. Estudios jurídicos», 2005 (5), pág.304.

que se llevó a cabo en sucesivas leyes de reforma del Código civil [46] y de otros textos legales concordantes, tales como las Compilaciones de Derecho civil especiales o forales de determinados territorios españoles, entre otros.

Es de destacar que la instauración de este principio constitucional quebró el contenido de instituciones secularmente tradicionales en España, tales como la atribución de la jefatura de la familia, de la gestión económica, y de la patria potestad al marido, y la atribución de la vecindad civil y de la nacionalidad de la mujer según la correspondiente del marido, todas ellas establecidas para preservar la unidad de la familia. Sin embargo, se ha de señalar que tal unidad en la realidad social no se ha resquebrajado después de la reforma aplicada.

Así pues, el artículo 32 de la Constitución no define el matrimonio, como tampoco el artículo 39 de la misma define la familia. Ninguno de los dos señala cuál es el concepto de matrimonio o de familia que se acoge en nuestra Constitución.

Por su parte, el Código civil tampoco establece un concepto de matrimonio ni de familia [47]. Sin embargo, en la reforma del mismo que se realizó por Ley 30/1981, de 7 de julio, determinada por los nuevos principios establecidos en la Constitución, los artículos 44 y 66 recogieron en su redacción lo dispuesto por el artículo 32 de la misma, al establecer el primero que «El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código», y el segundo que «El marido y la mujer son iguales en derechos y en deberes».

---

[46] Así, señalando las más relevantes, la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio; la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica el matrimonio en el Código civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio; la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código civil en materia de tutela; la Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo; la Ley 18/1990, de 17 de diciembre, sobre reforma del Código civil en materia de nacionalidad, reformada posteriormente por Leyes de 29/1995, de 2 de noviembre, y de 36/2002, de 8 de octubre; y la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

[47] Así se señala expresamente en la obra de CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral, T V, Derecho de familia, Vol. I, Relaciones conyugales,* 12ª ed., puesta al día por G. GARCÍA CANTERO y J.Mª. CASTÁN VÁZQUEZ, Madrid, 1994, pág.125; DÍEZ-PICAZO, L., GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho civil, Vol IV, Derecho de Familia. Derecho de sucesiones,* 9ª ed., Madrid, 2004, pág. 31; en la obra colectiva de J.L. LACRUZ BERDEJO, F.de A. SANCHO REBULLIDA, A. LUNA SERRANO, J. DELGADO ECHEVARRÍA, F. RIVERO HERNÁNDEZ y J. RAMS ALBESA, *Elementos de Derecho civil, T. IV, Familia,* 2002, págs. 1, y POUS DE LA FLOR, Mª P., *La institución familiar en las pareja de del mismo sexo,* «Diario La Ley», núm. 6276, 17 junio 2005, pág. 4.

El único texto en nuestro ordenamiento jurídico en el que se define el matrimonio es en la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de familia, del Parlamento de Cataluña, en cuyo artículo 1 se establece: «1. El matrimonio es una institución que da lugar a un vínculo jurídico, que origina una comunidad de vida en la que marido y mujer deben respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia. Los cónyuges deben guardarse fidelidad y prestarse socorro mutuo.- 2. El marido y la mujer tienen en el matrimonio los mismos derechos y deberes».

No obstante, en diversos artículos del Código civil, así como en otros de las Compilaciones de Derecho civil foral, y en otros textos legales concordantes, se alude a la existencia en el matrimonio del hombre y de la mujer.

En el ámbito civil, el concepto de matrimonio diseñado por la doctrina científica ha sido el de una unión estable entre hombre y mujer dirigida y ordenada al establecimiento de una plena comunidad de vida [48], lo que determina que uno de los requisitos para contraer matrimonio sea la heterosexualidad [49].

---

[48] Así lo han definido todos nuestros civilistas, entre ellos, y por todos, véanse ALBADALEJO GARCÍA, M., *Curso de Derecho civil, T. IV, Derecho de familia*, 8ª ed., Barcelona, 1997, pág. 31; BLANCO PÉREZ-RUBIO, L., *Parejas no casadas y pensión de viudedad*, Madrd, 1992, pág. 108; CALVO HIJIDE, A. A., *El principio de igualdad, la unión homosexual y la adopción*, «El Derecho», EDB/2005/149101; CAMARERO SUÁREZ, V., *Consideraciones sobre la convivencia homosexual en el Derecho español y comparado*, en «Estudios en homenaje al Prof. Martínez Valls», vol. II, Universidad de Alicante, 1999, reiterando su postura en *El Derecho a contraer matrimonio en la reforma actual*, en «Actualidad jurídica Aranzadi», núm. 707, 2006, BIB2006/763; CASTÁN TOBEÑAS, *ob. cit.*, pág.125; DÍEZ-PICAZO, GULLÓN BALLESTEROS, *ob. cit.*, pág. 62; ESPÍN CÁNOVAS, *ob. cit.*, pág. 456; LACRUZ BERDEJO y otros, *ob. cit.*, pág. 40; LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., *La reforma del sistema matrimonial español*, Valencia, 1995, y *Competencia del Estado sobre relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio*, en «Boletín Informativo del Ministerio de Justicia», núm. 1883, 15 de diciembre de 2000, pág. 4006; LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho civil, T.VI, Derecho de familia*, 3ª ed., Madrid, 2002, págs. 21-22; NAVARRO VALLS, R. *El reconocimiento del matrimonio canónico ante el Derecho del Estado*, en la obra colectiva «Escritos en honor a J.Hervada Ius Canonicum», Pamplona, 1999, págs. 1125-1126; PEÑA BERNARDO DE QUIRÓS, M., *Derecho de familia, Madrid*, 1989, pág. 31; ROCA I TRÍAS, *ob. cit.*, pág. 42; VEGA GUTIÉRREZ, A., *Fundar una familia en el tercer milenio: nuevos retos y perspectivas para el milenio*, en «Estudios jurídicos en homenaje a Vidal Guitarte», Valencia, 2002, págs. 897-903; y ZARRALUQUI, L., *La unión paramatrimonial y la vivienda familiar*, en «Revista General de Derecho» 1993, pág. 4243.

[49] A ella se refieren explícitamente como una nota esencial dentro del matrimonio, BELLVER CAPELLA, V., *La heterosexualidad como principio calificador del matrimonio*, en «Cuadernos de Bioética», 1997 (4º), págs. 1368-1384; CASTÁN TOBEÑAS, *ob. cit.*, págs. 125-126; DÍEZ-PICAZO, GULLÓN BALLESTEROS, *lug. últm. cit.;* GARCÍA CANTERO, G., *La crisis de la sexualidad y su reflejo en el Derecho de familia*, en «Estudios de Derecho civil en homenaje al Prof. Dr. José Luis Lacruz Berdejo», Vol. I, 1992, pág, 348; LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., *Estudio crítico de la reforma del Código civil por la que se autoriza el matrimonio entre las personas de igual sexo*,

Esta definición, con la alusión al requisito de la heterosexualidad, responde al modelo tradicional de matrimonio, el matrimonio canónico, basado en una concepción cristiana del mismo, imperante en nuestro Derecho prácticamente hasta la reforma del Código civil en 1981. Esto, unido a que la homosexualidad fue perseguida en España hasta 1978, determina que, hasta hace muy poco tiempo [50], el matrimonio sólo pudiera ser solicitado por parejas heterosexuales, pero no homosexuales, ya que ni siquiera era posible pensar en la existencia de dichas parejas.

Esta postura fue subrayada posteriormente por las citadas Resolución de la Dirección General de Registros y Notariados de 21 de enero de 1988 y Auto del Tribunal Constitucional 222/1994, de 11 de julio, que no hicieron más que recoger lo que era interpretación generalizada en nuestra doctrina.

Mas cuando se plantea en nuestro país la posibilidad de contraer matrimonio las parejas del mismo sexo, surgen **posiciones distintas.**

La postura dominante y extensamente defendida, como se acaba de observar, ha sido la de que no es constitucional la admisión del matrimonio entre parejas del mismo sexo, pues así lo avala la citada interpretación del artículo 32, 1, de la Constitución Española, los artículos 44 y 66, y concordantes, del Código civil, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, los pronunciamientos de la Dirección General de

---

«Revista jurídica del notariado», núm. 56, 2005, págs. 18-19; LASARTE ÁLVAREZ, *lug. últm. cit.;* MARTÍNEZ CALCERRADA, L., *La homosexualidad y el matrimonio. La nueva Ley 13/2005, de 1 de julio (BOE de 2 de julio de 2005), cit.,* y en *La homosexualidad y el matrimonio,* Madrid, 2005, págs. 267; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *ob. cit.*, pág. 51; PINTÓ RUÍZ, J.J., *La reforma del Código civil, la admisión de matrimonios homosexuales y efectos reflejos en el ordenamiento jurídico*, «Anales de la Real Academia de jurisprudencia y legislación», 2006 (36), págs. 563 y sigs.; RAMOS CHAPARRO, *Objeciones jurídico-civiles a las reformas del matrimonio,* «Actualidad civil», núm. 10, mayo de 2005, págs. 1171-1173, quien afirma rotundamente la necesidad del requisito de la heterosexualidad en el matrimonio y que solo una reforma constitucional sería la única vía posible para introducir el matrimonio gay en el Derecho civil español; SALVADOR CODERCH, P., en *Comentario al artículo 44 del Código civil,* en «Comentario del Código civil», T.I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 262; y SERRANO RUIZ-CALDERÓN, J.M., *La desaparición legal del matrimonio como figura recognoscible en el Derecho español,* en «Matrimonio y adopción por parejas del mismo sexo», cit., págs. 379-383, estima que si bien la Constitución no define lo que es el matrimonio, «si acoge una imagen maestra de la institución, a la que, en consecuencia, otorga una garantía de la institución»

[50] Recuérdese que la primera solicitud de matrimonio por pareja del mismo sexo se produjo en 1988.

Registros y Notariados, y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos [51].

Una segunda postura defiende la idea de que es posible, desde el punto de vista constitucional, el matrimonio entre parejas del mismo sexo en base a dos argumentos principales. Por un lado, a que la negativa de esta posibilidad supondría una discriminación para las personas homosexuales por razón de su orientación sexual respecto de las personas heterosexuales. Y por otro lado, a que el artículo 32, 1, se podría interpretar en el sentido de que establece un derecho individual del hombre y de la mujer a casarse, sin una específica referencia a hacerlo con una persona de diferente sexo [52].

Por último, una tercera postura entendería que la Constitución no impone el matrimonio entre parejas del mismo sexo, pero tampoco lo prohíbe, de manera que cabría extender legítimamente el derecho de estas parejas a un régimen jurídico equiparable al del matrimonio, si el legislador lo considera oportuno o si existiese una clara demanda social, aunque en este caso se trataría de establecer el reconocimiento jurídico de la unión homosexual sobre presupuestos distintos del derecho a contraer matrimonio. Esto supondría crear una figura paralela al matrimonio, lo que exigiría una categoría distinta y un nombre distinto, a la que

---

[51] Véase la bibliografía citada en las dos notas anteriores. En este sentido se manifiesta también CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., *¿Es constitucional hoy el matrimonio «homosexual» (entre personas de idéntico sexo)?,* «Revista de Derecho Privado», marzo-abril, 2005, págs. 44-45, y PINTÓ RUÍZ, J.J., *La reforma del Código civil…, cit.,* pág. 568, en la que mantiene también la inconstitucionalidad de la ley.

[52] Esta interpretación se defiende por CARRIÓN OLMOS, S., *Reflexiones de urgencia en torno a las Leyes 13 y 15/2005 por las que se modifica el Código civil en materia de separación y divorcio y derecho a contraer matrimonio,* «Diario La Ley», martes 19 de julio de 2005, pág. 3;DE AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, C., *Argumentos a favor de la posible constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo,* «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», julio-septiembre 2005, págs.351-368; GGAVIDIA, J., *Uniones homosexuales y concepto constitucional,* en «Revista de Derecho constitucional», núm. 61, enero-abril 2001, pág. 46 y en *Matrimonio y uniones libres: el matrimonio homosexual (Consideraciones de política legislativa), en* «Revista jurídica La Ley», 2001; GÓMEZ, Y., *Familia y matrimonio en la Constitución Española de 1978,* Madrid, 1990, págs. 244-246; GONZÁLEZ BEILFUS, C., *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en Europa,* Madrid, 2004, págs 128-129; MURILLOMMUÑOZ, *Matrimonio y homosexualidad, cit.,* pág. 261-315; PÉREZ CÁNOVAS, *ob. cit.,* págs. 118-132; SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M.O., *CONSTITUCIÓN Y PAREJAS DE HECHO. EL MATRIMONIO Y LA PLURALIDAD DE estructuras familiares,* en «Revista Española de Derecho Constitucional», año 20, núm. 58, enero-abril 2000, pág. 65, y VALLADARES RASCÓN, E., *El Derecho a contraer matrimonio y la Constitución,* Comentarios de Aranzadi, BIB, 2005, 1388.

no habría inconveniente en conceder algunos o todos los efectos del matrimonio [53].

A la vista de lo expuesto anteriormente se observa que el argumento fundamental para rechazar el matrimonio de parejas del mismo sexo es que la heterosexualidad es uno de los elementos esenciales del matrimonio en nuestro ordenamiento jurídico, por razones histórico-tradicionales, dado que no existe ninguna norma que avale su exigencia de manera expresa [54].

[53] Postura defendida por TALAVERA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, págs. 228-231, y en *La institucionalización de las uniones homosexuales en España*, en «Revista jurídica La Ley», 2001, tesis que considera compatible con los argumentos esgrimidos por la jurisprudencia española y europea relativa a la defensa de la heterosexualidad como requisito esencial del matrimonio. Y añade que «si bien no puede afirmarse que no existe un derecho constitucional al matrimonio homosexual, sí puede hablarse de un derecho a no ser discriminado por razón del sexo en el acceso a un determinado régimen jurídico». En el mismo sentido, CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., *¿Es constitucional hoy el matrimonio «homosexual» (entre personas de idéntico sexo)?, cit.*, págs. 51-52. GARCÍA RUBIO, Mª P., *La «modificación» del Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio,* «Diario La Ley», núm. 6359, 15 de noviembre de 2005; REY MARTÍNEZ, *ob. cit.*,págs. 141 y sigs., aduce las siguientes razones para no admitir el matrimonio entre personas del mismo sexo: la dicción del art. 32 de la CE, que se refiere únicamente a hombre y mujer; el derecho europeo que no realiza una interpretación expresa del concepto de matrimonio en aquel sentido; la jurisprudencia del TS y del TC sobre el distinto trato jurídico de las uniones de hecho y del matrimonio; el derecho comparado, pues muy pocos Estados admiten dicho matrimonio, y los que lo admiten no lo equiparan absolutamente al matrimonio heterosexual; la dudosa atribución de la adopción a las parejas del mismo sexo, y la característica de la heterosexualidad como un requisito histórico del matrimonio; sin embargo estima que en virtud del principio de igualdad y no discriminación es necesario conceder una regulación de las uniones homosexuales extendiéndoles los derechos y obligaciones de los matrimonios heterosexuales, excepto aquellos en que concurran razones, como la adopción, que justifiquen un trato diferenciado. En parecido sentido, HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C., *Cambio revolucionario en una institución milenaria: del matrimonio heterosexual al matrimonio homosexual,* «Diario la Ley», núm. 6510, 22 de junio de 2006, quien señala: «En mi opinión, la solución más acertada y menos conflictiva hubiera sido la aprobación por las Cortes Generales de una Ley estatal sobre uniones de parejas estables homosexuales, con efectos análogos aunque no idénticos a los del matrimonio y excluida la adopción, ya que sobre este extremo las opiniones son contradictorias. Se alcanzaría de esta manera una cuasi equiparación con los efectos reconocidos al matrimonio heterosexual que previsiblemente hubiera facilitado una razonable solución, aceptable por todos los grupos parlamentarios. Las diferencias entre la uniones estables y el matrimonio serían, por consiguiente, mínimas y, en todo caso, de poca monta. Sobre todo teniendo en cuenta que las uniones estables reguladas jurídicamente también han de carecer de impedimentos, reunir determinados requisitos para poder constituirse y han de cumplir asimismo pequeñas formalidades para su ruptura». Esta posición es la que se ha defendido en el Dictamen del Consejo de Estado, en el Estudio del Consejo General del Poder Judicial, y en el Informe de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia; asimismo, es la opción planteada por algunos Grupos Parlamentarios (singularmente, por el Grupo Popular, Convergencia y Unió y Grupo Parlamentario Vasco).

[54] Véase la visión crítica de los distintos argumentos distintos esgrimidos en las posturas expuestas en CALVO GONZÁLEZ, J., *Ley 13/2005 sobre modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. Reforma matrimonial, Adopción y Sociedad,* «Actualidad Jurídica Aranzadi», núm. 686/2005, BIB 2005/1965.

Sin embargo, la cuestión que nos planteamos, con independencia de la fundamentación historicista, es si en la realidad jurídico-social actual ese elemento puede cambiar, tal como han cambiado las últimas reformas del Código civil otros principios definitorios de instituciones fundamentales del Derecho de familia.

Para ello, sería conveniente realizar algunas consideraciones.

Aún partiendo de la idea de que el matrimonio se basa en una unión heterosexual, cabe recordar, sin embargo, que el contenido de su régimen jurídico ha ido variando notablemente.

Dicho cambio se produce ya en la propia Constitución, pues en ella se desvinculan matrimonio y familia, cuando ambas instituciones tradicionalmente han ido unidas. El matrimonio ya no se considera el único vínculo que da lugar a la familia, puesto que el artículo 39 de la misma establece la protección integral tanto a las familias basadas en el vínculo matrimonial como en el extramatrimonial, aunque el matrimonio dé siempre lugar al nacimiento de una familia [55].

En el ámbito civil, el concepto de familia estaba basado también en un concepto tradicional que nacía del matrimonio, de manera que la familia era el núcleo social primario integrado por los vínculos sociales más fuertes (el conyugal, el de filiación y el de parentesco) derivados del vínculo matrimonial. Aunque tampoco el concepto de familia matrimonial ha respondido siempre a la misma estructura y contenido [56], y prueba de ello en

[55] Así, ALZAGA VILLAAMIL, *ob. cit.*, pág. 206; BALAGUER CALLEJÓN, F., (Coord.), *Derecho constitucional, vol. II*, Madrid, pág. 112.

[56] Véase el ilustrativo artículo de KOWALEWSKI, M., SAY, E., *La familia y las uniones homosexuales*, en la Revista «Claves de razón práctica», mayo de 2004, núm. 142, págs. 32-39, donde delinean a grandes rasgos la evolución histórica de la ideología de la familia y de los cambios en la estructura familiar a lo largo del tiempo, y así señalan que el modelo de familia tradicional «no es, sin embargo, tan tradicional como se pretende hacer ver. Es más bien una construcción de carácter político-social y religiosa que tuvo su proceso de desarrollo a lo largo de siglos en el mundo occidental y cuyo objeto es, en gran medida, el mantenimiento del *status quo*, es decir, de un determinado orden social» (pág. 32), y refiriéndose a la familia en el mundo antiguo señalan que «aunque la familia era un elemento central en la sociedad griega, no era relevante como fuente de sentimientos amorosos y de satisfacción mutua» (pág. 33), y más adelante, refiriéndose al concepto de familia en San Agustín, observan que «la función de la familia no es satisfacer las necesidades del individuo, sino las de la sociedad» (pág. 34), y que en la Edad Media lo que realmente adquiere importancia es la idea de transmisión y línea de descendencia, conceptos que tenían una función política, pasando en el siglo XVIII en la norma e ideal cristiano, lo que ha llegado hasta nuestros días; véase también, por todos, la obra de FOSAR BENLLOCH, E., *Estudios de Derecho de Familia*, Barcelona, 1981-1985, que ilustra la evolución del Derecho de familia en nuestro país.

nuestro país es la reforma antes aludida de todo el Derecho de familia después de la publicación de la Constitución Española.

Por ello, algún insigne civilista ha señalado que no se puede hablar de la familia como una institución universal y única sino de «familias» en plural para designar modelos con arreglo a los cuales los grupos humanos se han organizado históricamente; la familia comprende una determinada manera de organización de grupos sociales reducidos que implica unas determinadas pautas de comportamiento, creencias y tradiciones, de manera que sólo a través de las ideas vigentes en cada momento histórico y de las necesidades económicas puede definirse lo que hay que entender por familia en cada momento de su evolución [57].

En este sentido, aunque algunos autores defienden la idea de que la familia que se acoge en la Constitución es el tipo de familia histórico, otros entienden que no hay un concepto constitucional de familia, y que lo que existe es un concepto prejurídico de familia, de manera que la ley regula los distintos aspectos de la familia partiendo de un preconcepto social, pues en la Constitución se plasma un sistema basado en un concepto cultural, abierto y plural, adaptable a las necesidades sociales del momento concreto, de lo que en cada momento sea familia [58].

---

[57] Así lo afirman expresamente DÍEZ-PICAZO, GULLÓN BALLESTEROS, *ob. cit.*, pág. 32.

[58] Afirmación de ROCA I TRÍAS, en la obra colectiva *Derecho de familia*, 2ª ed., Valencia, 1995, pág. 23. En sentido similar, DÍEZ-PICAZO, *ob. cit.*, pag. 40, estimaba ya en el año 1984 que no parecía que en ese momento pudiera pretenderse «dar vigor o cohesión a determinados tipos o modelos familiares tradicionales y menos aún hacerlo por razones o motivos de índole social», pues «no podemos olvidar que es también un principio constitucional el libre desarrollo de la personalidad del individuo y que los individuos son iguales ante la ley sin discriminación». Por ello concluía señalando que las directrices que debían presidir una ordenación jurídico familiar en el futuro inmediato, según su parecer, son «el pluralismo, que significa el destierro de la unidad de modelo, y la libre posibilidad de adopción por cada individuo o conjunto de individuos del modelo a que ajustar su propia convivencia y la privatización en el sentido de que la familia no es un cuerpo político o cuasi-político, sino un asunto estrictamente privado de sus miembros, cuya relevancia en el orden social o político-social debe tender cada vez más a desaparecer». Así se manifiestan también, KOWALEWSKI, M., SAY, E., *La familia y las uniones homosexuales*, en la Revista «Claves de razón práctica», *cit.*, núm. 142, págs. 32-39, Sin embargo, otros autores ponen de manifiesto que en las nuevas perspectivas del derecho de familia existen perplejidades y paradojas, que en muchas ocasiones han dado lugar a una regulación incoherente de las nuevas situaciones surgidas; así, MARTÍNEZ AGUIRRE, C., *Nuevas perspectivas sobre el derecho de familia: perplejidades, claves y paradojas*, en «Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo», cit., págs. 481-490, donde pone de relieve algunas de estas incoherencia, como en el caso de las edades del menor para contraer matrimonio, acceder a la reproducción asistida o dar su consentimiento a las relaciones sexuales. Véase los argumentos a favor y en contra de admitir a las parejas del mismo sexo como núcleo familiar en POUS DE LA FLOR, *ob. cit.* págs. 7-11.

Efectivamente, nuestra Constitución no ha definido lo que es la familia, pero ha dado protección a los distintos modelos de familia que existen en nuestra realidad social [59].

[59] Los modelos de familia que se dan actualmente en nuestra realidad social son muy variados. Resulta muy gráfico el artículo del periódico EL PAÍS titulado *Familias de la tercera vía*, de fecha 17 de febrero de 2002, suplemento, págs. 1-3, donde, a propósito de la publicación de las leyes de parejas de hecho, se exponen las distintas situaciones de convivencia familiares que proliferan en la actualidad; también los artículos posteriores en donde gráficamente se observa la evolución social de la familia, *La revolución familiar,* EL PAÍS SEMANAL, núm. 1515, domingo 9 de octubre de 2005, págs. 48-60, y *Álbum de familias. La familia española, en singular, ha pasado a mejor vida. Se acabó la uniformidad. Lo plural y la mezcla se imponen,* EL PAÍS SEMANAL, núm. 1610, domingo 5 de agosto de 2007, págs. 22-36. Recoge también distintos tipos de familia OLTRA JARQUE, M., *Cambios legislativos. Situación actual y repercusión en las nuevas formas de familia, cit.*, págs. 3-4, en el que señala que, según una encuesta elaborada por el Instituto Nacional de Estadística entre 1991 y 2001, los hogares unipersonales se habían incrementado en un 81,9 % y la familia tradicional había descendido en un 41,7%, considerando que son muchos los factores que inciden sobre estos cambios sociales (economía, aumento de renta, cotas de bienestar, emancipación de nuestros mayores, cambio de cultura colectiva, europeización de las costumbres, estado de derecho, libertades públicas, mayor esperanza de vida, entre otros). Por otra parte, cabe recordar que en el año 1978 existía un problemática clara de parejas que lo eran de hecho no por voluntad propia sino porque no habían podido acceder al matrimonio dada la pervivencia del vínculo matrimonial en los casos de separación judicial por no haber causa de nulidad, y que claramente se contemplaban en la Disposición adicional décima de la Ley 30/1981, de 7 de julio, en la que se reconocía, con carácter provisional, a quienes no habían podido contraer matrimonio por impedírselo la legislación vigente, pero hubieran convivido como tal hasta el fallecimiento de uno de ellos con anterioridad a la vigencia de la ley, el derecho a los beneficios de la Seguridad Social. Por otra parte, la sentencia del Tribunal Constitucional 222/1992, de 11 de diciembre, señalaba que la Constitución no identifica la familia que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio. Cabe observar en el ámbito internacional que el concepto de familia no es pacífico, lo que se puso de relieve, especialmente y entre otras, en la III y la IV Conferencia Mundial sobre las mujeres celebradas en 1985 en Nairobi y en Pekín en 1995 respectivamente, en donde se afirma que en distintos sistemas hay distintos tipos de familia; véase la exposición acerca de la postura en las reuniones internacionales sobre la familia y la mujer en DURÁN LALAGUNA, P., *Nuevas formas del Derecho de familia. Una lectura desde Naciones Unidas, en «Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo», cit.*, págs. 521-535, donde señala aquellas cuestiones en las que hubo consenso, como la consideración de la familia como unidad básica de la sociedad, y aquéllas en que no lo hubo, como la propia definición de familia, debido, entre otros factores, a la diversidad cultural; en relación con el trabajo realizado por Naciones Unidas señala que «Naciones Unidas ha utilizado la clasificación de cuatro tipos de hogar: unipersonal, nuclear, extenso y compuesto, asumiendo que el termino familia se refiere a la familia nuclear que incluye a parejas con y sin hijos y también a padres y madres solos con hijos, sin hacer referencia expresa a las parejas homosexuales.- Aunque los argumentos del último informe tienen una finalidad estadística, plantean un problema importante que es la definición de lo que se considere familia. No hay consenso entre los Estados miembros, lo que significa que los textos de Naciones Unidas deberán interpretarse siempre sobre la base de la familia como elemento esencial de la sociedad, considerando que en cada Estado la legislación interna marcara la pauta de lo que sea la familia y los criterios para su protección política y legal».

Es cierto que el concepto social del matrimonio que imperaba todavía antes de las reformas del mismo por las leyes 11 y 30 de 1981 era el del matrimonio tradicional entre hombre y mujer, tributario del concepto de matrimonio canónico, que en ese momento histórico era matrimonio de carácter oficial, en un estado confesional (antiguo art. 42 del C.c.) [60], el cual pervivía junto al matrimonio civil, al que sólo podían acceder los no católicos. Sin embargo, después de la Constitución y de las subsiguientes reformas del Código civil, el matrimonio que se establece en éste actualmente es el matrimonio civil (arts. 49, 63, 65 del C.c. y 16 de la CE) desligado de la concepción canónica del mismo [61].

Por otra parte, nuestro Código civil ha realizado una regulación de las relaciones de filiación y paterno-filiales teniendo en cuenta la diversidad de su origen en atención a la protección que a los diversos modelos de familia realiza la Constitución, que si ya en el año 1981 eran variados, en la actualidad lo son mucho más. Así, se pueden citar algunas situaciones de convivencia familiar que se dan en nuestra realidad social al lado de la familia nuclear, matrimonial o extramatrimonial, tales como las siguientes: las familias monoparentales, formadas por madre soltera e hijo, o padre soltero e hijo, bien naturales o adoptados o fruto de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida; las familias monoparentales por ser fruto de separación, nulidad o disolución del matrimonio; las familias matrimoniales o extramatrimoniales, cuyas parejas conviven con hijos comunes e hijos no comunes de uno de los dos integrantes de la misma; las familias formadas por madres lesbianas con hijos biológicos o adoptados que comparten convivencia con su pareja; las familias formadas por padres homosexuales con hijos adoptados o biológicos de anterior relación heterosexual que comparten convivencia con su pareja homosexual, y otras análogas.

---

[60] En España el sistema de matrimonio religioso como forma única se introduce por la Real Cédula de 12 de julio de 1564 de Felipe II y se mantiene hasta la Revolución de 1868, producto de la cual fue la Constitución de 1869, donde se establece el principio de libertad de cultos, y, como consecuencia, se establece por primera vez en España el matrimonio civil obligatorio, claramente inspirado su régimen jurídico por el Derecho Canónico en cuanto a impedimentos e indisolubilidad, aunque aquel matrimonio fue derogado posteriormente por desuso de los ciudadanos. Por otra parte, en cuanto al significado del concepto de matrimonio, recuerda CALVO GONZÁLEZ, *ob. cit.*, que «el matrimonio es jurídicamente una expresión plurívoca», y señala el hecho de que también se denomina matrimonio al contraído por un hombre con varias mujeres.

[61] Nuestro país se configura actualmente como un estado aconfesional, aún respetando la libertad religiosa de los individuos. Por lo que nuestro Código civil admite varias formas de matrimonio, la civil, la canónica y otras formas religiosas, pero un único régimen jurídico-matrimonial (arts. 49, 59 y 60 en relación con los arts. 63 y 65 del Cc).

A la vista de esta diversidad de relaciones familiares fundadas en relaciones de pareja de muy variada índole, y a solicitud de estas parejas, con el fin de proporcionar cobertura jurídica a las mismas, se han ido publicando las leyes autonómicas de parejas o uniones estables a las que se ha hecho alusión anteriormente, y en las cuales se establece una regulación jurídica tanto para las parejas heterosexuales como para las parejas homosexuales. Este proceso ha concluido con la presentación del citado *Proyecto de Ley de igualdad jurídica para las uniones de hecho.* Como se ha indicado, en tal Proyecto se establece la equiparación jurídica entre las uniones de hecho, con independencia de la orientación sexual de sus componentes, y las matrimoniales [62], equiparación jurídica en todos los órdenes, a nivel privado y a nivel público, con reconocimiento de derechos sucesorios y legitimarios para los convivientes, de adopción, derechos laborales y sociales, asistencia sanitaria, derechos de la función pública, y tributarios, *con independencia de la orientación sexual de los convivientes.*

Si se aprueba esta ley, la pareja de hecho homosexual queda equiparada a la pareja de hecho heterosexual. Y ambas a la pareja matrimonial.

La conclusión de todo lo antedicho es que nuestra sociedad está diseñando un concepto de pareja distinto del recogido hasta ahora en nuestra doctrina y jurisprudencia. Y que nuestro legislador actual ha querido recoger ese concepto en el ordenamiento jurídico [63].

---

[62] No obstante, y en relación a la equiparación de las parejas de hecho con las parejas matrimoniales, DÍEZ-PICAZO, GULLÓN BALLESTEROSde esta pretensión en el principio de igualdad del art. 14 y en el libre desarrollo de la personalidad del art. 10,1, de la CE, no se puede aducir, pues, por un lado, no hay igualdad de supuestos de hecho entre el matrimonio y las demás uniones de pareja de hecho, y, por otro, que el derecho al libre desarrollo de la personalidad es un precepto constitucional que sólo sirve de barrera a un legislador que pusiera trabas a ese libre desarrollo, ya que es cosa bien distinta «institucionalizar uniones que, en la medida en que tratan de dar cauce a aspiraciones individuales, pertenecen más bien al terreno de la privacidad y la libertad individual».

[63] Así, observa PÉREZ Cánovas, N., *El matrimonio homosexual*, «Actualidad civil», núm. 20, 2005, págs. 2441-2442, que es una ley oportuna y justa que ha hecho evolucionar el ordenamiento jurídico para adaptarlo a la realidad social. En el mismo sentido estima CALVO GONZÁLEZ, *ob.cit.*, que «Ahora nos encontramos en una arquitectura jurídico-social profundamente renovada. De un estado social donde las relaciones jurídicas se traducían en relaciones de familias, hemos venido en lenta pero indetenible evolución a un régimen transformado en el que las relaciones de Derecho surgen de la voluntad socialmente libre de los individuos. La estructura de asociación de individuos ha ido sustituyendo cada vez más a la sociedad familiar como unidad del Derecho civil. Una transformación ostensible y cumplida en el ámbito del derecho de obligaciones y de la contratación con el paso del status al contrato. En la arquitectura jurídico-política el efecto de la transformación es aún más patente; muy atrás quedó el primitivo modelo de

Dado que los conceptos insitos en nuestra Constitución y en nuestro Código civil, según un sector de la doctrina y de la jurisprudencia, son conceptos prejurídicos, conceptos presociales, que se basan en lo que ha entendido la sociedad hasta el momento que eran matrimonio y familia, parece que nada impide al legislador recoger estos otros conceptos que ya están presentes no sólo en nuestra sociedad sino también en otras leyes que integran nuestro ordenamiento jurídico.

Admitiendo esto, se produciría efectivamente una quiebra del requisito básico de heterosexualidad que rige el matrimonio. Pero la ruptura de principios tradicionales del Derecho de familia no es nueva. En nuestro ordenamiento jurídico el legislador ha hecho desaparecer principios seculares que imperaban en nuestro sistema familiar. Así, se ha suprimido el principio de jefatura del *pater familiae* tanto en la relación conyugal como en las relaciones paterno-filiales; se ha quebrado el vínculo biológico que une a padres e hijos al permitir que figuren como hijos del marido o del conviviente hijos que biológicamente lo son de otro hombre; y se ha roto el natural vínculo de la maternidad al considerar madre del hijo nacido a la madre de alquiler cuando biológicamente resulta ser de otra mujer.

De otro lado, se ha argumentado que no se puede extender el matrimonio a personas del mismo sexo en base a una interpretación literal, en relación con el contexto y los antecedentes históricos y legislativos del artículo 32 de la Constitución, criterios de interpretación de las normas que aparecen recogidos en el artículo 3, 1, del Código civil. Argumento correcto que ha servido de fundamentación a la definición tradicional del matrimonio [64]. Sin

organizaciones familiares, en cuya superación se explica la aparición de Estado-ciudad, y más adelante del Estado feudal, del Estado nacional moderno y del Estado federación al próximo si no ya contemporáneo. Y lo propio debería suceder, y sucederá, con la adopción, que ya desde sus mismos orígenes proyectaba antropo-jurídicamente la tendencia a desbordar los límites de la familia». Así también lo considera POUS DE LA FLOR, *ob. cit.*, págs. 5-11.

[64] En parecido sentido se manifiesta SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M. O., *Constitución y parejas de hecho. El matrimonio y la pluralidad de estructuras familiares*, en «Revista Española de Derecho Constitucional», año 20, núm. 58, enero-abril 2000, pág. 65, nota 52. Como se ha indicado, no se discute que en el momento de la publicación de la Constitución de 1978, el legislador estaba pensando en el matrimonio heterosexual. A lo lago de la tramitación parlamentaria de la misma sólo se presentó una enmienda por XIRINACS DAMIANS al artículo 32 que proponía una redacción alternativa al mismo en los siguientes términos: «Toda persona tiene derecho al desarrollo de su afectividad y de su sexualidad, a contraer matrimonio, a crear relaciones estables de familia en libertad, en plena igualdad de derechos y deberes…», que no prosperó por 142 votos en contra, 2 a favor y 24 abstenciones. Sin embargo, se utilizó una fórmula abierta y escueta en relación al derecho del matrimonio. Piénsese que en esos momentos históricos se consideraba aún a los homosexuales y transexuales como sujetos peligrosos para la sociedad y todavía no se había desarrollado en los organismos internacionales todas las disposiciones a favor de la no discriminación por razón de orientación sexual.

embargo, la interpretación literal en el artículo 32 es difícil de aplicar, pues el artículo no dice que el matrimonio lo contraigan el hombre y la mujer entre sí, aunque lo presuponga, sino que, como ya se ha indicado, sólo establece el derecho a contraer matrimonio y el principio de igualdad jurídica de los cónyuges en la relación jurídica conyugal [65], lo que se puede hacer extensivo al contenido de los artículos 44 y 66 del Código civil. Ahora bien, en el momento de la publicación de la Constitución y hasta recientemente, como se ha señalado, el concepto de matrimonio se fundamentaba en un concepto tradicional desde el punto de vista histórico y legislativo, criterios de interpretación que también se recogen en el artículo 3,1, del Código civil, y que resultan plenamente válidos para apoyar un concepto tradicional de matrimonio en el momento de publicarse la Constitución. Sin embargo, hay que tener en cuenta que en el artículo 3,1, hay otro criterio de interpretación no mencionado, y es que las normas se interpretarán según *la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas.* Ya se ha dejado claro cuál es la realidad social de nuestro tiempo, y cuál es el contexto legislativo que existe en la actualidad [66].

También se ha señalado que la unión de personas del mismo sexo no merece la cobertura jurídica de la institución matrimonial puesto que no cumplen una función social ya que se trata de uniones estériles [67]. Cabe recordar que la procreación ya no es una finalidad jurídica del matrimonio [68]. Éste se configura en el Código civil como una comunidad de vida, hasta ahora entre hombre y mujer, de ayuda y socorro mutuo (arts. 67 a 69 del C.c.), desligada de la procreación. De hecho, las relaciones de filiación y el contenido de la patria potestad se regulan con independencia del matrimonio, porque de suyo pueden existir sin el vínculo jurídico conyugal. Así, en nuestro ordenamiento se reconocen distintos tipos de filiación, la filiación natural, matrimonial o extramatrimonial, la adoptiva (art. 108

[65] Señalan que este precepto da lugar a interpretaciones diversas, aunque estiman que nuestro ordenamiento jurídico no admite el matrimonio homosexual, ALBADALEJO GARCÍA, M., *Derecho civil IV,* Barcelona, 1994, pág. 38, y DE VERDA Y BEAMONDE, *Principio de libre desarrollo de la personalidad, cit.*, pág. 720.

[66] MURILLO MUÑOZ, *Matrimonio y homosexualidad, cit.*, pág. 309.

[67] Insiste en esta desigualdad entre el matrimonio heterosexual y homosexual, PINTÓ RUÍZ, *ob. cit.*, págs. 575-576.

[68] Así lo señalan explícitamente CARRIÓN OLMOS, *Reflexiones de urgencia en torno a las Leyes 13 y 15/2005 por las que se modifica el Código civil en materia de separación y divorcio y derecho a contraer matrimonio, cit.*, pág. 3; SÁNCHEZ MARTÍNEZ, *ob. cit.*, págs. 64 y 68; VALLADARES RASCÓN, *El Derecho a contraer matrimonio y la Constitución, cit.*, 1388.

del C.c.) y la derivada de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida (art. 7 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana asistida) [69]. En nuestro ordenamiento jurídico, pues, resulta válido cualquier matrimonio aunque no se deriven de él hijos, bien por esterilidad bien por voluntad propia de los cónyuges.

Se ha argumentado que la unión de personas del mismo sexo no debe ser amparada por la institucional matrimonial en base a la existencia de una relación de afectividad análoga a la del matrimonio, porque la afectividad no es esencial a la institución matrimonial [70]. El argumento es cierto. Como se acaba de señalar, el matrimonio es un acuerdo de dos personas, hasta ahora hombre y mujer, que se comprometen en una comunidad de vida (art. 67 y sigs. del C.c.). De hecho, en el acto solemne de celebración del matrimonio a ninguno de los contrayentes se les pregunta por los sentimientos de los mismos. Sólo se les pregunta si quieren aceptar el contenido de la institución que previamente se les ha leído y si desean unirse en matrimonio. Porque el matrimonio es un negocio jurídico bilateral de carácter familiar cuya celebración implica la aceptación del contenido del mismo. Y el contenido del mismo [71] es la comunidad de vida integrada por

[69] Cabría recordar que en el momento actual el índice de natalidad en España en las parejas matrimoniales y no matrimoniales heterosexuales ha descendido alarmantemente. Por otro lado, cierto es que la unión homosexual en principio es estéril, pero como contrapartida a esto, hay que tener en cuenta que hay mujeres lesbianas que pueden concebir hijos biológicos, que hay personas homosexuales que tienen hijos de una relación heterosexual cuyos deberes de paternidad o maternidad siguen asumiendo, y que hay parejas homosexuales uno de cuyos componentes tiene en adopción hijos; esto sin perjuicio de que en un futuro dichas parejas pudieran adoptar. Por lo que la función social respecto a los hijos parece que se cumple a través de las relaciones paterno-filiales, que tienen un régimen jurídico propio, establecido precisamente en interés y beneficio de los hijos y no de los cónyuges o progenitores, cualquiera que éstos fueren.

[70] RAMOS CHAPARRO, *Objeciones jurídico-civiles a las reformas del matrimonio*, «Actualidad civil», *cit.*, págs. 1174, afirma: «La unión gay es relación afectiva; el matrimonio, además, es vínculo fundacional de la familia y de la sociedad. La relación homosexual no tiene la misma (ni parecida) trascendencia social que el matrimonio, no es una «relación social básica» que admita el calificativo de estado civil y sea imprescindible para la sociedad».

[71] La naturaleza jurídica del matrimonio es cuestión importante para determinar la posibilidad de asumir el matrimonio por parejas del mismo sexo. Diversas han sido las posturas doctrinales al respecto. Así, se ha predicado que el matrimonio tiene una naturaleza contractual (especialmente los canonistas, descartada en la actualidad); o que constituye un acto jurídico (así lo defienden DÍEZ-PICAZO, GULLÓN BALLESTEROS, *ob. cit.*, pág. 62-63 y ROCA I TRÍAS, *ob. cit.*, pág.43-44); o que es una institución; o que es en parte negocio jurídico y en parte institución (PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho civil, T.IV, vol.1º*, págs. 94 y sigs.), o, por último, que es un negocio jurídico (así la mayoría de la doctrina, ver, por todos CASTÁN TOBEÑAS, *ob. cit.*, págs.126-129), postura que comparto, y desde la que realizo las consideraciones indicadas.

los derechos y obligaciones, personales y patrimoniales establecidos en el Código civil. El matrimonio es un acuerdo entre partes, basado en el exclusivo consentimiento libre y consciente de las mismas, las cuales quieren que su convivencia tenga relevancia social y cobertura jurídica [72]. Y esto será lo mismo sea la pareja del mismo o distinto sexo. Así pues, este argumento no explica la diferencia de trato, la equipara. Sin embargo, hay que poner de relieve que la relación de afectividad análoga a la conyugal está presente en todas las leyes de parejas estables, constituyendo la característica que define lo que es una unión de pareja a efectos jurídicos, susceptible de ser protegida legalmente, de lo que no lo es [73].

De todo lo antedicho, se puede concluir que nuestro legislador parece legitimado para regular el matrimonio de personas del mismo sexo por remisión del párrafo segundo del artículo 32 de la Constitución [74].

Por último, cabe realizar dos últimas observaciones.

La primera referida a la propuesta de crear una figura paralela, con *nomen iuris* propio (como el de *unión civil o contrato de unión civil*), pero con los mismos efectos del matrimonio, como alternativa al matri-

[72] Sin embargo, CARRIÓN OLMOS, en *Reflexiones… cit.*, págs. 3 y sigs., y en *Sobre la pretendida autonomía de la quiebra de affectio maritali como causa de separación matrimonial*, «Diario La Ley», viernes 16 de julio de 2004, págs. 1 y sigs., pone de relieve, al tratar de la causa del negocio matrimonial y de las causas de separación admitidas por nuestros Tribunales, y partiendo de que la causa del negocio matrimonial son los deberes contenidos en los arts. 67 y 68 del C.c., que la *affectio maritalis* «no parece pueda ser entendida de otro modo sino como la recíproca voluntad de los cónyuges de vivir como tales, con la tremenda densidad que todo ello comporta en el campo de las relaciones interpersonales», «se erige así en fundamento mismo y clave de la subsistencia del matrimonio», lo que, unida esta consideración al hecho de que la procreación ya no es el objetivo primordial del matrimonio y de que en nuestra sociedad existen relaciones de afectividad análogas a la conyugal, le lleva a concluir que puede extenderse el derecho a contraer matrimonio a parejas del mismo sexo.

[73] De hecho, en la Comunidad Autónoma de Cataluña, existe la Ley *19/1998, de 28 de diciembre, sobre situaciones convivenciales de ayuda mutua*, en la que se reconoce que «al margen del matrimonio y las uniones estables de pareja, la sociedad catalana de hoy presenta otras formas de convivencia de ayuda mutua, especialmente en lo que se refiere a las personas mayores que intentan poner remedio a sus dificultades», a las que dicha ley da cobertura jurídica (principalmente en relación al uso de la vivienda y a ciertas compensaciones económicas en caso de fallecimiento de alguno de los convivientes o de extinción de la convivencia), aún reconociendo que no constituyen una familia nuclear, y a las que no se exige para su constitución la relación de afectividad, a diferencia de lo que ocurre con las parejas de hecho.

[74] En el mismo sentido, CARRIÓN OLMOS, *Refexiones…*, *cit.*, pág. 5, considera dudosa la pretendida inconstitucionalidad de la Ley 13/2005, toda vez que se puede reconducir el presupuesto de la diversidad sexual al ámbito de la capacidad para contraer matrimonio, cuya regulación viene confiada al legislador ordinario por el art. 32, párrf. 2º de la CE.

monio de parejas del mismo sexo, lo que parece más aceptable para algunos sectores doctrinales, políticos y sociales y responde a la pretensión de dar cobertura legal a dichas parejas [75]. La cuestión es que, por un lado, ya existe esa cobertura legal a través de la regulación de las parejas de hecho, y, por otro lado, si lo que se pretende con la creación de esta figura es aplicar a las parejas del mismo sexo el régimen jurídico del matrimonio contenido en el Código civil, cabría plantearse ¿tiene algún sentido llamar a la misma institución con diferente nombre por razón de los sujetos? [76].

La segunda observación hace referencia a la postura que mantiene la Unión Europea [77]. Sin ánimo exhaustivo, merecen ser citados los siguientes pronunciamientos. Por una parte, la *Resolución 28/1994, de 8 de febrero, del Parlamento Europeo, sobre igualdad de derechos de los homosexuales y de las lesbianas en la Unión Europea,* en la que se propone a la Comisión Europea la elaboración de una Directiva en la que se adopten medidas para suprimir todas las disposiciones jurídicas que criminalizan o discriminan las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo, para, entre otras cosas, poner fin a la persecución de la homosexualidad como un atentado contra el orden publico y las buenas costumbres, suprimir la posibilidad de almacenar datos relativos a la orientación sexual de un individuo sin su consentimiento, suprimir toda discriminación en el Derecho laboral, penal, civil, contractual y comercial, y *para que se ponga fin a la prohibición de contraer matrimonio o de acceder a regímenes jurídicos equivalentes a las parejas de lesbianas y de homosexuales, garantizando a dichas uniones los plenos derechos y beneficios del matrimonio, y que se elimine toda restricción de los derechos de las lesbianas y homosexuales a ser padres y a adoptar niños* [78]. A pesar de las críticas que se ha hecho a esta Resolución en el sentido de negarle valor jurídico, lo cierto es que con-

[75] Para VALLADARES RASCÓN, E., *El Derecho a contraer matrimonio y la Constitución*, Comentarios de Aranzadi, BIB, 2005, 1388, «distinguir entre matrimonio y unión civil, según se celebre entre personas de distinto o de igual sexo, conferiría a ésta última un estatus secundario, en cierto modo despreciativo: cuando no se es digno de contraer matrimonio, se celebra una «unión civil» que tiene los mismos efectos pero no el nombre institucional. No lo llamamos ya concubinato o barraganería, por la connotación despreciativa que estas expresiones tienen. Pero, en la práctica, la connotación se mantiene», añadiendo que «Si la unión civil entre homosexuales tiene los mismos efectos que el matrimonio, es un matrimonio».

[76] En el mismo sentido se manifiesta CARRIÓN OLMOS, *Refexiones…, cit.,* pág. 4, y MURILLO MUÑOZ, *Matrimonio y homosexualidad, cit.,* págs. 310-311.

[77] Véase el epígrafe dedicado a las disposiciones derivadas de la Unión Europea, Capítulo II, apartado IV.

[78] Véase comentario de la Resolución en PÉREZ CÁNOVAS, *ob. cit.*, págs. 41-47, y TALAVERA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, 200-203. En el mismo sentido se manifiestan los Principios de Yogyakarta.

tribuyó a la igualdad de dichas personas en las legislaciones europeas y al surgimiento de iniciativas legislativas que luego se concretaron en la publicación de leyes de reconocimiento jurídico de las parejas del mismo sexo y de permisión del matrimonio. Por otra parte, el *Informe de 21 de junio de 2001, sobre la situación de los Derechos fundamentales en la Unión Europea,* de la Comisión de Libertades y Derechos de los Ciudadanos, Justicia y Asuntos Internos, del Parlamento Europeo, recomienda a los Estados Miembros la adopción de una serie de medidas para evitar la discriminación todavía existente en algunos países de las personas homosexuales, y, entre ellas, solicita «*El reconocimiento legal de los matrimonios homosexuales para reducir la discriminación entre los matrimonios heterosexuales y las parejas homosexuales*». Recomendaciones que se ha reiterado en los Informes de 2002, 2003 y 2004. Después de estos pronunciamientos, se han publicado las leyes de Holanda y Bélgica, permitiendo el matrimonio entre parejas del mismo sexo. Todo lo cual lleva a concluir que el Parlamento Europeo está a favor del matrimonio de estas parejas.

A ello hay que añadir la *Resolución sobre Orientación sexual y Matrimonio, adoptada por el Consejo de Representantes de la Asociación Americana de Psicología (APA), en julio de 2004.* Este Consejo, después de realizar una serie de consideraciones acerca de las parejas del mismo sexo [79], y teniendo en cuenta, entre otras cosas, que la APA tiene una política establecida de deplorar toda discriminación pública y privada contra los gays y las lesbianas, señalando que dicha discriminación afecta perjudicialmente el bienestar psicológico, físico, social y económico de dichas personas, que la investigación antropológica sobre hogares, relaciones familiares y familias, a través de las culturas y del tiempo, no proporciona apoyo alguno para la idea de que la civilización o un orden social viable depende del matrimonio como una institución exclusivamente heterosexual [80], que la institución de matrimonio civil confiere un estatus social e importantes beneficios legales, derechos y privilegios, y que a las parejas del mismo sexo se les niega el acceso en igualdad al matrimonio civil, el APA resuelve, entre otras cosas, que «es injusto y discriminatorio negar a las parejas del mismo sexo acceso legal al matrimonio civil y todos los beneficios, derechos y privilegios asociados».

[79] La APA considera frente a las observaciones de que las parejas del mismo sexo son disfuncionales e infelices, inestables e insatisfactorias, que dichas parejas, según los estudios realizados mantienen relaciones comprometidas, suelen ser duraderas y felices, de manera equivalente a las parejas heterosexuales.

[80] Así lo concluye la Asociación Americana de Antropología en 2004.

6.2. Estructura y contenido de la Ley 13/2005, de 1 de julio

6.2.1. Estructura de la Ley 13/2005

La Ley 13/2005, de 1 de julio, consta de una Exposición de Motivos; un artículo único, donde se modifica los preceptos del Código civil; una Disposición adicional primera, relativa a la aplicación de esta ley en el ordenamiento jurídico; una Disposición adicional segunda, donde se modifican algunos preceptos de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre Registro Civil; una Disposición final primera, relativa al titulo competencial que tiene el Estado para dictar esta ley, y una Disposición final segunda, relativa a la entrada en vigor.

La Ley incide principalmente en la modificación de dos textos legales: el Código civil y la Ley de Registro civil de 8 de junio de 1957.

Las modificaciones del Código civil alcanzan fundamentalmente a dos Libros del mismo: el Libro I, relativo al derecho de las personas, y el Libro IV, relativo a las obligaciones y contratos; también a un precepto del Libro III, relativo a los modos de adquirir la propiedad.

En el Libro I, se modifican preceptos relativos al Título III, «Del matrimonio», Capítulo II, «De los requisitos del matrimonio» (art. 44), y Capítulo V, «De los derechos y deberes de los cónyuges» (arts. 66 y 67); al Título VII, «De las relaciones paterno-filiales», que alcanzan a los Capítulo I, «Disposiciones generales», Capítulo III, «De los bienes de los hijos y su administración» (arts. 154, 160 y 164), y Capítulo V, «De la adopción», Sección Segunda (arts. 175 y 178).

Sin embargo, en la Exposición de Motivos se señala que no se hace ninguna modificación respecto a las presunciones de paternidad establecidas en el Código civil, dejando inalterada «la referencia al binomio formado por el marido y la mujer en los artículos 116, 117 y 118 del Código», dado que «los supuestos de hecho a que se refieren estos artículos sólo pueden producirse en el caso de matrimonios heterosexuales».

En el Libro III, se reforma un artículo del Título II, «De la donación», Capítulo III, «De los efectos y limitación de las donaciones» (art. 637).

En el Libro IV, se modifican preceptos relativos al Título III, «Del régimen económico matrimonial»; concretamente, del Capítulo I, «Disposiciones generales» (arts. 1323); del Capítulo IV, «Sociedad de Gananciales», Sección Primera, «Disposiciones Generales» (art. 1344), Sección Segunda, «De los bienes privativos y comunes» (arts. 1348, 1351, y 1361), Sección Tercera, «De las cargas y las obligaciones de la sociedad de

gananciales» (art.1365), Sección Quinta, «De la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales» (art. 1404). También se modifica un artículo del Título IV, «Del contrato de compra y venta», Capítulo II, «De la capacidad para comprar y vender» (art. 1458).

Las modificaciones de la Ley del Registro civil de 8 de junio de 1957 alcanzan al Título V, «De las Secciones del Registro», Sección Primera, «De nacimientos y general», Capítulo I, «De la inscripción de nacimiento» (art. 46), Capítulo II, «De la filiación» (art. 48); y Capítulo III, «Del nombre y apellidos» (art. 53).

6.2.2. Contenido de la Ley 13/2005

Todos los preceptos modificados tienen muy diverso alcance, pues mientras la modificación de ciertos artículos supone un cambio sustancial en el contenido de las instituciones que se reforman, otros no son más que cambios en la terminología utilizada, que dejan intocado el fondo de su regulación, pero ampliando su ámbito de aplicación a otros sujetos distintos de los destinatarios iniciales de las normas.

Al señalar la estructura de la Ley, se observa que su contenido alcanza al régimen jurídico de la relación conyugal, en sus aspectos personales y patrimoniales, a la relación de filiación y a las relaciones paterno-filiales, introduciendo modificaciones de muy diverso alcance en el Código civil y en la Ley del Registro civil.

El alcance de esta reforma, que constituye la vigente regulación de las relaciones familiares señaladas, se realizará en los epígrafes siguientes.

Por otro lado, cabe hacer referencia, por su importancia, a las Disposiciones que acompañan a la Ley de reforma.

6.3. La trascendencia de la Disposición Adicional primera en otros textos jurídicos de nuestro ordenamiento

En la Disposición Adicional primera se establece que *«Las disposiciones legales y reglamentarias que contengan alguna referencia al matrimonio se entenderán aplicables con independencia del sexo de sus integrantes»*.

Es ésta una fórmula general para establecer en todos los órdenes jurídicos la equiparación del matrimonio de personas del mismo sexo al matrimonio de personas de distinto sexo con el fin de aplicarles los mismos efectos jurídicos. Así se expresa en la Exposición de Motivos al señalar que

esta ley «permite que el matrimonio sea celebrado entre personas del mismo o distinto sexo, con plenitud e igualdad de derechos y obligaciones, cualquiera que sea su composición», por lo tanto, «los efectos del matrimonio, que se mantienen en su integridad respetando la configuración objetiva de la institución, serán únicos en todos los ámbitos con independencia del sexo de los contrayentes, entre otros, tanto los referidos a derechos y prestaciones sociales como la posibilidad de ser parte en procedimientos de adopción».

De manera que esta disposición será de aplicación en otras disciplinas jurídicas, como en el Derecho laboral, en el Derecho de la Seguridad Social, en el Derecho penal, en el Derecho sanitario y en el Derecho fiscal.

Dado el principio de igualdad jurídica de los cónyuges en el matrimonio, esta disposición no debe plantear problemas. Sin embargo, debe entenderse que si existe norma en nuestro ordenamiento jurídico que establezca una distinción de efectos por razón del sexo de las personas, no discriminatoria, habría que plantearse la forma de aplicar esta disposición.

6.4. Las Disposiciones finales. El alcance de la reforma matrimonial en el ámbito de las Compilaciones de Derecho civil especial o foral

En la Disposición final primera se establece que *«Esta ley se dicta al amparo de la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación civil reconocida por el artículo 149, 1, 8ª, de la Constitución española sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales y o especiales, allí donde existan y de las normas aprobadas por éstas en desarrollo de sus competencias en Derecho civil».*

Efectivamente, según el precepto citado el Estado tiene competencia exclusiva sobre la legislación civil, con respeto a los Derechos civiles, forales o especiales, pero en todo caso tiene dicha competencia sobre las «relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio».

Esta Disposición reitera lo que señala el propio artículo 149, 1, 8ª, de la Constitución, en su primera parte, añadiendo la referencia al respeto de las normas aprobadas por las Comunidades Autónomas en desarrollo de sus competencias en Derecho civil, dado que algunas de estas Comunidades han legislado sobre parejas de hecho, sobre familia, sobre relaciones paterno filiales, sobre filiación y sobre adopción.

Sin embargo, esta disposición no carece de importancia, por cuanto en los Derechos civiles, forales o especiales, que perviven en las Comunidades

Autónomas se regulan instituciones familiares propias, basadas en la relación conyugal de parejas de distinto sexo.

Es necesario recordar que en estos Derecho civiles, especiales o forales, rige actualmente el principio de igualdad jurídica de los cónyuges y de los hijos, cualquiera que sea su filiación, por aplicación de los principios establecidos en la Constitución Española en los artículos 32 y 39, que dieron lugar a la modificación sucesiva de las Compilaciones forales en su momento.

Por ello, en el ámbito de las relaciones conyugales, la existencia de parejas del mismo hecho no va a causar especiales conflictos en estos Derechos civiles especiales, dada la equiparación de los cónyuges en derechos y obligaciones. Aunque, con carácter general, será necesario adaptar las referencias terminológicas, tanto en este ámbito como en las relativas a las relaciones paterno-filiales y a las sucesorias.

Sin embargo, hay algunas normas en dichos Derechos que, por constituir normativa específica y propia de tales territorios, podrían plantear algún conflicto con la reforma establecida en la Ley.

Así, en la *Ley 9/1998, de 15 de julio del Código de familia, del Parlamento de Cataluña,* el artículo 1 define el matrimonio como un vínculo entre hombre y mujer, como ya se ha indicado anteriormente.

A tenor de la reforma del matrimonio introducida, tal definición probablemente deberá modificarse, pues es el Estado quien, como se ha visto, tiene competencia exclusiva sobre la regulación del matrimonio, y aunque el Estado debe respetar los Derechos civiles, forales o especiales, el artículo 13 del Código civil establece que el título IV del Libro I (relativo al sistema matrimonial), excepto las normas relativas al régimen económico matrimonial, tendrán aplicación general y directa en toda España.

Otra norma del mismo Código que puede presentar discrepancias con la legislación estatal es el artículo 92, referido a la fecundación asistida de la mujer, en el que evidentemente sólo se contempla la posibilidad de atribuir la filiación al marido que la consienta, mientras que en la actual Ley de Técnicas de Reproducción Asistida se permite la atribución de la filiación a la pareja mujer de la madre.

Por otra parte, la Ley 3/2005, de 8 de abril, de modificación de la Ley 9/1998, del Código de Familia, de la Ley 10/1998, de uniones estables de pareja, y de la Ley 40/1991, del Código de Sucesiones por causa de muerte en el Derecho Civil de Cataluña, en materia de Adopción, en su artículo

1, modifica el artículo 115 de la Ley 9/1998, que sólo permitía la adopción a parejas matrimoniales o extramatrimoniales formadas por personas de diferente sexo. En dicha ley se reforma el apartado dos del citado precepto, que establece actualmente: «2. Solo se admite la adopción por más de una persona en el caso de los cónyuges o de las parejas que conviven con carácter estable. En tales casos, es suficiente que una de las personas que adopta haya cumplido veinticinco años».

En consonancia con la Disposición final de la ley 13/2005, en la reforma del *Derecho civil de Galicia por Ley 2/2006, de 14 de junio*, la Disposición Adicional Cuarta establece que: «Las referencias realizadas en la presente ley al hombre o a la mujer sólo en uno de los géneros han de entenderse referidas a ambos géneros, sin que pueda existir, por tanto, discriminación alguna por razón de sexo».

En la *Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho civil Foral de Navarra*, existen dos instituciones que podrían entrar en conflicto con la reforma del matrimonio. Así, la Ley 119 establece el concepto de dote señalando que «Constituyen *dote* los bienes que en tal concepto la *mujer* aporta formalmente al matrimonio, antes o después de su celebración»; por su parte la ley 125 dispone: «Son arras la donación que el *esposo* hace a la esposa, antes o después del matrimonio, en contraprestación a la dote». Son, por tanto, dos figuras jurídicas, de carácter patrimonial, basadas en el vínculo conyugal, que se definen por el sexo de los sujetos en la relación conyugal. Dos institutos propios del Derecho civil navarro que se refieren al régimen económico conyugal. Podría parecer que en este caso, tales disposiciones deberían ser respetadas, de manera que es dudoso que pueda alcanzarles la reforma de la Ley 13/2005, por aplicación del propio artículo 149, 1, 8ª, segunda parte, donde se excepciona la regla general al establecer el respeto a los Derechos civiles, especiales o forales, y del artículo 13, que declara la no aplicación del Código civil en los territorios donde exista Derecho civil especial o foral en materia de régimen económico matrimonial. Ahora bien, la reforma introducida es en el propio concepto de matrimonio, y dicho concepto sí alcanza a los Derechos forales.

También en esta Ley puede existir algún conflicto con la elección de los Parientes Mayores, a los que se pueden someter cuestiones familiares (ley 137), pues la ley 138 señala que serán elegidos «uno de la línea paterna y otro de la materna», aunque al añadir que «si las personas entre quienes se suscite cuestión tuvieran distintos parientes, será elegido uno por cada parte», con lo que la cuestión tendría solución sin necesidad de reformar el precepto.

Por último, la ley 13/2005 se cierra con la *Disposición final segunda*, en la que se establece la entrada en vigor de la misma al día siguiente de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado», publicación que se realizó el día 2 de julio de 2005.

7. El Recurso de inconstitucionalidad de la Ley 13/2005

Poco después de la entrada en vigor de la Ley 13/2005, se produjo su impugnación ante el Tribunal Constitucional por algunos Jueces Encargados del Registro civil [81] y por el Grupo Parlamentario Popular que interpuso recurso de inconstitucionalidad de la misma el 30 de septiembre de ese año.

Las cuestiones de inconstitucionalidad interpuestos por los primeros fueron desestimadas por el Tribunal Constitucional en sendos Autos de 13 de diciembre de 2005, estimando que los Jueces Encargados del Registro civil no desarrollan una función jurisdiccional, al integrarse en la estructura administrativa del Registro civil, bajo la dependencia funcional que no orgánica del Ministerio de Justicia, a través de la Dirección General de los Registros y del Notariado, ni puede calificarse de jurisdiccional la decisión, pese a su denominación de Auto, que ha de adoptar en el expediente matrimonial aprobando o denegando la celebración del matrimonio, al ser susceptible de recurso y revisión ante un órgano administrativo, por lo que tampoco en modo alguno dicha decisión puede merecer la consideración (ni aún en la flexible interpretación que este Tribunal ha hecho del término «fallo» utilizado por los arts. 163 CE y 35.1 LOTC), de «pronunciamiento decisivo o imperativo de una resolución judicial» (STC 76/1982, de 14 de diciembre, FJ 1). De manera que el Tribunal Constitucional estima que dichos Jueces no están facultados para promover la presente cuestión de inconstitucionalidad, en atención al carácter no jurisdiccional del expediente en el que se plantea, es decir, que la cuestión de inconstitucionalidad no resulta propuesta por un órga-

[81] El primero de ellos fue planteado por la Jueza Encargada del Registro civil de Denia (Alicante) y el segundo por el Juez de Primera Instancia de Telde (Gran Canaria), y también por el de Burgos, a los que se contestó por Instrucción, de 28 de julio, de carácter particular, relativa al asunto de la legitimación de los Jueces Encargados de los Registros Civiles para interponer cuestiones de inconstitucionalidad contra las leyes que han de aplicar en el desempeño de sus funciones registrales, y dirigida a la Jueza Encargada del Registro Civil de Denia, seguida de otras Instrucciones remitidas por idéntico motivo a los Jueces Encargados de los Registros Civiles de Telde (Gran Canarias) y Burgos en fechas 4 y 17 de agosto del mismo año.

no judicial en un proceso en el cual el fallo que haya de dictarse dependa de la validez de la norma legal cuestionada (FJ 7 y 8) [82].

Por su parte, el recurso presentado por el Grupo Parlamentario Popular se dirige contra la totalidad de la Ley 13/2005, y, en particular, contra las normas contenidas en el artículo único y las disposiciones adicionales primera y segunda de dicha Ley.

Los recurrentes fundamentan su recurso, con carácter general, en tres razones fundamentalmente: el carácter de institución básica del matrimonio, tal y como ha sido entendido hasta ahora, para nuestra organización social, que requiere y goza de una protección jurídica muy especial; la imposibilidad de que el legislador ordinario y no el constituyente modifique la Constitución utilizando el sencillo fraude de cambiar el nombre acuñado de las cosas y como tal utilizado por el constituyente; y el hecho demostrable de que para conseguir la finalidad legítima que el legislador persigue con esta reforma, nuestro ordenamiento ofrece fórmulas adecuadas sin necesidad de originar la ruptura de la Constitución que se provoca con la opción escogida. Y en consecuencia señalan que la citada Ley vulnera los siguientes preceptos:

1) El artículo 32 de la Constitución por no respetar la definición constitucional del matrimonio como unión de un hombre y una mujer, contenida en dicho artículo, y la garantía institucional del matrimonio reconocida por la Constitución.

Los recurrentes consideran que la referida Ley modifica de raíz, sin entrar directamente en definiciones, la idea del matrimonio y, con ello, todo un conjunto normativo que, hasta el presente, partía de la consideración del matrimonio como unión de hombre y mujer y desarrollaba en consecuencia y de manera coherente esa institución en el Código Civil y en innumerables normas de nuestro ordenamiento. Asimismo estiman que el derecho a contraer matrimonio lo tienen constitucionalmente reconocido el «hombre y la mujer», siendo la igualdad y la heterosexualidad las dos notas principales del mismo y que la Constitución dota al matrimonio de garantía institucional, asegurando su existencia en el ordenamiento jurídico, con el contenido predeterminado que ha acogido el texto constitucional, dado que la garantía institucional del matrimonio no se reduce a su propia existencia sino que incluye su preservación en los términos que lo hacen recognoscible conforme a la Constitución. Argumentan que ese concepto

[82] Por el contrario, los votos particulares consideraron que tales Jueces estaban legitimados para interponer dichas cuestiones interpretando en sentido amplio el término jurisdicción.

de matrimonio es el que literal, histórica y legislativamente ha sido recogido en nuestro ordenamiento, prueba de lo cual es la discusión que se mantuvo acerca de la redacción del artículo 32 en la discusión parlamentaria del mismo, de la cual se deduce que la voluntad del constituyente (de la que es fiel reflejo el «iter» parlamentario) fue la de recoger la institución matrimonial como siempre había sido concebida, es decir, como una unión entre hombre y mujer, en la que la diferenciación de sexos es una cualidad esencial y determinante, por lo que nunca se planteó siquiera que resultara imprescindible que el mencionado precepto constitucional, cuando previene que «el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica», intercalara el inciso «entre sí» para dejar definitivamente clara la voluntad del legislador, puesto que ello ya estaba implícito en la referencia expresa a ambos sexos, y se deducía inequívocamente de la tradición jurídica occidental en la que se inscribe el ordenamiento patrio.

A las argumentaciones señaladas los recurrentes añaden que ésta es también la postura del propio Tribunal Constitucional, el cual, en diversos pronunciamientos ha sostenido que el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son realidades equivalentes a todos los efectos, y que caber otorgar un trato más favorable a la unidad familiar basada en el matrimonio que a otras unidades convivenciales, citando diversas sentencias en las que se recoge esta postura (así, las de 184/1990, de 15 de noviembre y 47/1993, de 8 de febrero; 184/1990, de 15 de noviembre; 29/1991, de 14 de febrero; 30/1991, de 14 de febrero; 31/1991, de 14 de febrero; 35/1991 de 14 de febrero; 38/1991, de 14 de febrero; 77/1991, de 11 de abril; 29/1992, de 9 de marzo; y 66/1994, de 28 de febrero), y, entre ellos, el Auto 222/1994, de 11 de julio, en el que el Tribunal Constitucional señala que «al igual que la convivencia fáctica entre una pareja heterosexual, la unión entre personas del mismos sexo biológico no es una institución jurídicamente regulada, ni existe un derecho constitucional a su establecimiento; todo lo contrario al matrimonio entre hombre y mujer que es un derecho constitucional (artículo 32.1) que genera ope legis una pluralidad de derechos y deberes (STC 184/1990)», argumento que viene avalado, además, por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de acuerdo con el cual la exclusión del matrimonio entre personas del mismo sexo no implica violación del artículo 12 del Convenio de Roma, que al garantizar el derecho a casarse, se refiere al concepto tradicional de matrimonio entre dos personas de distinto sexo, concluyendo el mencionado Auto que «se debe admitir la plena constitucionalidad del principio heterosexual como calificador del vínculo matrimonial, tal como prevé nuestro Código Civil, de tal manera que los poderes públicos pueden otor-

gar un trato de privilegio a la unión familiar constituida por hombre y mujer frente a una unión homosexual». A la vista de esto, los recurrentes estiman que si no es dable reconocer un derecho a formar una unión fáctica (en este caso, entre parejas del mismo sexo) que sea acreedora del mismo tratamiento jurídico que el dispensado por el legislador a quienes, en el ejercicio del derecho constitucional reconocido en el artículo 32 de la Constitución, contraigan matrimonio, no parece constitucionalmente admisible que pueda subvertirse dicho planteamiento mediante la aprobación por el legislador ordinario de una ley que, a través de una simple modificación del Código Civil, permita dar cabida en la institución del matrimonio a las uniones constituidas por personas del mismo sexo, todo ello además a costa de desvirtuar la propia naturaleza y esencia de una institución jurídica inserta en su concepción heterosexual en la tradición jurídica del mundo occidental y de nuestra nación.

Por otro lado, los recurrentes entienden que la garantía constitucional configura un modelo de matrimonio basado en el principio heterosexual, esto es, en la unión de un hombre y una mujer, y ello conduce, como consecuencia obligada, a entender que su regulación por el legislador no puede implicar en ningún caso una alteración de tal principio básico; como consecuencia de lo anteriormente expresado, el ámbito de libre disposición por el legislador se encuentra limitado por los términos del propio artículo 32, en cuyo apartado 2 remite a la Ley la regulación de «las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos», única y exclusivamente, y no autoriza al cambio de la propia institución matrimonial.

2) El artículo 10.2 de la Constitución, relativo a la interpretación de los derechos fundamentales y libertades públicas a la luz de la Declaración Universal de Derechos Humanos y de los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España, ya que la interpretación del artículo 32 de la Constitución conforme con el artículo 10.2 de la Constitución, en relación con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España, también lleva a concluir que el derecho a contraer matrimonio se predica de la pareja heterosexual. Puesto que La Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 15), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 23.2) y el Convenio de Roma para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (art. 12) se refieren al derecho del hombre y la mujer a casarse y fundar una familia.

3) El artículo 14 de la Constitución, en relación con los artículos 1.1 y 9.2 del mismo texto constitucional, relativos al principio de igualdad y a la

interdicción de cualquier discriminación por razón de la orientación sexual y su interpretación por el Tribunal Constitucional.

En este sentido, los recurrentes señalan que dicho Tribunal viene entendiendo que no toda desigualdad de trato debe estimarse constitucionalmente inadmisible, ni cabe reputarse discriminatoria, por cuanto, el principio de igualdad jurídica consagrado en el artículo 14 de la Constitución hace referencia, inicialmente, a la universalidad de la ley, pero no prohíbe que el legislador contemple la necesidad o conveniencia de diferenciar situaciones distintas y de darles un tratamiento diverso, que puede venir exigido, en un Estado social y democrático de Derecho, para la efectividad de los valores que la Constitución consagra, como son la justicia y la igualdad, pues lo que prohíbe el principio de igualdad jurídica es la discriminación, es decir, que la desigualdad del tratamiento legal sea injustificada por no ser razonable (Sentencias de 2 de julio, 10 de noviembre, 16 de noviembre y 22 de diciembre de 1981). Así que, según ha señalado el mismo Tribunal (Sentencia 253/1988), la igualdad consagrada en el artículo 14 de la Constitución supone que las consecuencias jurídicas que se derivan de supuestos de hecho iguales sean asimismo iguales. De acuerdo con esta doctrina, los recurrentes estiman que no se puede pretender utilizar las instituciones jurídicas cuyo origen y contenido tienen un perfil claro y una regulación precisa y aplicarlas a una realidad social distinta que no ha sido contemplada por la Constitución.

4) El artículo 39 de la Constitución, en sus apartados 1, 2 y 4 de la Constitución, relativos a la protección de la familia, protección integral de los hijos y protección de los niños.

Entienden los recurrentes que las disposiciones de la Ley 13/2005 son inconstitucionales por ser contrarias al interés del menor, interés que a su vez se erige en el principio rector de la adopción conforme a las normas del derecho interno (artículo 176.1 del Código Civil) y del derecho internacional, y que se ve confirmado por el artículo II.84,2 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, el cual, además, dispone expresamente en su párrafo tercero que el niño tiene «derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre salvo si ello es contrario a su intereses», lo que, a su vez, implica reconocer que la filiación adoptiva tiene como referencia la filiación biológica y, por consiguiente, que el ámbito natural en el que se desenvuelve el menor es la unión heterosexual.

5) El artículo 53.1, de la Constitución, por no respetar el contenido esencial del derecho a contraer matrimonio reconocido en el artículo 32 de

la misma. Pues estiman los recurrentes que una ley como la impugnada, que reconoce a las parejas del mismo sexo un derecho que no tienen constitucionalmente garantizado, determina una alteración de la configuración institucional del matrimonio que va más allá de lo constitucionalmente admisible y que, por consiguiente, afecta al contenido esencial del artículo 32 de la Constitución, lo que supone una violación flagrante del artículo 53.1 del mismo texto constitucional.

6) El artículo 9, apartado 3, de la Constitución, por no respetar el principio de jerarquía normativa.

7) El artículo 9, apartado 3, de la Constitución, por no respetar el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Pues entienden los recurrentes que la apertura de la institución matrimonial a parejas del mismo sexo, cuando el artículo 32 de la Constitución reserva la titularidad y el ejercicio de este derecho al «hombre y la mujer», y ello además mediante la aprobación de una ley ordinaria y sin la previa reforma de la Constitución, constituye una arbitrariedad del legislador que no se compadece con el principio de interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos, que informa la Constitución, y cuya infracción evidencia otra tacha de inconstitucionalidad de la Ley impugnada.

8) El artículo 167 de la Constitución, relativo a la reforma constitucional. Ya que los recurrentes consideran que en este precepto y en las restantes reglas del mismo Título X, la reforma constitucional exige observar el cauce expresa y formalmente previsto en la Constitución, y estiman que la reforma constitucional sería la única vía posible para introducir en el ordenamiento patrio el matrimonio entre personas del mismo sexo, de tal suerte que su introducción por ley ordinaria en clara contradicción con el artículo 32 de la Constitución, supone una infracción del precepto señalado, dado que se opera una reforma constitucional sin observarse el cauce formal constitucionalmente establecido.

En el momento de la publicación todavía no se ha dado respuesta por parte del Tribunal Constitucional.

IV. REGIMEN JURÍDICO DE LA RELACIÓN CÓNYUGAL DE PAREJAS DEL MISMO SEXO

En el régimen jurídico que regula la *relación conyugal*, el primer precepto que se modificó en el Código civil fue el *artículo 44* (sistemáticamente situado en el Libro I, Título IV, Capítulo II, «De los requisitos del

matrimonio») que establece: «El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código». A este texto, la reforma añadió un párrafo segundo que dispone: *«El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o diferente sexo».*

Esta es una reforma sustancial pues rompe el requisito esencial de la heterosexualidad del matrimonio, permitiendo éste a parejas del mismo sexo, que tradicionalmente no tenían acceso al mismo. Aunque es de señalar que el régimen jurídico del matrimonio permanece inalterado en su contenido.

En este sentido, todos los demás preceptos que se modificaron y que se refieren tanto a los efectos personales (arts. 66 y 67), como a los efectos patrimoniales (arts. 1323, 1344, 1348, 1351, 1361, 1404, 1458) del matrimonio son meras correcciones terminológicas, que no alteran el contenido de su regulación, sustituyéndose las expresiones «marido y mujer» por el término genérico de «cónyuges» o «consortes» para no distinguir el sexo de las personas componentes del matrimonio, como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 44, párrafo segundo, con lo que se subraya que el régimen jurídico derivado de la relación conyugal, tanto a efectos personales como patrimoniales, debe adecuarse a la reforma de fondo establecida en aquel precepto, y, por lo tanto, tal régimen debe aplicarse a todos los cónyuges, con independencia de la orientación sexual de los integrantes de la pareja.

En la propia Exposición de Motivos de la Ley, en el apartado II, párrafo seis, se explica este cambio terminológico y se señala que la acepción jurídica de cónyuge o consorte será «la de persona casada con otra, con independencia de que ambas sen del mismo o de distinto sexo».

Del matrimonio se deriva una relación jurídica específica que es la relación jurídica conyugal, integrada por un concreto régimen jurídico de efectos personales y patrimoniales.

De esa relación conyugal, a su vez, se derivan la relación de parentesco por afinidad entre un cónyuge y los parientes del otro cónyuge, y determinadas relaciones sucesorias (la legítima del cónyuge viudo, arts. 807 y 934 del C.c., y la sucesión intestada del mismo, arts. 913 y 943 y sigs. del C.c.). También pueden derivarse las relaciones de filiación, aunque el matrimonio no es determinante de las mismas.

En cuanto a la relación jurídica-conyugal propiamente considerada, es necesario advertir que ni en el régimen de efectos personales ni en el régi-

men de efectos patrimoniales existe una norma específica que se aplique a los cónyuges por razón de su concreta naturaleza sexual. Por lo que todo el régimen de efectos personales y patrimoniales cabe aplicarlos por igual al hombre y a la mujer, finalidad que pretendía el artículo 32 de la Constitución y las citadas leyes de reforma del Código civil de 1981. Por tanto, este régimen puede ser aplicado tanto a parejas matrimoniales del mismo como de distintos sexo, sin que ello cause ningún tipo de problemas.

A la vista de estas consideraciones, la conclusión es que el régimen jurídico conyugal no se ve alterado por la admisión del matrimonio de personas del mismo sexo [83].

Esto implica que las parejas del mismo sexo en el aspecto personal están sometidas a los derechos y deberes establecidos en los artículos 66 y siguientes del código civil, a los requisitos de capacidad y celebración del matrimonio, recogidos en los artículos 44 y siguientes, y a las causas de separación, divorcio y nulidad, regulas en los artículos 81 y siguientes del mismo.

En su aspecto patrimonial, las parejas del mismo sexo, según su vecindad civil, estarán sometidas al régimen económico del matrimonio regulado en el Código civil o en las Compilaciones de Derecho civil especial o foral. En los territorios de Derecho civil común, el Código establece que podrán regular sus relaciones patrimoniales en Capitulaciones matrimoniales, y en defecto de las mismas, se aplicará como supletorio el régimen de sociedad de gananciales, pudiendo elegir en aquellas otro de los regimenes regulados en el Código, el de separación de bienes o el de participación.

Se ha señalado que posibilitar el matrimonio de personas del mismo sexo tiene muy amplias repercusiones, pues directamente incorpora y abarca los efectos derivados de la relación conyugal de parejas de distinto sexo. Entre dichos efectos se hace referencia, además de los efectos civiles de carácter familiar y sucesorio, al derecho mercantil en el estatuto de la

[83] No obstante, PINTÓ RUÍZ, *ob. cit.*, pág. 575, señala que no hay identidad entre los requisitos del matrimonio heterosexual y el homosexual, puesto que en relación al impedimento de parentesco del art. 47, 1º y 2º del C.c., que «obedece a una respetable razón eugenésica en beneficio de la prole hacedera, no parece tener sentido aplicarla al matrimonio de homosexuales. Sin embargo, frente a ello pensemos que además existen otras razones, si se quiere de índole moral, pues con esta norma se intenta evitar el incesto entre los parientes en línea recta y colateral, perfectamente aplicable a las personas homosexuales, requisito que también se impone para establecer una relación de pareja de hecho en las diferente leyes autonómicas. O ¿por ser homosexual una persona se puede ver de otra manera la relación sexual entre padre e hijo?».

responsabilidad comercial, al derecho de contratos e hipotecas para convenir toda clase de transmisiones incluyendo la venta recíproca o constitución de títulos de garantía real, afectando también a otras parcelas del ordenamiento jurídico; así, para la percepción de derechos asistenciales y acceso al sistema de prestaciones sociales, en la obtención de beneficios fiscales en el ámbito del derecho tributario, respecto a la tramitación de préstamos ante entidades financieras en el derecho bancario, además de lo que por conexión a materias de extranjería e inmigración en el derecho internacional privado, o respecto de autorizaciones y consentimientos en caso de intervenciones quirúrgicas en el ámbito sanitario [84].

V. LAS RELACIONES DE FILIACIÓN EN LOS MATRIMONIOS FORMADOS POR PAREJAS DEL MISMO SEXO

1. Indicación general

La Ley, en el ámbito de las relaciones de filiación, únicamente reformó los artículos 175 y 178, relativos a la filiación adoptiva (Título VII, Capítulo V, Sección Segunda).

Es evidente que en el matrimonio de personas del mismo sexo no cabe la filiación biológica común. De hecho, en la Exposición de Motivos, como se ha indicado anteriormente, se señala que no se hace ninguna modificación respecto a las presunciones de paternidad establecidas en el Código civil, dejando inalterada «la referencia al binomio formado por el marido y la mujer en los artículos 116, 117 y 118 del Código, dado que los supuestos de hecho a que se refieren estos artículos sólo pueden producirse en el caso de matrimonios heterosexuales».

Ahora bien, existen distintas clases de filiación reguladas en nuestro ordenamiento jurídico: la filiación por naturaleza (matrimonial o extramatrimonial), la filiación adoptiva (art. 108 del C.c.), y la filiación derivada de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida (art. 7 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana asistida).

En el ámbito de la filiación biológica, parece que no se va a plantear ninguna cuestión.

Sin embargo, las cuestiones se pueden plantear en el ámbito de la filiación legal, tanto adoptiva como derivada de las TRA.

---

[84] Así lo apunta CALVO GONZÁLEZ, en *Ley 13/2005 sobre modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. Reforma matrimonial, Adopción y Sociedad*, *cit.*.

2. La filiación derivada de la aplicación de las Técnicas de Reproducción Asistida en parejas del mismo sexo

En el supuesto de matrimonio de pareja de lesbianas, cabe que una de ellas dé a luz un hijo generado por la aplicación de las técnicas de reproducción asistida.

En el momento de publicarse la Ley de reforma del matrimonio en 2005, la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida, que era de 1988, exigía el consentimiento del marido o del conviviente para atribuirle la filiación de este hijo (arts. 8 y 9 de la Ley). Sin embargo, este supuesto no se había contemplado de manera específica en la Ley de reforma del matrimonio ni tampoco en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana asistida, que reformaba la Ley de 1988 [85]. Podría pensarse que a esta situación le era de aplicación la Disposición adicional primera de la Ley. Sin embargo, esta Disposición es muy genérica y aludía en todo caso a la relación existente entre los cónyuges y a los efectos derivados de la existencia de la misma. Sin embargo, la atribución de la filiación tiene su fundamento en bases distintas a la propia relación conyugal, por lo que, al no derivarse la filiación directamente de la relación conyugal, no parecía factible que pudiera aplicarse sin más la referida Disposición adicional. Nuestros Tribunales resolvieron esta cuestión concediendo la adopción de tales hijos a la pareja de la madre (Auto del Juzgado de Primera Instancia de Familia de Pamplona de 22 de enero de 2004).

No obstante, en la *Ley 3/2007, de 15 marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas,* en su Disposición Adicional primera, se adicionaba un apartado 3 al artículo 7 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, de tal manera que el actual artículo 7 de dicha Ley, que se refiere a la filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida, señala:

«1. La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las leyes civiles, a salvo de las especificaciones establecidas en los tres siguientes artículos.

---

[85] Cfr. ZURITA MARTÍN, I., *Reflexiones en cuanto a la determinación de la filiación derivada de la utilización de las técnicas de reproducción asistida por una pareja de mujeres,* «Diario la Ley», 22 de febrero de 2006, publicado antes de la reforma de la Ley de reproducción asistida por la Ley 3/2007, que dio solución a la cuestión planteada.

2. En ningún caso, la inscripción en el Registro Civil reflejará datos de los que se pueda inferir el carácter de la generación.

3. *Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido».*

Por lo que, esta cuestión ha quedado resulta en esta reforma [86].

3. Adopción y acogimiento por parejas del mismo sexo

En cuanto a la filiación adoptiva, la Ley modificó los artículos 175, apartado 4, y 178, apartado 2.

El artículo 175 se refiere a los requisitos subjetivos de la adopción. Concretamente, el apartado cuarto se refería a la adopción efectuada por más de una persona, que sólo se permitía a los cónyuges, y por aplicación de la Disposición Adicional Segunda de la *Ley 21/1987, de 11 de noviembre de modificación del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil, en materia de adopción y otras formas de protección de menores,* se ampliaba esta posibilidad «al hombre y a la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal». La Ley modifica levemente el primer inciso del apartado 4, permitiendo la adopción a los *cónyuges,* y añade que «el matrimonio celebrado con posterioridad a la adopción permite al cónyuge la adopción de los hijos de su consorte».

Como se observa, sólo se habla de los cónyuges sin especificar la orientación sexual de los mismos, por lo que entiendo que, como se seña-

[86] En la legislación internacional, países que permiten el tratamiento de la inseminación artificial para las mujeres en una relación de parejas del mismo sexo se encuentran Bélgica, Canadá, Dinamarca, El Salvador, Estonia, Finlandia, Grecia, Holanda, Islandia, Irlanda, Israel, Luxemburgo, Malta, Méjico, Nueva Zelanda, Rumania, Rusia, Serbia-Montenegro, Eslovaquia, Sudáfrica, Suecia, Reino Unido, Estados Unidos, Venezuela y algunas territorios de Australia. Observe que en Andorra y algunos otros países, el tratamiento asistido de la inseminación no está disponible para cualquier persona. Países que prohíben el tratamiento de la inseminación artificial para las mujeres solteras y las mujeres en una relación de parejas del mismo sexo son Argentina, Austria, Bangladesh, Brasil, Bulgaria, Chile, China, República checa, Egipto, Francia, Alemania, Hong-Kong, Hungría, Irán, Italia, Japón, Jordania, Latvia, Lituania, Marruecos, Noruega, Polonia, Portugal, Arabia Saudí, Singapur, Eslovenia, Corea del sur, Suiza, Taiwán, Túnez, Turquía, Uruguay. Hay que tener en cuenta que no todos los países tienen leyes con respecto a la inseminación artificial. Cfr. OTTOSSON, LGTB *World legal warp up survey, cit,* pág. 6.

la en la Exposición de Motivos de la Ley, y por aplicación de la Disposición Adicional primera de la Ley 13/2005, se permite la adopción a parejas del mismo sexo.

Esta adopción por parejas del mismo o distinto sexo se permite tanto de forma simultánea como sucesiva.

Por su parte, el artículo 178, apartado 2, se refiere a una de las excepciones de extinción del vínculo jurídico entre el adoptado y su familia anterior, estableciendo, antes de la reforma, que tal vínculo subsistirá: «1º. Cuando el adoptado sea hijo del cónyuge del adoptante, aunque el consorte hubiere fallecido.- 2º. Cuando sólo uno de los progenitores haya sido legalmente determinado y el adoptante sea persona de distinto sexo al de dicho progenitor, siempre que tal efecto hubiese sido solicitado por el adoptante, el adoptado mayor de doce años y el padre o madre cuyo vínculo haya de persistir».

En la Ley de reforma se hace una mera corrección de estilo en el enunciado del apartado 2, se deja inalterado el número 1º, pero se reforma el número 2º en términos más importantes, estableciendo que tales vínculos jurídicos subsistirán «Cuado sólo uno de los progenitores haya sido legalmente determinado, siempre que tal efecto hubiere sido solicitado por el adoptante, el adoptado mayor de doce años y el progenitor cuyo vínculo haya de persistir».

Como se observa, se elimina la referencia a la distinción de sexo, obviamente para permitir la posibilidad prevista en este apartado a personas del mismo sexo.

Esta modificación, en mi opinión, altera el sentido del segundo supuesto contemplado en el apartado segundo del artículo 178, y no se relaciona con la posibilidad de atribuir adopciones a las parejas del mismo sexo [87].

Tanto a la redacción del artículo 175, 4, como a la del artículo 178, 2, 2º, se le han realizado duras críticas, en relación a la posibilidad de adopción por las parejas de hecho homosexuales, que no se contempla en la Disposición Adicional Tercera de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, de reforma de la adopción. Como se ha visto, en la reforma de la adopción por Ley 13/2005 se permite la adopción al matrimonio formado por parejas matrimoniales de distinto y del mismo sexo, adopción simultánea, y también la adopción sucesiva por el cónyuge de los hijos de su consorte cuan-

[87] En parecido sentido, PINTÓ RUÍZ, *LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL…*, *CIT.*, PÁG. 585, QUIEN SEÑALA QUE CON ESTA REFORMA SE CREa un figura familiar artificial.

do se contraiga posterior matrimonio, y la adopción por persona del mismo sexo del hijo de otra persona aunque no medie vínculo conyugal ni sean pareja de hecho. Y sin embargo, en la Ley no se dice nada acerca de la posibilidad de adoptar las parejas de hecho homosexuales. Ante esta situación se ha señalado, por un lado, que podría ser que la Ley de reforma del matrimonio derogue la citada Disposición Adicional Tercera, y, por otro lado, que se produce una discriminación frente a las parejas de hecho homosexuales que no pueden adoptar [88].

Sin embargo, a ello se pueden realizar dos observaciones. En primer lugar, no parece posible que la Disposición Adicional Tercera de la Ley 21/1987 se haya derogado por la Ley 13/2005, puesto que ambas se refieren a dos situaciones distintas: la Ley 21/1987 reformaba la adopción, y como en ella, en principio sólo se permitía la adopción por parejas matrimoniales heterosexuales (salvo la excepción del artículo 178, 2, 2º), la Disposición Adicional Tercera extiende dicha posibilidad a las parejas de hecho heterosexuales, teniendo en cuenta que en ese momento no se habían publicado todavía las leyes autonómicas de parejas de hecho, y fue un avance legislativo al contemplar la realidad social puesta de manifiesto en nuestros Tribunales; la Ley 13/ 2005 reforma el matrimonio para posibilitar éste a las parejas del mismo sexo, e indirectamente la adopción referida a las parejas matrimoniales para posibilitarles la misma a las parejas del mismo sexo; pero no realiza una reforma de la adopción en su conjunto (que en mi opinión quizá hubiera sido lo aconsejable también, como señalaré más adelante), y no se refiere por ello a la adopción de las parejas de hecho, puesto que éstas están reguladas en otro lugar (aunque esto no significa que no debiera haber hecho alusión también a esta situación). En segundo lugar, quizá puede pensarse que el resultado de tal reforma dé lugar a la discriminación de las parejas de hecho homosexuales en punto a la adopción en relación a las parejas matrimoniales homosexuales; sin embargo, hay que tener presente que esa discriminación se encuentra ya en el propio ámbito de la legislación autonómica, pues no en todas las leyes autonómicas se permite la adopción por parejas de hecho homosexuales, y no todas las Comunidades Autónomas tienen legislación en relación a las parejas de hecho; por lo que nos encontramos ante una situación en el ámbito de las parejas de hecho muy dispar; probablemente lo que falte sea una ley básica de unificación de criterios en relación a la regulación de las parejas de hecho.

[88] Entre los varios autores que han señalado esta circunstancia, véase concretamente VALLÉS AMORES, Mª. L., *Modificación del Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio*, en «Revista de derecho de familia», 2005 (28), págs. 57-64.

Cabe recordar que se reconoce el derecho de adopción conjunta a parejas del mismo sexo en las siguientes Comunidades Autónomas [89].

En la *Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, de Navarra, para la igualdad jurídica de las parejas estables,* el artículo 8 establece: «1. Los miembros de la pareja estable podrán adoptar de forma conjunta con iguales derechos y deberes que las parejas unidas por matrimonio», que no distingue entre parejas del mismo o distinto sexo.

En base a este precepto, se pronunció el Auto del Juzgado de Primera Instancia de Familia de Pamplona de 22 de enero de 2004, en el que se concedió la adopción a una mujer, pareja estable de otra que tenía dos hijas biológicas nacidas por la aplicación de las Técnicas de Reproducción Asistida, en base a la posibilidad de adoptar las parejas estables, con independencia de su orientación sexual, que concede el citado artículo 8 de la *Ley Foral 6/2000,* y a los informes emitidos por los peritos correspondientes sobre las condiciones favorables de desarrollo de las menores en el entorno familiar propiciado por la pareja demandante [90].

En la *Ley 2/2003, de 7 de mayo, del País Vasco, reguladora de las parejas de hecho,* también se concede dicha adopción, en el artículo 8, en el que se establece: «1. Los miembros de parejas formadas por personas del mismo sexo podrán adoptar de forma conjunta con iguales derechos y deberes que la parejas formadas por dos personas de distinto sexo y que las parejas unidas por matrimonio.- 2. La hija o hijo adoptivo o biológico de una de las partes de la pareja tendrá derecho a ser adoptado por la otra parte» [91].

En base a este precepto también se han concedido dichas adopciones a parejas de hecho de mujeres que querían adoptar a los hijos biológicos de una de ellas en sendos Autos de los Juzgados de Primera Instancia de Euskadi de 21 de febrero y 22 de marzo de 2005, atendiendo igualmente a los informes favorables emitidos sobre dichas parejas. Este segundo Auto

---

[89] Véase el estudio sobre la adopción por parejas homosexuales de HUALDE SÁNCHEZ, J.J., *La adopción por parejas del mismo sexo,* en «Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo», cit., págs. 271-316, donde analiza la normativa correspondiente en las leyes de Navarra, País Vasco, Aragón y Cataluña; MOLINER NAVARRO, R.Mª., *La Ley navarra de parejas estables no casadas,* en «Curso de Derecho civil Valenciano», Valencia, 2001, págs. 325-369.

[90] GARCÍA RUBIO, Mª P., realiza un estudio sobre este Auto en *La adopción por y en parejas homosexuales,* «Homenaje al Profesor Lluis Puig i Ferriol», vol. II, Valencia, 2006, págs. 1393-1412.

[91] HUALDE, *ob. cit.,* pág. 308, crítica la redacción de este precepto por considerarlo confuso.

tiene el interés de que aborda la cuestión de los apellidos, cuestión, como se verá más adelante, no regulada para la adopción de parejas del mismo sexo. En dicho Auto, y aplicando el artículo 56 de la Ley del Registro civil, se establece que el menor llevará como primer apellido el que corresponde a la filiación biológica, y como segundo, el que le corresponde por su filiación adoptiva.

En la *Ley 2/2004, de 3 de mayo, de modificación de la Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas,* de la Comunidad Autónoma de Aragón, se señala que «El objetivo de esta Ley es eliminar la discriminación que en materia de adopciones todavía existe para las parejas estables no heterosexuales», por lo que modifica el artículo 10 de la misma que establece: «Las parejas estables no casadas podrán adoptar conjuntamente».

En la *Ley 3/2005, de 8 de abril, de modificación de la Ley 9/1998, del Código de Familia, de la Ley 10/1998, de uniones estables de pareja, y de la Ley 40/1991, del Código de Sucesiones por causa de muerte en el Derecho civil de Cataluña,* en materia de adopción y tutela, modifica el artículo 115, apartado 2, que dispone actualmente: «2. Solo se admite la adopción por más de una persona en el caso de los cónyuges o de las parejas que conviven con carácter estable. - En tales casos, es suficiente que una de las personas que adopta haya cumplido veinticinco años». No distingue tampoco entre parejas del mismo o distinto sexo, regula las situaciones de adopción de menores desamparados y la adopción de los hijos de la pareja. En cuanto a la primera situación, la Ley justifica en su Preámbulo dicha posibilidad «en el marco de lo que dispone la Resolución del Parlamento Europeo de 4 de septiembre de 2003, sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea, la cual reitera en este punto la Resolución de 8 de febrero de 1994, sobre la igualdad de los derechos de los gays y las lesbianas en la Comunidad Europea, que insta a los estados miembros a velar por la aplicación del principio de igualdad de trato, con independencia de la orientación sexual de las personas interesadas, en todas las disposiciones jurídicas y dministrativas», añadiendo que «La presente ley parte de la base de que lo mejor para el interés del menor solo puede determinarse cuidadosamente en cada adopción concreta, y que no debe hacerse depender, apriorísticamente, de la orientación sexual de los solicitantes. Nadie tiene, de forma automática, el derecho a adoptar, sino que existen personas o familias idóneas para la adopción. Lo que hace esta ley es equiparar a las personas homosexuales que conviven more uxorio con los convivientes heterosexuales, y les reconoce el derecho a ser valorados como posibles padres o madres adoptivos. En fin, lo que es preciso

asegurar en toda adopción, sea cual sea la orientación sexual de quienes adoptan, es el superior interés del menor, lo cual corresponde a los poderes públicos competentes en materia de protección de menores desamparados y, en definitiva, corresponde a la autoridad judicial examinar, caso por caso, si cada solicitud concreta se adecua o no a dicho interés». En cuanto a la segunda opción, ésta se explica porque «se pretende legalizar la situación de hecho en la que el hijo o hija tiene dos madres o dos padres, es decir, la adopción se plantea, potencialmente, como la mejor forma de reconocer el vínculo existente con el menor y, al mismo tiempo, como un instrumento adecuado para que, en su interés, puedan hacerse efectivos las responsabilidades y los derechos legales, y resolver, en el marco del derecho de familia, cualquier tipo de problema que pueda surgir posteriormente en relación con el menor. De este modo, la ley permite dar cobertura legal a una realidad emocional: la de estos menores con dos padres o dos madres» [92]. En la reforma del Código de familia de Cataluña, también se hace referencia a la cuestión de los apellidos que puede ostentar el adoptado por una pareja del mismo sexo; el artículo 128 señala que si la adopción es conjunta, el orden de los apellidos los establecerán los adoptantes de mutuo acuerdo y a falta de acuerdo, el juez, dentro del procedimiento de adopción; y si se adopta al hijo de la pareja, se aplica igual solución.

Por último, en la *Ley 1/2005, de 16 de mayo, de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Cantabria,* en cuyo artículo 11, 1, se dispone: «La pareja de hecho podrá acoger y adoptar con iguales derechos y deberes que las parejas unidas por matrimonio de acuerdo con la legislación aplicable». Tampoco se distingue el sexo de las parejas, por lo que parece que permite la adopción por parejas del mismo sexo.

También en el Derecho civil de Galicia, la *Disposición Adicional Tercera, redactada por el artículo único de la Ley 10/2007, de 28 junio,* que reforma dicha disposición de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia, hace extensible el régimen jurídico de dicho Derecho a las parejas del mismo sexo, por lo que dichas parejas tienen la posibilidad de adoptar.

Por otro lado, en la Ley 1/2001, de 6 de abril, por la que se regulan las uniones de hecho en la Comunidad Autónoma de Valencia no se regula la adopción de las parejas de hecho. Sin embargo, en la *Ley 7/1994, de 5 de diciembre, de la Infancia,* su artículo 28 dispone que: «La adopción se regirá, en cuanto a su constitución y efectos, por lo que dispone la legisla-

[92] Esta Ley provoca también la reforma del Código de familia de Cataluña. Véase HUALDE, *ob. cit.*, págs. 313-314.

ción civil del Estado. La propuesta previa que, en su caso, deba realizar la Generalidad Valenciana, será formulada por el Consejo de Adopción, cuya organización y funciones se desarrollarán reglamentariamente atendiendo al supremo interés del niño y la niña. No será en ningún caso considerada una medida discriminatoria para conceder una adopción, el tipo de núcleo de convivencia familiar por el que hayan optado libremente aquéllos o aquéllas que soliciten la adopción». Se ha entendido que esta norma, dictada después de la Ley de Adopción de 1987 y de la Resolución del Parlamento Europeo de 8 de febrero de 1004, admite la posibilidad de adopción por las parejas del mismo sexo [93].

No obstante, la adopción por parejas del mismo sexo ha sido criticada duramente por un sector de la sociedad y de la doctrina científica [94].

En nuestro derecho, la adopción ha sido una de las instituciones que más reformas ha sufrido. De las últimas modificaciones realizadas por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre y por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, se desprende que la adopción se configura como un instrumento de protección del menor (de hecho el Capítulo V del Código civil lleva la rúbrica «De la adopción y otras formas de protección de menores»).

Esto se manifiesta en uno de los preceptos claves del régimen de la adopción en el Código civil, el artículo 176, que en su número 1 establece: «La adopción se constituye por resolución judicial, que tendrá en cuenta siempre el interés del adoptando y la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad». En nuestro Derecho la adopción ha pasado de ser un negocio jurídico realizado entre las partes implicadas a ser un acto judicial, rodeado de todas las garantías objetivas posibles.

Y los dos requisitos fundamentales, entre otros muchos requisitos que exigen el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento civil, para que el juez pueda conceder una adopción son el *interés del menor y la idoneidad de los adoptantes.* Por lo que la doctrina entiende que no existe un *derecho a*

---

[93] Sin embargo, se ha puesto en duda esta interpretación por razón de la competencia legislativa. Véase PLAZA PENEDÉS, J., TAMAYO CARMONA, J.A., *Artículo 28 de la Ley autonómica valenciana 7/1994, de la infancia, y sus repercusiones en materia de adopción por los posibles integrantes de una unión de hecho,* en «IX Jornades Jurídiques. Uniones de hecho», (J.M. MARTINELL Y M.T. ARECES, eds.), Universidat de Lleida, 1998, pág. 410.

[94] Hay que recordar que en el Dictamen del Consejo de Estado se aconsejaba que la adopción se regulara en una ley *ad hoc,* y el Estudio del Consejo General del Poder Judicial se pronunció en contra de la adopción por parejas del mismo sexo.

adoptar [95]; existe un derecho a tener la posibilidad de poder adoptar; pero es claro que la adopción no se da en beneficio de los adoptantes, sino del adoptado, que es el menor.

Estos dos requisitos se han puesto en duda en relación a la adopción por parejas del mismo sexo.

Los argumentos que se han utilizado en contra de la adopción por parejas del mismo sexo son en esencia los siguientes [96].

En primer lugar se señala que las uniones entre personas del mismo sexo son más inestables que las uniones entre personas heterosexuales y que las personas homosexuales son más promiscuas que las heterosexuales. Dicho argumento se basa en los estudios estadísticos llevados a cabo en distintos países [97].

En segundo lugar, se cuestiona la idoneidad de las parejas homosexuales para educar y socializar adecuadamente a los menores. Señalando que la estructura de los hogares homosexuales pone en peligro a los menores adoptados, produciéndose índices más altos de depresión infantil, maltrato y abandono, que la inestabilidad de la unión homosexual produce un cambio más abundante de hogar, y que priva al menor de contribuciones positivas vitalmente necesarias para su desarrollo, que sí están presentes en los hogares heterosexuales [98].

---

[95] Cfr. entre otros, CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, *ob. cit.*, pág. 54; GAVIDIA SÁNCHEZ, *Las uniones libres en la Ley Foral de Navarra de Parejas Estables*, «Actualidad civil», 2001-2, pág. 628; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *La adopción conjunta por matrimonios homosexuales: el efecto indirecto (pero querido) de una reforma matrimonial*,«Revista de Derecho Privado», núm. 9, 2007, págs. 10-11; TALAVERA FERNÁNEZ, P., *El matrimonio entre personas del mismo sexo frente a la adopción*, en «Matrimonio y adopción entre personas del mismo sexo», (Alventosa del Rio, J., dir.), Cuadernos de Derecho judicial, CGPJ, XXVI, Madrid, 2006, págs. 433 y sigs.

[96] Recoge algunos de los argumentos MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *ob. cit.*, págs. 14 y sigs., que señalo en esta exposición.

[97] Entre estos estudios destaca MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *ob. cit.*, págs. 14-16, y notas 26 a 29, la primera Encuesta Nacional sobre hábitos sexuales del colectivo gay realizada en España, publicada en el Diario *El Mundo* el 27 de junio de 2002; en Holanda, publicado en *Aceprensa*, servicio 77/2004, pág. 4; en Suecia y Noruega, en Anderson, Noack, Seterstad, Weedon-Fekjaer, en *Divorce-risk Patterns in Same-Sex `mariages´ in Norway and Sweden;* y Estados Unidos, en T.J. Dailey, *Comparing the lifestyles of homosexuals couples to married couples*, marzo de 2005.

[98] Así lo recoge MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *ob. cit.*, págs. 16-18, aún reconociendo que el debate entre los psicólogos, psiquiatras y pedíatras es muy intenso y que no se ponen de acuerdo, y reconociendo que no existen estudios definitivos al respecto. No obstante cita algunos autores y estudios que defienden esta postura; entre ellos, FONTANA ABAD, *La diferencia como favor constitutivo de la identidad personal: un estudio acerca de la adopción por parejas homosexuales*, en VV.AA, «La reforma del modelo de familia en el Código civil español», Granada,

En tercer lugar, se considera que la afirmación de que es mejor que un menor sea adoptado por una pareja de homosexuales que permanecer en un centro de acogida [99], vulneraría el requisito de idoneidad y de interés del menor, recogido en el citado artículo 176 del Código civil [100].

En cuarto lugar, frente a la afirmación de que la adopción conjunta proporciona mayor seguridad al adoptado en caso de fallecimiento de uno de los miembros de la pareja [101], se señala que esta situación podría también solucionarse con otro tipo de medidas y que, además, pueden ser mayores los perjuicios derivados de la inestabilidad de la pareja homosexual [102].

En quinto lugar, se estima que el vínculo de la adopción se equipara al vínculo biológico que le sirve de modelo, de manera que se podría decir que la adopción imita a la naturaleza, que trata de instaurar un vínculo de filiación que dé solución definitiva a la situación de un menor necesitado de protección a través de la patria potestad, de modo que el vínculo adoptivo debe encajar en la estructura propia de la relación natural, lo cual no se da en la adopción por parejas del mismo sexo [103].

En sexto lugar, se afirma que existe un derecho del hijo a ser cuidado y educado por su padre y por su madre, y un derecho de los padres biológicos a hacerse cargo del cuidado y educación de sus hijos, de tal manera que sólo se verán privados de tal derecho si se demuestra que hay causas para la privación de la patria potestad. Por el contrario, en la adopción por parejas adoptantes del mismo sexo ese derecho no existe de entrada, pues-

---

2005, págs. 28 y sigs.; FONTANA, MARTÍNEZ Y ROMEU, *No es igual. Informe sobre el desarrollo infantil en parejas del mismo sexo, en donde se ponen de relieve los defectos metodológicos de los estudios realizados a favor de la adopción por parejas del mismo sexo.* En el mismo sentido, DE MIGUEL, A., VALCARCE, M., *Homosexualidad y adopción: importancia de la adquisición de una identidad solida,* en «Papeles del Psicólogo», núm. 62, junio 1995, quienes estiman que la presencia del padre y de la madre «es definitiva para el logro de una identidad sexual (naturalmente no es imprescindible que estas figuras sean los padres biológicos)»; SEVILLA BUJALANCE, J.L., *Adopción, Parejas de hecho y Homosexualidad,* en «Derecho y Opinión», núms. 3-4, 1995-1996, págs. 122-123; PINTÓ RUÍZ, *La reforma del Códigocivil…, cit.,* pág. 581.

[99] Defendida esta idea por SABATER BAYLE, E., *La adopción en el Derecho de Navarra,* en la obra «Homenaje al Profesor Lluis Puig i Ferriol», vol. II, Valencia, 2006, pag. 2188.

[100] MARTÍNEZ AGUIRRE, *ob. cit.,* págs. 18-19.

[101] Así, GARCÍA RUBO, *La adopción por y en parejas homosexuales, cit.,* pág. 1406.

[102] MARTÍNEZAGUIRRE, *ob. cit.,* pág. 19.

[103] Postura que defiende con argumentación más amplia, MARTÍNEZ AGUIRRE, *ob. cit.,* págs. 20-26, y en *La adopción, entre los derechos del adoptado y los intereses de los adoptantes,* en la obra colectiva POLAINO, SOBRINO y RODRÍGUEZ, «Adopción: aspectos psicopedagógicos y marco jurídico», Barcelona, 2001, págs. 177 y sigs.

to que lo que hay que demostrar para conceder la adopción es la idoneidad de los adoptantes; no existe como punto de partida un derecho a cuidar y a educar al niño de cuya adopción se trata ni a ningún otro [104].

En séptimo lugar, se señala que la ley quiere conceder legalmente el estatus de padres a quienes no pueden serlo por naturaleza y desean a toda costa tener un hijo [105], satisfaciéndose de esa manera el interés de los adoptantes antes que el interés del menor.

También se ha señalado que el adoptado es un menor indefenso, sin capacidad de ejercicio, sin poder defenderse, ni medir ni juzgar la trascendencia de los actos, por lo que hubiera merecido mayor protección [106].

Por último, se estima que la concesión de la adopción a las parejas del mismo sexo no es una cuestión de discriminación por razón de orientación sexual, sino de idoneidad para la adopción [107].

Frente a estas argumentaciones, se han esgrimido otras, entre las que se pueden señalar las siguientes.

En primer lugar, frente al argumento de la mayor inestabilidad y promiscuidad de las parejas del mismo sexo frente a las parejas heterosexuales, existen otros estudios estadísticos que indican que un número importante de parejas del mismo sexo mantienen relaciones comprometidas y que las relaciones disfuncionales o de bienestar y estabilidad en parejas del mismo y de distinto sexo son equivalentes [108].

---

[104] Así lo señala MARTÍNEZ AGUIRRE, *ob. cit.*, págs. 26-27.

[105] MARTÍNEZ AGUIRRE, *ob. cit.*, págs. 25-26.

[106] Así, PINTÓ RUÍZ, *La reforma del Código civil…*, *cit.*, pág. 538.

[107] Defienden esta postura LINACERO DE LA FUENTE, M., *Leyes de familia y Constitución: Ley 13/2005, de 1 de julio y Ley 15/2005, de 8 de julio*, «Revista de Derecho Privado», 2006, pág. 51; MARTÍNEZ AGUIRRE, *ob. cit.*, págs. 27 y sigs., y en *La adopción, entre los derechos del adoptado y los intereses de los adoptantes*, *cit.*, pág. 188; TALAVERA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, pág. 434.

[108] Entre ellos cabe citar la *Resolución sobre orientación sexual y matrimonio, Adoptada por el Consejo de Representantes de la Asociación Americana de Psicología (American Psychological Association, APA)*, en Julio 2004, ya citada, en la que se afirma: «La investigación indica que muchos hombres gay y lesbianas desean y mantienen relaciones comprometidas. Por ejemplo, los datos de encuestas indican que entre 40% y 60% de hombres gay y entre 45% y 80% de lesbianas están actualmente involucrados en una relación romántica (e.g., Bradford, Ryan, & Rothblum, 1994; Falkner & Garber, 2002; Morris, Balsam, & Rothblum, 2002). Además, los datos del Censo Estadounidense de 2000 (United States Census Bureau, 2000) indican que de los 5.5 millones de parejas que vivían juntos pero no casadas, cerca de 1 en 9 (594.391) tenían compañeros del mismo sexo. Aunque los datos del Censo casi con certeza subestimen el número real de parejas del mismo sexo en cohabitación, indican que un hombre propietario y su compañero

En segundo lugar, en relación a la idoneidad de las parejas del mismo sexo para educar y socializar adecuadamente a los menores, es cierto que no existen estudios definitivos sobre esta materia. Frente a los estudios citados que señalan los posibles perjuicios que pueden derivar para los menores, también se afirma en otros estudios que los resultados de la investigación sugieren que el desarrollo, el ajuste y el bienestar de los hijos de padres lesbianas y gays no se diferencian marcadamente de los de los niños con padres heterosexuales [109].

---

encabezaban 301.026 hogares y que una mujer propietaria y su compañera encabezaban 293.365 hogares», y también «Una segunda preocupación es que las relaciones de hombres gay y de lesbianas son inestables. Sin embargo, la investigación indica que, a pesar de un clima algo hostil que se desarrolla en las relaciones del mismo sexo, muchas lesbianas y hombres gay han formado relaciones duraderas. Por ejemplo, los datos de encuesta indican que entre 18% y 28% de parejas gay y entre 8% y 21% de parejas lesbianas han vivido juntos 10 o más años (por ejemplo, Blumstein & Schwartz, 1983; Bryant & Demian, 1994; Falkner & Garber, 2002; Kurdek, 2003). Los investigadores (por ejemplo, Kurdek, en prensa) también han especulado que la estabilidad de parejas del mismo sexo aumentaría si sus integrantes disfrutaran del mismo nivel de apoyo social y reconocimiento público de sus relaciones que los de las parejas heterosexuales.- Una tercera preocupación es que los procesos que influyen en el bienestar y la permanencia de las relaciones de personas gay y lesbianas son diferentes a los que afectan a las relaciones de personas heterosexuales. De hecho, la investigación ha encontrado que los factores que predicen satisfacción en la relación, compromiso en la relación y estabilidad en la relación son notablemente semejantes entre las parejas del mismo sexo que cohabitan y las parejas casadas heterosexuales (Kurdek, 2001, en prensa)»; remitimos a la bibliografía allí citada.

[109] Entre estos estudios hay que señalar en primer lugar la *Resolución sobre orientación sexual, padres y niños, Adoptada por el Consejo de Representantes de la Asociación Americana de Psicología (American Psychological Association*, APA), en Julio 2004, en la que se afirma: «Los resultados de la investigación científica social han fracasado en confirmar estas preocupaciones sobre los hijos de padres lesbianas y gays (Patterson, 2000, 2004); Perrin, 2002; Tasker, 1999). La investigación sugiere que las identidades (incluyendo la identidad de género, el comportamiento o rol de género y la orientación sexual) se desarrolla igual entre los hijos de madres lesbianas y los padres heterosexuales (Patterson, 2004a). Igualmente, los estudios de los otros aspectos del desarrollo personal (incluyendo la personalidad, el autoconcepto y la conducta) revelan pocas diferencias entre los hijos de madres lesbianas y de padres heterosexuales (Perrin, 2002; Stacey & Biblarz, 2001; Tasker, 1999). Sin embargo, en relación con estas preocupaciones, se dispone de pocos datos sobre los hijos de padres gays (Patterson, 2004b). La evidencia también sugiere que los hijos de padres lesbianas y gays tienen relaciones sociales normales con pares y adultos (Patterson, 2000, 2004); Perrin, 2002; Stacey & Biblarz, 2001; Tasker, 1999; Tasker & Golombok, 1997). El retrato que emerge de la investigación es uno de compromiso general en la vida social con pares, padres, parientes y amigos. Los miedos sobre hijos de padres lesbianas y gays siendo abusados por adultos, condenados al ostracismo por sus pares o aislados en comunidades homosexuales no han recibido ningún apoyo científico». Por ello y considerando, entre otras cosas, que la APA apoya la política y la legislación que promueven los entornos seguros, estables y cariñosos para todos los niños (DeLeon, 1993, 1995; Fox, 1991; Levant, 2000), que la discriminación de los padres lesbianas y gays priva a los niños de los beneficios, derechos y privilegios disfrutados

por los niños de parejas casadas heterosexuales; que no hay ninguna evidencia de que la eficacia en ser padre esté relacionada con la orientación sexual: los padres lesbianas y gays son tan capaces de proporcionar un ambiente de apoyo y sano para sus hijos que los padres heterosexuales (Patterson, 2000, 2004; Perrin, 2002; Tasker, 1999); que la investigación ha demostrado que el ajuste, el desarrollo y el bienestar psicológico de los niños no están relacionados con la orientación sexual de los padres, y que los hijos de padres gays y lesbianas son tan capaces de progresar que los de padres heterosexuales (Patterson, 2004; Perrin, 2002; Stacey & Biblarz, 2001), resuelve, entre otras cosas, que la APA se opone a cualquiera discriminación basada en la orientación sexual en asuntos de adopción, custodia de los hijos, régimen de visitas, familias acogedoras y servicios de salud reproductiva; que la APA apoya la protección de las relaciones entre padres e hijos a través de la legalización de la adopción en común y la adopción por segundos padres de niños criados por parejas del mismo sexo; y que la APA tiene un papel líder en oponerse a toda discriminación basada en la orientación sexual en asuntos de adopción, custodia de los hijos, régimen de visitas, familias acogedoras y servicios de salud reproductiva». Otros organismos también se han decantado en este sentido; así, entre otros, la America Academy of Child and Adolescent Psychiatric en 1999, la America Academy of Pediatrics en 2002, la American Academy of Family Physicians en 2002, la American Medical Association en 2004 y la American Anthropological Association en 2004. En España, se han decantado por la posibilidad de adopción por parejas del mismo sexo, el Colegio Oficial de Psicólogos en 2004 y La Federación Española de Sociedades de Sexología en 2005. A ello hay que añadir los estudios que se han realizado en España. Por un lado, el estudio realizado por la Universidad de Sevilla y la Oficina del Defensor del Menor de GONZÁLEZ, Mª del M., LÓPEZ, F., *Familias homoparentales y adopción conjunta: entre la realidad y el prejuicio*, que puede consultarse en «Matrimonio y adopción entre personas del mismo sexo», (Alventosa del Rio, J., dir.), Cuadernos de Derecho judicial, CGPJ, XXVI, Madrid, 2006, págs 451-476, en el que estudiaron 28 familias homoparentales, de las cuales 18 tenían hijos biológicos procedentes de uniones heterosexuales anteriores, cinco tenían hijos derivados de la aplicación de las TRA, y cinco habían sido adoptados por uno de los componentes de la pareja; en esas familiar, la mayor parte de ellas gozaban de una buena relación entre sus miembros y con la sociedad; por otro lado, el estudio realizado por FRÍAS NAVARRO, Mª D., *Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo: resultados de la investigación psicológica*, en «Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo», cit., págs. 491-517, quien señala que los estudios realizados hasta ahora indican que la variable orientación sexual de los padres no es un predictor de desajuste familiar; sin embargo, los autores de ambos estudios coinciden en apuntar que se necesita la elaboración de estudios rigurosos que incluyan todas las variables que la investigación señala que tienen relación con el ajuste familiar. Véase la revisión de la literatura al respecto en FRÍAS, Mª D., PASCUAL, J., MONTERDE, H., en *Familia y diversidad: hijos de padres homosexuales, «Interpsiquis», 2003, y en Hijos de padres homosexuales: Qué les diferencia*, «Interpsiquis», 2004, y también la realizada por PEDREIRA MASSA, J.L., RODRÍGUEZ PIEDRA, R., SEOANE LAGO A., *Parentalidad y homosexualidad*, en la página web www.felgt.org, en el que concluyen que «La estructura y el funcionamiento familiar se encuentra en proceso de cambio rápido y contínuo, con mucho dinamismo. La aparición de los nuevos sistemas familiares contrastan con el descenso de la natalidad, sobre todo en España», y advierten que «Los instrumentos de evaluación, sobre todo los destinados a la certificación de idoneidad para la adopción, que se utilicen deberán adaptarse a esta nueva realidad que se nos presenta, ya que los convencionales aportan una información sesgada y una evaluación predeterminada a un modelo familiar y de vida que puede no estar en consonancia con lo que pretende evaluarse». Véase también PORTUGAL FER-

En tercer lugar, no resulta impreciso señalar que la adopción equipara la adopción al vínculo biológico o a la filiación biológica [110]. De hecho se quiere que un menor se integre en una familia completamente, hasta el punto de que el artículo 108, párrafo segundo, del Código civil equipara la familia natural, matrimonial y no matrimonial, y la adoptiva en efectos, y que el artículo 178 del mismo Código establece que la adopción produce la extinción de los vínculos jurídicos, salvo las excepciones señaladas en el mismo, entre el adoptado y su familia. Ese integrarse completamente en la familia presupone concederle todos los derechos derivados de la filiación: derecho al apellido, derecho a los cuidados y atención derivados de la relación paterno-filial (arts. 154 y sigs.), derecho a los alimentos (arts. 142 y sigs.), y derechos sucesorios (tanto legitimarios como ab intestato). Es decir, se trata de procurar una cobertura humana, social y jurídica como la que tendría un hijo biológico. Dicha cobertura tan completa no se puede obtener a través de otro instituto jurídico distinto a la adopción, ni a través del acogimiento ni de la tutela. Y esa cobertura tanto la pueden proporcionar parejas de distinto sexo como del mismo sexo. La única duda que se suscita se produce en el elemento de idoneidad personal de la pareja homosexual, que es el

---

NÁNDEZ, R., ARAÚXO VILAR, A., *Aportaciones desde la salud mental a la teoría de la adopción por parejas homosexuales,* en «Avances en salud mental Relacional», Órgano oficial de expresión de la Fundación OMIE, Revista Internacional On-line, vol. 3, núm. 2, julio 2004, y PÉREZ CÁNOVAS, N., *El matrimonio homosexual, cit.,* nota 25. De otro lado, se ha señalado que este argumento no se utiliza cuando se trata de la adopción unipersonal cuando la persona es homosexual o transexual; así lo advierten CADORET, A., *Padres como los demás. Homosexualidad y parentesco,* Barcelona, 2003, pág. 102 y MURILLO MUÑOZ, *ob. cit,* pág. 312. También pueden consultarse los informes elaborados por las propias asociaciones LGTB: COMISIÓN DE EDUCACIÓN COGAM, *Familias de hecho. Informe sobre la realidad social de las familias formadas por lesbianas, gays y sus hijos,* 2000, www.cogam.org; MINOT, L. A., *Ser madres, ser padres y los derechos de las personas lesbianas, gays, bisexuales, trangénero, sus hijas e hijos,* Informe de la Comisión Internacional de los Derechos Humanos para Gays y Lesbianas, EE.UU., 2000.

[110] En contra de este argumento se pronuncia TALAVERA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, págs. 422-425, para el que plantear que la adopción debe recrear la filiación biológica «no responde plenamente al modo en que la institución continúa plasmada en el Derecho. Por consiguiente, no puede afirmarse, con base en este argumento, que la adopción requiera intrínsecamente, para el establecimiento del vínculo jurídico de la filiación adoptiva, el concurso de una pareja heterosexual que provea al menor de un padre y una medre», en base, además, en la existencia de la posibilidad de la adopción unipersonal. Señala también el autor que a efectos de la adopción, en principio, y teniendo en cuenta la evolución del concepto de familia, las manifestaciones del TC y el reconocimiento de las parejas del mismo sexo, «no parece incompatible con la finalidad de insertar al menor en una familia, la posibilidad de que ésta esté formada por una pareja del mismo sexo. En consecuencia, tampoco sería éste un argumento válido para excluir a priori a la pareja homosexual de entre los sujetos aptos para la adopción conjunta» (págs.426-428).

argumento examinado en el apartado anterior, y ya se ha observado que las posturas doctrinales de distintas disciplinas científicas en ese punto difieren.

En cuarto lugar, en referencia a que el derecho a hacerse cargo del cuidado y atención de los hijos difiere en parejas biológicas y parejas adoptivas, teniendo en cuenta el argumento técnico de que ese derecho existe de manera previa en la filiación biológica y de manera posterior en la filiación adoptiva, es cierto; pero tal diferencia se produce aún cuando las parejas adoptantes sean heterosexuales. Por tanto este argumento no parece servir para descalificar la adopción por parejas homosexuales.

En quinto lugar, frente a la idea de que la ley ha concedido a las parejas homosexuales la satisfacción de su deseo de ser padres porque no pueden serlo de modo natural, cabe realizar dos observaciones. La primera, que las personas homosexuales pueden ser padres o madres de manera natural o biológica, y de hecho hay personas homosexuales que tienen hijos de relaciones heterosexuales; es evidente que en el seno de la pareja homosexual no se puede dar esta consecuencia. La segunda, que las parejas heterosexuales desean adoptar habitualmente porque no pueden tener hijos de forma natural, y a veces ni siquiera recurriendo a las Técnicas de Reproducción Asistida; por lo que la ley también satisface su deseo de tener hijos cuando no pueden tenerlos. En esta situación hay, pues, una equiparación entre parejas heterosexuales y homosexuales.

Por último, frente al argumento de que la concesión de la adopción a las parejas del mismo sexo no es una cuestión de discriminación, sino de idoneidad de la pareja, se puede señalar que efectivamente esta afirmación es cierta [111]. Lo que puede resultar discriminatorio entre parejas del mismo

[111] En este sentido hay que recordar la sentencia del TEDH de 26 de febrero de 2002 (caso *Fretté*), ya citada, en la que se contemplaba el supuesto de denegación por el Estado francés de la adopción a un soltero homosexual porque a la vista de sus condiciones de vida y a pesar de sus cualidades humanas y educativas, no ofrecía garantías suficientes en el ámbito familiar, educativo y psicológica para acoger a un niño adoptado. Aún reconociendo que no cabe discriminación por orientación sexual, el TEDH concluye, en este punto, la ausencia total de consenso acerca de la oportunidad de permitir a un soltero homosexual adoptar a un niño, por lo que esto debe conducir a reconocer a los Estados un margen amplio de apreciación, afirmando que no es su función sustituir a las autoridades nacionales, e imponiendo una solución única. Véanse los comentarios ya citados a esta sentencia de RUBIO TORRANO, E., *Adopción y homosexualidad*, en Aranzadi civil, núm. 1/2002, págs. 2163-2164, BIB 2002/76, y PULIDO QUECEDO, M., *Discriminación por razón de orientación sexual (El affaire Fretté c. Francia)*, «Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional», núm. 4/2002, BIB 2002/349. Un análisis crítico de esta sentencia realiza FLUITERS CASADO, en *Adopción por parejas del mismo sexo. Una perspectiva judicial*, en «Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo», cit., págs. 357-359, en donde estima que a la

y distinto sexo es que éstas tengan posibilidad de acceder a la adopción y aquéllas no. Y esta circunstancia es la que se ha tratado de evitar en la Ley 13/2005.

En mi opinión, el núcleo de la cuestión se encuentra en los requisitos fundamentales que exige el artículo 176 al juez para conceder la adopción: la idoneidad de los adoptantes y, sobre todo, el interés del menor [112]. Por lo que en definitiva va a ser el juez quien en cada caso concreto examinará tales circunstancias y concederá la adopción o no. Teniendo en cuenta, además, que el Código y la Ley de Enjuiciamiento establecen otros requisitos que deben cumplirse para que se apruebe una adopción, cuales son los consentimientos de adoptantes y adoptando (art. 177,1, C.c.), los asentimientos requeridos (art. 177,2, C.c.), el deber

---

hora de valorar dicha resolución y su valor vinculante para los Tribunales españoles, hay que tener en cuenta que de la misma no se desprende la imposibilidad de que otro Estado legisle o actúe de manera diferente al Consejo de Estado francés, además de que esta resolución se dictó cuando no existía el Tratado por el que se aprueba la Constitución Europea y sin vinculación al Tratado de Ámsterdam de 1997, de manera que se muestra conforme con el voto particular de tres de los siete magistrados que señalan que «a partir del momento en que el sistema jurídico concede un derecho, en este caso el derecho de toda persona a solicitar el consentimiento con vistas a la adopción, no puede, sin violar el artículo 14 del Convenio, concederlo de forma discriminatoria», y que «el rechazo de la solicitud de aprobación, basada únicamente en el motivo de su orientación sexual, constituye una violación del artículo 14 del Convenio».

[112] En el mismo sentido se manifiesta HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *Cambio revolucionario en una institución milenaria: del matrimonio heterosexual al matrimonio homosexual, cit.*, pág. 8, ya que la adopción por parejas del mismo sexo ya estaba permitida en la legislación de algunas Comunidades Autónomas, de manera que lo que debe prevalecer por encima de todo es el interés del menor, aunque piensa que, dado que la mayor parte de las adopciones actualmente son internacionales y en la mayoría de las leyes extranjeras no se permite dicha posibilidad, el número de dichas adopciones ha de ser forzosamente reducido. Ahora bien, el interés del menor es un concepto jurídicamente indeterminado. De igual manera, TALAVERA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, pág. 432, concluye que «conceptualmente, ninguno de los elementos básicos sobre los que se ha construido la institución jurídica de la adopción (establecimiento de una relación de filiación no biológica), ni de los argumentos que le han proporcionado su justificación última (adecuada protección del interés del menor), permite excluir *a priori*, de entre los sujetos que pueden establecerla, a una pareja de personas del mismo sexo», y añade, teniendo en cuenta el interés del menor y la ideoneidad del adoptante, que «el interés superior del menor y la finalidad protectora de la adopción son los principios que determinarán, al final, si la adopción solicitada se lleva a cabo» (pág. 434), aunque señala que atendiendo a los valores mayoritariamente vigentes en nuestra sociedad y en nuestra cultura se sigue considerando preferente y paradigmática la relación heterosexual, por lo que hay que entender que la integración de un menor estaría más adecuadamente garantizada en una pareja heterosexual; sin embargo, estima que la adecuada protección del interés del menor (menores homosexuales, por ejemplo) no debe excluir a priori la idoneidad de ningún modelo de familia (págs.440-443).

del juez de oír a las personas señaladas en el Código (art. 177,3, C.c.), y que se necesita, salvo concretas excepciones, la propuesta previa de la entidad pública a favor del adoptante o adoptantes que considere idóneos para la adopción (art. 179 C.c.) [113]. La idoneidad de los adoptantes y el interés del menor están por encima de las argumentaciones de que es mejor que el menor sea adoptado por una pareja, aunque ésta sea del mismo sexo, que estar en un lugar de acogida, o de que estará más protegido económicamente si es adoptado por una pareja, aunque ésta sea del mismo sexo. Tales argumentos decaen ante los dos requisitos exigidos en el citado artículo 176.

Se establecen, pues, toda una serie de garantías para que se produzca una adopción en interés del menor, sea concedida a parejas del mismo o distinto sexo. Por tanto, creo que hay que considerar que el interés del menor está bien protegido por la ley, tanto antes como después de la reforma: los adoptantes deben pasar primero el examen de la entidad pública y probar su idoneidad ante ella; luego tienen que presentarse ante el juez; el

---

[113] Observa LINACERO DE LA FUENTE, *Leyes de familia y Constitución: Ley 13/2005, de 1 de julio y Ley 15/2005*, de 8 de julio, *cit.*, pág. 50, que la legislación civil común, además de estos requisitos, no establece criterios concretos para resolver las solicitudes de adopción, a diferencia de las leyes autonómicas 6/1995 de Madrid, 4/1998 de La Rioja, 1/1995 de Asturias, 7/1995 de Islas Baleares, 37/1991 de Cataluña, 1/1997 de Canarias. Y con buen criterio señala que «En cualquier caso, se trata de una materia que excede del ámbito jurídico y en la que resulta necesario recabar la opinión e informes de la comunidad científica (médicos, psicólogos, educadores) sobre los efectos que para el menor implique tener `dos padres´ o dos `madres´ y carecer del referente paterno o materno». En el mismo sentido, MURILLO MUÑOZ, *ob. cit.*, pág. 313, y que también recoge en el estudio conjunto con J.A. RODRÍGUEZ, *Crónica legislativa de los países nórdicos*, en «Laicidad y Libertades. Escritos Jurídicos», núm. 3, 2003, pág. 642, estima que podrían establecerse en nuestro Derecho criterios para el reconocimiento de la idoneidad del adoptante siguiendo el modelo de la reforma sueca, que incluye entre los mismos la valoración social de la pareja, la aceptación en el entorno en el que viven de su condición de homosexual, la existencia de relaciones no limitadas a ambientes gays, la estabilidad de la pareja por la duración de la relación, es decir, su educación en un entorno tolerante y abierto en el seno de una familia homosexual. Por otro lado, señala SERRANO RUÍZ-CALDERÓN, *ob. cit.*, pág. 399, que en el derecho inglés, la Comisión que preparó la *Children Act de 1989*, recogió algunos de los criterios que podrían utilizarse en esta determinación: los deseos y sentimientos del niño, considerados a la luz de su edad y discernimiento, sus necesidades físicas, educativas y emocionales, el efecto probable de cualquier cambio de situación, su edad, sexo, ambiente y cualquier otra característica suya que el tribunal considere relevante, algún daño sufrido o riesgo de sufrirlo, capacidad de cada progenitor, o de la persona tomada en consideración para satisfacer las necesidades del menor y finalmente el rango de las facultades a disposición del tribunal, aunque entiende el autor que sería posible determinar el interés del menor de acuerdo con el telos del sujeto humano y en relación con los valores socialmente relevantes, y en relación con los derechos naturales de la familia.

juez debe recabar consentimientos, asentimientos y escuchar a todas las personas que señala el Código civil y oír a los peritos, y después de todo esto, aprobará, si le parece oportuno para el menor, la adopción. El trámite no parece fácil, desde luego. Así, pues, como señala algún autor, en la adopción nos encontramos «ante una cuestión de idoneidad y no se orientación sexual» [114]

A ello se debe añadir los datos que nos ofrece la realidad social.

En nuestro país, hay parejas del mismo sexo que en relaciones anteriores ya habían tenido hijos biológicos. Y se puede decir que unos serán buenos padres y otros no. Y que ello no dependerá de su orientación sexual, como no determina ésta la adecuada paternidad o maternidad en personas heterosexuales.

Por otro lado, existen parejas del mismo sexo que compartían ya la atención y cuidado de menores por haberse concedido la adopción a uno de ellos siendo soltero o soltera.

Por último, hay personas individuales que, con independencia de su orientación sexual, han recibido menores en adopción.

Situación especial es la relativa a los menores de edad homosexuales y transexuales. Estos sufren una discriminación muy específica. Estos menores sufren una doble discriminación, en el seno de su familia, pues muchas de ellas rechazan la condición de sus hijos, y en el sistema educativo. Algunas encuestas que se han llevado a cabo en diversos países indican que estos menores sufren acoso, abusos, insultos, ridiculización, marginación, incluso violencia física y sexual [115]. Quizá para estos menores la adopción o el acogimiento más idóneo sea precisamente una pareja del mismo sexo.

---

[114] TALAVERA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, pág. 449.

[115] Véase GENERELO LANASPA, J., *Aspectos educativos*, Ponencia en las Jornadas «Jóvenes y sexualidad: algunas situaciones de exclusión», Ed. Consejo de la juventud de España, Madrid, 2000, págs. 58-59, quien añade que «esta situación de abandono, de soledad, de angustia en la que crecen estos jóvenes les lleva, (esto está documentado en el dossier que publicó COGAM) a sufrir una tendencia a la marginalidad, a la prostitución, al abuso de drogas, al alcohol o al fracaso escolar. Y también, aunque parezca dramatizar demasiado, a un mayor riesgo de suicidio». Véase también la experiencia que exponen ESTEVA, I., GONZALO, M., YAHYADUI, R., DOMÍNGUEZ, M., BERGERO, T., GIRALDO, F., HERNANDO, V., SORIGUER, F., *Epidemiología de la transexualidad en Andalucía, atención especial al grupo de adolescentes*, «Cuadernos de medicina psicosomática y psiquiatría de enlace», núm. 78, 2006, págs. 65-70; y GODÁS SIESO, T., *Repercusiones personales, familiares, sociales y laborales de la transexualidad*, en la misma sede, págs. 21-23.

De otro lado, no ha surgido polémica en materia de adopción por transexuales. Dado que se admite la adopción unipersonal y la adopción por parejas del mismo sexo, nada impide que las personas transexuales puedan adoptar, que de hecho ya se han concedido adopciones a personas transexuales en nuestra sociedad [116].

Uno de los problemas que ha señalado la doctrina en punto a la adopción por las parejas del mismo sexo ha sido la cuestión de la adopción internacional, de por sí, ya muy compleja, por la concurrencia de normas internas y normas internacionales. Si el menor extranjero reside en España, será competencia de la jurisdicción española resolver la adopción, y a la misma pueden optar las parejas del mismo sexo. Si el menor extranjero tiene su residencia habitual fuera de España, o, aunque residiese en España, si no adquiriese en virtud de la adopción la nacionalidad española, se aplicará la ley nacional del menor; y en este último supuesto se puede recordar que no todos los países admiten la adopción por parejas del mismo sexo (Cfr. arts. 9, párr. 4 y 5, y 19,2, del C.c.) [117].

Por otra parte, admitido el matrimonio de personas del mismo sexo, y dado el tenor de la Disposición Adicional Tercera, nada obsta para que estas parejas tengan la posibilidad de optar al acogimiento familiar de menores de edad (arts. 173 y sigs. del C.c.).

Por otro lado, hay que recordar que se permite el acogimiento de menores en las Leyes de parejas de hecho de las Comunidades Autónomas de Navarra (art. 8), País Vasco (art. 7), Cataluña, Asturias (art. 8), Andalucía (art. 9), Extremadura (art. 8), Cantabria (art. 11), Galicia (arts. 16 y sigs.), mientras en las demás Comunidades no se permite.

4. El ejercicio de la tutela por personas homosexuales, transexuales y parejas del mismo sexo

En la Ley 13/2005 no se hace referencia a la posibilidad de acceder a la tutela las personas homosexuales, transexuales y parejas del mismo sexo.

---

[116] Sin embargo SEVILLA BUJALANCE, *ob. cit.*, pág. 123, señala por una parte, que en el ámbito de la pareja, al tener el aspecto e identidad de persona de distinto sexo a su cónyuge, parece que la situación para el menor sería más adecuada socialmente; pero, por otra parte, entiende que la situación de la persona transexual ya es compleja por si misma y su situación podría influir negativamente sobre el menor, por lo que considera que en beneficio del mismo, esta adopción debe evitarse en todo caso. Frente a esto cabe recordar los argumentos señalados anteriormente para la adopción por parejas homosexuales: debe preponderar el interés del menor y la idoneidad del adoptante.

[117] Véase PÉREZ CÁNOVAS, *El matrimonio homosexual, cit.*

Hay que recordar que los padres pueden nombrar tutor para sus hijos en testamento o en documento público notarial a cualquier persona, así como un sujeto, en previsión de ser incapacitado judicialmente en el futuro, puede designar tutor a quien considere oportuno (art. 223 del C.c.).

Por otra parte, el artículo 234 del Código civil establece que: «Para el nombramiento de tutor se preferirá: 1º. Al designado por el propio tutelado conforme al párrafo segundo del artículo 223.- 2º. Al cónyuge que conviva con el tutelado.- 3º. A los padres.- 4º. A la persona o personas designadas por éstos en sus disposiciones de última voluntad.- 5º. Al descendiente, ascendiente o hermano que designe el Juez». Añade el precepto que, excepcionalmente el Juez, en resolución motivada, podrá alterar el orden establecido en el párrafo anterior, si el beneficio del menor o el incapacitado lo exigiese. Además, el artículo 235 dispone que en defecto de las personas mencionadas en el artículo anterior, el Juez designará tutor a quien, por sus relaciones con el tutelado y en beneficio de éste, consideré más idóneo.

En el régimen jurídico de la tutela no se excluye a las personas por razón de su orientación sexual ni de su identidad de género. Y, por aplicación de la Disposición Adicional Tercera de la Ley 13/2005, cabe que el cónyuge de la pareja homosexual o transexual sea nombrado tutor, en virtud de lo que dispone el número 3º del citado artículo 234.

Además, el Código establece que las funciones tutelares constituyen un deber, y que se ejercitarán en beneficio del tutelado, por lo que estarán salvo la salvaguarda de la autoridad judicial (art. 216 del C.c.). El Juez constituirá la tutela, previa audiencia de los parientes más próximos, de las personas que considere oportuno, y, en todo caso, del tutelado si tuviere suficiente juicio y siempre que sea mayor de doce años. Esta tutela se ejercitará bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal, que actuará de oficio o a instancia de cualquier interesado, hasta el punto de que en cualquier momento podrá exigir del tutor que le informe de la situación del menor o del incapacitado y del estado de la administración de la tutela. Además, el Juez puede establecer las medidas de vigilancia que estime oportunas en beneficio del tutelado, y de igual manera podrá exigir al tutor información sobre la situación de aquéllos y de su administración (arts. 231 a 233 del C.c.).

Como se observa en estos preceptos y en otros que integran el régimen jurídico de la tutela, la constitución y el ejercicio de la misma está rodeado de un conjunto de garantías que pivotan alrededor del beneficio del menor o del incapacitado.

En algunas Comunidades Autónomas también se permite la tutela a personas sin distinguir la orientación sexual o la identidad de género, y a las parejas del mismo sexo. Así, en el Código de Familia de Cataluña de 1998, reformado en 2005 (arts. 161 y sigs.), y en el Derecho civil de Galicia de 2006 (arts. 7 y sigs.).

En este sentido cabe destacar la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 14 de junio de 1999, sobre constitución de tutela de una menor de once años, cuya madre había fallecido. Al fallecer la madre, la custodia de la hija paso al padre, quien mantenía una relación de pareja estable con otro hombre. Al producirse el fallecimiento del padre de la menor, los abuelos maternos reclamaron la custodia de la menor. Sin embargo la Audiencia concedió la custodia a la pareja del padre, pues la menor había convivido con ambos desde que tenía un año, considerando que quebrar dicha convivencia supondría desarraigar a la misma de lo que para ella venía siendo el núcleo familiar, y respecto de la cual no existía queja alguna; teniendo en cuenta los informes de los peritos, favorables, de los que no se desprendía circunstancia alguna que justificase la modificación familiar precedente, y habida cuenta, además, de que el padre de la menor había designado tutor de la misma a su pareja en testamento cuatro meses antes de su fallecimiento.

VI. LA RELACIÓN PATERNO-FILIAL DE LAS PAREJAS FORMADAS POR EL MISMO SEXO

La Ley reformó tres preceptos del Título VII del Libro I, dedicado a las relaciones paterno-filiales: el artículo 154, del Capítulo I, «Disposiciones Generales», y los artículos 160 y 164, número 2º, del Capítulo III, «De los bienes de los hijos y su administración».

Mas esta modificación no cambia el contenido de dichos preceptos; se trata de una corrección terminológica que sustituye las expresiones «padres» o «padre y madre» por el término más genérico «progenitores», para adaptar, si es su caso, el régimen de la patria potestad a las parejas del mismo sexo. Aunque el término elegido precisamente no parece el más adecuado [118].

La cuestión de fondo, sin embargo, es que las parejas del mismo sexo biológicamente, por ahora, no pueden tener hijos comunes. Luego, o una

[118] En el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la palabra progenitor significa «1.m y f. Pariente en línea recta ascendente de una persona. 2. m. pl. El padre y la madre».

de dos, o bien se trata de reconocer la patria potestad de los dos componentes del matrimonio de personas del mismo sexo en los casos de adopción, o bien se trata de atribuir la comaternidad del hijo biológico de una de las dos integrantes del matrimonio de lesbianas nacido de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida.

En mi opinión, se trata de ambas opciones, puesto que ambas ya se encuentran admitidas en nuestro derecho.

Por otro lado, el hecho de que personas homosexuales o lesbianas tengan hijos de anteriores matrimonios o relaciones heterosexuales implica que estos padres o madres conservan la patria potestad sobre sus hijos, dentro, por supuesto, de lo establecido en las correspondientes sentencias de separación, divorcio o nulidad, con los subsiguientes derechos y obligaciones con respecto a sus hijos.

VII. MODIFICACIONES DE LA LEY DEL REGISTRO CIVIL. LA ATRIBUCIÓN DE LA FILIACIÓN Y DEL NOMBRE Y APELLIDOS A LOS HIJOS DE LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO

La Ley13/2005 en su Disposición adicional segunda modifica algunos preceptos de la Ley del Registro civil de 8 de junio de 1957, que alcanzan al art. 46, situado en el Título V, «De las Secciones del Registro», Sección Primera, «De nacimientos y general», Capítulo I, «De la inscripción de nacimiento», al art. 48, Capítulo II, «De la filiación», y al art. 53, en el Capítulo III, «Del nombre y apellidos».

Alguna de ellas son correcciones de los términos utilizados en algunos preceptos de la Ley del Registro; así, se sustituye en el artículo 46 la expresión «padres» por «progenitores», pero manteniendo en lo sustancial el contenido de dichos preceptos, y añadiendo en el artículo 48 la inscripción de la filiación materna a la inscripción de la filiación paterna.

Sin embargo, el artículo 53 se modifica en su contenido. Dicho artículo hacía referencia a la composición del nombre y apellidos de las personas, estableciendo que «Las personas son designadas por su nombre y apellidos, paterno y materno, que la Ley ampara frente a todos». El texto de la Ley dispone actualmente: *«Las personas son designadas por su nombre y apellidos, correspondientes a ambos progenitores que la Ley ampara frente a todos».*

Reforma genérica que obedece, quizás, a la posibilidad de adopción por parejas del mismo sexo.

Ahora bien, en la atribución de apellidos a los hijos, el artículo 109, párrafo segundo, del Código civil establece que «Si la filiación está determinada por ambas líneas, el padre y la madre de común acuerdo podrán decidir el orden de transmisión de su respectivo primer apellido, antes de la inscripción registral. Si no se ejercita esta opción, regirá lo dispuesto en la ley».

Sin embargo, en la Ley 13/2005 se han olvidado de sustituir la expresión «padre y madre» de este precepto por la genérica de «progenitores» para adaptarlo a la finalidad del mismo, y poder extender su aplicación a la atribución de los apellidos por parejas del mismo sexo, aunque quizá se está pensando que el precepto citado se refiere solo a la atribución de apellidos en la filiación biológica [119].

Por su parte, el artículo 56 de la Ley del Registro civil dispone que «En la escritura de adopción se puede convenir que el primer apellido del adoptante o adoptantes se anteponga a la familia natural del adoptado. Los apellidos no naturales pueden ser sustituidos por los de los adoptantes». La cuestión se planteará con respecto al orden de los apellidos cuando no haya acuerdo de la pareja adoptante, pues el Reglamento del Registro civil no prevé ninguna norma al respecto en la sección dedicada a la materia (arts. 201 y siguientes), y la Ley 13/2005 tampoco ha contemplado la cuestión de los apellidos de los hijos adoptados por parejas del mismo sexo, ni en la atribución de la filiación a la cónyuge de la madre biológica que lo ha sido por aplicación de las técnicas de reproducción asistida.

Sin embargo, esta cuestión sí que se contempla en la *Ley 3/2005, de 8 de abril*, de modificación de la Ley 9/1998, del Código de Familia, de la Ley 10/1998, de uniones estables de pareja, y de la Ley 40/1991, del Código de Sucesiones por causa de muerte en el Derecho civil de Cataluña, en materia de adopción y tutela, en cuyo artículo 5, se modifica el apartado 1 del art. 128 de la Ley 9/1998, que se divide en dos apartados que quedan redactados del siguiente modo:

«1. La persona que es adoptada conjuntamente lleva los apellidos de los adoptantes en el orden que establece la ley o en el orden que estos acuerden en la inscripción del primer hijo o hija que tengan en común. *Si*

[119] La misma cuestión se plantea GARCÍA RUBIO, *La «modificación» del Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio, cit.*, y ZURITA MARTÍN, *ob. cit.*, pág. 2.

los adoptantes son del mismo sexo, el orden de los apellidos es el que elijan de común acuerdo. Si no hay acuerdo, el orden lo decide el juez o jueza de primera instancia, dentro del procedimiento de adopción.

2. El adoptado o adoptada por una persona lleva los apellidos de esta, salvo en el caso al que se refiere el artículo 117.1.a, en el cual conserva el apellido de la persona con quien tiene el vínculo de filiación previamente establecido, de acuerdo con las normas del apartado 1 respecto al orden de los apellidos. *Si esta persona es del mismo sexo que el adoptante, ambos deben establecer el orden de los apellidos de común acuerdo en el momento de la adopción. Si no hay acuerdo, el orden lo decide el juez o jueza de primera instancia».*

Aunque esta norma se refiere a las parejas de hecho del mismo sexo y no a las parejas matrimoniales, y, además, sólo es aplicable en la Comunidad de Cataluña.

Por otra parte, para adaptar las normas del Registro civil a la reforma del matrimonio por la Ley 13/2005, se han publicado algunas disposiciones.

Así, la *Orden JUS/568/2006, de 8 de febrero, sobre modificación de modelos de asientos y certificaciones del Registro Civil y del Libro de Familia.* En su preámbulo se señala que, como la referida Ley permite el derecho a contraer matrimonio a personas del mismo sexo, con eficacia en todos los ámbitos, incluyendo los que se derivan del matrimonio en el ámbito del Registro civil, se ha de proceder a la imprescindible adaptación terminológica en éste, en consonancia con lo que dispone la Disposición adicional primera de aquella ley. Estas adaptaciones tienen una incidencia directa en el ámbito de determinados modelos oficiales a que se han de ajustar los asientos practicados en los libros de los Registros civiles y de las certificaciones expedidas en base a los mismos, incluidas las recogidas en el Libro de Familia, los cuales han de acomodarse a las modificaciones y adaptaciones terminológicas introducidas por la reciente reforma del Código civil.

Por ello, en el artículo tercero, se modifica la certificación en extracto de la inscripción de matrimonio, señalando que será igualmente empleado para certificar la inscripción de los matrimonios contraídos por personas del mismo sexo con la única variación de sustituir para tales casos las expresiones de «marido» y «mujer» por las de «cónyuge A» y «cónyuge B», respectivamente, conforme al modelo adaptado que figura en el anexo 2 de esa Orden.

En el artículo cuarto se modifican los modelos oficiales de las inscripciones principales de nacimiento, señalando que en ellos: «1º La expresión

«Padre» se sustituirá por la de «Progenitor A», y la expresión «Madre» por la de «Progenitor B». - 2º La referencia al «Matrimonio de los padres» se sustituirá por la de «Matrimonio de los progenitores»».

Por último, en el artículo quinto de dicha Orden se modifican los modelos oficiales de las inscripciones principales de matrimonio disponiendo que: «1º Se añade una línea que precede a los datos de cada uno de los cónyuges con la expresión literal «CÓNYUGE A» para el primero de los inscritos, y «CÓNYUGE B» para el segundo. - 2º Ambos cónyuges se identifican por la expresión de tratamiento «Don/Doña» que ha de preceder a la consignación del correspondiente nombre y apellidos».

Mas estas reformas son modificaciones de tipo terminológico que no resuelven la cuestión relativa a los hijos de estas parejas.

VIII. DERECHO DE SUCESIONES DE LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO

En el ámbito de la sucesión *mortis* causa la posibilidad de poder contraer matrimonio las parejas del mismo sexo, determina la aplicación del derecho de sucesiones a los cónyuges, de tal manera que éstos pueden testar a favor del otro, y que el cónyuge superstite tiene derecho a la atribución de la legitima del cónyuge viudo tanto en la sucesión testada como intestada (arts. 807 y 834 y sigs. del C.c.) y a la sucesión *ab intestato*, figurando el cónyuge viudo como heredero único del patrimonio del causante a falta de descendientes o ascendientes (arts. 913 y 843 y sigs. del C.c.) [120].

Así se deduce del propio artículo 44, 2, del Código civil cuando establece que: «El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo», y de la Disposición Adicional Tercera de la Ley 13/2005.

Diversas cuestiones se han planteado en relación a la sucesión. Algunas en relación a la sucesión de los cónyuges y otras en relación a los hijos.

Con respecto a los cónyuges, se plantea la cuestión de si se puede realizar una disposición testamentaria bajo la condición de no contraer matrimonio homosexual, en relación a los artículos 790, 792 y 793 del Código civil. Si tal fuere la condición, ésta debería considerarse por no

[120] En el mismo sentido, PUIG FERRIOL, L., *Incidencia de la reforma del matrimonio en el Derecho sucesorio*, en «Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo», *cit.*, págs. 327-328.

puesta, pues para las parejas homosexuales sería lo mismo que prohibirles el matrimonio, cosa que no permite el artículo 793 del Código, y vulneraria el derecho a contraer matrimonio del artículo 32 de la Constitución Española [121].

Como ya se ha indicado, es posible la existencia de hijos en estas parejas, bien por haberlos tenido de relaciones heterosexuales, bien por adopción, bien por aplicación de las técnicas de reproducción asistida.

Una de las primeras cuestiones que se plantea con respecto a los hijos hace referencia a la aplicación de los artículos 959 y siguientes del Código civil, en relación a las medidas que deben adoptarse cuando la viuda se queda encinta, a las parejas del mismo sexo [122]. Resulta evidente que este precepto no se aplicara a una pareja formada por dos hombres. Pero nada obsta para que se aplique a una pareja formada por dos mujeres, una de las cuales ha quedado embarazada por aplicación de las técnicas de reproducción asistida. Pues dichas medidas se establecen para proteger los derechos del concebido, de la madre y de los parientes que puedan heredar de la mujer cónyuge de la madre fallecida si no naciere el concebido. Siempre, claro está, que la causante fallecida hubiera dado su consentimiento para que le hubieren atribuido la filiación del nacido (art. 7, 3, y 8, 2, de la Ley TRA).

También se ha puesto en duda si son viables las sustituciones vulgares o fideicomisarias a favor de un hijo nacido por reproducción asistida cuando el testador sólo señala que se realice a favor de sus hijos de una manera general, sin concreciones. Entiendo que sí son viables tales sustituciones por aplicación del artículo 14 de la Constitución que prohíbe cualquier tipo de discriminación por razón de filiación, del artículo 39 de la misma, que iguala a los hijos cualquiera que fuera el estado de sus padres, el artículo 108, que equipara la filiación natural a la adoptiva, y, especialmente, el artículo 7, 1 y 2, de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana asistida, que establece: «1. *La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las leyes civiles, a salvo de las especificaciones establecidas en los tres siguientes artículos* (referidos a la determinación legal de la filiación y a la premoriencia del marido). 2. *En ningún caso, la inscripción en el Registro Civil reflejará datos de los que se pueda inferir el carácter de la generación*».

---

[121] Coincido, pues, con la opinión de PUIG FERRIOL, *ob. cit.*, págs. 342-345. Alega, además, el artículo 14 de la Constitución, pues entiende que la imposición de una condición resolutoria como ésta supondría una discriminación por razón de sexo o por las circunstancias personales de los contrayentes.

[122] Supuestos que se cuestiona PINTÓ RUÍZ *ob. cit.*, pags. 588-589, nota 39.

Supuesto distinto parece el denominado fideicomiso familiar, muy frecuentes en los testamentos catalanes, que consistía en establecer el gravamen fideicomisario para el caso de fallecer el instituido «sin dejar hijos de legítimo y carnal matrimonio», con la finalidad de conservar los bienes dentro del círculo de parientes consanguíneos, y dejaba fuera a los hijos adoptivos y a los nacidos por reproducción asistida. Parece que la jurisprudencia en este supuesto es contradictoria, y que no existe una solución clara en la misma [123]. Sin embargo, debemos recordar que nos encontramos en el ámbito de la sucesión testada, donde la voluntad del testador prima sobre cualquier interpretación, con respeto a lo que corresponde a los herederos forzosos (art. 763, en relación con los artículos 670, 1, y 675, 1, del C.c.), toda vez, además que las sustituciones fideicomisarias no pueden gravar las legítimas (art. 782 del C.c.). Y esto debe aplicarse tanto a una pareja homosexual como heterosexual, indistintamente cuál sea la filiación de los hijos.

Otro supuesto más complejo se plantea en el caso de reclamación de legítima por los descendientes de un heredero forzoso desheredado. Este sería el supuesto, por ejemplo, de un padre que tiene una hija unida a otra mujer, la cual tiene un hijo mediante la reproducción asistida con material reproductivo de donante anónimo. El padre en desacuerdo recrimina a su hija este comportamiento, provocando una reacción de maltrato por parte de la misma. Por tal circunstancia, se produce la desheredación de la hija. Al fallecimiento del padre, el hijo habido por su compañera reclama la legítima correspondiente a la hija, que no es su madre biológica, sino sólo su madre por consentimiento en la filiación [124]. Pues bien, parece que esta posibilidad también es viable, pues la filiación ha quedado establecida legalmente de acuerdo con los citados artículos 7 y 8 de la Ley TRA, en base al principio de igualdad y no discriminación de los hijos por su filiación. Parece que la reticencia a admitir esta reclamación por parte del

[123] Así lo señala PUIG FERIOL, L, *ob. cit.*, pags.338-342, quien cita las sentencias del Tribunal Supremo, Sala civil, de 29 de enero de 1991, y las de la Sala de lo civil del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 19 de julio de 1993 y 22 de enero de 2004 que se pronuncian por la exclusión, mientras que en sentido contrario se han pronunciado las sentencias del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 1997 y 28 de junio de 2002, y la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de junio de 2004, que considera que la exclusión de los hijos adoptivos implica una vulneración del artículo 14 del Convenio Europeo para la salvaguarda de los Derechos humanos y Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950 en el recurso presentado contra la sentencia de la Sala civil del Tribunal Superior de Justicia de Andorra y del Tribunal Constitucional del Principado de Andorra.

[124] Supuesto señalado por PINTÓ RUÍZ, *lug. últm. cit.*

hijo se base en la inexistencia de lazos consanguíneos; pero, hay que recordar que en la misma situación se encuentra un hijo adoptado, y esta posibilidad no ha sido cuestionada.

Por otra parte, parece claro que deben respetarse los artículos 812, la reserva de los bienes donados a los hijos y descendientes a favor de los padres o ascendientes, si no existen hijos de la pareja.

Así como la reserva del artículo 968 a favor de los hijos del primer matrimonio, aunque la pareja del mismo sexo tenga otros hijos adoptivos o por aplicación de aquellas técnicas. Sin embargo, la pareja del mismo sexo no puede tener hijos sino por la vía de la adopción o de la reproducción asistida. Si uno de los cónyuges falleciera, con hijos de las filiaciones señaladas, y el cónyuge sobreviviente volviera a contraer un segundo matrimonio, o tiene en estado de viudez un hijo o adopta uno, se plantea la cuestión de si es de aplicación la reserva binupcial establecida en dicho precepto. Parece que en este caso debe aplicarse la misma reserva a favor de aquellos hijos del primer matrimonio [125], pues ya se ha indicado que no cabe discriminación por razón de filiación.

IX. DEFECTOS TÉCNICO- LEGISLATIVOS DE LA LEY 13/2005

Como se ha visto, la Ley 13/2005 tiene como finalidad fundamental permitir el matrimonio de personas del mismo sexo, y en consecuencia, la reforma incide en varias relaciones jurídico familiares.

Y también se ha expuesto las lagunas legales que plantea la Ley, así como la insuficiencia de regulación en algunas de las materias derivadas de la misma, que, sobre todo, inciden en la cuestión de los hijos.

En mi opinión, cabría distinguir dos grandes grupos de relaciones jurídico familiares en las que incide la reforma: la relación jurídico-conyugal y las relaciones de filiación.

Por lo que se refiere a la *relación conyugal,* lo único que se ha modificado, y que supone un cambio sustancial, son los sujetos que pueden contraer matrimonio. Por lo demás, ya se ha puesto de relieve que el régimen jurídico del matrimonio, tanto en sus aspectos personales

[125] Así, PUIG FERRIOL, L, *ob. cit.*, págs.347-348.

como patrimoniales, no ha sufrido modificación alguna, excepto en cuanto a la terminología relativa a los cónyuges, que ha sufrido una modificación para ajustarla a los nuevos sujetos implicados en el matrimonio. Complementando el alcance de la reforma en otros ámbitos jurídicos con la Disposición adicional primera.

Considero que esta solución legislativa es correcta, en cuanto la ampliación de los sujetos en el matrimonio no debe implicar de suyo una reforma del contenido del mismo.

No obstante, el legislador no ha acabado de regular todas las situaciones derivadas de la celebración del matrimonio, y, por tanto, se producen *algunas lagunas legislativas.* Así, a pesar de la Disposición final primera, la incidencia de la reforma en los Derechos forales no se ha perfilado suficientemente, de modo que pueden surgir ciertos conflictos, ya apuntados. Tampoco la Ley ha introducido ninguna modificación en las normas del Derecho Internacional privado, de modo que ya se ha planteado alguna situación de conflicto.

Sin embargo, las modificaciones introducidas en la *relaciones de filiación resultan muy insuficientes.* Pues sólo se han reformado dos artículos relativos a la filiación adoptiva a fin de permitir la adopción a parejas matrimoniales del mismo sexo, pero nada se dice respecto a las parejas extramatrimoniales del mismo sexo, cuya posibilidad de adoptar no se establece en el régimen jurídico de la adopción regulado en el Código civil, sino en una Disposición adicional de la Ley de reforma de la adopción de 1987, que no se ha modificado.

Por otra parte, tampoco parece muy acertada la *terminología* utilizada en la modificación de ciertos artículos relativos a las relaciones paterno-filiales, cuya reforma se ha realizado pensando en la posibilidad de adopción por parejas del mismo sexo.

Por último, también *resulta insuficiente la reforma producida en la Ley del Registro civil,* y legislación complementaria, en cuanto no se ha concretado la inscripción de dos filiaciones maternas o paternas, ni se ha regulado la atribución de apellidos cuando no hay acuerdo entre la pareja.

Desde mi punto de vista, debería haberse desgajado la reforma de estas dos relaciones, la conyugal y la de filiación, pues ésta última requiere, por su complejidad, una mayor atención, ya que la atribución de una determinada filiación legal no proviene únicamente de la adopción e implica consecuencias jurídicas de muy diverso alcance.

Hay algún autor que ha señalado que podrían también plantearse otras cuestiones [126] relativas concretamente a la filiación.

X. PROBLEMAS SUSCITADOS CON POSTERIORIDAD A LA PUBLICACIÓN DE LA LEY 13/2005

Una vez publicada la *Ley 13/2005, se han suscitado varios conflictos en su aplicación.*

1. La negativa a la celebración del matrimonio por Jueces Encargados del Registro civil

Con la Ley recién aprobada, se solicitaron la celebración de matrimonios entre parejas del mismo sexo, ante lo cual algunos Jueces Encargados del Registro civil se negaron, al considerar inconstitucional la Ley 13/2005 [127], por vulnerar el contenido del artículo 32 de la Constitución y 44 del Código civil, instando las correspondientes cuestiones de inconstitucionalidad, que no fueron admitidas por el Tribunal Constitucional.

---

[126] GARCÍA RUBIO, Mª P., *La «modificación» del Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio*, «Diario La Ley», núm. 6359, 15 de noviembre de 2005, en la que manifiesta que va a destacar otras cuestiones a las que hubiera debido atender el legislador, señalando: «No me cabe ninguna duda de que la simple remisión en bloque a la normativa ya existente va a plantear problemas específicos a los homosexuales que tarde o temprano van a tener que ser resueltos por el legislador. Así, por ejemplo, en tema de filiación, tanto el sistema estatal, como el autonómico competente tendrán que abordar expresamente la nueva situación. ¿O es que no existe especificidad alguna, por ejemplo, en materia de reconocimiento? Por limitarme sólo al Código civil, ¿será aplicable el art. 120.4 a la segunda madre cuando ya esté determinada la filiación respecto de la primera? ¿Podrá determinarse una segunda filiación materna y/o paterna, cuando ya esté establecida respecto al otro cónyuge del mismo sexo? ¿Sigue siendo adecuado el texto del art. 124 del C.c.o es bilateralizable también a la inscripción de maternidad? Se podrá decir que el reconocimiento en su sentido formal es un mecanismo de determinación de la filiación no matrimonial y que, por tanto, en nada queda afectado por la extensión de la admisión de que las personas del mismo sexo puedan contraer matrimonio entre sí. Ahora bien, una vez que, como se verá posteriormente, se abre la posibilidad de adoptar conjuntamente a ambos cónyuges homosexuales, o que la pareja homosexual de uno de ellos puede adoptar a los hijos biológicos del otro, ¿carecería de todo sentido determinar la filiación mediante una declaración de voluntad del tipo descrito, en lo que sin duda sería un reconocimiento de complacencia? Evidentemente, de admitirse, habría que excepcionar para el caso la posible impugnación de la paternidad/maternidad por faltar a la verdad biológica. En otro orden de cosas, ¿se aplicarán las precauciones previstas en los arts. 960 y siguientes del Código Civil para el caso de que la viuda quede encinta si el otro cónyuge era una mujer? Son sólo algunas preguntas posibles».

[127] Cuestión que ya se ha examinado en el epígrafe III, 7, de este Capítulo.

2. La solicitud de celebración de matrimonio por pareja del mismo sexo, uno de ellos de nacionalidad extranjera

Otra cuestión se planteó cuando se presentó una solicitud para la celebración de matrimonio de una pareja del mismo sexo, en la que uno de los contrayentes tenía nacionalidad extranjera, concretamente hindú, en cuyo Estado su legislación no permite la celebración de dichos matrimonios [128]. El Juez Encargado del Registro civil paralizó dicha solicitud.

Recurrida la providencia del Juez por los solicitantes ante la *Dirección General de los Registros y del Notariado, ésta emitió la Resolución-Circular de 29 de julio de 2005, sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo,* muy extensa, y en la que se abordan las cuestiones relativas a la ley aplicable en materia de capacidad matrimonial; los supuestos de validez del matrimonio entre español/a y extranjero/a del mismo sexo con arreglo al criterio del estatuto personal; el supuesto de matrimonios entre españoles y extranjeros del mismo sexo en los que las normas de conflicto conduzcan a una ley material aplicable que no admita tales clases de matrimonio; el orden público internacional español en materia de capacidad matrimonial; el principio constitucional de igualdad y su alcance respecto de los extranjeros residentes en España; la calificación de la diversidad/identidad de sexo respecto de la institución matrimonial, y la existencia de una laguna legal en nuestro derecho internacional privado y criterios para su integración; la competencia de la autoridad española para celebrar el matrimonio; los requisitos especiales de los matrimonios mixtos entre personas del mismo sexo celebradas en el extranjero ante autoridad española, y la especialidad del matrimonio consular; y el reconocimiento en España de los matrimonios celebrados en el extranjero entre españoles o entre españoles/as y extranjeros/as del mismo sexo antes de la entrada en vigor de la ley 13/2005, de 1 de julio [129].

De esta Resolución conviene destacar, entre otros, los argumentos que se utilizaron para admitir la posibilidad de este matrimonio.

---

[128] Situación que sucedió en Canet de Mar (Barcelona), cuyo Juez de paz solicitó un informe del Consulado de la India acerca de si en este país están autorizados los matrimonios por personas del mismo sexo. En otros Registros Civiles ante situaciones idénticas a la descrita se había procedido a autorizar el matrimonio, sin plantearse el problema de Derecho Internacional Privado (como en el Registro Civil de Mollet del Valles, que celebró el primer matrimonio entre mujeres una de las cuales es argentina), o invocando el orden público internacional español.

[129] La citada Resolución-Circular fue firmada por la Directora General, teniendo como destinatarios a los Jueces encargados de los Registros Civiles municipales y Consulares de España.

Señala la Resolución que «la citada Ley 13/2005 no ha introducido ninguna modificación en las normas del Derecho Internacional Privado español, lo que suscita el interrogante de cuál será la ley aplicable a los matrimonios mixtos de español/a y extranjero/a en materia de capacidad matrimonial, en particular por lo que se refiere al posible impedimento de identidad de sexo, o dicho en otros términos, si la permisión de la ley española respecto de los matrimonios integrados por personas del mismo sexo se extiende también en presencia de elementos personales de extranjería, esto es, cuando uno o ambos contrayentes sean de nacionalidad extranjera».

A la vista de la laguna existente en nuestro ordenamiento jurídico y después del análisis detenido de las diversas cuestiones ya citadas, se señala que la solución ante el conflicto planteado no puede ser otra que la de acudir a la aplicación de la ley material española, esgrimiendo una sólida argumentación, fundamentada en lo siguiente:

«a) la analogía con la figura de las «parejas de hecho homosexuales» reconocidas y reguladas por un amplio número de leyes autonómicas españolas que, bien como criterio de conexión bien como elemento delimitador de su ámbito de aplicación, acuden preferentemente a la vecindad administrativa, concepto vinculado a la residencia habitual de sus miembros;

b) la proximidad «forum-ius»;

c) el principio general de nuestro Derecho civil del «favor matrimonii»;

d) la consideración del «ius nubendii» como derecho fundamental en nuestro Ordenamiento constitucional (art. 32) puesto en conexión con la extensión de la prohibición de toda discriminación a las ejercidas por razón de «orientación sexual», acogida novedosamente por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000 en su artículo 21 como categoría autónoma y distinta de la prohibición de discriminación por razón de sexo, que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos había asociado tradicionalmente a las discriminaciones de género (…);

e) la vinculación del ejercicio efectivo del derecho al matrimonio con el principio del libre desarrollo de la personalidad reconocido en el artículo 10.1 de la Constitución.

f) la necesidad de interpretar las leyes con arreglo a la «realidad social del tiempo en que han de aplicarse» (art. 3 C.c.), siendo así que en la actualidad en España se viven de forma coetánea los fenómenos del reco-

nocimiento social de muy diversas formas de convivencia familiar y el de una intensa inmigración, cuya integración reclama la ampliación de los espacios jurídicos de reconocimiento del estatuto personal basado en la residencia habitual, como pone de manifiesto la reciente reforma del artículo 107 del Código civil operada por Ley 11/2003, de 29 de septiembre, en materia de ley aplicable a la separación y el divorcio;

g) finalmente, ésta fue también la solución que alumbró la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo durante los años de vigencia de la Ley del divorcio de 2 de marzo de 1932 para permitir el divorcio de españoles casados con extranjeros nacionales de países que no reconocían en la época esta institución (vid. Sentencias de 27 de enero de 1933, 10 de julio de 1934 y 4 de diciembre de 1935)».

Por todo ello, se concluye que «el matrimonio celebrado entre español y extranjero o entre extranjeros residentes en España del mismo sexo será válido, por aplicación de la ley material española, aunque la legislación nacional del extranjero no permita o no reconozca la validez de tales matrimonios».

Sin embargo, esta solución no satisfizo a un sector de la doctrina. Y ha dado lugar al análisis de la misma, planteando nuevas cuestiones acaecidas recientemente en nuestra sociedad [130].

3. Denegación de la inscripción de filiación materna de la pareja femenina de la madre del hijo

Otro de los conflictos planteados fue la denegación por Resolución de la DGRN de 30 de septiembre de 2004 de la inscripción de filiación materna a la pareja de una mujer que había tenido un hijo por aplicación de las

[130] Así, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., *Matrimonio entre personas del mismo sexo y doctrina de la DGRN: una lectura más crítica*, «Diario La Ley», núm. 6629, Año XXVIII, 15 de enero de 2007; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Laguna legal y matrimonio de los homosexuales*, «Aranzadi civil», núm. 18/2005, BIB 2005/2585; CALVO CARAVACA, A. L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional privado y matrimonio entre personas del mismo sexo*, «Anales de Derecho», 2005, págs. 11-70, y en *Matrimonio entre personas del mismo sexo y Derecho Internacional privado español*, «Diario La Ley», núm. 6391, Año XXVII, 2 de enero de 2006; Por el contrario coincide con el resultado de la Resolución TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, J.A., *Nota sobre el matrimonio homosexual y su impacto en el orden público internacional español*, «Actualidad civil», núm. 20, noviembre de 2005; DÍAZ FRAILE, J.Mª., *Exégesis de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre la reforma del Código Civil en materia de matrimonio introducida por la Ley 13/2005, de 1 de julio*, en «Diario La Ley», núms. 6449 y 6450, Año XXVII, 27 y 28 de marzo de 2006.

técnicas de reproducción asistida, en base a la entonces regulación de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida, que no establecía ninguna norma en relación a la atribución de la filiación a la pareja femenina de la mujer que hubiera tenido un hijo por la aplicación de estas técnicas, aunque si se regulaba la atribución de dicha filiación a un hombre, marido o conviviente, cuando éstos dieran su consentimiento a la misma (artículo 7 de la Ley de TRA de 1988 y 2006).

Este fue uno de los flecos que dejó sin resolver la Ley 13/2005. Pero tal cuestión se resolvió con la modificación de dicho precepto en *Ley 3/2007, de 15 marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas,* en su Disposición Adicional primera, que adicionaba un apartado 3 al artículo 7 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, en que el se contemplaba tal supuesto, con la consiguiente posibilidad de inscripción en el Registro civil.

Capítulo VI LA ORIENTACIÓN SEXUAL Y LA IDENTIDAD DE GÉNERO EN EL ÁMBITO LABORAL

I. LAS DISPOSICIONES DE LOS ORGANISMOS INTERNANCIONALES EN MATERIA DE NO DISCRIMINACIÓN POR ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO EN EL ÁMBITO LABORAL

En la legislación laboral española no se contemplaba expresamente la orientación sexual ni la identidad de sexo en ninguna de sus normas.

Sin embargo, como sabemos, España, como miembro de los organismos internacionales ya indicados, y en el ámbito que tratamos concretamente, es miembro de la OIT y de la Unión Europea. Como tal, nuestro país se encuentra obligado a seguir los principios establecidos en los mismos, especialmente, por lo que se refiere al primero de ellos, aquellos convenios que haya rarificado.

Hay que recordar que la primeras declaraciones y disposiciones derivadas de los organismos internacionales enunciaban el principio de no discriminación y los derechos de las personas de manera general, y en ellos no había mención expresa a la orientación sexual ni a la identidad de sexo. Como se ha indicado, ha sido posteriormente cuando se ha incorporado el principio de no discriminación por ambas causas a las declaraciones y disposiciones de dichos organismos.

Además de lo señalado en general en el epígrafe correspondiente, se pueden mencionar más concretamente algunos preceptos relativos al ámbito laboral consignados en las declaraciones y disposiciones derivadas de los organismos internacionales.

En la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, se señala como uno de dichos derechos el derecho al trabajo y a la Seguridad social en pie de igualdad y sin que quepa ningún tipo de discriminación. Así el artículo 23 establece que: «1.Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.- 2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual.- 3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social. - 4. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses». Y el artículo 22 dispone que «Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad».

Por otro lado, entre las disposiciones internacionales emanadas de la ONU a las que nuestro país viene obligado en materia laboral se pueden mencionar el siguiente.

El *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* de 16 de diciembre de 1966, reconoce a toda persona, en sus artículos 7, 8 y 9, el derecho al trabajo en condiciones equitativas y satisfactorias, un salario equitativo y de igual valor, sin distinciones de ninguna especie, el derecho a sindicarse libremente y el derecho a la seguridad social [1].

[1] El artículo 7 de este Pacto dispone: «Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial: a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores: i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual; ii) Condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del presente Pacto; b) La seguridad y la higiene en el trabajo; c) Igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad; d) El descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las variaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos». El Artículo 8 establece: «1. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar: a) El derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales. No podrán imponerse otras restricciones al ejercicio de este derecho que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos (…)». Por último, el artículo 9 dispone: «Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social».

Entre los Convenios derivados de la OIT conviene destacar el *Convenio relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación (Convenio núm. 111)*, adoptado el 25 de junio de 1958, en donde se establece el principio de no discriminación en el trabajo en términos más concretos, en el artículo 1, ya mencionado, que establece: «1. A los efectos de este Convenio, el término ***discriminación*** comprende: a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación; b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados».

También es necesario mencionar la *Declaración de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, de 1998*, en la que se declara que, de acuerdo con su Constitución y la Declaración de Filadelfia, la Conferencia Internacional del Trabajo, «todos los Miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios aludidos, tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios», entre ellos, «(d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación».

Tanto en el Convenio como en la Declaración no se menciona expresamente la no discriminación en el trabajo por razón de orientación sexual o identidad de género; sin embargo, la redacción del precepto en términos tan amplios determina que se pueda deducir que tales situaciones también están contempladas en el espíritu de su texto.

Por su parte, la Unión Europea también ha emitido algunas e importantes disposiciones sobre el principio de igualdad y no discriminación en el ámbito laboral.

De manera indirecta se mencionaba la no discriminación de homosexuales en el ámbito laboral en la *Resolución del Parlamento Europeo de 1984, sobre las discriminaciones sexuales en el lugar de trabajo*, que señalaba que «en la lucha contra las discriminaciones de cualquier tipo no se pueden ignorar o aceptar pasivamente las discriminaciones, de hecho o de derecho, de los homosexuales».

También en el *Anexo a la Recomendación de la Comisión de 27 de noviembre de 1991* se indicaba que «no se puede negar que el acoso motivado por la inclinación sexual mina la dignidad laboral de las personas afectadas y que resulta imposible considerar dicho fenómeno como un comportamiento laboral aceptable».

Mayor repercusión tuvo la *Resolución 28/1994, de 8 de febrero, del Parlamento Europeo, sobre igualdad de derechos de los homosexuales y de las lesbianas en la Unión Europea,* en la que se propone a la Comisión Europea que presente una propuesta de recomendación sobre la igualdad de derechos de las lesbianas y de los homosexuales, considerando que la base de la recomendación debería ser la igualdad de trato de todos los ciudadanos comunitarios, con independencia de su orientación sexual, y el final de todas las formas de discriminación jurídica basada en la orientación sexual, y opina que la recomendación debería, como mínimo, tratar de poner fin a toda forma de discriminación en el derecho laboral y en lo relativo a los servicios públicos y a la discriminación en el derecho penal, civil, y contractual, entre otras cosas.

Mas importancia en el ámbito laboral tiene la *Directiva 2000/78/EC, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación,* en la que se hace una referencia expresa a la no discriminación por razón de la orientación sexual. En su artículo 1 se proclama que: «La presente Directiva tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato».

En su artículo 2 se establece el *concepto de discriminación* en los siguientes términos:

«1. A los efectos de la presente Directiva, se entenderá por principio de igualdad de trato la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1.

2. A efectos de lo dispuesto en el apartado 1:

a) existirá *discriminación directa* cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos mencionados en el artículo 1;

b) existirá *discriminación indirecta* cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con una discapacidad, de una edad, o con una orientación sexual determinadas, respecto de otras personas, salvo que:

i) dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios; o que

ii) respecto de las personas con una discapacidad determinada, el empresario o cualquier persona u organización a la que se aplique lo dispuesto en la presente Directiva, esté obligado, en virtud de la legislación nacional, a adoptar medidas adecuadas de conformidad con los principios contemplados en el artículo 5 para eliminar las desventajas que supone esa disposición, ese criterio o esa práctica.

3. El acoso constituirá discriminación a efectos de lo dispuesto en el apartado 1 cuando se produzca un comportamiento no deseado relacionado con alguno de los motivos indicados en el artículo 1 que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo.

A este respecto, podrá definirse el concepto de acoso de conformidad con las normativas y prácticas nacionales de cada Estado miembro.

4. Toda orden de discriminar a personas por alguno de los motivos indicados en el artículo 1 se considerará discriminación con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1.

5. La presente Directiva se entenderá sin perjuicio de las medidas establecidas en la legislación nacional que, en una sociedad democrática, son necesarias para la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención de infracciones penales, la protección de la salud y la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos».

En el artículo 3 se especifica que esta Directiva se aplicará a todas las personas, tanto en el sector público como privado, incluidos los organismos públicos, en relación a las condiciones de acceso al empleo, a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación y promoción, a las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido y remuneración, a la afiliación y participación en una organización de trabajadores o de empresarios, o a cualquier otra organización profesional.

Por su parte, también se hace referencia a la eliminación de la discriminación por orientación sexual en el ámbito laboral en los Informes sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea emitidos por la Comisión de Libertades y Derechos de los Ciudadanos, Justicia y Asuntos Interiores relativos a los años 2001, 2002 y 2003, ya citados.

En el Informe del año 2001 la Comisión ya recordaba que el artículo 21 de la Carta alcanza también al ámbito laboral, aunque señalaba que el mejor instrumento de protección contra la discriminación en el ámbito laboral era la Directiva sobre Discriminación racial, recordando la importancia de firmar el Convenio 111 en materia de igualdad en el trabajo y en el empleo.

En el Informe del año 2002, en la propuesta de Resolución que solicita la Comisión, en el apartado dedicado a la discriminación basada en la orientación sexual, pide a los Estados miembros que *hagan desaparecer todas las formas de discriminación, legislativa o de facto, de que todavía son víctimas los homosexuales*, en particular en materia de derecho a contraer matrimonio y de adopción de niños (punto 81), y expresa su preocupación en lo que se refiere a la aplicación de la Directiva marco sobre el empleo (2001) e insta a la Comisión a que elabore un análisis sobre la aplicación y la incorporación de esta Directiva, haciendo hincapié en las anomalías que pudieran registrarse en los distintos Estados miembros.

En el Informe del año 2003, en la correspondiente propuesta de Resolución de la Comisión, pide una vez más a los Estados miembros que apliquen una política explícita y coherente para *combatir la discriminación contra los homosexuales y las lesbianas, y fomentar su emancipación e integración social*, en particular organizando una campaña de información y solidaridad a nivel europeo (punto 102), y pide encarecidamente a los Estados miembros que trabajen en pro de la eliminación de normativas y prácticas discriminatorias, sobre todo en lo referente al reconocimiento de títulos y diplomas y a la situación de los trabajadores fronterizos (punto 106).

Como se observa, en las disposiciones de las organizaciones internacionales, especialmente, en la OIT y en la UE, se establece el principio de no discriminación por orientación sexual en el ámbito laboral de manera específica ya. Sin embargo, nada se menciona acerca de la no discriminación por identidad de género.

II. DISCRIMINACIÓN POR ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO EN LA LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA LABORAL

1. La discriminación por orientación sexual e identidad de género en la etapa posterior a la publicación de la Constitución de 1978

Publicada la Constitución de 1978, el principio de no discriminación contenido en el artículo 14 de la misma, como se ha indicado anterior-

mente, determinó la reforma de la legislación de los distintos ámbitos jurídicos para adaptar su normativa a dicho principio, entre otros.

Como ya se ha señalado, el artículo 14 no recogía expresamente el principio de no discriminación por causa de orientación sexual; sí por causa de sexo. Pero la mayoría de la doctrina lo consideraba ínsito en la fórmula general que cierra el precepto [2].

En el ámbito laboral, no existía norma concreta que recogiera explícitamente el principio de no discriminación por orientación sexual, pues los artículos 4 y 17 del Estatuto de los Trabajadores, aunque establecían el principio de no discriminación en las relaciones de trabajo, no hacían referencia expresa a la orientación sexual ni a la identidad de género en su texto.

Sin embargo, las Cortes Valencianas en Resolución aprobada por el Pleno el 19 de mayo de 1994, se obliga a poner en práctica la Resolución del Parlamento Europeo de 8 de febrero de 1994 en el ámbito de sus competencias sobre la igualdad de los derechos de los homosexuales, gays y lesbianas, para posibilitar que éstos no sufran mermas en sus derechos.

A pesar de la ausencia de precepto concreto, la doctrina consideraba que este principio debía aplicarse en las relaciones laborales [3].

No obstante, en el ámbito laboral se han producido situaciones de discriminación por razón de orientación sexual y de identidad de género.

Así se ha recogido en la jurisprudencia de nuestros Tribunales.

En un primer momento se produjeron despidos injustificados a personas homosexuales y transexuales porque se consideraba por las empresas que, dada la situación social de rechazo hacia estas personas, estos trabajadores se convertían en sujetos disfucionales que perjudicaban a la empresa [4].

---

[2] Véanse las posturas al respecto a las que se alude en el Capítulo III, II, 1.

[3] Así, RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., *El principio de igualdad y las relaciones laborales,* RPS, núm. 121, 1979, págs. 401-402, y en *No discriminación en las relaciones laborales,* en «El Estatuto de los Trabajadores. Comentarios a las leyes laborales», t. II, Madrid, 1983, pág. 347; MARTÍNEZ EMPERADOR, R., *El principio de igualdad en las relaciones laborales,* «Jornadas sobre cuestiones actuales de enjuiciamiento laboral», Madrid, 1985, págs. 249 y 267; MONTOYA MELGAR, A., *El derecho a la no discriminación en el Estatuto de los Trabajadores,* «Documentación Laboral», núm. 7, 1983, págs. 12-13; MORALES ORTEGA, J. M., *Nuevos fenómenos discriminatorios: homosexualidad y transexualidad,* «Relaciones laborales. Revista crítica de teoría y práctica», núm. 2, 1999, pág.454.

[4] Así, GOÑI SEIN, J.L., *El respeto a la esfera privada del trabajador,* Madrid, 1988, pág. 257, y VICENTE PACHÉS, F., *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad,* Madrid, 1998, pág. 348. PÉREZ CÁNOVAS en *Homosexualidad. Homosexuales y uniones homosexuales en el Derecho*

En este sentido, las empresas indagaban sobre la orientación sexual de sus empleados [5]. Pero el empresario sólo tiene la posibilidad de valorar la capacidad profesional del trabajador y no el resto de circunstancias que no afectan al desempeño de su profesión [6]. Esta conducta resulta absolutamente contraria a los principios constitucionales que rigen en nuestro ordenamiento, tanto por cuanto violan el principio de respeto a la dignidad de la persona (art. 10 de la CE), el principio de no discriminación por cualquier circunstancia personal (art. 14 de la CE), y el derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18 de la CE), así como pueden incidir en el derecho a la propia imagen del trabajador (art. 18 de la CE). A ello hay que añadir que en el antiguo artículo 4 del Estatuto de los Trabajadores, aparte de establecer el principio de no discriminación de los trabajadores, entre otras causas, por razón de sexo y de condición social, la letra e) disponía que también tienen derecho «Al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad»; igualmente el artículo 17 establecía que se entenderían nulos y sin efectos los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contuvieran discriminaciones, entre otras causas, por circunstancias de sexo y condición social.

En este sentido se pronuncia alguna sentencia del Tribunal Central del Trabajo, como la de 21 de enero de 1986, en la que dicho Tribunal señala que «la única motivación empresarial para despedir al actor fue su condición de homosexual», por lo que, amparándose en los artículos 14 de la Constitución y 17 del Estatuto de los Trabajadores impone la readmisión del trabajador, por considerar que se habían vulnerado derechos fundamentales al fundamentar el despido en la condición personal del actor.

Por otro lado, las parejas de hecho del mismo sexo, dado que hasta finales de los años noventa y de la presente década no tenían ningún reconocimiento jurídico, no podían acceder a ninguno de los beneficios laborales que, por el contrario, se concedían a las parejas heterosexuales.

---

español, *cit.*,págs. 75-76, cita el caso de RENFE, que en documento interno de la empresa afirmaba que los homosexuales eran «un grupo de riesgo» pues «con su actitud perturban la tranquilidad de los viajeros» y «perjudican la imagen de la empresa»; aunque esto fue contestado por el movimiento asociativo ante el Defensor del Pueblo y fue retirada por la empresa.

[5] Cita PÉREZ CÁNOVAS, *ob. cit.*, págs. 76-77 y 207-208, dos cuestionarios en los que se realizaban preguntas relativas a la inclinación sexual de los aspirantes al trabajo; uno realizado a los policías locales de Silla (Valencia), y otro a profesores en prácticas de centros educativos del Gobierno de Navarra.

[6] Así se manifiestan, MORALES ORTEGA, *ob. cit.*, págs. 458-459; VICENTE PACHÉS, *ob. cit.*, págs. 341-343.

Así se manifestaron algunas sentencias de nuestros Tribunales [7].

En la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 9 de enero de 1990 se solicitaba una indemnización por causa de muerte del compañero homosexual, el cual trabajaba como educador del Patronato Municipal de Guarderías Infantiles de Barcelona, en cuyo Convenio Colectivo se establecía una indemnización en caso de muerte o invalidez del trabajador al personal afectado. El compañero del fallecido entendió que él se encontraba dentro de la categoría de personal afectado, y reclamó al Patronato dicha indemnización. Pero el Patronato Municipal denegó tal indemnización al no acreditar su calidad de beneficiario ni de heredero, ya que el derecho a la indemnización había ingresado en el patrimonio del causante, formando parte del caudal relicto. El Tribunal Superior de Justicia estimó que si no existe designación de beneficiario por el fallecido, la indemnización hecha debía ser percibida por el heredero y no por parientes o allegados, y dado que el compañero sentimental del fallecido no ostentaba la cualidad de heredero, fue desestimada la pretensión del mismo, no apreciando discriminación en dicha situación. Interpuesto recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, éste resolvió en Auto de 4 de mayo de 1990 no admitirlo a trámite, sin entrar en el fondo del asunto planteado, por faltar la exigencia de la jurisprudencia de existir identidad de supuestos enjuiciados y por no haber discriminación en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia dado que la negativa al reconocimiento de la indemnización se basa en que el compañero del fallecido no reúne la cualidad de heredero y no en la naturaleza de la relación homosexual que mantenían.

En este sentido se han pronunciado las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 25 de febrero de 1993 y de 26 de enero de 1999, y del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León de 18 de enero de 2000 [8].

---

[7] Ya se han mencionado algunas de ellas en el Capítulo V, II, 2, al hablar de la actitud de los Tribunales de Justicia ante los conflictos planteados por las pareja de hecho formadas por personas del mismo sexo, que se vuelven a mencionar en esta sede, entre otras, para situarlas en el contexto laboral.

[8] MORALES ORTEGA, *ob. cit.*, págs. 462-464, señala un precedente en el ámbito comunitario, la sentencia del TJCE de 17 de febrero de 1998, *caso Jacqueline Grant c. South West Trans Ltd.*, en el que la demandante solicitaba la gratuidad o la reducción en el precio del billete para su pareja, otra mujer, que la compañía concedía a los cónyuges o parejas de hecho de sus trabajadores, y que la compañía le denegó porque sólo se concedía este beneficio a las parejas heterosexuales. El Tribunal denegó dicha concesión en base a la imposibilidad de equiparar parejas heterosexuales y homosexuales y a la imposibilidad de subsumir la discriminación por razón de orientación sexual en la discriminación por razón de sexo (art. 119 del TCCE y Directiva 75/117, del Consejo de 10 de febrero de 1975).

Por la misma razón, se deniega el derecho a percibir el denominado vale de carbón a uno de los componentes de la pareja homosexual (sent. del TSJ de Asturias de 5 de abril de 2002).

Por otro lado, se denegó también el derecho a los quince días de licencia retribuida por causa de inscripción en el Registro correspondiente de pareja de hecho homosexual por no existir el preceptivo vínculo matrimonial, requisito esencial para tal concesión (sent. del TSJ de Madrid de 25 de marzo de 1998).

En este estado de cosas, se empezaron a reconocer derechos laborales a las parejas homosexuales en la negociación colectiva, en donde la doctrina distingue dos tipos de convenios en orden a este reconocimiento. Por un lado, aquellos en los que se equiparan en derechos a las parejas matrimoniales y extramatrimoniales con independencia de la orientación sexual de estas últimas, y, por otro lado, aquellos en los que se concede a las parejas de hecho ciertos derechos, sin la equiparación señalada [9].

Por su lado, en el ámbito de la Seguridad social, también se produjeron algunos casos de discriminación respecto a las parejas de hecho del mismo sexo, sobre todo en relación a las pensiones de viudedad y a la asistencia sanitaria.

Con referencia a la pensión de viudedad, especialmente hay que mencionar la sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Primera, de 11 de julio de 1994, que deniega el recurso interpuesto ya que no considera vulnerado el principio de igualdad, pues la sentencia impugnada negó el derecho a percibir la pensión de viudedad e indemnización a tanto alzado por el fallecimiento *in itinere* de la pareja homosexual por no concurrir matrimonio previo que es *conditio iuris* para causar derecho en las prestaciones solicitadas.

También hay que mencionar las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, de 26 de enero de 1999, y del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, de 6 de junio de 2005, que rechazan sendos recursos de suplicación planteados por el actor contra sentencia que desestimó la demanda relativa a reconocimiento de pensión de viudedad, argumentando que aunque la legislación no permitiera en aquel momento el matrimonio entre parejas homosexuales, no es

[9] Así lo señala MORALES ORTEGA, *ob. cit.*, págs. 465-467, en los que cita ejemplos de diversos convenios que recogen tales derechos.

una situación equiparable a la convivencia matrimonial a efectos de la pensión de viudedad [10].

No obstante la denegación de los derechos señalados anteriormente, otras sentencias reconocen ciertos derechos a las parejas homosexuales.

También se han reconocido ciertos derechos derivados de la relación laboral (así, en el XIII Convenio Colectivo de RENFE se ha equiparado a la pareja homosexual a cualquier otra pareja para los efectos que le fueren favorables y otros posibles beneficios, y en las sents. del TSJ de Madrid de 16 de julio de 2002, y del TSJ de Andalucía de 4 de junio de 2002).

Por último, hay que señalar que la Resolución de 29 de diciembre de 1984 de la Secretaria General de la Seguridad Social ampliaba el concepto de asimilado, que aparecía en el artículo 100 c) del Decreto 2065/1974, relativo a los sujetos beneficiarios de las prestaciones sanitarias (el cual señalaba que lo serían por enfermedad común, maternidad y accidente laboral, los familiares o asimilados que estén a cargo de las personas indicadas en los apartados anteriores), a los miembros de las parejas de hecho por «razones de equidad» que «aconsejan dispensar la protección de asistencia sanitaria a quienes acrediten la permanencia y estabilidad de estas situaciones (de convivencia de hecho) y por su dedicación al hogar, en el que conviven con el titular del derecho a la asistencia sanitaria, no puedan obtener, mediante el ejercicio de una actividad profesional retribuida dicha asistencia».

Esta ya es una norma precursora de la aceptación de los derechos a las parejas de hecho, que se va a producir unos años después [11].

2. El principio de no discriminación por orientación sexual e identidad de género en la legislación laboral vigente

A la vista de las nuevas realidades sociales, de la legislación contra la discriminación de las personas homosexuales y transexuales y del giro de

[10] Hay que señalar, sin embargo, que esta solución se aplicaba también a las parejas heterosexuales, así en las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Castilla-León de 18 de enero de 2000, de Cataluña de 20 de septiembre de 2001, de Madrid de 19 de diciembre de 2003, de Madrid de 29 de marzo de 2004, de Cataluña de 3 de junio de 2005.

[11] Pero, quedaba la duda de si esta norma se podía aplicar a las parejas homosexuales. Véase en MORALES ORTEGA, *ob. cit.*, págs. 467-477, las reivindicaciones que se realizaban y los cambios en la legislación que se solicitaban para el reconocimiento de los derechos de las parejas de hecho tanto heterosexuales como homosexuales.

las sentencias de nuestra jurisprudencia, se modificaron textos fundamentales de la legislación laboral, aunque tardíamente.

En este sentido, la reforma se produjo indirectamente por la *Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y financieras,* que modificó el *Estatuto de los Trabajadores,* el cual dedica dos preceptos que son fundamentales en materia de no discriminación por razón de orientación sexual.

Por un lado, el artículo 4 del mismo, que establece los derechos de los trabajadores [12], señala en su número 2, letra c), que en la relación de trabajo, éstos tienen derecho «A no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta Ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, *orientación sexual*, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español». Y en su letra e), se señala que también tienen derecho «Al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u *orientación sexual* y frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo» [13].

---

[12] Este artículo está situado sistemáticamente en la Sección 2ª «Derechos y deberes básicos», del Capítulo 1, dedicado a establecer «Disposiciones Generales». En este precepto, además del principio de no discriminación en el ámbito laboral, se señalan como otros derechos básicos del trabajador los derechos a la libre sindicación, a la negociación colectiva, a la adopción de medidas de conflicto colectivo, a la huelga, a la reunión, y a la participación en la empresa. Asimismo, en la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho: a) A la ocupación efectiva; b) A la promoción y formación profesional en el trabajo; d) A su integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene; f) A la percepción puntual de la remuneración pactada o legalmente establecida: g) Al ejercicio individual de las acciones derivadas de su contrato de trabajo; y h) A cuantos otros se deriven específicamente del contrato de trabajo.

[13] La letra c) se complementa con la referencia a la no discriminación por razón de discapacidad. El texto de ambas letras fue modificado por el art. 37.1, de la citada *Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y financieras.* La anterior redacción de la letra c) hacía referencia a la no discriminación por razón de sexo, pero no aludía a la orientación sexual, en los siguientes términos: «c) A no ser discriminados para el empleo o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, por la edad dentro de los límites enmarcados por esta ley, raza, condición social, ideas religiosas o políticas, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español». Por su parte la anterior redacción de la letra e) señalaba escuetamente que el trabajador tenía derecho «Al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad».

Por otro lado, el artículo 17 establece expresamente el principio de no discriminación en las relaciones laborales [14]. En el se dispone en su número 1: «Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad o favorables o adversas en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo por circunstancias de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, *orientación sexual*, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa y lengua dentro del Estado español. Serán igualmente nulas las órdenes de discriminar y las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación».

Por su parte, el artículo 54, referido a las causas que pueden dar lugar al despido disciplinario, establece en su número primero que «El contrato de trabajo podrá extinguirse por decisión del empresario, mediante despido basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador», señalando a continuación en el número segundo que «Se considerarán incumplimientos contractuales», entre otras causas, «g) El acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u *orien-*

[14] Este precepto está situado sistemáticamente en la Sección 2ª.»Derechos y deberes derivados del contrato», del Capítulo II, «Contenido del contrato del trabajo», del citado Estatuto. Se complementa el citado número 1 con la siguiente redacción: «Serán igualmente nulas las órdenes de discriminar y las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación», y por los números 2 y 3 que señalan respectivamente: «2. Podrán establecerse por Ley las exclusiones, reservas y preferencias para ser contratado libremente. 3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el Gobierno podrá regular medidas de reserva, duración o preferencia en el empleo que tengan por objeto facilitar la colocación de trabajadores demandantes de empleo». En su redacción inicial dicho párrafo decía: «Se entenderán nulos y sin efectos los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones desfavorables por razón de edad, o cuando contengan discriminaciones favorables o adversas en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornadas y demás condiciones de trabajo, por circunstancias de sexo, origen, estado civil, raza, condición social, ideas religiosas o políticas, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa y lengua dentro del Estado español». Como se observa, tampoco se hacía referencia a la orientación sexual. Este precepto fue modificado también por el mencionado *art. 37.4 de la Ley 62/2003.*

tación sexual y el *acoso sexual o por razón de sexo* al empresario o a las personas que trabajan en la empresa» [15].

En concordancia con ello, la *Ley de infracciones y sanciones en el orden social* (Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, modificado en múltiples ocasiones a lo largo de los últimos años), dispone, dentro del Capítulo II, Infracciones laborales, Sección Primera, Infracciones en materia de relaciones laborales, Subsección 1ª, Infracciones en materia de relaciones laborales individuales y colectivas, en el artículo 8, que establece las infracciones muy graves, que lo son «12. *Las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones directas o indirectas desfavorables* por razón de edad o discapacidad o favorables o adversas en materia de retribuciones, jornadas, formación, promoción y demás condiciones de trabajo, por circunstancias de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, *orientación sexual*, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa o lengua dentro del estado español, así como las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación». Y también «13.bis. El acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad y *orientación sexual* y el acoso por razón de sexo, cuando se produzcan dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo del mismo, siempre que, conocido por el empresario, éste no hubiera adoptado las medidas necesarias para impedirlo».

Por último, en la *Ley de Procedimiento Laboral* (Texto Refundido aprobado por Real decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, modificado en diversas ocasiones), el artículo 96 establece que «En aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados en discriminación por razón de sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u *orientación sexual*, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad» (Libro II. Del proceso ordinario y de las modalidades

[15] Esta letra ha sido incorporada por el citado art. 37.5 Ley 62/2003, y por la Disposición Adicional décimo primera, Trece, de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

procesales; Título I Del proceso ordinario, Capítulo II. Del proceso ordinario, Sección 3ª: Pruebas).

Parece claro que en nuestra legislación laboral se ha establecido expresamente el principio de no discriminación por razón de orientación sexual. Sin embargo, dicha legislación guarda silencio respecto a la identidad de género.

No obstante, entiende la doctrina que no se puede excluir tampoco a un transexual por procesos de reasignación de sexo; y esto por dos razones: en primer lugar, porque el trabajador no está obligado a comunicar al empresario sus circunstancias personales o sociales, y en segundo lugar porque lo único que puede valorar el empresario es su capacidad profesional [16].

Sin embargo, en la práctica judicial ya se han planteado casos de discriminación por razón de orientación sexual.

Así, tiene especial relevancia el supuesto planteado ante el Tribunal Constitucional, Sala 2ª, que dictó sentencia el 13 de febrero de 2006, no sólo por ser la primera sentencia sobre esta materia, sino por algunos de sus pronunciamientos en relación al principio de discriminación en el ámbito laboral [17].

El supuesto de hecho que se plantea es el siguiente. El demandante prestaba sus servicios como analista de marketing para una empresa de líneas aéreas, hasta que es objeto de un despido disciplinario alegando la indisciplina en el desempeño del puesto de trabajo. En la carta de despido se fundamenta esta decisión en que el sujeto se ha negado en varias ocasiones a ejecutar tareas encomendadas por la empresa; ha criticado abiertamente y contestado fuera de tono a los directivos; y por último, ha mostrado falta de responsabilidad en su labor, dado que, por una parte, algunos correos electrónicos sobre ofertas de sus productos no han llegado correctamente a los clientes y, por otra, se han detectado importantes errores en el

[16] En este sentido, MORALES ORTEGA, *ob. cit.*, pág. 481.Salvo, señala el autor, aquellos casos en que la transexualidad puede afectar al puesto de trabajo, como en el caso de que, por la reasignación de sexo devenga ineficaz para el puesto de trabajo para el que fue contratado (por ejemplo, un actor que esté contratado para representar un personaje masculino) y en los supuestos en que el transexual ocupe puestos ideológicos en las empresas de tendencia.

[17] Véanse los comentarios que realizan a esta sentencia del TC, ÁLVAREZ ALONSO, D., *Despido discriminatorio por razón de orientación sexual. Comentario a la STC 41/2006, de 13 de febrero,* «Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional», núm. 10/2006, BIB 2006/930; y BLÁZQUEZ AGUDO, E. Mª., *Despido discriminatorio por razón de orientación sexual*, Base de datos de Bibliografía El Derecho, El Derecho Editores, 20 de julio de 2006.

montante de las cifras de los análisis de ventas. Por todo ello, la empresa demandante entiende que se cumplen los presupuestos causales del artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores, decidiendo extinguir el contrato de trabajo.

Ante esta situación, el demandante alega que las causas señaladas no constituyen el verdadero motivo del despido, sino que éste tiene su origen en su orientación sexual. Son indicios de ello algunos hechos acaecidos entre el demandante y su jefe inmediato superior; así, éste le ha recriminado en varias ocasiones por su vestimenta y ha realizado comentarios despectivos sobre su persona, le ha sobrecargado de tareas laborales en relación con otros empleados, y le ha criticado ante los demás trabajadores y ante otros jefes. Por último, se pone de manifiesto que, antes de esta decisión, nunca había sido sancionado de modo formal, ni avisado por sus inobservancias laborales.

Ante estos acontecimientos, el Juzgado de lo Social núm. 24 de Barcelona señala que las acusaciones de la empresa demandada no quedan demostradas de modo convincente, puesto que las causas alegadas en la carta de despido son sólo indicadas, sin que se acompañen de hechos concretos y autentificados que las acrediten. Considerando, sin embargo, que había indicios de acoso psicológico al trabajador por su orientación sexual. No obstante, ante tal situación no se declara el despido como improcedente, sino como nulo, ya que se entiende que el verdadero motivo de la extinción es la discriminación por razón de la orientación sexual del trabajador, pues se infringe un trato desigual hacia un empleado no por condiciones relacionadas con sus propias actitudes o su capacidad profesional, sino por sus circunstancias personales.

La empresa recurre en suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, quien en sentencia de 27 de junio de 2003, y aunque comparte con el Juzgado de lo Social que las causas alegadas para el despido no están suficientemente probadas, declara su improcedencia y no su nulidad.

Ante este pronunciamiento, el trabajador interpone recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional alegando infracción de la jurisprudencia constitucional sobre la prueba en los procesos sobre la violación de los derechos fundamentales, por vulneración del artículo 14 de la Constitución que prohíbe toda discriminación por cualquier condición o circunstancia personal, cual es, la orientación sexual.

El Tribunal Constitucional, en la citada sentencia de 13 de febrero de 2006, declara que el despido debe calificarse como nulo, tal y como había

sido declarado por el Juzgado de los Social con los efectos que esto conlleva de readmisión en el puesto y pago de salarios de tramitación (arts. 55, 5, del ET y 113 de LPL).

En relación con la vulneración del principio de igualdad y no discriminación, el Tribunal Constitucional destaca que «la orientación homosexual, si bien no aparece expresamente mencionada en el art. 14 CE como uno de los concretos supuestos en que queda prohibido un trato discriminatorio, es indubitadamente una circunstancia incluida en la cláusula «cualquier otra condición o circunstancia personal o social» a la que debe ser referida la interdicción de la discriminación. Conclusión a la que se llega a partir, por un lado, de la constatación de que la orientación homosexual comparte con el resto de los supuestos mencionados en el art. 14 CE el hecho de ser una diferencia históricamente muy arraigada y que ha situado a los homosexuales, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, en posiciones desventajosas y contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE, por los profundos prejuicios arraigados normativa y socialmente contra esta minoría; y, por otro, del examen de la normativa que, ex art. 10.2 CE, debe servir de fuente interpretativa del art. 14 CE. En efecto, en cuanto a lo primero, es notoria la posición de desventaja social y, en esencia, de desigualdad y marginación sustancial que históricamente han sufrido las personas de orientación homosexual. En cuanto a lo segundo, puede citarse a modo de ejemplo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al analizar el alcance del art. 14 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (CEDH), ha destacado que la orientación sexual es una noción que se contempla, sin duda, en dicho artículo, señalando que la lista que encierra el precepto tiene un carácter indicativo y no limitativo (STEDH de 21 de diciembre de 1999, caso Salgueiro Da Silva Mouta contra Portugal, § 28); insistiéndose expresamente en que en la medida en que la orientación sexual es un concepto amparado por el art. 14 CEDH, como las diferencias basadas en el sexo, las diferencias basadas en la orientación sexual exigen razones especialmente importantes para ser justificadas (SSTEDH de 9 de enero de 2003, casos L. y V. contra Austria, § 48, y S.L. contra Austria, § 37, ó 24 de julio de 2003, caso Karner contra Austria, § 37, a las que se han remitido numerosas Sentencias posteriores, como son las SSTEDH de 10 de febrero de 2004, caso B.B. contra Reino Unido; 21 de octubre de 2004, caso Woditschka y Wilfing contra Austria; 3 de febrero de 2005, caso Ladner contra Austria; 26 de mayo de 2005, caso Wolfmeyer contra Austria; ó 2 de junio de 2005, caso H.G. y G.B. contra Austria)». Alude también a los artículos 26 del Pacto

Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 13 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, y 21.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aprobada en Niza el 7 de diciembre de 2000, que contempla de manera explícita la «orientación sexual» como una de las razones en que queda prohibido ejercer cualquier tipo de discriminación (Fundamento tercero).

Por otro lado, estima dicho Tribunal que cuando se prueba indiciariamente que una extinción contractual puede enmascarar una lesión de los derechos fundamentales, incumbe al empresario acreditar que su decisión obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio del derecho que se trate, cosa que no hizo en este caso. Sin embargo, esta regla, estima el Tribunal, no libera totalmente al trabajador de la prueba de la discriminación sufrida, sino que es preciso aportar ciertos indicios racionales que puedan hacer presumir la existencia real de la vulneración de uno de sus derechos fundamentales, citando varías sentencias que así lo exigen; entre ellas, la STC 41/2006 señala que «…la prueba indiciaria se articula en un doble plano… El primero consiste en la necesidad por parte del trabajador de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prueba o prueba verosímil dirigido a poner de manifiesto el motivo oculto que se denuncia. El indicio no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de la lesión». Por tanto, no será suficiente indicar la conculcación de un derecho fundamental, sino que habrá que demostrar «una conexión lógica entre todos ellos que encuentre fundamento en algún nexo causal entre las decisiones empresariales y el derecho fundamental (…)». No basta con aportar «simples conjeturas o meras suposiciones». Si no se actuase de este modo, se produciría el efecto contrario: la desprotección del empresario. Puesto que cualquier acto, incluso sancionable, de un sujeto perteneciente a un colectivo históricamente considerado como discriminado tendría un amparo desmesurado, con la simple alegación de su discriminación. Una vez presentado este indicio el empresario asumirá la carga de demostrar que realmente no se ha producido tal discriminación, tal y como ha indicado el trabajador. No basta con alegar de forma general el poder de dirección del empresario para destruir la presunción (STC 29/2002, de 11 febrero), sino que la empresa deberá acreditar que existe una justificación real para esta concreta actuación que denuncia el trabajador (STC 79/2004, de 5 mayo). Si la empresa demandada no es capaz de probar que no ha infringido una desigualdad de trato al empleado con la conducta analizada, se entenderá totalmente confirmada tal

discriminación y se declarará la vulneración y, por tanto, en este supuesto, se calificará el despido como nulo.

Esta sentencia deja claro que un despido basado en la orientación sexual debe considerarse nulo en base al artículo 4, 2, c); 17, 1; 53,4 y 55,5 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el artículo 108, 2, de la Ley de Procedimiento Laboral.

Por el contrario, en las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, de 29 de noviembre de 2004, y de 29 de junio de 2007, se admitieron sendos despidos de dos personas homosexuales, no por su orientación sexual, sino por causas legalmente establecidas.

III. INCIDENCIA DEL RECONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO EN EL ÁMBITO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Con la incorporación del principio de no discriminación por razón de orientación sexual e identidad de género en la legislación laboral, el reconocimiento de las parejas de hecho del mismo y distinto sexo, y la reforma del matrimonio por Ley 13/2005, que permite el matrimonio de las parejas del mismo sexo, necesariamente la legislación de la Seguridad Social, o cuanto menos, la interpretación de sus normas tiene que ajustarse a estos cambios sociales.

Como es sabido, existen determinadas normas del Estatuto de los Trabajadores y de la legislación social que establecen derechos de los trabajadores por razones matrimoniales o familiares.

Sin embargo, en ellas sólo se contempla a las familias formadas por parejas heterosexuales.

Pero, en virtud de lo dispuesto en el Código civil, permitiendo el matrimonio de personas del mismo sexo y del principio de no discriminación por razón de orientación sexual consagrado en la legislación laboral, se deben hacer extensivas estas normas a las parejas formadas por personas del mismo sexo.

Toda vez que la Disposición Adicional primera de la Ley 13/2005, de 1 de julio, establece que *«Las disposiciones legales y reglamentarias que contengan alguna referencia al matrimonio se entenderán aplicables con independencia del sexo de sus integrantes»*.

Así, en materia de permisos en el trabajo, se pueden señalar varias situaciones.

En cuanto al permiso por matrimonio, por aplicación del artículo 37, letra a), del Estatuto de los trabajadores, el trabajador o trabajadora que contraiga matrimonio con persona del mismo sexo, tiene derecho también, en las condiciones señaladas en el número 3 del citado precepto, a ausentarse del trabajo con derecho a remuneración quince días naturales.

Cuando se trate de dos mujeres casadas, la cónyuge de la mujer que hubiere dado a luz un hijo, tendrá derecho al permiso de dos días cuando la filiación de tal hijo se le haya atribuido (art. 37, 3, b) del ET) [18].

En esa misma situación, también tendrá derecho a una hora de ausencia del trabajo por lactancia de un hijo menor de nueve meses, que el artículo 37, en su número 4, atribuye tanto al padre a o la madre en caso de que ambos trabajen [19]. En el supuesto al que nos estamos refiriendo habría dos madres, por lo que dicho permiso podrían disfrutarlo ambas [20].

De la misma manera tendrá derecho al permiso concedido en el número 4 bis del mismo artículo que permite la posibilidad de ausentarse del trabajo durante una hora en el caso de nacimientos de hijos pre-

[18] Pues hay que tener en cuenta, como se ha indicado en el epígrafe correspondiente, que el artículo 7, 3, de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, relativo a la filiación de los hijos nacidos mediante estas técnicas (Artículo modificado por Ley 3/2007, de 15 de marzo), establece que «Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido».

[19] Dicho artículo dispone concretamente: «Las trabajadoras, por lactancia de un hijo menor de nueve meses, tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones. La duración del permiso se incrementará proporcionalmente en los casos de parto múltiple. La mujer, por su voluntad, podrá sustituir este derecho por una reducción de su jornada en media hora con la misma finalidad o acumularlo en jornadas completas en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo establecido en aquélla.- Este permiso podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o el padre en caso de que ambos trabajen».

[20] Este número 4 del artículo 37 del ET fue modificado sucesivamente por el Art. 1 de la Ley 3/1989, de 3 de marzo, por la que se amplia a 16 semanas el permiso de maternidad y se establecen medidas para favorecer la igualdad de trato en el trabajo; el Art. 2.1 Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de Conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, y por la Disposición. Adicional décimo primera, Cinco, de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Sin embargo, no se ha tenido en cuenta la posibilidad de contraer matrimonio dos hombres o dos mujeres, que permitió la Ley 13/2005, de reforma del Código civil ni la Disposición Adicional primera citada en el texto.

maturos o que, por cualquier causa, deban permanecer hospitalizados a continuación del parto, o a reducir su jornada de trabajo hasta un máximo de dos horas, con la disminución proporcional del salario. Aunque el artículo refiere este derecho a la madre o al padre, cabe aplicarlo también al caso de de matrimonio de dos mujeres por las razones argumentadas anteriormente.

Por otra parte, también será de aplicación al matrimonio de dos mujeres o de dos hombre, según sea el supuesto, la suspensión del contrato de trabajo por causa de maternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural de un menor de nueve meses y adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que su duración no sea inferior a un año, aunque éstos sean provisionales, de menores de seis años o de menores de edad que sean mayores de seis años cuando se trate de menores discapacitados o que por sus circunstancias y experiencias personales o por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes (art. 45, 1, letra d, del ET).

De otro lado, también les será de aplicación a los matrimonios formados por personas del mismo sexo la causa de excedencia recogida en el artículo 46, número 3, del Estatuto de los Trabajadores, que establece que los trabajadores tendrán derecho a un período de excedencia de duración no superior a tres años para atender al cuidado de cada hijo, tanto cuando lo sea por naturaleza, como por adopción, o en los supuestos de acogimiento, tanto permanente como preadoptivo, aunque estos sean provisionales, a contar desde la fecha de nacimiento o, en su caso, de la resolución judicial o administrativa [21].

[21] Hay que recordar que la Ley 13/2005, de 1 de julio, de reforma del matrimonio en el Código civil, permite la adopción a parejas matrimoniales del mismo sexo, y que en algunas Comunidades Autónomas también se prevén situaciones de adopción por parejas del mismo sexo. Por otra parte, el mismo artículo señala que «La excedencia contemplada en el presente apartado, cuyo período de duración podrá disfrutarse de forma fraccionada, constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres. No obstante, si dos o más trabajadores de la misma empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante, el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa». Hay que poner en relación este precepto con el artículo 180 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, reformado por Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social (art. 19, 3).

Por lo que se refiere a las prestaciones concedidas por la legislación de la Seguridad Social por razón del vínculo matrimonial, a la vista de la nueva regulación de la familia en el Código civil y del principio de no discriminación por orientación sexual, como se ha indicado anteriormente, hay que considerar que también deben aplicarse a las parejas del mismo sexo, aunque en sus preceptos sólo se refiere a las parejas heterosexuales.

Así, estas parejas tendrán derecho a la prestación por maternidad reconocida en los artículos 133 bis y siguientes del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio. El artículo 133 bis dispone que «A efectos de la prestación por maternidad, se consideran situaciones protegidas la maternidad, la adopción y el acogimiento, tanto preadoptivo como permanente, durante los periodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto en el número 4 del artículo 48 del texto refundido del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo, y en el número 3 del artículo 30 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública». Estableciendo el artículo 133 ter que «Serán beneficiarios del subsidio por maternidad los trabajadores por cuenta ajena, cualquiera que fuera su sexo, que disfruten de los descansos referidos en el artículo anterior, siempre que, reuniendo la condición general exigida en el número 1 del artículo 124, acrediten un periodo mínimo de cotización de ciento ochenta días, dentro de los cinco años inmediatamente anteriores al parto, o a las fechas de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción, y reúnan las demás condiciones que reglamentariamente se determinen».

Por otra parte, estas parejas tienen derecho a la pensión de viudedad, reconocida en el artículo 174 del citado Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social [22]. Derecho que había sido solicitado reiterada-

[22] Reformado por la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social (art. 17). Dicho precepto señala: «1. Tendrá derecho a la pensión de viudedad, con carácter vitalicio, salvo que se produzca alguna de las causas de extinción que legal o reglamentariamente se establezcan, el cónyuge superviviente cuando, al fallecimiento de su cónyuge, éste, si al fallecer se encontrase en alta o en situación asimilada a la de alta, hubiera completado un período de cotización de quinientos días, dentro de un periodo ininterrumpido de cinco años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante de la pensión. En los supuestos en que se cause aquélla desde una situación de alta o de asimilada al alta, sin obligación de cotizar, el período de cotización de quinientos días deberá estar comprendido dentro de un periodo ininterrumpido de cinco años inmediatamente anteriores a la fecha en que cesó la obligación de cotizar. En cualquier caso, si la causa de la muerte fuere un accidente. sea o no de trabajo, o una enfermedad profesional, no se exigirá ningún período previo de cotización». Así como lo dispuesto en el art. 179 en relación a la compatibilidad de las prestaciones de muerte y supervivencia, modificado por la citada Ley 52/2003 (art. 18).

mente ante nuestros Tribunales y que venía siendo denegado por los mismos por faltar uno de los requisitos exigidos para su concesión cual es la existencia de vínculo matrimonial, al que no podían acceder legalmente las parejas del mismo sexo.

Con respecto a la pensión de viudedad se han presentado algunas reclamaciones ante nuestros Tribunales, los cuales han mantenido posturas diferentes.

En la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid de 14 de noviembre de 2005, se estima la demanda interpuesta por uno de los convivientes de la pareja del mismo sexo, estimando la demanda y declarando el derecho del actor a percibir la pensión de viudedad [23]. En sus fundamentos señala el Juez que, si la Disposición Adicional primera de la Ley 13/2005 indica que las disposiciones que contengan referencias al matrimonio se aplicarán con independencia del sexo de sus integrante, ello hay que aplicarlo a una norma actualmente vigente para la regulación del acceso a la prestación de viudedad que es la Disposición Adicional décima, segunda, de la Ley 30/1981, y la única manera de aplicarla en adecuada correspondencia con la voluntad igualitarista del legislador, es hacerlo con independencia de la orientación sexual de los integrantes de la pareja de hecho. La misma solución se dio en la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Palma de Mallorca de 26 de enero de 2006 [24], en este caso en relación a una pareja formada por dos mujeres [25].

---

[23] Se trataba de un caso en el que dos varones habían convivido desde 1990 hasta el 2 de julio de 2002, fecha en que falleció uno de ellos. El sobreviviente había solicitado en 2003 pensión de viudedad al INSS, que le fue denegada por no haber sido cónyuge del fallecido; por razones que no constan, esa denegación no le fue notificada en su momento sino en junio de 2005. Y ante la negativa del INSS, decide presentar demanda judicial.

[24] En este caso se trataba de dos mujeres que conviven maritalmente. La actora y la causante compartían de forma íntima su vida, tanto los aspectos económicos o de fortuna como los familiares y de relación social, compartiendo la vivienda, las cuentas bancadas, las peticiones a las Administraciones Públicas para disponer de una vivienda común, y de otra parte figuraban inscritas como pareja de hecho en el Registro correspondiente del Ayuntamiento de Palma. No existe pues, indicio alguno que permita dudar de la intención de la actora y la causante de contraer matrimonio si ello hubiera sido posible de haber sobrevivido la causante hasta la entrada en vigor de la Ley 13/2005, pero falleció antes de publicarse la Ley en el año 2002. Y la conviviente sobreviviente solicitó pensión de viudedad al INSS, quien lo denegó, decidiéndose entonces a presentar la demanda judicial.

[25] Véase el comentario que realiza Rodríguez Chacón, R., *Convivencia de personas del mismo sexo anteriores a 2005 y pensiones de viudedad*, Diario de las Audiencias y TSJ «El Derechos», núm. 495, El Derecho Editores, marzo de 2006, quien mantiene sus dudas acerca del reconocimiento de tales pensiones de viudedad antes de 2005, y quien pone de relieve las lagunas que produjo la publicación de la Ley 13/2005 también en el ámbito laboral, señalando que «Ahora

Por el contrario, el Juzgado de lo Social núm. 3 de Pamplona, en sentencia de 5 de enero de 2007, desestimó la demanda, considerando que una pareja estable, en este caso homosexual, no tenía derecho a percibir la prestación de viudedad al no haber contraído vínculo matrimonial al tiempo del fallecimiento del causante. Señalando que, según doctrina reiterada del TC y TS, se sigue condicionando el acceso a la misma a que el beneficiario acredite la existencia de matrimonio con el sujeto causante y las uniones no matrimoniales, hasta el momento, no pueden acceder a esta protección, al no existir impedimento legal para convertir su unión en matrimonial, al no constituir una institución garantizada y al no haber derecho expreso a su establecimiento, sin que esa falta de protección sea discriminatoria para las parejas del mismo sexo al no estar reconocida tal institución para ellas. Concluye también que ni siquiera se podría admitir sobre la base de la actual regulación de la Ley 13/2005, ya que no está prevista su eficacia retroactiva y porque un miembro de la pareja falleció antes de su promulgación y, en consecuencia, la convivencia se encontraba ya extinguida.

Sin embargo, la sentencia del Juzgado de lo social de 14 de noviembre fue recurrida en recurso de suplicación interpuesto por el INSS. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, en sentencia de 18 de septiembre de 2006, dictaminó a favor del INSS, entendiendo que en materia de prestaciones de la Seguridad social, la legislación aplicable es la vigente en el momento de producirse el hecho causante de la prestación, y, por tanto, la sucesivas alteraciones de los preceptos rectores de las prestaciones pasivas, de signo progresivamente favorable a los beneficiarios, ha obligado permanentemente a la fijación de determinadas fechas como límite temporal que posibilite o no ese tipo de nuevas y más favorables percepciones, sin que ello vulnere el artículo 14 de la Constitución Española.

En el mismo sentido se pronunciaron, denegando la pensión de viudedad a parejas sobrevivientes de una unión de hecho formada por personas del mismo sexo, tanto de hombres como de mujeres, las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia, Sala de lo Social, de Madrid de 17 de febrero, 15 de marzo, 27 de marzo y 31 de mayo de 2007; de Andalucía

---

son los Tribunales los que han de solventar el tema. Y no sólo en su aspecto central de si tiene o no derecho a la pensión de viudedad el supérstite de una unión de personas del mismo sexo que no pudo casarse por no permitirlo entonces la legalidad vigente, sino también, supuesto lo anterior, por ejemplo, a la hora de determinar si esa pensión tendrá efectos desde la fecha de fallecimiento, desde la fecha de entrada en vigor de la Ley13/2005, desde tres meses antes de su petición, etc.».

(Sevilla) de 15 de marzo de 2007; de Baleares de 27 de mayo de 2007, y de Asturias de 6 de julio de 2007.

Sin embargo, el caso de la sentencia iniciado en el Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid, de 14 de noviembre de 2005, recurrido ante el TSJ, que dictó sentencia favorable a favor del INSS el 18 de septiembre de 2006, fue recurrida en casación para unificación de doctrina por el conviviente sobreviviente ante el Tribunal Supremo, Sala de lo Social, quien emitió Auto el 27 de junio de 2007. Este Auto tiene importancia por ser el primero que se dicta pronunciándose indirectamente sobre una situación que se había repetido en varias ocasiones, como se ha visto, pero, además, también porque se compara con un supuesto similar en el cual el conviviente sobreviviente era una transexual femenina, a quien el Tribunal había concedido la pensión de viudedad, y que el demandante del presente caso alegaba en su reclamación. El fallo del Tribunal Supremo resolvió no admitir el recurso por falta de contradicción.

En su fundamento primero, el Tribunal Supremo señala que el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista una contradicción entre la resolución judicial que se impugna y otra resolución judicial que ha de ser una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. La contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de «hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales».

Comparando el caso sometido a su jurisdicción con el que alegaba el demandante, el Tribunal Supremo estima que en la sentencia de contraste, la del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 7 de noviembre de 2003, «se reconoce una pensión de viudedad a la actora, que había mantenido con el fallecido una unión de hecho. Consta que la actora había nacido varón siendo inscrito en el Registro Civil como tal, y que en mayo de 1997 se realiza de manera multidisciplinaria una intervención quirúrgica de cambio de sexo, que finaliza con éxito. Entonces la actora interpone ante el Juzgado de Primera Instancia competente demanda para llevar a cabo el cambio de sexo, dictándose sentencia estimatoria el 10-9-1998, que adquirió firmeza el 14-10-1998, remitiéndose exhorto al Registro Civil corres-

pondiente. Si bien el matrimonio no pudo celebrarse por fallecer el causante dieciséis días después de la sentencia y dieciocho días antes de alcanzar firmeza. Sostiene el Tribunal que en este caso no bastaba el propósito de contraer matrimonio, había que demandar la admisión de cambio de sexo y para que ésta alcanzara relevancia jurídica resultaba imprescindible completar el proceso quirúrgico de reasignación de sexo. Concluye el Tribunal señalando que no se trata de suplir el incumplimiento objetivo del requisito de matrimonio, legalmente impuesto para acceder a la pensión de viudedad, sino de otorgar excepcionalmente a aquella exigencia la flexibilidad necesaria en atención a las circunstancias del caso, a fin de evitar la desprotección en la que la accionante se encuentra tras el óbito del que no pudo formalmente llegar a ser su cónyuge». Ante ello, estima el Tribunal Supremo en este caso que entre las resoluciones comparadas no concurre la identidad que la Ley exige para la admisión del recuso, ya que «ni las circunstancias son equiparables ni, en realidad, la cuestión litigiosa es idéntica. Baste señalar en este sentido, que mientras en la sentencia recurrida se debate el acceso a la pensión de viudedad del conviviente supérstite de una pareja homosexual, en la resolución de contraste se discute el derecho a esta pensión de la actora, que tras haber sido declarada mujer por sentencia firme ve frustrado su propósito de contraer matrimonio con su pareja de hecho porque éste fallece antes de que la sentencia que abría las puertas a la posibilidad de celebrar las nupcias adquiriese firmeza. La cuestión litigiosa es, por ello, diferente, así lo que se hace en la sentencia de contraste es una interpretación flexible de la exigencia de vínculo conyugal cuando consta que los convivientes querían formalizar su relación afectiva a través de la institución del matrimonio pero este propósito se frustra por fallecer el causante antes de que pudieran superar los obstáculos legales que les impedían celebrar el matrimonio, por el contrario, lo que pretende el ahora recurrente es la aplicación analógica de la Disposición Adicional 10ª Ley 30/1981 a las parejas homosexuales que por esta condición no podían contraer matrimonio antes de la Ley 13/2005 , sin que sobre esta problemática se pronuncie en ningún momento la sentencia de referencia que, por lo demás, es previa a la promulgación de la citada Ley».

De la misma manera, el caso del Juzgado de lo Social núm. 3 de Palma de Mallorca de 26 de enero de 2006, también fue recurrido por la conviviente supérstite, después de obtener fallo desestimatorio de su demanda del TSJ de Baleares el 26 de enero de 2006, ante el Tribunal Supremo, Sala 4ª, alegando las mismas razones que el demandante del caso anterior. En el presente supuesto, el Tribunal Supremo emitió Auto el 12 de julio de 2007 declarando la inadmisión del recurso de casación para unificación de doc-

trina por falta de contradicción, utilizando los mismos argumentos que en el caso anterior.

Se deduce de estos pronunciamientos que si las parejas del mismo sexo reúnen los requisitos establecidos por la ley podrán acceder a la pensión de viudedad.

En otro orden de cosas, se ha de pensar que las parejas matrimoniales del mismo sexo también tienen derecho a las *prestaciones familiares de la Seguridad Social, en su modalidad no contributiva,* que consisten en: 1. Una asignación económica por cada hijo, menor de 18 años o, cuando siendo mayor de dicha edad, esté afectado por una minusvalía, en un grado igual o superior al 65 por ciento, a cargo del beneficiario, cualquiera que sea la naturaleza legal de la filiación de aquéllos, así como por los menores acogidos, en acogimiento familiar, permanente o preadoptivo. 2. Una prestación económica de pago único a tanto alzado por nacimiento o adopción de tercer o sucesivos hijos. 3. Una prestación económica de pago único por parto o adopción múltiples. Todo ello en las condiciones y con los requisitos exigidos en los artículos 181 a 190 del Texto Refundido de la ley de la Seguridad Social [26].

[26] Preceptos todos ellos reformados por la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social (art. 19, 3, en el que se modifica el Capítulo IX, Prestaciones familiares, Sección Primera, Modalidad no contributiva, del citado Texto Refundido de la ley de la Seguridad Social).

Capítulo VII SUPUESTOS DE DISCRIMINACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA SALUD

I. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD. BREVE REFERENCIA A LA LEGISLACIÓN SANITARIA

Como es sabido, el artículo 15 de la Constitución Española establece como derechos fundamentales de la persona el derecho a la vida, a la integridad física y moral.

El derecho a la vida implica no sólo un derecho a la simple supervivencia o conservación física de la persona, sino también el derecho a una vida digna en condiciones de sanidad física, psíquica y moral adecuada a la dignidad de la persona, a los derechos inviolables que le son inherentes y al libre desarrollo de la personalidad (arts. 10 de la CE y STC de 11 de abril de 1985) [1].

Por su parte, el derecho a la integridad física es el derecho que tiene toda persona a que se respeten las partes separables del cuerpo humano.

Pero este derecho a su vez supone el derecho a la salud física y a la salud psíquica de la persona.

Por otro lado, el artículo 43 de la Constitución establece: «1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud.- 2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventi-

[1] Cfr, FERNÁNDEZ BERMEJO, M., *Autonomía personal y tratamiento médico: límites constitucionales de la intervención del Estado (II),* «Actualidad Jurídica Aranzadi», Año IV, núm. 133, 20 de enero de 1994, p. 2.

vas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto.- 3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte».

Es obvio que los poderes públicos no pueden garantizar la vida y la salud de una persona, pero, en virtud de este precepto, están obligados a suministrar los medios necesarios para proteger esa vida y salud de la persona.

Esta obligación se desarrolla a través de la organización de los poderes públicos de las prestaciones y servicios necesarios para proteger la vida y la salud de las personas, que se encauza en la normativa sanitaria elaborada por el Gobierno y las Comunidades Autónomas.

Entre la numerosa normativa sanitaria existente en nuestro país, tanto estatal como autonómica, se va a hacer referencia a dos leyes fundamentales en materia de derechos del paciente.

En primer lugar, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad [2], en cuyo artículo 10 se establecen los derechos de los pacientes [3], de los cuales se pueden destacar, entre otros, los siguientes:

«Todos tienen los siguientes derechos con respecto a las distintas administraciones públicas sanitarias:

1. *Al respeto a su personalidad, dignidad humana e intimidad, sin que pueda ser discriminado por razones de raza, de tipo social, de sexo, moral, económico, ideológico, político o sindical.*

[2] En el artículo 1 de la Ley se dice que: «1. La presente Ley tiene por objeto la regulación general de todas las acciones que permitan hacer efectivo el derecho a la protección de la salud reconocido en el artículo 43 y concordantes de la Constitución. -2. Son titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria todos los españoles y los ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en el territorio nacional». Y en su artículo 2 se establece que: «1. Esta Ley tendrá la condición de norma básica en el sentido previsto en el artículo 149.1.16 de la Constitución y será de aplicación a todo el territorio del Estado, excepto los artículos 31, apartado 1, letras b y c, y 57 a 69, que constituirán derecho supletorio en aquellas Comunidades Autónomas que hayan dictado normas aplicables a la materia que en dichos preceptos se regula. - 2. Las Comunidades Autónomas podrán dictar normas de desarrollo y complementarias de la presente Ley en el ejercicio de las competencias que les atribuyen los correspondientes Estatutos de Autonomía».

[3] Este precepto fue modificado por la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, cuya Disposición Derogatoria Única estableció la derogación de «las disposiciones de igual o inferior rango que se opongan a lo dispuesto en la presente Ley y, concretamente, los apartados 5, 6, 8, 9 y 11 del art.10, el apartado 4 del art. 11 y el art. 61 de la Ley 14/1986, General de Sanidad», pues aquella norma recogió con mayor amplitud los derechos que se establecían en la Ley General de Sanidad.

2. A la información sobre los servicios sanitarios a que puede acceder y sobre los requisitos necesarios para su uso.
3. A la confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso y con su estancia en instituciones sanitarias públicas y privadas que colaboren con el sistema público».

Por su parte, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica [4], también recoge los derechos de los pacientes en el artículo 2, que establece, entre otras cosas, como principios básicos: *«1. La dignidad de la persona humana, el respeto a la autonomía de su voluntad y a su intimidad orientarán toda la actividad encaminada a obtener, utilizar, archivar, custodiar y transmitir la información y la documentación clínica»*.

Además señala que: «2. Toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios. El consentimiento, que debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada, se hará por escrito en los supuestos previstos en la Ley. 3. El paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles»; pero también que «4. Todo paciente o usuario tiene derecho a negarse al tratamiento, excepto en los casos determinados en la Ley. Su negativa al tratamiento constará por escrito» [5].

Obsérvese que en ambas normas se toma como punto de partida en las actuaciones en el ámbito sanitario el respeto a la dignidad de la persona, estableciendo también el principio de no discriminación.

---

[4] Esta ley tiene también la consideración de básica, estableciendo en su artículo 1 su ámbito de aplicación: «La presente Ley tiene por objeto la regulación de los derechos y obligaciones de los pacientes, usuarios y profesionales, así como de los centros y servicios sanitarios, públicos y privados, en materia de autonomía del paciente y de información y documentación clínica». Véase el comentario a esta Ley en ALVENTOSA DEL RÍO, J., *La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos, y obligaciones en materia de información y documentación clínica* (I y II), «Revista Española de Drogodependencias», vol. 28, núm. 3-4, 2003, págs. 270-284 y 384-401.

[5] En sus siguientes apartados se dispone: «5. Los pacientes o usuarios tienen el deber de facilitar los datos sobre su estado físico o sobre su salud de manera leal y verdadera, así como el de colaborar en su obtención, especialmente cuando sean necesarios por razones de interés público o con motivo de la asistencia sanitaria.- 6. Todo profesional que interviene en la actividad asistencial está obligado no sólo a la correcta prestación de sus técnicas, sino al cumplimiento de los deberes de información y de documentación clínica, y al respeto de las decisiones adoptadas libre y voluntariamente por el paciente.- 7. La persona que elabore o tenga acceso a la información y la documentación clínica está obligada a guardar la reserva debida».

No se hace referencia expresa entre las causas de no discriminación a la orientación sexual; sin embargo, hay que observar que la Ley de 1986 tuvo como referente el artículo 14 de la Constitución, en la que, como ya se ha indicado, tampoco se hacía referencia a la misma. No obstante, por las mismas razones señaladas en el análisis de este precepto de la Constitución, hay que entender subsumida esta causa de no discriminación en el artículo 10 de la Ley General de Sanidad.

Por otra parte, es necesario destacar el hecho de que en las actuaciones sanitarias se da absoluta preponderancia a la voluntad del paciente, salvo las excepciones señaladas en la Ley 41/2002 [6]. Y que éstas se deben llevar a cabo con absoluto respeto a la intimidad del paciente y con el deber de confidencialidad (art. 7 de la Ley 41/2002).

La normativa en relación a los derechos del paciente en el ámbito sanitario se complementa con la legislación emanada de las Comunidades Autónomas [7].

[6] Tales excepciones están recogidas fundamentalmente en el artículo 9, que dispone: «2. Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos: a) Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas.- b) Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él.- 3. Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos: a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho. b) Cuando el paciente esté incapacitado legalmente. c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos. Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente».

[7] Así, la Comunidad Autónoma de Cataluña publicó la Ley 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información concernientes a la salud y la autonomía del paciente, y la documentación clínica; la Comunidad Autónoma de Galicia, la Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes; la Comunidad de Navarra, la Ley 11/2002, de 6 de mayo, sobre los derechos del paciente a las voluntades anticipadas, a la información y a la documentación clínica; la Comunidad Valenciana la Ley 1/2003, de 28 de enero, de la Generalitat Valenciana, de Derechos e Información al Paciente de la Comunidad Valenciana;la Comunidad de Castilla y León, la Ley 8/2003, de 8 de abril, sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud.

Establecido este marco normativo básico, se han documentado supuestos de discriminación en el ámbito de la salud de las personas homosexuales y transexuales.

II. DISCRIMINACIÓN DE LAS PERSONAS HOMOSEXUALES Y TRANSEXUALES DURANTE LA PANDEMIA DEL VIH/SIDA. LA DOBLE DISCRIMINACIÓN

La infección por el virus de la inmunodeficiencia humana (VIH), una de cuyas manifestaciones clínicas es el Síndrome de Inmunodeficiencia adquirida (SIDA), ha determinado que se produzca una estrecha interrelación entre los aspectos epidemiológicos, clínicos, psicológicos, sociales y legales, dando lugar a problemas de diversa naturaleza, lo que ha provocado la intervención del Derecho para intentar solucionar los conflictos jurídicos derivados de la situación generada por la existencia de esta pandemia.

Como es sabido, el virus de la inmunodeficiencia humana se descubrió en Estados Unidos. Los primeros casos de lo que ahora conocemos como SIDA fueron detectados en Nueva York y Los Angeles en 1981. Se observó en pacientes jóvenes homosexuales previamente sanos el desarrollo de infecciones oportunistas como neumonía por *Pneumocystis carinii*, infecciones extensas de mucosas por *Candida albicans* y la aparición de sarcoma de *Kaposi*. Estos casos fueron primero comunicados por los Centros para el Control y Prevención de Enfermedades (CDC) y posteriormente publicados en extenso en el *Lancet y en el New England Journal of Medicine.* A partir de este momento se empezaron a investigar las causas de la enfermedad y su posible tratamiento. En el descubrimiento del virus que producía la enfermedad destacaron dos investigadores Luc Montagnier y Robert Gallo, al que se denominó virus de la inmunodeficiencia adquirida (VIH), y que dio lugar al llamado síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA) [8].

[8] Sobre esta infección existe una abundante literatura en materia sanitaria. En esta nota sólo voy a reseñar algunos de los muchos estudios del Dr. D. Rafael Nájera Morrondo, uno de los primeros investigadores en España que se hizo cargo en el Instituto Carlos III de Madrid de la investigación sobre esta materia y que es referente para los estudios de este tema en nuestro país: NÁJERA MORRONDO, R., *Sida: de la biomedicina a la sociedad, EUDEMA Universidad, 1990; La última pandemia del siglo XX. ¿Será la gran pandemia del siglo XXI?* , «Aprender para el futuro: educación para la salud; documentos de un debate», 1994, pags. 109-112; *El virus del sida. Hoy y hace 10 años*, «Sida: una visión multidisciplinar», coord. por Santiago Yubero Jiménez, Elisa Larrañaga Rubio, 2000, pags. 11-26.

El problema fundamental de esta infección fue que en aquellos momentos no se encontró un tratamiento para paliar los efectos de la misma y el resultado era la muerte de la persona infectada. Por otro lado, cuando se descubrieron los medios de transmisión de la infección, por vía sanguínea, a través de las relaciones sexuales y por transmisión vertical de madre a hijo, se constató que la transmisión sexual era la vía de contagio más habitual. Y que existían ya numerosas personas infectadas que desconocían ser portadoras de tal virus.

Esto provocó una oleada de pánico en la sociedad mundial, que reaccionó con virulento rechazo a las personas seropositivas.

Este rechazo social se hizo más patente en el colectivo de personas homosexuales y transexuales por haberse detectado el virus en personas homosexuales. A ello contribuyó el hecho de que en ese momento en el ámbito sanitario se señalaron como «grupos de riesgo» el colectivo de homosexuales, de toxicómanos y el de la prostitución. Más adelante se abandonó esta postura y se descubrió que en realidad no existen grupos de riesgo sino «prácticas de riesgo», y que la infección alcanza a cualquier persona que realice tales prácticas, que, a su vez, puede trasmitir a otras personas en relación con ella (hombres, mujeres, niños, jóvenes y adultos).

Pero el daño social ya se había producido y la reacción ante el colectivo de homosexuales y transexuales fue de una discriminación social absoluta.

Ante ello, el problema jurídico capital que la enfermedad del SIDA planteó en los países desarrollados estribaba en conciliar las medidas epidemiológicas tendentes a atajar la epidemia con el respeto a los derechos humanos de las personas afectadas por VIH/SIDA, erradicando cualquier tipo de discriminación.

En España no existe, como así sucede también en la mayoría de los países (salvo alguna rara excepción), una regulación completa y sistemática que regule los problemas jurídicos derivados de la infección por SIDA.

La Constitución Española de 1978 se muestra como un medio particularmente idóneo para apoyar una política jurídica que frene la expansión de la infección, sin provocar ningún tipo de discriminación.

En su virtud, la política jurídica llevada a cabo en nuestro país ha seguido una doble vía.

Por un lado, se han desarrollado en torno a dicha infección una serie de normas jurídicas específicas emanadas del Estado y de las distintas Comunidades Autónomas, que no pretenden realizar una regulación exhaustiva

de los diversos problemas que ha podido suscitar la existencia y transmisión de esta enfermedad, sino tan sólo regular cuestiones muy puntuales relativas a la prevención y control de la misma.

Y, por otro lado, se han adaptado disposiciones de diversa naturaleza y contenido de nuestro ordenamiento jurídico, ampliando su ámbito de aplicación al SIDA.

De esta manera, el tratamiento jurídico de las distintas cuestiones que pudiera suscitar la existencia de la enfermedad queda cubierto en nuestro país por la legislación integrada en nuestro ordenamiento jurídico, sin necesidad de señalar circunstancias específicas de aplicación a la epidemia provocada por el SIDA [9].

A pesar de esta legislación de protección de las personas afectadas, en nuestro país se produjeron graves casos de discriminación de las personas homosexuales y transexuales.

Así, en el ámbito sanitario la mera presunción de que un paciente perteneciera a alguno de estos colectivos ponía en guardia a los profesionales sanitarios, exigiendo hacer la prueba del test de detección del SIDA, y, a su vez, los pacientes también sentían desconfianza hacia aquellos profesionales que presumiblemente pertenecían a estos colectivos. Tal exigencia era contraria a todas las recomendaciones que en este sentido se hicieron por parte de los organismos internacionales y del Ministerio de Sanidad de España [10], siendo que en nuestro ordenamiento jurídico tal prueba era de carácter voluntario y no obligatorio, en virtud de los artículos 18 de la CE, y 10, 6, de la Ley General de Sanidad [11].

---

[9] Véase en relación a la bibliografía jurídica sobre el SIDA, entre otros, ALVENTOSA DEL RÍO J., VIDAL MARTÍNEZ J., *Droit et Sida en Espagne,* en el libro «Droit et Sida: Comparaison internationale», dirigido por J. Foyer et L. Khaiat, CNRS Editions, París, 1994, págs. 173-201; ALVENTOSA DEL Río J., VIDAL MARTÍNEZ, *Algunas cuestiones jurídicas que plantea en España la enfermedad del Sida,* Revista «Jano» de medicina y humanidades, 29 enero-4 febrero de 1993, vol. XLIV, nº 1024, págs. 37-42; ALVENTOSA DEL RÍO, J., *La incidencia del SIDA en el ámbito jurídico español,* en «Revista SEISIDA», vol. 10. Núm.4, abril 1999, págs. 210-212.; MIRPUIG, S., Problemas jurídico-penales del SIDA, Barcelona, 1993; SÁNCHEZ CARO, J., GIMÉNEZ CABEZÓN, J.R., *Derecho y SIDA,* Madrid, 1995.

[10] Así la Declaración conjunta de la OIT y la OMS que ambas organizaciones formularon sobre el SIDA y el lugar de trabajo en 1988.

[11] Cfr. la problemática surgida en torno a esta cuestión, que alcanzó límites insospechados, sobre todo por el caso Kimberly Bergalis, en ALVENTOSA DEL RÍO, J., *Relevancia jurídica del consentimiento en la prueba del VIH/SIDA,* en «Revista SEISIDA», vol. 11, núm. 4, abril 2000, págs. 292-294, ESTÉBANEZ, P., FITCH, K., NÁJERA, R., *La prueba del VIH en el marco de la salud pública,* «Revista SEISIDA», vol. 4, núm. 4, abril 1993, págs. 96-99; DE ANDRÉS, R., NÁJERA, R., *Acci-*

Por otro lado, al historial de los pacientes VIH/SIDA se les ponía el famoso «punto rojo», que daba lugar al conocimiento de su padecimiento por cualquier persona que consultara dicho historial, aunque no tuviera ninguna relación con la infección; de la misma manera que en la tarjeta de maternidad de las mujeres seropositivas embarazadas.

Afortunadamente, el avance de la investigación de la enfermedad y las reivindicaciones de los movimientos asociativos de lucha contra el SIDA, ha determinado que tal discriminación se haya ido reduciendo, aunque no haya desaparecido totalmente [12].

En otro orden de cosas, los derechos fundamentales de las personas homosexuales también se vieron afectados por el padecimiento de la enfermedad.

Así sucedió en un conocido caso, el denominado caso del palmesano, en el que se violaron su derecho a la intimidad personal y familiar y su derecho a la imagen, protegidos por el artículo 18 de la Constitución Española [13]. El supuesto de hecho que aconteció fue el siguiente. Una pareja del mismo sexo convivía en Palma de Mallorca. Un miembro de la misma, arquitecto conocido, era seropositivo. Para dar noticia de que en Palma de

---

dentes en personal sanitario, Madrid, págs. 399-431; ZULAICA ARISTI, D., *Problemática del trabajador sanitario seropositivo a VIH,* «Revista SEISIDA», vol. 8, núm. 4, abril 1997, págs. 267-269. En España, existieron posturas diferentes respecto a la obligatoriedad de la prueba de VIH/SIDA a los profesionales sanitarios. Pero la Dirección General de Trabajo y la Secretaría General de Información Sanitaria y Epidemiología del Ministerio de Sanidad y Consumo, en la nota informativa de 10 de agosto de 1989 se mostró partidaria de imponer obligatoriamente dicha prueba en aquellos casos en que resulte científicamente comprobado el riesgo de transmisión del virus, siendo los médicos y las Instituciones sanitarias quienes deberían considerar si es oportuno o no la realización del mismo. Y en consecuencia permitir al profesional la continuación de su trabajo o no, en especial, el relativo a la realización de procedimientos invasivos. Con respecto a los pacientes, sin embargo, no se autorizó, salvo con el consentimiento del mismo y en situaciones excepcionales previstas en la Ley General de Sanidad de 1986, art. 10, 6, la realización de dicha prueba.

[12] A ello han contribuido en buena medida también las recomendaciones de los organismos internacionales dirigidos a los profesionales sanitarios, como, entre otros, la Recomendación del Consejo de Europa 1116, de 1989, sobre el SIDA y los Derechos Humanos; la Recomendación 14, de 1989, del Comité de Ministros de los Estados Miembros de la CEE, sobre los principios éticos de la infección por VIH en la asistencia sanitaria y en los sectores sociales; las Conclusiones del Consejo de Ministros de Sanidad de los Estados Miembros del Parlamento de Europa, de 1989, referente a la sensibilización del personal sanitario; y las *Directrices mixtas OIT/OMS sobre los servicios de salud y el VIH/SIDA,* Oficina Internacional de Trabajo, Ginebra, 2005.

[13] SOLA RECHE, E., *Algunos problemas relativos al derecho a la intimidad del paciente VIH,* Revista «Derecho y Salud», vol. 3, núm. 1, Barcelona, enero-junio 1995.

Mallorca se había producido un brote de la infección, un periódico dio la noticia de que un miembro conocido de la comunidad había contraído el virus. En dicha noticia no se daba el nombre del afectado, pero se proporcionaban una serie de detalles por los cuales se podía identificar a la persona a la que se refería el artículo periodístico. Esta situación provocó el rechazo social de dicha persona y de su pareja, que sufrieron incluso una reducción notable de su trabajo profesional.

El afectado interpuso demanda ante los Tribunales alegando que se había vulnerado su derecho a la intimidad. El Tribunal Supremo, en sentencia de 18 de julio de 1988, dictaminó a favor de la persona afectada de VIH/SIDA, condenando al pago de una importante indemnización a la empresa periodística.

Sin embargo, la empresa interpuso recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, pues entendía lesionado su derecho a la libertad de expresión, reconocido en el artículo 20 de la Constitución Española. Éste dicto sentencia el 11 de febrero de 2002 no admitiendo el recurso, señalando en sus fundamentos, entre otras cosas, que el demandante tenía razón pues «Fue lesionada su intimidad, con claridad plena, porque en modo alguno puede exigirse a nadie que soporte pasivamente la difusión periodística de datos, reales o supuestos, de su vida privada que afecten a su reputación, según el sentir común, y que sean triviales o indiferentes para el interés público. Ninguna duda hay, en cuanto a lo primero, de que la reputación de las personas (art. 7.3 de la Ley Orgánica 1/1982) fue aquí afectado, bastando, a tal efecto, con remitirse a lo fundamentado al respecto por los órganos jurisdiccionales que resolvieron y que apreciaron, muy razonadamente, que la identificación periodística, indirecta pero inequívoca, de una determinada persona, como afectada por el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA) deparaba, teniendo en cuenta actitudes sociales que son hechos notorios, un daño moral (y también económico, como luego se demostró) a quienes así se vieron señalados como afectados por una enfermedad cuyas causas y vías de propagación han generado y generan una alarma social con frecuencia acompañada de reacciones, tan reprobables como desgraciadamente reales, de marginación para muchas de sus víctimas. Y también es notorio, en segundo lugar y por último, que la identificación de las personas así supuestamente afectadas por tal enfermedad fue, en el sentido más propio de las palabras, irrelevante a efectos de la información que se quiso transmitir, pues si ninguna duda hay en orden a la conveniencia de que la comunidad sea informada sobre el origen y la evolución, en todos los órdenes, de un determinado mal, no cabe decir lo mismo en cuanto a la individualización, directa o indirecta, de

quienes lo padecen, o así se dice, en tanto ellos mismos no hayan permitido o facilitado tal conocimiento general. Tal información no es ya de interés público, y no lo fue aquí, con la consecuencia, ya clara, de que su difusión comportó un daño o, cuando menos, una perturbación injustificada por carente, en rigor, de todo sentido. La intimidad personal y familiar es, en suma, un bien que tiene la condición de derecho fundamental (art. 18.1 de la Constitución) y sin el cual no es realizable, ni concebible siquiera, la existencia en dignidad que a todos quiere asegurar la norma fundamental (art. 10.1). Y aunque no todo alegato en defensa de lo que se diga vida privada será, como la legislación y nuestra jurisprudencia muestran, merecedor de tal aprecio y protección, sí es preciso reiterar ahora que la preservación de ese reducto de inmunidad sólo puede ceder, cuando del derecho a la información se trata, si lo difundido afecta, por su objeto y por su valor, al ámbito de lo público, no coincidente, claro es, con aquello que pueda suscitar o despertar, meramente, la curiosidad ajena. No se atuvo a este criterio la información enjuiciada en el proceso que antecede y tampoco, por ello mismo, podemos conceder el amparo que se nos pide contra la Sentencia dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo».

La realidad laboral demostró también la existencia de ciertas discriminaciones en relación a los trabajadores afectados, tanto por parte de los empresarios como de los compañeros trabajadores, debido especialmente al miedo al contagio. Discriminación que no era posible en virtud del principio constitucional consagrado en el mencionado artículo 14 y en el artículo 4 del Estatuto de los Trabajadores, entre otras normas.

Dos cuestiones concretas se plantearon en este ámbito: la posibilidad de realizar el test de detecćión a los trabajadores para acceder o permanecer en la empresa o lugar de trabajo, y la posible obligatoriedad de declarar su padecimiento. En el análisis de ambas cuestiones se tuvo en cuenta que los trabajadores, entre sus derechos laborales, tenían el derecho al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad (arts. 10 y 14 de la CE y 4 del ET). En cuanto a la posibilidad de realizar el test de detección en los procesos de selección laboral o en otros parece que el empresario no puede imponer esta prueba por diversas razones jurídicas. Por lo que se refiere a la obligación de declarar la seropositividad, tampoco existía obligación de hacerlo en base a las mismas argumentaciones.

En esta cuestión, el criterio del Gobierno español, fue expuesto por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social ante una pregunta formulada en el Congreso de los Diputados el 10 de febrero de 1988. Y la postura de la OMS y de la OIT en la Declaración conjunta que ambas organizaciones

formularon sobre el SIDA y el lugar de trabajo en 1988. Directrices que fueron recogidas en la Nota informativa de la Dirección General de Trabajo de 10 de agosto de 1989 (que incorporaba el criterio de la Subdirección General de Información Sanitaria y Epidemiología del Ministerio de Sanidad y Consumo), en cuyo párrafo primero se afirmaba que los criterios para resolver las cuestiones planteadas en cuanto a la obligatoriedad de la realización de las pruebas del SIDA, deben ser los mismos que los que se aplican para valorar la posibilidad de reconocimientos médicos o pruebas del estado de salud de los trabajadores, y, tomando como base los artículos 20, número 1, 4, número 2 y 17 del Estatuto de los Trabajadores, señala que el trabajador puede rechazar, sin consecuencias negativas para él, la realización de pruebas que hagan referencia a su estado físico, salvo en aquellos supuestos en que estas circunstancias del estado físico puedan generar riesgos para la salud del propio trabajador, del resto de los trabajadores o de terceras personas en contacto con la empresa, puesto que en estos casos se podría provocar situaciones atentatorias con el derecho a la salud de estas personas [14].

Aún así, en las asociaciones de lucha contra el SIDA llegó algún caso en que la empresa ofreció privadamente una compensación económica a persona homosexual (que no era seropositivo) por miedo de que estuviera infectado para que dejara su puesto de trabajo.

Con estas pocas referencias estimo que se han puesto de relieve las situaciones de discriminación que sufrieron y aún están padeciendo los colectivos de homosexuales y transexuales, discriminación que alcanza a todas las personas afectadas por el VIH/SIDA.

III. DISCRIMINACIÓN DE LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO EN EL ÁMBITO SANITARIO

Hasta que no se promulgaron las leyes de parejas de hecho a finales de la década de los noventa y durante la primera década de este siglo, a las parejas de hecho del mismo sexo, carentes de cobertura jurídica, no se les reconocía como a tales ningún derecho en el ámbito sanitario.

Dos cuestiones principalmente dieron lugar a una discriminación patente en este ámbito. La primera referida a la sustitución del consenti-

[14] Véase, Alventosa del Río, J., *Sida y derecho al trabajo y a la educación.*, «Revista General de Derecho», Sección de Derecho y Bioética, 1995, págs. 3611-3628.

miento en situaciones de incapacidad de uno de los miembros de la pareja; la otra, en relación a la asistencia sanitaria.

En cuanto a la primera, hay que recordar que, para que se pueda producir una actuación sanitaria sobre la persona, en el antiguo artículo 10, número 6, de la Ley General de Sanidad, y en el actual artículo 2, 2, de la Ley 41/2002, se exige el previo consentimiento informado de la misma. El problema existía cuando el paciente era incapaz, por causa de su propia enfermedad, de dar dicho consentimiento. El antiguo artículo 10, 6, de la Ley General de Sanidad, señalaba que en estos casos: *«Cuando no esté capacitado para tomar decisiones, (...), el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas»*. La cuestión que se planteaba era que la pareja homosexual del paciente, no reconocida legalmente hasta la publicación de las leyes de pareja de hecho, no entraba en ninguna de las dos categorías. Por lo que la persona conviviente, con la que compartía la vida diaria, se veía imposibilitada de tomar decisión alguna sobre su pareja. Situación que se planteaba habitualmente en los casos de personas afectadas por el VIH/SIDA.

Parece que esta situación se ha corregido en la Ley 41/2002, pues el artículo 9, 2, apartado b), dispone que será una excepción al requisito de obtener el consentimiento del paciente: *«Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él»*. Estimo que dentro de esta última fórmula cabe incluir a las parejas de hecho, pues la Ley 41/2002 se dicta estando ya vigentes algunas leyes de parejas de hecho en las Comunidades Autónomas [15].

[15] Cfr. ALVENTOSA DEL RÍO, J., *El derecho a la autonomía del paciente*, en «Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo», T. I, «Semblanza. Derecho civil. Parte General», Madrid, 2003, págs. 173-205. Véase también en relación al consentimiento informado, entre otros, GALÁN CORTÉS, J.C., *El consentimiento informado del usuario de los servicios sanitarios*, Madrid, 1997, pág. 19; MARÍN GÁMEZ, J.A., *A vueltas con la constitucionalidad del artículo 10.6 de la Ley General de Sanidad: la relevancia jurídica del consentimiento informado*,»Revista General de Derecho», julio-agosto de 1995, págs. 8237-8257. Pueden consultarse también otras definiciones del término en GRACIA GUILLÉN, D., *Ocho tesis sobre el consentimiento informado*, Actas del II Congreso «Derecho y Salud»: «La responsabilidad de los profesionales y de las administraciones sanitarias», organizado por la Asociación Juristas de la Salud, editadas por la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía, 1994, págs.115-119; SÁNCHEZ CARO, J., SÁNCHEZ CARO, J., *Consentimiento informado y psiquiatría*, Madrid, 1998, págs. 17-20, y DÍAZ PINTOS, G., *El consentimiento: ¿Una garantía de la autonomía moral del paciente o un expediente para eximir de la responsabilidad?*, «Revista Derecho y Salud», vol.6, núm. 1, enero-junio de 1998, págs. 25-29.

Por otra parte, en la misma Ley 41/2002, así como en las leyes autonómicas relativas a la autonomía de la voluntad y derechos y deberes de los pacientes, se permite el otorgamiento de las denominadas Instrucciones Previas o Documentos de Voluntades Anticipadas, que permiten que *«una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que lleque a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo»*, añadiéndose que en dicho documento se permite a su otorgante designar *«un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas»* (art. 11 de la Ley 41/2002) [16]. Esto permite a cualquier persona nombrar al representante que estime oportuno, lo cual significa que la pareja homosexual tiene la oportunidad de designar a su pareja como su representante para tomar las decisiones que estime oportunas, y sobre todo en los casos de enfermedad por VIH/SIDA [17].

La otra cuestión que se planteaba como problemática era la referida a la asistencia sanitaria de la pareja del trabajador afiliado a la Seguridad Social, que, por circunstancias, no podía acceder por si mismo a las pres-

[16] También se recoge con esta indistinta denominación en los artículos 8 de la Ley de Cataluña, completado por el Decreto 175/2002, de 25 de junio, por el que se regula el Registro de voluntades anticipadas, 5 de la Ley de Galicia, 9 de la Ley de Navarra, complementado por el Decreto Foral 140/2003, de 16 de junio, por el que se regula el registro de voluntades anticipadas, 17 de la Ley de la Comunidad Valenciana y 30 de la Ley de Castilla-León. Asimismo, en el artículo 15 de la Ley de Salud de Aragón, cuya regulación queda complementada por el Decreto 100/2003, de 6 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y el funcionamiento del Registro de Voluntades Anticipadas; Ley de Voluntades Anticipadas de Canarias de 2006. Véase ALVENTOSA DELL RÍO, J., *La declaración de voluntades anticipadas o Instrucciones previas,* Libro-Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo, T. I, Madrid, 2004; FORN RAMBLA, Mª. A., *¿Estamos preparados los médicos de familia para ayudar a nuestros pacientes a hacer testamento vital?,* « Revista de calidad asistencial», vol. 22, núm. 5, 2007, págs. 262-265; LÓPEZ SÁNCHEZ, C., Testamento vital y voluntad del paciente: (conforme a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre), 2003; PALOMARES BAYO, M., LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J., *El consentimiento informado en la práctica médica y el testamento vital : análisis de la legislación europea, nacional y autonómica : estudio de su evolución jurisprudencial*, Granada, 2002; SÁNCHEZCARO, J., ABELLÁN, F., *Derechos y deberes de los pacientes. Ley 41/2002, de 14 de noviembre: consentimiento informado, historia clínica, intimidad e instrucciones previas*, Granada; 2003.TURFAÚNDEZ, M. N, *El documento de instrucciones previas o testamento vital: régimen jurídico*, Aranzadi civil, núm. 2, 2004, págs. 1955-1984

[17] SOLER, A., YÉBENES, J.C., CAPDEVILA, J.A., MARTÍNEZ, R., SERRA-PRAT, M., MIRÓ, G., PEDROL, E., *Conocimiento de la enfermedad y de los documentos de voluntades anticipadas en el paciente seropositivo para el VIH,* «Medicina clínica», vol. 126, núm.. 15, 2006, págs. 567-572.

taciones de aquella. En principio no había ninguna norma que regulara esta concreta situación de las parejas de hecho del mismo sexo, por lo que la pareja del trabajador no quedaba incluido en la cobertura de la Seguridad social del mismo. Situación ésta que se mantuvo hasta la publicación de las leyes de parejas, cuya situación parecía resuelta por la aplicación de la Resolución de la Secretaría General para la Seguridad Social de 29 diciembre de 1984 que establecía que, quien, sin ser cónyuge, conviva maritalmente con el titular del derecho a la asistencia sanitaria, podrá tener derecho a la misma, en los mismos términos y condiciones que prevé la legislación vigente para el cónyuge, así como los hijos de dicha persona, como acogidos de hecho, en tanto convivan y estén a cargo del mencionado titular.

Sin embargo, también se plantearon conflictos en estos supuestos ante nuestros Tribunales.

En ellos, aunque en jurisdicciones distintas, para casos similares, y con parecidos argumentos, se concede el derecho a la prestación de asistencia sanitaria a favor de parejas de hecho estables. Así sucede en las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Navarra de 30 de noviembre de 2000, y de Cataluña de 6 de mayo de 2004. Obsérvese, sin embargo, que en ambos casos ya existía legislación de parejas de hecho en las Comunidades Autónomas citadas, cuyas disposiciones se aplicaron a los casos planteados.

En la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Sala de lo Social, en la citada sentencia de 29 de noviembre de 2000, se estima el recurso de suplicación deducido por la parte actora frente a la sentencia que rechazó su pretensión sobre asistencia sanitaria. El supuesto que se debatía era la solicitud de una mujer, que mantenía convivencia marital con otra, de que ésta fuera incluida en la cartilla de la Seguridad Social de la primera.

Los argumentos que utilizó el Tribunal fueron los siguientes. La Sala señala que el Decreto de 2 de noviembre de 1973 determina las condiciones y requisitos que deben cumplir los beneficiarios del titular de la prestación de asistencia sanitaria, habiéndose establecido por Resolución de la Secretaría General para la Seguridad Social de 29 de diciembre de 1984 que quien, sin ser cónyuge, conviva maritalmente con el titular del derecho a la asistencia sanitaria, podrá tener derecho a la misma, en los mismos términos y condiciones que prevé la legislación vigente para el cónyuge, así como los hijos de dicha persona, como acogidos de hecho, en tanto convivan y están a cargo del mencionado titular. Se extiende así el beneficio a la asistencia sanitaria a aquellos con cuya convivencia forman una unión estable de hecho. No se trata, por tanto, de una cuestión de Derecho matrimonial, sino de personas

que viven al margen del matrimonio y a las que se ha decidido extender los beneficios de aquél, al menos el relativo a la asistencia sanitaria. Por otro lado, la Ley Foral de Navarra de Parejas Estables 6/2000, de 3 julio, parte del principio de no discriminación, señalando que en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico navarro, nadie puede ser discriminado por razón del grupo familiar del que forma parte, tenga éste su origen en la filiación, en el matrimonio, o en la unión de dos personas que convivían en análoga relación de afectividad, con independencia de su orientación sexual. Por lo que, entiende la Sala, una proyección hermenéutica amplia de la citada Resolución autoriza a incluir entre los beneficiarios a la asistencia sanitaria a quienes conviven de hecho con personas de idéntico sexo, y ello por así permitirlo la propia dicción de la referida Resolución.

En la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, recurre el INSS en suplicación frente a la sentencia que, acogiendo la pretensión del trabajador demandante, reconoció a favor de su pareja estable el derecho a la prestación de asistencia sanitaria y su inclusión como beneficiario en su tarjeta de la Seguridad Social. En este caso se trataba de una pareja de hecho de hombres, en el que, de igual forma que en el caso anterior, el trabajador solicitó incluir a su pareja en la cartilla de la Seguridad Social.

El INSS, por resolución de 30 de agosto de 2002, denegó el reconocimiento de la condición de beneficiario a la pareja del solicitante por entender que tratándose de una pareja del mismo sexo no existe ninguna institución jurídica comparable al matrimonio y no es de aplicación la norma que pretende reconocer el derecho a favor de, quien sin ser cónyuge, convive maritalmente con el titular del derecho.

Habiendo interpuesto demanda judicial el interesado, se falló a su favor en las instancias judiciales inferiores, por lo que el INSS interpuso recurso ante el Tribunal Superior de Justicia.

El Tribunal Superior entendió que el recurso interpuesto por el INSS no podía prosperar, pues cualquier pareja de hecho, con independencia de su orientación sexual, que resida en cualquier lugar del territorio español, tiene derecho a la prestación de asistencia sanitaria, si se cumplen los demás requisitos.

En dicha sentencia el Tribunal señala que «no se trata simplemente de una pareja de hecho, sino de una pareja reconocida por el derecho en virtud de la Ley 10/1998, de 15 de junio, de Unión Estable de Parejas de Cataluña, norma que, si bien, no puede alterar la normativa estatal de Seguridad Social, si puede y debe servir para interpretar el requisito establecido en la misma de

que el beneficiario tenga una relación asimilada al matrimonio con el titular de la prestación, en el sentido de que se admiten tanto las parejas heterosexuales como las homosexuales, todo ello incluso, sin tenernos que remitir a la prohibición de discriminación por razón de sexo establecida en el artículo 14 de la Constitución de 1978, ni al artículo 14 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos, ni a la Directiva 2000/78/CE, del Consejo de fecha 27 de noviembre de 2000, sobre igualdad de trato en el empleo y la ocupación, con prohibición de discriminación basada, entre otras causas, en la orientación sexual, sino simplemente aplicando lo establecido en el artículo 3.1 del Código Civil, que desde el año 1974 establece que las normas han de ser interpretadas de acuerdo con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas, por lo que incluso no sería necesario acudir a la Ley Catalana 10/1998, ya que se estima, aunque no haya sido objeto de este pleito, que cualquier pareja de hecho con independencia de su orientación sexual que resida en cualquier lugar del territorio español, tiene derecho a la prestación de asistencia sanitaria aquí controvertida, si se cumplen los demás requisitos exigidos». Además de estos argumentos, la Sala también alega la misma interpretación de la Resolución de la Secretaría General para la Seguridad Social de 29 diciembre de 1984. Por lo que reconoció el derecho del trabajador a incluir a su pareja de hecho en la cartilla de la Seguridad Social.

IV. LA DISCRIMINACIÓN DE LAS PERSONAS TRANSEXUALES EN EL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

El mayor problema que tienen las personas transexuales en el Sistema Nacional de Salud es el referido al tratamiento para el cambio de su morfología física.

Tal tratamiento no se encuentra acogido entre las prestaciones del Sistema de la Seguridad Social, siendo tratamientos costosos económicamente por cuanto se requiere un tratamiento hormonal, en su caso, cirugía sexual y física para adaptar el cuerpo a la psique, y en algunas circunstancias apoyo psicológico [18].

[18] Hay alguna excepción en nuestro país, como la Comunidad de Andalucía, donde desde 1999 se reconoce la prestación sanitaria a personas transexuales en el Sistema Público Andaluz. Véase el estudio de esta prestación realizado por Berguero Miguel, T., Cano Oncala, G., Giraldo Ansio, F., Esteva de Antonio, M., Ortega Aguilar, Mª V., Gómez Banovio, M., Gomeman Schaffer, I., *La transexualidad: asistencia multidisciplinar en el Sistema Público de Salud*, «Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría», vol. 24, núm. 89, 2004, págs. 9-

Esta circunstancia ha determinado que algunas personas no hayan podido acceder a la cirugía de reasignación sexual, con la consecuencia en nuestros Tribunales de la negación de la rectificación de sexo y nombre en el Registro civil [19].

Esta circunstancia dio lugar a la interposición de alguna demanda por parte de la persona afectada ante nuestros Tribunales.

Así sucedió en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 30 de junio de 2005. En el caso de autos se trata de una persona, nacida varón, que desde niño mostraba un comportamiento femenino. Comenzó a hormonarse por su cuenta cuando contaba 16 años, y más tarde, desde 2001, con asistencia médica prestada por la Seguridad Social. Fue diagnosticada de trastorno de identidad sexual, sin trastorno de enfermedad intersexual. En julio de 2003 fue sometida a cirugía de reasignación sexual, abonando los elevados gastos de tal intervención. En septiembre de 2003, su padre, titular de la tarjeta sanitaria, solicitó el reintegro de los gastos sanitarios practicados a su hija al IMSALUD, por operación que no se realiza en el Sistema de Salud madrileño, aunque sí en otras Comunidades Autónomas, como la de Andalucía. En noviembre de 2003, el IMSALUD le denegó tal solicitud por no ser un tratamiento no financiado por la Seguridad Social y carecer de los requisitos para su concesión, asistencia sanitaria de carácter urgente y vital.

Dicha sentencia fue recurrida en suplicación.

La parte actora alegó como fundamentos del recurso que se han vulnerado los artículos 14, 43 y 139 de la Constitución Española; los artículos 3.2, 10.1 y 43.2, f), de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; el Real Decreto 63/1995, sobre Ordenación de las Prestaciones Sanitarias; el artículo 98 de la Ley de la Seguridad Social de 1970, y la Recomendación 117/1989 del Consejo de Europa, y los artículos 3, 4 y 7 del Código civil.

La Sala asume la infracción de casi todos los artículos citados, y concluye que el cambio de sexo, como consecuencia de transexualidad, no queda excluido de la prestación sanitaria y que por aplicación de lo establecido en el artículo 43 de la Constitución Española, artículo 1 de la Ley General de

20, y en la misma Revista, de estos autores, *La construcción de la identidad de género en pacientes transexuales*, págs. 21-31. Asimismo, se recoge la esperiencia de tratamiento a personas transexuales en GÓMEZ GIL, E., *La atención a la transexualidad por la unidad de salud mental del Hospital Clínic de Barcelona en los últimos años*, «Cuadernos de Medicina psicosomática y psiquiatría de enlace», núm. 78, 2006, págs. 55-64.

[19] Véase Capítulo XII, II.

Sanidad y el artículo 1 del Real Decreto 63/1995, ha de ser atendido por el sistema de salud ya que: «(…) la sanidad pública no sólo está obligada a prevenir y curar las enfermedades físicas, sino también las psíquicas, pues no sólo los defectos físicos son originadores de enfermedad y están necesitados de asistencia sanitaria, sino también los psíquicos que, además, en muchas ocasiones están interrelacionados. Resulta por ello una ficción el separar los defectos físicos de los psíquicos para excluir así las prestaciones sanitarias necesarias para que la persona pueda alcanzar la curación psíquica y equilibrar de forma estable, vital y productiva su vida».

Aunque la normativa del Real Decreto 63/1995 es clara en el sentido de no permitir intervenciones fuera de las autorizadas en el propio Sistema de salud, el Tribunal falla a favor del demandante por varias razones: porque el beneficiario presenta una enfermedad psíquica que precisa asistencia sanitaria; porque el único medio de alcanzarla es la intervención de reasignación sexual; y porque considera que la Ley General de Sanidad en su desarrollo reglamentario debe ser interpretada de forma dinámica y abierta a la evolución médica y social.

Lo que supone una interpretación correctiva de los supuestos exceptcionados en el Real Decreto 63/1995 [20].

Coincido con la argumentación de la Sala, y parece que se impone una reforma de los preceptos que impiden tal intervención, en cuanto la imposibilidad de realizar dicha reasignación comporta consecuencias jurídicas en el ámbito de los Derechos fundamentales de la persona que vulnera la inviolabilidad de los mismos establecidos en la Constitución Española.

Sin embargo, la resolución de esta cuestión reiteradamente planteada ante los Tribunales no ha sido homogénea. En algunos Tribunales se ha admitido el recurso de las personas transexuales, y en otros no se ha aceptado su pretensión. Por citar algunas de las más recientes, admitieron dicha demanda las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia, Sala de lo Social, de Cataluña de 18 febrero 2003, de País Vasco de 21 junio 2005 y de Madrid de 30 de junio de 2005. Por el contrario, no la admitieron las sentencias del Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Social, de Asturias de 31 de enero de 2003 y de Madrid de 23 de septiembre de 2005.

---

[20] Así, RODRÍGUEZ INIESTA, G., *Transexualidad, cambio de sexo. Su cobertura por el Sistema Nacional de Salud*, «Aranzadi Social», 2006 (22), le sorprende el pronunciamiento del Tribunal, en cuanto piensa que claramente, según la legislación aplicable, el supuesto contemplado quedaba fuera del ámbito de la norma, aún cuando estime que tal prestación debería estar cubierta por el Sistema Nacional de Salud, en tanto en cuanto en algunas Comunidades Autónomas se cubre tal gasto.

La cuestión se planteó, por fin, ante el Tribunal Supremo, cuya postura ha sido denegatoria de tal prestación.

Así, se presentó ante el Tribunal Supremo en la Sala 4ª recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el IMSALUD contra la sentencia citada del TSJ de Madrid de 30 de junio de 2005, que le condenó al reintegro de los gastos médicos ocasionados por la operación quirúrgica de cambio de sexo de la actora. Estima la sentencia de 29 de mayo de 2007, que los casos, como el de autos, de diagnóstico de transexualismo por trastorno de la identidad sexual, no pueden incluirse en la excepción que contempla el RD 63/1995, sobre Ordenación de Prestaciones Sanitarias del Sistema Nacional de la Salud, que no considera financiable con cargo a la Seguridad Social o fondos estatales destinados a la asistencia sanitaria «la cirugía de cambio de sexo, salvo la reparadora en estados intersexuales patológicos», siendo que la sentencia combatida estima probado que estamos ante un diagnóstico de transexualidad , con trastorno de la identidad sexual pero sin coexistencia de enfermedad intersexual; por tanto no es una prestación financiable mientras no existan las correspondientes normas que así lo establezcan, como ocurre en algunas Comunidades Autónomas, sin que ello pueda suponer ningún tipo de discriminación al depender su financiación de los respectivos recursos presupuestarios.

En la reciente Ley 3/2007 nada se dice al respecto, pero obsérvese que esta ley introduce sólo una modificación en el ámbito registral [21].

[21] El movimiento asociativo ha realizado alguna propuesta al respecto. Puede verse la propuesta bien fundamentada de COGAM, *PS PARA LA COBERTURA SANITARIA PÚBLICA DEL TRATAMIENTO CLÍNICO INTEGRAL DE REASIGNACIÓN DE SEXO DE PERSONAS TRANSEXUALES EN EL IMSALUD (COMUNIDAD DE MADRID)*, en la que, además de señalar cuáles son las prestaciones necesarias para cubrir las necesidades del tratamiento transexual, señala la necesidad de introducir dicho tratamiento en la Seguridad Social, en este caso en Madrid, argumentado: «La necesidad social de la inclusión del tratamiento clínico integral de reasignación de sexo en el sistema público de salud madrileño debe entenderse desde varias perspectivas. En primer lugar, comprendiendo que la única forma de aliviar la angustia vital y el sufrimiento de las personas transexuales, debido a esa persistente contradicción entre el sexo anatómico y la identidad de género, consiste en proporcionar el acceso a dicho tratamiento clínico. En segundo lugar, por una razón de equidad social, ya que hasta ahora la población transexual residente en la Comunidad de Madrid debe recurrir a la sanidad privada, con todos los riesgos que conlleva un proceso altamente mercantilizado por el afán de beneficio económico de ciertos profesionales. Por otro lado, esta situación de desprotección social produce un efecto perverso de discriminación fundada en motivos económicos: sólo aquellas personas transexuales con un poder adquisitivo elevado podrán iniciar su proceso de reasignación de sexo. Y por último, debido a una razón estrictamente sanitaria: la ausencia de una cobertura sanitaria pública del tratamiento clínico integral de reasignación de sexo provoca mayores problemas y costes económicos al IMSALUD,

Sin embargo, el 12 de diciembre de 2007 se ha publicado una nota de prensa del Ministerio de Sanidad y Consumo donde se informa de que el Sistema Nacional de Salud asignará Servicios de referencias para la atención integral de la transexualidad.

---

derivados de las prácticas de riesgo: La automedicación en la administración de hormonas incrementa la morbilidad de las personas transexuales. Las inyecciones de silicona líquida sustitutivas de las implantaciones de prótesis mamarías provocan complicaciones tan graves para la población transexual femenina como la aparición de granulomas, escaras en la piel, migración fascial o hepatitis con embolismo y muerte. Un tratamiento hormonal sin el adecuado control endocrinológico periódico incrementa notablemente los posibles efectos adversos: alteraciones de las enzimas hepáticas, embolismo pulmonar, trombosis cerebral, cáncer de mama (en mujeres transexuales tratadas con estrógenos) o infarto de miocardio (en hombres transexuales tratados con andrógenos). Asimismo, la osteoporosis constituye un factor de riesgo para aquellas personas transexuales que, una vez extirpadas las gónadas en las cirugías de reasignación de sexo, no pueden acceder al tratamiento hormonal desde el sistema sanitario público». También el Defensor del Pueblo Andaluz, en el ejercicio del año 1977, y ante una queja de persona transexual, emitió unas Recomendaciones entre las que se indicaba que se garantizase a los afectados la prestación de cambio de sexo.

Capítulo VIII CUESTIONES ESPECÍFICAS RELATIVAS A LA DISCRIMINACIÓN POR IDENTIDAD DE GÉNERO

I. LA ESPECIFICIDAD DE LA DISCRIMINACIÓN POR IDENTIDAD DE GÉNERO

En los epígrafes anteriores se han examinado conjuntamente las situaciones de discriminación por orientación sexual y por identidad de género. Pues las causas de discriminación en ambas situaciones coinciden en muchos aspectos jurídicos y sociales.

Sin embargo, hay circunstancias específicas en la identidad de género que no se dan en la orientación sexual, partiendo, como se hizo en su momento, de que son supuestos diferentes.

Estas circunstancias se refieren al sentimiento de sexo diferente al que se tiene que existe en la transexualidad y que no existe en la homosexualidad. El hecho de que una persona se sienta de diferente sexo lleva no sólo a un comportamiento con los caracteres del sexo que se percibe sino incluso a un cambio somático de la propia persona. Cosa que no ocurre en la homosexualidad.

Esto ha planteado dos cuestiones fundamentales en el ámbito de la discriminación por razón de identidad personal: el reconocimiento jurídico del derecho a esa identidad sexual diferente, y el derecho a contraer matrimonio, que se plantea con características diversas al matrimonio homosexual.

Al no existir una legislación que regulara tales cuestiones, éstas se han venido resolviendo por nuestros Tribunales.

Hay que recordar, sin embargo, que estas cuestiones se plantean a partir de la despenalización de las situaciones de homosexualidad y transexualidad (asimilada a aquella) como supuestos de peligrosidad social en 1979.

II. SITUACIÓN LEGISLATIVA DE LA TRANSEXUALIDAD POSTERIOR A LA CONSTITUCIÓN DE 1978

Al plantearse las primeras reivindicaciones en los últimos años de la década de los setenta, la doctrina se planteó en relación a las mismas, cuáles eran las cuestiones jurídicas que se debían abordar. Así, se consideraban como problemas jurídicos concretos la licitud de la operación quirúrgica de cambio de sexo, la posibilidad jurídica del cambio de nombre, y la posibilidad de que una vez producido ese cambio, el transexual pudiera ejercitar los derechos derivados de su nueva condición [1].

La legislación existente en ese momento regulaba tales cuestiones de la siguiente manera.

En el ámbito penal, se encontraba penalizada la esterilización y otro tipo de cirugía, que afectaba a la cirugía transexual.

En la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, se estimó propicio el momento para abordar tal problema, hasta el punto de que la Exposición de Motivos justifica su postura acerca de la despenalización de las lesiones cuando mediare el consentimiento, estimando de urgencia introducir un nuevo párrafo al artículo 428 del vigente, de forma que, el consentimiento libre y expresamente manifestado, exime de responsabilidad en los supuestos de trasplante de órganos, esterilizaciones y cirugía transexual, efectuados legalmente y por facultativos; esta excepción se recogió también en la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código penal,que establecía: «No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, el consentimiento libre y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuados con arreglo a lo dispuesto en la ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante fuera menor o incapaz, en cuyo caso no será valido el prestado por estos ni por sus representantes legales. Sin embargo, no será punible la esterilización de persona incapaz que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquella haya sido autorizada por el juez a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el ministerio fiscal y previa exploración del incapaz.- El consentimiento a que se refiere

[1] Así, Díez del Corral Rivas J., *La transexualidad y el Estado civil. En torno a la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1980*, en «Anuario de Derecho civil», 1981, pág. 1080.

el párrafo segundo de este articulo, no eximirá de responsabilidad penal en los supuestos del articulo 422 de este Código».

Este texto se vuelve a reiterar en la reforma del Código penal por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, que lo traslada al artículo 156, párrafo primero, actual, que dispone: «No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la Ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad o incapaz; en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales» [2].

En el ámbito civil, se produce la modificación del Reglamento del Registro civil por Real Decreto 1917/1986, de 29 de agosto, que modificó los artículos 21, 2, y 22, 2 del mismo, estableciendo el primero de ellos que «No se dará publicidad sin autorización especial: (…) 2. De la rectificación del sexo». Señalando el segundo que, a pesar de esta prohibición, el propio inscrito no necesitará tal autorización.

La finalidad de esta norma obedecía a la necesidad de proteger la intimidad de aquellas personas que hubieran rectificado el sexo [3].

Por otra parte, la rectificación del sexo se realiza por expediente gubernativo regulado en el artículo 93, 2, de la Ley del Registro civil, que dispone: «No obstante el artículo anterior, pueden rectificarse previo expediente gubernativo: 1º) Las menciones erróneas de identidad, siempre que ésta quede indudablemente establecida por las demás circunstancias de la inscripción. 2º) *La indicación equivocada del sexo cuando igualmente no haya duda sobre la identidad del nacido por las demás circunstancias*».

Esta disposición permitía la rectificación del sexo en los cambios de error cometido en la inscripción, y en las hipótesis de intersexualidad, situación distinta de la transexualidad. Tampoco se admitía un cambio de nombre que no se correspondiera con el sexo inscrito.

---

[2] PÉREZ CÁNOVAS, N., *Transexualidad y matrimonio,* «Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada», 5-2002, págs. 423-427, resalta la importancia que tuvo la despenalización de la cirugía transexual para estas personas, en cuanto ya no son condenadas a vivir en un cuerpo no deseado.

[3] En este sentido, GÓMEZ LAPLAZA, Mª. C., *Transexualidad,* «Actualidad civil», 2004 (1), pág. 1015.

Este panorama legislativo determinó la división de la doctrina en cuanto a la posibilidad de la admisión del cambio de sexo y su posterior matrimonio.

Para un sector de la doctrina, no cabe un derecho del transexual a contraer matrimonio con una persona de su mismo sexo biológico, pero diferente al que el transexual ostenta legalmente en el Registro civil, fundamentando su postura en la inmutabilidad del sexo cromosómico, pues la ciencia lo único que puede cambiar es el aspecto fenotípico; por lo que el derecho a la identidad sexual, como manifestación de la libertad civil, debe quedar constreñido al ámbito del derecho privado de la persona.

Dentro de esta posición, a su vez, se distinguen aquellos autores que estiman que se debe proteger el derecho a la intimidad de la persona, y, por tanto, conceder la rectificación registral, pero con limitación de derechos, y con exclusión del derecho al matrimonio y a la adopción [4].

Otros autores consideran que ni siquiera cabe considerar esta rectificación, pues realidad y biología deben coincidir en virtud del principio de seguridad jurídica [5].

Frente a estas posturas, hay un sector de la doctrina que entiende que existe un derecho a la identidad sexual en base a los principios de respeto a la dignidad de la persona humana y al libre desarrollo de la personalidad, contenidos en el artículo 10 de la Constitución, así como en los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico consagrados en el artículo 1 de la misma, y a las libertades fundamentales que recoge nuestra más alta norma jurídica [6].

III. LAS SITUACIONES DE TRANSEXUALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

Dada la escasísima referencia legislativa que existía en nuestro país, las cuestiones que se suscitaban en torno a la transexualidad se resolvían en nuestros Tribunales.

---

[4] En este sector de la doctrina se encuentra ROCA TRÍAS, E., *El derecho a contraer matrimonio y la regulación de las parejas de hecho,* «Puntos capitales del Derecho de familia en su dimensión internacional», Madrid, 1999, pág. 157

[5] ALBADALEJO GARCÍA, M., *Derecho civil español,* I, Barcelona, 1996, págs. 241-242; DÍEZ DEL CORRAL RIVAS, *La transexualidad, cit.,* págs. 1084 y 1086; ELOSEGUI ITXASO, *ob cit.,* págs. 174 y sigs, 187 y sigs. y 197 y sigs.; GORDILLO, *ob. cit.,* págs. 4743-4746, GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho civil, I,* Madrid, 1997, págs. 242-243; DE ÁNGEL YAGÜEZ, *ob. cit.,* págs.168-169.

[6] Así PÉREZ CÁNOVAS, *Transexualidad y matrimonio, cit.,* págs. 433-434.

Durante la década de los años setenta ya se presentaron en los Tribunales inferiores diversas solicitudes de rectificación de nombre y sexo en el Registro civil [7].

Se destacan de entre ellas la presentada en el Juzgado de Primera Instancia de Sevilla de 8 de noviembre de 1976, que fue denegada, y llegó hasta el Tribunal Supremo, que tampoco admitió tal rectificación.

También se puede citar la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Málaga de 29 de septiembre de 1979, que autorizó el cambio de sexo registral y de nombre; sin embargo, parece ser que en este caso no se trataba de un caso de transexualidad, sino de intersexualidad, situación en la cual la jurisprudencia de nuestros Tribunales permitía tal cambio.

Mayor importancia tiene el caso planteado ante el Juzgado de Primera Instancia de Zamora, en el que un transexual solicitaba la rectificación de sexo y nombre en el Registro civil, denegándola tal Juzgado en sentencia de 8 de noviembre de 1984. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Valladolid en sentencia de 10 de mayo de 1986, admitió tal rectificación fundamentándose en el artículo 10, 1, de la Constitución Española.

Por su parte, la Dirección General de los Registros y del Notariado, también tuvo oportunidad de pronunciarse en algún caso sobre esta circunstancia. Cabe destacar la Resolución de 22 de mayo de 1981 en la que permitió el cambio de nombre masculino por uno femenino.

Sin embargo, más trascendencia tienen las sentencias del Tribunal Supremo en esta materia.

Una de las primeras sentencias que pronunció nuestro Tribunal sobre el tema que nos ocupa fue la de 7 de marzo de 1980, en relación al conflicto planteado en el Juzgado de Primer Instancia de Sevilla, en la citada sentencia de 8 de noviembre de 1976, que había denegado la rectificación de dichos cambios en el Registro civil. En este supuesto, el Tribunal Supremo rechazo el recurso por motivos procesales, sin entrar en el fondo del asunto [8]. Por lo que esta sentencia no se pronunció sobre la posibilidad de dicha rectificación en nuestro Derecho.

---

[7] Véase GÓMEZ LAPLAZA, *ob. cit.*, pág. 2016.

[8] Véase el comentario de esta sentencia en DÍEZ DEL CORRAL RIVAS, J., *La transexualidad y el Estado civil. En torno a la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1980*, págs. 1077 y sigs., en donde realiza un análisis de la situación jurídica de los transexuales en el Derecho español y en el Derecho comparado de esta época.

Sin embargo, la primera sentencia que abordó la cuestión en el Tribunal Supremo y que tuvo una importante trascendencia fue la de 2 julio 1987 [9]. En ella se contemplaba el caso de una persona que venía padeciendo un grave trastorno hormonal desde la infancia, hasta el punto de que se sometió a una operación quirúrgica en Holanda, que cambió sus características físicas de varón a hembra. Una vez realizada tal intervención, solicitó en España la rectificación del sexo y nombre en el Registro civil.

El Tribunal admitió la pretensión de la actora y permitió la rectificación solicitada, declarando que el actor por ulterior cambio de sexo tiene en la actualidad el femenino. Nuestro Tribunal fundamentó la estimación del recurso, argumentando que el transexual es una «ficción de hembra», que merece la protección del Derecho: «Será una ficción de hembra si se quiere; pero el Derecho también tiene una protección a las ficciones (…). Esta ficción ha de aceptarse para la transexualidad, porque el varón operado transexualmente no pasa a ser hembra, sino que se le ha de tener por tal por haber dejado de ser varón por extirpación y supresión de los caracteres primarios y secundarios y presentar unos órganos sexuales similares a los femeninos y caracteriologías psíquica y emocional propias de este sexo (…)». Por ello, «La primera consecuencia, y habida cuenta los principios que rigen nuestro sistema registral civil, sería la de que el transexual tiene un primigenio derecho a cambiar el nombre del varón por el de hembra (…)».

Ahora bien, admitida, por fin, esta rectificación, el Tribunal Supremo, sin embargo, no concede más derechos que éstos. Y así señala «pero sin que tal modificación registral suponga una equiparación absoluta con el sexo femenino para realizar determinados actos o negocios jurídicos, toda vez que cada uno de éstos exigiría la plena capacidad y aptitud en cada puesto».

La doctrina entendió que estos derechos a los que se refiere la sentencia eran concretamente el relativo al derecho a contraer matrimonio [10].

---

[9] Esta sentencia, por su importancia, fue comentada por diversos autores de nuestra doctrina; entre ellos, véase Díez del Corral y Rivas, J., *Estado civil y sexo. Transexualidad y cambio de sexo,* «Actualidad civil», núm. 36, 1987, págs. 2135 y sigs.; de Ángel yAGuez, R., *Transexualidad y cambio de sexo,* «Revista La Ley», 14 de octubre de 1987, págs. 166 y sigs.; Elosegui Itxaso, M., *La transexualidad. Jurisprudencia y argumentación jurídica,* Granada, 1999, págs. 127 y sigs.; Martínez Pereda Rodríguez, J.M., *El transexualismo en el Derecho Español,* «Actualidad civil», núm. 16, 1989, págs. 1304 y sigs.; Vidal Martínez, J., *¿Se incluye el «cambio de sexo» (transexualidad) en el «libre desarrollo de la personalidad» al que se refiere el artículo 10. 1 de la Constitución española?,* «Revista General de Derecho», núm. 539, marzo de 1989, págs. 987 y sigs.

[10] cfr. Gómez Laolaza, *ob. cit.*, pág. 2017; y Rivero Hernández,J., *La persona física,* en la obra colectiva Lacruz Berdejo, J.L.,*et alii, Elementos de Derecho civil, I, Parte general del Derecho civil,* vol. II, Personas, Barcelona 1990, pág. 18.

También se criticó por parte de la doctrina el argumento relativo a la aplicación de la ficción de que el varón se ha convertido en hembra [11].

Por su parte, la segunda sentencia del Tribunal Supremo de 15 julio de 1988 [12], contempló igualmente el recurso de un transexual contra la sentencia de segunda instancia, que le había denegado la rectificación registral de sexo y de nombre. En esta sentencia, el Tribunal Supremo reitera el argumento de «ficción de hembra», pero apoya la pretensión del recurrente en el principio de libre desarrollo de la personalidad recogido en el artículo 10,1, de la Constitución española, considerando que éste término «en una proyección hermenéutica amplia autoriza a incluir los cambios físicos de forma del ser humano, siempre que ello no implique o suponga delito o cuando menos ilícito civil». Incide el Tribunal en la importancia de los factores psíquicos como causa de que el individuo acceda a las intervenciones quirúrgicas provocadoras del «cambio exclusivamente externo de su estructura genital».

Sin embargo, en relación al derecho al matrimonio mantiene la misma postura que en la sentencia anterior, afirmando que el matrimonio del transexual sería nulo «por virtud de lo dispuesto en el art. 73.4º del Código Civil» [13].

En la sentencia del mismo Tribunal de 3 marzo 1989 [14], éste reitera el argumento de la «ficción de hembra», fundamentando el derecho a la rec-

[11] Véase la crítica que se hizo a la fundamentación de la sentencia en VIDAL MARTÍNEZ, *ob. cit.*, págs. 996-999; DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Transexualidad y cambio de sexo, cit.*, pág. 169, y DE VERDA Y BEAMONDE, J.R., *La transexualidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, «Revista General de Derecho», cit., pág. 10693. GÓMEZ LAPLAZA, *lug. últm. cit.*, se cuestiona porque el Tribunal Supremo no basó su fundamentación en los artículos 10.1 y 14 de la Constitución Española.

[12] Véase los comentarios a esta sentencia en DE VERDA Y BEAMONDE, *La transexualidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, cit.*, pág.10693; ELOSEGUI ITXASO, M., *La transexualidad. Jurisprudencia y argumentación jurídica, cit.*, págs. 166 y sigs.; FERRER SAMA, J.A., *Doctrina civil del Tribunal Supremo sobre la transexualidad. Comentario a la sentencia de 3 de marzo de 1989*, en «Revista La Ley», 1989-2, que alude también a esta sentencia; MARTÍNEZ PEREDA RODRÍGUEZ, J.M., *El transexualismo en el Derecho Español, cit*, (3), págs. 719 y sigs.;

[13] Entiende DE VERDA Y BEAMONDE, *lug. últm. cit.*, que «Esta última referencia es de gran interés, porque, al reconducirse la cuestión del matrimonio del transexual al ámbito de la protección de la «integridad» del consentimiento de quien contrae nupcias, ignorando el itinerario sexual de la otra parte, podría pensarse que, implícitamente, se está afirmando que el transexual tiene capacidad para contraer matrimonio con un varón (sin perjuicio de que éste último, descubierto el error, pudiera invocar, en su favor, el art. 73.4º C.c.)».

[14] Véase los comentarios a esta sentencia de DE VERDA Y BEAMONDE, *lug. últm. cit.*; ELOSEGUI ITXASO, M., *La transexualidad. Jurisprudencia y argumentación jurídica, cit.*, págs. 177 y

tificación registral de la mención de sexo y nombre en el argumento de que «la actual inscripción en el Registro Civil como varón contribuye a impedir el libre desarrollo de su personalidad a la que tiende su sexo psíquico que es de mujer, por lo que la resolución en que así no se aprecia viola el artículo 10 de la Constitución» (…) «que obliga a respetar el libre desarrollo de la personalidad».

En esta sentencia se plantea el Tribunal el criterio jurídico de determinación del sexo. Y así señala: «Que a la hora de valorar los parámetros que, con mayor peso, habrán de influir -en nuestra decisión de clasificar al individuo en uno de los dos géneros sexuales que el derecho reconoce -*tercium non licet*- es evidente que no habrá de ser el factor cromosómico el que predomine, aún sin negarle su influencia, ni aún tampoco el gonadal, muchas veces equívoco y, en ocasiones, parcialmente modificado por la técnica quirúrgica y médica, sino el *fenotípico, que atiende al desarrollo corporal y, con mayor fuerza aún, al psicológico que determina el comportamiento caracterial y social del individuo.* Y ello, no sólo porque son los factores psíquicos los más nobles e importantes de la persona y los que determinan su diferencia esencial con las especies de grado interior, sino también *porque en los factores anímicos anida el centro del desarrollo de la personalidad, a la que, como ya hemos visto, y como después con mayor énfasis veremos, atiende de manera expresa el mandato constitucional.* Ciertamente que, en algunos supuestos, este encuadramiento del sujeto en el grupo jurídico sexual a que por razón de sus características esenciales deba pertenecer, lleva consigo la modificación de un status jurídico anterior y se contrapone, además, con sus características cromosómicas. Pero ello no habrá de impedirnos hacerlo, máxime cuando, para cumplir tal función, podremos ayudarnos de una institución tan necesaria como tradicionalmente reconocida cual es la de la ficción» (Fundamento tercero). Añade a continuación « Que ante la posible objeción que, desde el punto de vista de la lógica jurídica, cabría hacer a la inclusión de un individuo en un grupo sexual que no se corresponde con sus características cromosómicas, hemos de decir que, sí por un lado, y como ya hemos razonado, cuando hemos atribuido a un individuo o a cualquier objeto jurídico dotado de características heterogéneas que permitirían su inclusión en otro u

---

sigs.; FERRER SAMA, *Doctrina civil del Tribunal Supremo sobre la transexualidad. Comentario a la sentencia de 3 de marzo de 1989, cit.;* GÓMEZ LAPLAZA, *ob. cit.*, págs. 2018-2019; GORDILLO, A., *Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1989,* «Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil», enero-marzo de 1989, págas. 511 y sigs.; MARTÍNEZ PEREDA RODRÍGUEZ, *El transexualismo en el Derecho Español, cit, (3),* págs. 719 y sigs.

otros, es obvio que, por razón del principio de accesoriedad, habremos de hacerlo en aquel al que se correspondan las que deban reputarse esenciales. Pero es que además, y con relación a las restantes características, que por su cualidad no se compadezcan con la clasificación adoptada, hemos de tener en cuenta que, siquiera sea de manera atenuada y parcial, estamos operando por medio de una ficción, instituto desde siempre reconocido por la ciencia jurídica -recuérdese ya la ficción del *nasciturus,* que elaboró el derecho romano- y que permiten atribuir a un objeto o sujeto de derecho un tratamiento jurídico que se reputa necesario o simplemente justo, y que, en otro caso, no le correspondería» (Fundamento cuarto).

Sin embargo, manteniendo la misma postura que en las sentencias anteriores, insiste en que «los eventuales matrimonios del individuo sujeto al cambio ordenado, serían nulos».

Además, pone de relieve la inexistencia de norma que regula esta cuestión, y la necesidad de que los Tribunales deban resolver la laguna de ley, por aplicación del artículo 1,7, del Código civil.

En la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 1991 se resuelve de nuevo una solicitud de rectificación registral de sexo y nombre, manteniendo los mismos argumentos: fundamento en el artículo 10 de la Constitución; prevalencia del sexo psicológico sobre el cromosómico; no equiparación absoluta con la situación del sexo femenino, e inadmisibilidad del matrimonio, señalando que «el libre desarrollo de la personalidad del transexual tiene el límite de no poder, al no ser ello posible, contraer matrimonio, aparte de otras limitaciones deducidas de la naturaleza física humana, ya que tales matrimonios serían nulos por inexistentes, como se deduce de los artículos 44 y 73, núm. 4, del Código Civil y 32 de la Constitución».

En estas tres sentencias, el Tribunal Supremo define la *transexualidad* como una operación quirúrgica que ha dado como resultado una morfología sexual artificial de órganos externos e internos practicables similares a los del sexo femenino, unidos a otros caracteres tales como el irresistible sentimiento de pertenencia al sexo contrario, rechazo del propio y deseo obsesivo de cambiar la morfología sexual.

También se señala en esta doctrina jurisprudencial que el transexualismo no puede confundirse con otros fenómenos como la homosexualidad, el travestismo, ni tampoco con los denominados «transgéneros» o transexuales no genuinos, término más amplio que el de transexual y que se usa para designar a aquellas personas que a pesar de no sentirse bien con su sexo legal, no desean tampoco una adaptación completa al sexo legal con-

trario (tratamiento hormonal o cirugía de reasignación sexual), esto es, quieren vivir un rol distinto al asignado, manteniendo su cuerpo inalterable o parcialmente alterado, puesto que pueden sentir que no encajan en ningún género, en ambos, o en el género contrario, y que podrían modificar su percepción en el futuro.

Durante todo este tiempo, las sentencias que se pronuncian en Tribunales inferiores permitiendo la rectificación registral del sexo y nombre, no van a ser recurridas ya por el Ministerio Fiscal, dada la línea jurisprudencial que el Tribunal Supremo estaba siguiendo.

Al mismo tiempo, la Dirección General de Registros y del Notariado da un giro absoluto a la cuestión del matrimonio de transexuales, esencial en el reconocimiento de la identidad sexual, al autorizar el matrimonio de un transexual con otra persona «aunque coincidan los sexos biológicos (cromosomas) invariables de ambos contrayentes» [15]. Dicha doctrina se recoge en dos Resoluciones de 8 de enero [16] y en una de 31 de enero de 2001. En ellas se entiende que habiendo reconocido el Tribunal Supremo la rectificación de sexo y nombre cuando se ha producido la intervención de reasignación sexual, en base al artículo 10, 1, de la Constitución «sería dejar las cosas a medio camino creando una situación ambigua al modo de reconocimiento de un tercer sexo, si no se entendiera que ese cambio de sexo habría de ser efectivo en todos los ámbitos». En dichas Resoluciones también se hace una consideración acerca de la posible nulidad del matrimonio por falta de consentimiento matrimonial o error en la persona, que la Dirección General rechaza, puesto que la otra parte conoce el proceso de cambio sexual de su pareja.

Ante esta situación, la Dirección General de los Registros y del Notariado emitió una Nota doctrinal, con fecha 21 de marzo de 2001, sobre el posible matrimonio de un transexual, en la que se señala en síntesis, después de referirse a las sentencias del Tribunal Supremo en las que se pronuncia acerca de la capacidad de persona transexual para contraer matrimonio con persona de su mismo sexo biológico, que parece que si una sentencia ha decidido el cambio de sexo y éste ha sido inscrito, el cambio

[15] Véase NÚÑEZ MUÑIZ, C., *El matrimonio de los transexuales en el actual derecho civil español,* «El Derecho», junio 2005, EDB 2005/83297.

[16] Véase el comentario de la Resolución de la DGRN de 8 de enero de 2001, en CERDILLA GARZÓN, Mª. D., *Transexualidad, cambio de sexo y derecho a contraer matrimonio (A propósito de la Resolución de la DGRN de 8 de enero de 2001),* «Diario La Ley», 2001, t. 4; y en FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., *Expediente sobre autorización de matrimonio civil. Transexualidad,* «Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil», núm. 56, pags. 707-718. Veánse también las consideraciones realizadas por POUS de la FLOR, *ob.cit.*, págs. 13-14

debería operar a todos los efectos, considerando que es grave negar el *ius nubendi* de un modo total a los transexuales; estima que las afirmaciones de las sentencias del Tribunal Supremo sobre la nulidad del matrimonio del transexual son *obiter dicta*, declaraciones meramente incidentales, no fundamentadotas del fallo de la sentencia, que carecen de carácter jurisprudencial; observa que el Tribunal Supremo parece admitir que los órganos jurisdiccionales, bien en ejecución de sentencia bien en otra *litis* diferente, pueden precisar la extensión del cambio de sexo, lo que parece indicar que se puede reconocer a un transexual capacidad para contraer matrimonio, lo cual es coincidente con las Resoluciones de la DGRN; recuerda que en el Derecho comparado, una vez obtenido el cambio de sexo, parece que el transexual tiene capacidad para contraer matrimonio, aunque el TEDH no se pronuncia explícitamente sobre su capacidad para casarse; y señala que en distintos Registros civiles, los Encargados vienen autorizando matrimonios de transexuales, cuyo sexo estaba rectificado por decisión judicial, sin que el Ministerio Fiscal haya recurrido ante la DGRN. Por todo ello, en las Resoluciones citadas, esta Dirección autoriza el matrimonio entre personas de distinto sexo legal, aunque no biológico, siendo una de ellas un transexual operado quirúrgicamente y cuyo cambio de sexo había sido autorizado judicialmente [17].

Sin embargo, en la sentencia siguiente del Tribunal Supremo de 6 de septiembre de 2002 [18], se va a seguir la misma línea jurisprudencial. En ella se plantea una cuestión nueva. En este caso se trataba de una mujer, con apariencia de hombre, y que se sentía como tal, pero que no había podido realizar la intervención quirúrgica por carecer de medios económicos, aunque había recibido tratamiento, debido al cual tenía la barba y el vello propio de un hombre, y había sido objeto de extirpación mamaria bilateral,

[17] Esta nota fue publicada en el «Boletín Oficial del Ministerio de Justicia», núm. 1890, págs. 91-92.

[18] Véase la evolución que hasta este momento se ha producido en los derechos de los transexuales en nuestro ordenamiento jurídico en ESPÍN CÁNOVAS, D., *Los derechos reconocidos al transexual,* «Anales de la Real Academia de jurisprudencia y legislación», 2005 (35), págs. 647-690; y el comentario de esta sentencia en GÓMEZ LAPLAZA, *ob. cit.*, págs. 2020-2022, que participa de la solución del Tribunal Supremo por razones de seguridad, aún admitiendo que esta solución tiene inconvenientes; para la autora quedan abiertos dos temas: la cuestión de conceder la rectificación registral a personas que no pudieran por razones físicas realizar la intervención de reasignación sexual y la cuestión de si tal intervención debe ser cubierta por la Seguridad Social; NANCLARES VALLE, J., *Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de septiembre de 2002,* «Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional», núm. 12/2003, pág. 49; RUBIO TORRANO E., *Transexualidad y Registro civil,* «Aranzadi civil», 2002, (2), págs. 1988-1989.

aunque con posterioridad a la presentación del recurso de apelación; todo lo cual le generaba problemas sicológicos y le planteaba también problemas para conseguir trabajo. Alegaba que la exigencia de la intervención quirúrgica coartaba el libre desarrollo de su personalidad e implicaba una discriminación por razones económicas.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Gexto y la Audiencia Provincial de Bilbao desestimaron su pretensión.

Interpuesto recurso de casación ante el Tribunal Supremo, el recurrente alegó infracción del artículo 10 de la Constitución y de la jurisprudencia del propio Tribunal en sentencias anteriores sobre la misma cuestión, considerando que hay que hacer prevalecer el sexo psicológico sobre el cromosómico, haciendo referencia a los casos Von Oostewijck y Rees presentados ante el TEDH.

Para el Tribunal Supremo, el recurrente había realizado el primero de tres pasos secuenciales del proceso de reasignación sexual, faltándole las dos subsiguientes, la resección de los ovarios y la reconstrucción del pene. Situación distinta de las que se habían planteado en las sentencias anteriores del mismo Tribunal citadas por el actor.

En relación a las sentencias citadas del TEDH, recuerda el Tribunal Supremo que en ellas se señala que el pleno reconocimiento jurídico de la nueva identidad sexual se limita a aquellas personas que se han sometido a la totalidad de las intervenciones y tratamientos aludidos. Según dicha doctrina, si bien el dato cromosómico no es decisivo para el reconocimiento de la identidad sexual de una persona, tampoco pueden considerarse suficientes los factores puramente psicológicos para conceder relevancia jurídica a las demandas de admisión de cambio de sexo, resultando imprescindible que las personas transexuales que las formulan se hayan sometido a los tratamientos hormonales y quirúrgicos precisos para la supresión no solo de sus caracteres sexuales secundarios -que es lo que únicamente ha acreditado la recurrente en el caso que nos ocupa- sino, también y fundamentalmente, para la extirpación de los primarios y la dotación a los solicitantes de órganos sexuales semejantes, al menos en apariencia, a los correspondientes al sexo que emocionalmente sienten como propio (Fundamentos sexto y séptimo).

Por todo ello, el Tribunal declara que «en atención a lo que queda expuesto, esta Sala, dentro del mayor respeto al grave problema personal que constituye el trastorno de identidad de género que sufre la recurrente, agravado por la circunstancia de que sus disponibilidades económicas le impidan acceder a las soluciones quirúrgicas que pudiera entender proce-

dentes, debe rechazar también el último de los motivos del recurso objeto de estudio, siguiendo, en lo estrictamente atinente a la cuestión aquí controvertida, el criterio manifestado en sus sentencias anteriormente mencionadas, que en modo alguno puede considerarse infringido por la resolución impugnada. Todo ello, sin perjuicio de que si eventualmente llegara la parte actora a someterse a los dos gestos quirúrgicos todavía pendientes para completar su proceso de reasignación sexual a los que se ha hecho referencia la pretensión que en el futuro pudiera la misma deducir, debiera merecer distinta acogida».

De ello se deduce que el Tribunal Supremo sigue el mismo criterio que en las sentencias anteriores.

Esta línea jurisprudencial se sigue en los Tribunales inferiores, de modo que en los supuestos en que se había producido intervención quirúrgica, se concedía la rectificación registral de sexo y nombre (así SAP Pontevedra de 27 de septiembre de 2003; SAP Baleares de 1 septiembre 2004; SAP Cádiz de 20 de abril de 2005).

Y en caso contrario se denegaba tal rectificación (como en el AAP de Barcelona de 21 de octubre de 2003; SAP de Madrid de 15 de julio de 2004; SAP de Baleares de 1 de septiembre de 2004; SAP de Madrid de 23 diciembre 2004; SAP de Barcelona de 1de septiembre de 2005).

Sin embargo, un giro se va a producir en algunas Audiencias Provinciales, que van a romper este criterio tan lineal.

Así, la sentencia de la Audiencia de Jaén de 9 de octubre de 2006 estima el recurso de apelación dirigido contra la sentencia que desestimó la demanda de solicitud de cambio de nombre así como la mención de su sexo en el Registro Civil instada por la persona transexual. Estima la Sala que en el caso de autos se trata de un supuesto de transexualismo genuino digno de amparo jurídico en cuanto que de la prueba analizada se refleja el deseo irreversible de pertenecer al sexo contrario al legalmente establecido. La Audiencia considera que, estando la demandante en la lista de espera para, con la oportuna operación de genoplastia masculinizante, completar el proceso de reasignación sexual, ésta demuestra la más firme decisión adoptada y la segura irreversibilidad de aquella; y por ello no puede otorgarse un valor determinante a la ausencia total de pene con conservación de algunos órganos sexuales femeninos.

Esta decisión recuerda argumentos utilizados en sentencias anteriores.

Así señala que es conveniente partir de algunos términos conceptuales básicos, como resaltó la SAP de Madrid de 23 de diciembre de 2004,

recordando que, según las obras de divulgación científica sobre el tema, existen varios tipos de sexo: el biológico que coincide con el legal, el psicológico y el social.

«El primero compuesto por la suma de todos los elementos sexuados del organismo: a) Los cromosomas, los cuales aportan la información genética (en el hombre son XY, y en la mujer XX); b) Las gónadas, que son las glándulas sexuales del organismo (testículos u ovarios); c) Los genitales, que son las partes externas del aparato genital: pene, escroto, clítoris, vulva; d) La anatomía o distribución de los órganos del cuerpo humano; e) La morfología o forma del cuerpo humano; f) Las hormonas sexuales, que son sustancias producidas, básicamente, por las gónadas, y que actúan sobre los órganos y tejidos de muy diversas maneras, y que son las responsables de los caracteres sexuales secundarios.

El sexo legal, que se atribuye en el momento del nacimiento, mediante la observación de la apariencia genital y que tiene acceso al Registro Civil con la inscripción del nacimiento.

El sexo psicológico es el responsable de la identidad sexual.

El sexo social, o público, es el responsable de la identidad de género, compuesto por comportamientos o formas de vestir que estén consideradas como propias de hombres o de mujeres.

Por otra parte, el *concepto de identidad sexual se corresponde con la identificación de una persona con un determinado sexo (sentirse hombre o sentirse mujer), y la identidad de género con la asunción y manifestación de lo que se siente, en base a unas normas sociales (rol).*

Partiendo de tales conceptos, el transexualismo se viene a definir pues, como la identificación con el rol asociado al sexo opuesto que conduce al individuo; también se concibe como el deseo irreversible de pertenecer al sexo contrario al legalmente establecido (o sea, al de nacimiento, ratificado por sus genitales) y asumir el correspondiente rol (el contrario del esperado), y de recurrir si es necesario a un tratamiento hormonal y quirúrgico encaminado a corregir esta discordancia entre la mente y el cuerpo. La Recomendación 117/1989 del Consejo de Europa lo define como síndrome que se caracteriza por la existencia de una doble personalidad, una física y otra psíquica, estando la persona transexual profundamente convencida de que pertenece al sexo opuesto, lo que incita a pedir la correspondiente corrección de su cuerpo».

Recuerda las sentencias del Tribunal Supremo de 1987, 1989, 1991 y de 2002, y finalmente en apoyo de lo expuesto, señala que «el cambio de la

realidad social ha sido además tan sensible en los últimos años, que hemos pasado de una proposición de ley en la que sí se exigía un completo proceso de reasignación sexual para conceder el cambio de sexo, al Proyecto de Ley reguladora de la Rectificación Registral de la mención relativa al sexo de las personas, actualmente en tramitación parlamentaria, concretamente publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de fecha 9-6-06 y en trámite de presentación de enmiendas tras sucesivas ampliaciones conferidas -habiendo finalizado el último el pasado 3 de octubre- en cuyo Artículo 4 tan sólo establece como Requisitos para acordar la rectificación, la acreditación por el solicitante de que le ha sido diagnosticada disforia de género mediante informe de médico o psicólogo colegiado y que ha sido tratada médicamente durante al menos dos años para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado acreditándolo mediante el correspondiente informe médico también, pero sin exigir nada más, hasta el punto de que en el núm. 2 de dicho precepto, expresamente se establece que «2. La concesión de la rectificación registral de la mención del sexo de una persona no precisará que el tratamiento médico haya incluido cirugía de reasignación sexual». Así pues y aunque evidentemente no se trate de legislación en vigor como el escrito de recurso establece, si es lo cierto que en dicho Proyecto de Ley se viene a ratificar ya el reconocimiento de un cambio de realidad social ya atisbado por la propia jurisprudencia y que justifica aun más si cabe la realización de una interpretación amplia del criterio jurisprudencial antes puesto de manifiesto».

Más contundente se manifiesta la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 10 de octubre de 2006. Contra la resolución que desestimó la demanda, la Audiencia estima el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, revoca la resolución y estima la demanda. De los informes psicológicos y médicos se confirma que la actora tiene una identidad de género masculina que no se corresponde con su sexo biológico, se constata su deseo de vivir y de ser aceptado como miembro del sexo opuesto, es decir, varón, que muestra un rechazo por su sexo anatómico y que está dispuesto a someterse a tratamiento hormonal y quirúrgico. Advierte que una parte de la jurisprudencia reconoce el cambio de sexo siempre que se haya producido la total mutación morfológica del mismo, tanto los caracteres primarios como secundarios, por el que se reafirma la decisión de cambiar de sexo, y esta jurisprudencia rechaza aquellas solicitudes de personas que no hayan completado el proceso de reasignación. Sin embargo, estando presentado el anteproyecto del derecho al reconocimiento de la identidad de género, éste revela la no exigencia de intervenciones quirúrgicas de reasignación sexual que constituían el elemento decisivo para tal

cambio en la jurisprudencia que se ha venido aplicando. Por lo que la Audiencia concluye que la doctrina que contempla la jurisprudencia del Tribunal Supremo no está adaptada a la realidad social y que por imperativo constitucional y de interpretación de las normas conforme a la realidad social, se produce un cambio de criterio que la Audiencia aplica, reconociendo el derecho al cambio de nombre de la parte actora así como la rectificación de sexo de hembra por el de varón en la inscripción de nacimiento que obra en el Registro Civil, a pesar de no existir intervención quirúrgica de reasignación sexual.

En dicho sentencia se afirma: «Un Estado en cuya Constitución se proclama la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad como derechos fundamentales no puede seguir imponiendo a las personas que solicitan la reafirmación de su sexo real que se sometan a una mutación de sus órganos genitales por ser contrario a los derechos fundamentales del artículo 10-1 y por consolidar una clara desigualdad ante la ley por razones económicas en la medida de que solo se les ha reconocido el derecho a aquellos que han podido costearse la intervención quirúrgica para transformar sus órganos genitales. Por tanto, desde la perspectiva del derecho constitucional, aplicamos el artículo 9-2 de la C.E, en cuanto establece que: «Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas...»; ese principio de efectividad, como así se reconoce por la doctrina, obliga a los órganos judiciales a aplicar la Constitución por encima del resto de normas, máxime cuando nos encontramos en un procedimiento de reconocimiento de derecho fundamental del que ya existe un anteproyecto de ley que merece nuestra atención».

Y en el mismo sentido que la sentencia anterior hace referencia también al proyecto de ley relativo a la rectificación del Registro. Y así señala: «Las líneas que traza el anteproyecto del derecho al reconocimiento de la identidad de género revela la no exigencia de intervenciones quirúrgicas de reasignación sexual que constituían el elemento decisivo en la jurisprudencia que se ha venido aplicando. Es evidente que con toda probabilidad se va a producir una auténtica transformación en el reconocimiento del derecho a la identidad de género, no solo en los aspectos procesales y competenciales, sino en el de su contenido material, por lo que podemos concluir que la doctrina que contempla la jurisprudencia del TS no está adaptada a la realidad social y que por imperativo constitucional y de interpretación de las normas conforme a la realidad social, artículo 3-1 del C.c., se impone un cambio del criterio que este órgano jurisdiccional ha aplicado».

En estas sentencias se reconoce la rectificación registral de cambio de sexo y nombre sin necesidad de la intervención quirúrgica de reasignación sexual a la vista del anteproyecto de ley.

Además hay que recordar que en ese momento ya se había publicado la Ley 13/2005, de reforma del Código civil en materia de matrimonio, que permite la celebración de matrimonio entre personas del mismo sexo.

IV. LEY 3/2007, DE 15 MARZO, REGULADORA DE LA RECTIFICACIÓN REGISTRAL DE LA MENCIÓN RELATIVA AL SEXO DE LAS PERSONAS

1. Referencia a la tramitación parlamentaria

A raíz de toda la jurisprudencia evolutiva que se estaba dictaminando en España, y ante las reivindicaciones del colectivo de transexuales, el Gobierno presento el 9 de junio de 2006 el Proyecto de Ley reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas [19].

En la Exposición de Motivos se señalaba que el objetivo de la misma era regular los requisitos necesarios para acceder al cambio de la inscripción relativa al sexo de una persona en el Registro Civil, cuando dicha inscripción no se corresponde con su verdadera identidad de género, contemplando también el cambio del nombre propio para que no resulte discordante con el sexo reclamado.

En ella se afirmaba que la transexualidad, considerada como un cambio de la identidad de género, ha sido ampliamente estudiada por la medicina y por la psicología. Se trata de una realidad social que requiere una respuesta del legislador, para que la inicial asignación registral del sexo y del nombre propio puedan ser modificadas, con la finalidad de garantizar el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad de las personas cuya identidad de género no se corresponde con el sexo con el que inicialmente fueron inscritas.

De manera que, de acuerdo con la regulación que se establece en esta Ley, la rectificación registral del sexo y el cambio del nombre se dirigen a constatar como un hecho cierto el cambio ya producido de la identidad de género, de modo que queden garantizadas la seguridad jurídica y las exigencias del interés general. Para ello, dicho cambio de identidad habrá de

[19] BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 89-1, de 09/06/2006.

acreditarse debidamente, y la rectificación registral se llevará a cabo de acuerdo con la regulación de los expedientes gubernativos del Registro Civil.

Se señala también que mediante esta Ley España se suma a aquellos países de nuestro entorno que cuentan con una legislación específica que da cobertura y seguridad jurídica a la necesidad de la persona transexual.

Por último, se advierte que se reforma también el artículo 54 de la Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957, en el que, para garantizar el derecho de las personas a la libre elección del nombre propio, se deroga la prohibición de inscribir como tales los diminutivos o variantes familiares y coloquiales que no hayan alcanzado sustantividad.

Presentado el Proyecto, en la tramitación parlamentaria se presentaron noventa y cuatro enmiendas [20].

De entre ellas, cabe destacar algunas.

El Grupo Parlamentario mixto presentó enmiendas solicitando la reducción del plazo de tratamiento a seis meses, el reconocimiento para los extranjeros, y la elaboración de una *Ley integral de identidad de género* en los siguientes términos: «En el plazo de un año desde la entrada en vigor de la presente Ley, el Gobierno remitirá a las Cortes Generales un Proyecto de Ley Integral del Derecho a la Identidad Sexual y de Género que entre otras medidas contenga: el derecho a la propia identidad sexual y de género, la atención integral de la salud de las personas transexuales, incentivos a la investigación en el área de la transexualidad, campañas y acciones de lucha contra la transfobia, la creación de un servicio de asesoramiento jurídico y otro de apoyo psicológico y social a los familiares y allegados de la persona transexual, una política de discriminación positiva en el empleo» (Enmiendas 1 a 3). También proponían una Exposición de Motivo más amplia, con una explicación más detallada de los objetivos de la Ley (Enmienda 4). Entendían también que debían incluirse los Registros Consular y Central (Enmienda 8), apoyada también por el Grupo Parlamentario de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds (Enmienda 30). Se hacía propuesta de introducir en la Disposición transitoria segunda que el demandante en un juicio ordinario sobre rectificación del sexo registral

[20] BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 89-7, de 10/10/2006, una de ellas a la totalidad por el Grupo Parlamentario Catalán (CIU), que solicitaba modificar en todo el texto del proyecto de ley la mención a «rectificación» por «modificación», justificándolo en que desde la perspectiva del Registro Civil, no existe error a corregir en el asiento registral, por lo que parece más oportuno referirse a «modificación» más que a «rectificación» (Enmienda núm. 87).

incoado con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, pudiera desistir unilateralmente del mismo en cualquier momento de la primera instancia o de los recursos (Enmienda 20).

Por su parte, el Grupo Parlamentario de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds planteaba una enmienda de adición al artículo 1, que decía: «Artículo 1. *Derecho a la igualdad de género.* 1. Toda persona tiene derecho al libre desarrollo de su personalidad conforme a su propia identidad de género. La identidad de género propia es aquella sentida como tal por la persona. 2. Este derecho incluye el derecho a la consonancia entre el sexo registral de la persona y su propia identidad de género.» En la motivación que se acompañaba se señalaba que la finalidad era «Introducir expresamente el reconocimiento de este derecho» (Enmienda 36).

También proponía una enmienda de adición importante en relación a los menores, que señalaba: «Los menores de edad a los que se les diagnostique disforia de género podrán solicitar el cambio de sexo registral mediante sus tutores o guardadores legales. Los menores de edad emancipados y los mayores de dieciséis años podrán solicitar personalmente el cambio de sexo registral. La acreditación del diagnóstico se realizará mediante informe de médico o psicólogo colegiado. El procedimiento será en este caso mediante demanda al juez encargado del registro civil y será preceptivo recabar en interés del menor la opinión de los tutores o guardadores legales y un informe de la fiscalía» (Enmienda núm. 52). La justificación que se aducía era la siguiente: «El diagnóstico de transexualidad, así como el claro sentimiento de ser transexual aparece normalmente antes de la mayoría de edad. Obligar a una persona a sufrir un desarrollo hormonal, para luego luchar contra el mismo, y a sufrir una educación contraria a su género, para luego permitirle cambiar con la mayoría de edad es un castigo innecesario y dificulta su inserción social y desarrollo personal. Conscientes de que el tema de los menores causa alarma social queremos hacer comprender que, salvando las debidas garantías, es el interés del menor el que aconseja abordar este problema para que la inserción social de la persona transexual menor de edad se produzca con las menores dificultades posibles y lo antes posible. En orden a dar garantías máximas frente a la sociedad para este caso recomendamos el proceso judicial en lugar del administrativo con el fin de que el juez tenga ocasión de realizar y recibir cuantas pruebas considere necesarias, dar un trámite de audiencia a los médicos que diagnostiquen, educadores, al fiscal, a los padres o guardadores legales y al propio interesado. Esto equipararía la situación al tratamiento que en la actualidad reciben los casos de intersexualidad detectados en menores de edad. Mención aparte merece la posibilidad de que el

menor emancipado o mayor de dieciséis años sea el impulsor del proceso. Muchas veces los progenitores aun conscientes del problema se niegan a abordarlo y chocan frontalmente con el menor adolescente convirtiéndose en una parte más del problema en lugar de en una solución. El resultado es el bloqueo de cualquier posible solución hasta la mayoría de edad o con, mucha frecuencia, el abandono del hogar y el comienzo de tratamiento sin la debida supervisión médica. Con ello sólo deseamos abrir la posibilidad de que el asunto se plantee ante un juez y que a la vista de todos los informes pertinentes y de las opiniones de los interesados se resuelva en el mejor interés del menor lo que sea conveniente».

Por su parte, el Grupo Parlamentario Vasco solicitaba la rectificación de la letra b) del artículo 4 en los siguientes términos: «1. La rectificación registral de la mención del sexo se acordará una vez que la persona solicitante acredite: b) Que ha sido tratada médicamente... La acreditación del cumplimiento de este requisito se efectuará mediante informe del médico colegiado bajo cuya dirección se haya realizado el tratamiento. En el caso de tratamientos médicos realizados bajo la dirección de médico no colegiado en España, se aportará si fuera necesario, traducción al español del referido informe, así como certificación de la colegiación o requisito equivalente en el Estado donde ejerza su actividad dicho médico «(Enmienda núm. 47), cuya motivación se fundamentaba en que «se introduce la referencia a los tratamientos médicos no realizados en España si bien con unos requisitos adecuados que eviten el fraude de ley».

En parecido sentido, proponía enmienda relativa a los menores el Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana (ERC) (Enmienda núm. 68).

Por su parte, el Grupo Parlamentario Popular, proponía modificar el artículo 2 con el siguiente texto: «Artículo 2. Procedimiento. La declaración judicial que ordene la rectificación en el Registro Civil sólo podrá ser solicitada por persona de nacionalidad española, mayor de edad, con plena capacidad de obrar» (Enmienda núm. 79), cuya justificación señala que «Un acto de esta entidad sólo puede ser solicitado por quien se encuentra en plena madurez y capacidad, rechazándose la posibilidad de que lo haga el menor emancipado y, menos aún, el menor de edad». También propone una modificación del artículo 4: «Artículo 4. Requisitos para acordar la rectificación. La rectificación registral de cambio de sexo y nombre sólo se acordará por resolución judicial firme que resuelva en un proceso declarativo en que, con intervención del Ministerio Fiscal, el solicitante acredite lo siguiente: a) Que ha sido diagnosticado médicamente como transexual durante un período de dos años, previa evaluación del solicitante por la uni-

dad multidisciplinar, conformada por especialistas en psiquiatría, endocrinología, urología, ginecología, específica para los problemas de identidad de género de la correspondiente Comunidad Autónoma. b) Que ha logrado, tras el tratamiento y las intervenciones médicas autorizadas, una apariencia anatómico-genital externa como la del sexo reclamado. c) No estar ligado por vínculo matrimonial (Enmienda núm. 81), cuya justificación fundamenta en que: «La rectificación exige un proceso declarativo, donde se acredite el cumplimiento de ciertos requisitos que a juicio del Juez sean suficientes para proceder a la modificación registral del sexo».

Una vez propuestas las enmiendas, el Informe de la Ponencia propuso a la Comisión por mayoría lo siguiente.

En el artículo 2, se propone la aceptación parcial de las enmiendas núms. 7 (GMx) y 29 del G.P. IU-ICV, en cuanto al apartado 2, de forma que el artículo 2 del Proyecto pasaría a ser el apartado 1 del mismo. Se acepta, asimismo, la enmienda núm. 57.

En el artículo 4.1.b) se propone la aceptación de las enmiendas núms. 10 (GMx) y 32 del G.P. IU-ICV, con lo que se entiende asimismo incorporada la enmienda núm. 62.

En el artículo 6 se propone la aceptación parcial de las enmiendas núms. 34 del G.P. IU-ICV, 12 (GMx) y 65 del G.P. Esquerra Republicana, con la redacción de las dos primeras, cuyo apartado 6 sustituiría al apartado 3 del Proyecto.

En el artículo 7 se propone la aceptación parcial de las enmiendas núms. 13 (GMx), 35 del G.P. IU-ICV y 49 del G.P. Vasco (EAJ-PNV), lo que supone asimismo la aceptación parcial de la enmienda núm. 66 del G.P. Esquerra Republicana.

En la Disposición Final Segunda se propone la aceptación de la enmienda núm. 21 (GMx), lo que supone la aceptación parcial de las enmiendas núms. 44 del G.P. IU-ICV y 74 del G.P. Esquerra Republicana en lo que resultan coincidentes con aquélla.

La Ponencia propone el rechazo de las restantes enmiendas presentadas [21], entre las cuales se encuentran las señaladas anteriormente.

Una vez aprobado por el Congreso de los Diputados, el texto del Proyecto pasó al Senado, quien emitió las correspondientes enmien-

[21] BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 89-8, de 06/11/2006

das, aprobando el texto del proyecto con la introducción de algunas de ellas [22].

Remitido al Congreso de los Diputados, la votación efectuada en el mismo, dio el siguiente resultado: votos emitidos, 302; a favor, 176; en contra, 123; abstenciones, tres [23].

2. Estructura y contenido de la Ley

Esta Ley contiene una Exposición de Motivos, siete artículos, dos Disposiciones Adicionales, una Disposición Transitoria y cinco Disposiciones finales [24].

El texto de la Exposición de Motivos se mantiene inalterable respecto al del Proyecto.

En el artículo 1 se determina la legitimación para poder solicitar la rectificación registral del sexo. En el número 1 se establece que: «1. Toda persona de nacionalidad española, mayor de edad y con capacidad suficiente para ello, podrá solicitar la rectificación de la mención registral del sexo.- La rectificación del sexo conllevará el cambio del nombre propio de la persona, a efectos de que no resulte discordante con su sexo registral».

Esta rectificación se realizará de acuerdo a las normas establecidos para los expedientes gubernativos, incluyendo la elección del nombre propio, salvo cuando la persona quiera conservar el que ostente y éste no sea contrario a los requisitos establecidos en la Ley del Registro civil (art. 2) [25].

---

[22] Efectuada la votación sobre el resto del Proyecto, después de votar las enmiendas, dio el siguiente resultado: Votos emitidos, 197; a favor, 196; en contra, uno. DS. Senado, Pleno, núm. 111, de 21/02/2007

[23] DS. Congreso de los Diputados, Pleno y Dip. Perm., núm. 237, de 01/03/2007

[24] Véase un primer comentario de la Ley realizado por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO R., *Transexualidad, matrimonio entre personas de un mismo sexo y nombre*, «Aranzadi civil», núm. 3/2007, BIB 2007/304; y RUBIO TORRANO E., *Transexualidad y Registro civil*, «Aranzadi civil», núm. 2/2007, BIB 2007/211.

[25] En el número 2 del precepto se establece: «No son de aplicación en el expediente para la rectificación de la mención registral del sexo: a) La regla primera del artículo 97 de la Ley del Registro Civil. b) El párrafo segundo del artículo 218 del Reglamento del Registro Civil. c) Los párrafos tercero y cuarto del artículo 349 del Reglamento del Registro Civil».

En cuanto a la competencia para conocer de las solicitudes de rectificación registral de la mención del sexo corresponderá al Encargado del Registro Civil del domicilio del solicitante (art. 3).

Uno de los preceptos más importantes de la Ley es el artículo 4, en donde se establecen los requisitos para acordar la rectificación.

En el mismo se exigen fundamentalmente dos requisitos que tienen que acreditar la persona solicitante.

Por un lado, que a la persona solicitante se le haya *diagnosticado disforia de género.*

Esta acreditación se realizará mediante informe de médico o psicólogo clínico, colegiados en España o cuyos títulos hayan sido reconocidos u homologados en España, y que deberá hacer referencia:

1. A la existencia de disonancia entre el sexo morfológico o género fisiológico inicialmente inscrito y la identidad de género sentida por el solicitante o sexo psicosocial, así como la estabilidad y persistencia de esta disonancia.

2. A la ausencia de trastornos de personalidad que pudieran influir, de forma determinante, en la existencia de la disonancia reseñada en el punto anterior.

Por otro lado, el segundo requisito es que la persona solicitante *acredite que ha sido tratada médicamente durante al menos dos años para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado*. La acreditación del cumplimiento de este requisito se efectuará mediante informe del médico colegiado bajo cuya dirección se haya realizado el tratamiento o, en su defecto, mediante informe de un médico forense especializado.

Sin embargo, en el número segundo se señala que *«No será necesario para la concesión de la rectificación registral de la mención del sexo de una persona que el tratamiento médico haya incluido cirugía de reasignación sexual»*. Y también, en el mismo sentido que los tratamientos médicos a los que se ha hecho referencia no serán un requisito necesario para la concesión de la rectificación registral cuando concurran razones de salud o edad que imposibiliten su seguimiento y se aporte certificación médica de tal circunstancia.

En cuanto a los efectos que produce la resolución de la rectificación, el artículo 5 señala que ésta sólo tendrá efectos constitutivos a partir de su ins-

cripción en el Registro civil. Pudiendo solicitar un nuevo documento nacional de identidad que sea acorde con la nueva identidad, incluso conservando el mismo número [26].

Y lo que es trascendental, que dicha *rectificación permitirá a la persona ejercer todos los derechos inherentes a su nueva condición.*

Aunque, puntualiza que el cambio de sexo y nombre acordado no alterará la titularidad de los derechos y obligaciones jurídicas que pudieran corresponder a la persona con anterioridad a la inscripción del cambio registral.

Por su parte, en el artículo 6 se establece la notificación de tal cambio que debe realizar el Encargado del Registro civil a las autoridades y organismos que reglamentariamente se determine.

Por último, el artículo 7 establece que no se dará publicidad sin autorización especial de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de la persona.

Por lo que respecta a las Disposiciones Adicionales, hay que señalar que la Disposición Adicional Primera se refiere a la filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de Reproducción Asistida, adicionando un apartado al artículo 7 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Y la Segunda se refiere al abono de tasas por reexpedición de los títulos o documentos, que no se considera causa atribuible a la persona interesada.

La Disposición Final primera establece que la Ley se dicta en ejercicio de las competencias exclusivas del Estado recogidas en el artículo 149.1.8ª de la Constitución.

La Disposición Final segunda modifica la La Ley del Registro Civil, de 8 de junio de 1957, en la que se da nueva redacción al primer párrafo del artículo 6: «El Registro es público para quienes tengan interés en conocer los asientos, con las excepciones que prevean ésta u otras leyes». Y el segundo párrafo del artículo 15 que queda redactado de la siguiente forma:

[26] En el número 3 del artículo 6 se dispone: «La nueva expedición de documentos con fecha anterior a la rectificación registral se realizará a petición del interesado, su representante legal o persona autorizada por aquel, debiendo garantizarse en todo caso por las autoridades, organismos e instituciones que los expidieron en su momento la adecuada identificación de la persona a cuyo favor se expidan los referidos documentos, mediante la oportuna impresión en el duplicado del documento del mismo número de documento nacional de identidad o la misma clave registral que figurare en el original».

«En todo caso se inscribirán los hechos ocurridos fuera de España, cuando las correspondientes inscripciones deban servir de base a inscripciones exigidas por el derecho español». El artículo 54 señala actualmente que: «Quedan prohibidos los nombres que objetivamente perjudiquen a la persona, los que hagan confusa la identificación y los que induzcan a error en cuanto al sexo». Y el artículo 93, 2º, dispone: «La indicación equivocada del sexo cuando igualmente no haya duda sobre la identidad del nacido por las demás circunstancias, así como la mención registral relativa al sexo de las personas en los casos de disforia de género».

En la Disposición Final tercera se prevé el desarrollo reglamentario de la ley.

En la Disposición Final Cuarta, se establece la modificación del número 2 del artículo 4 de la Ley 84/1978, de 28 de diciembre, por la que se regula la tasa por expedición del Documento Nacional de Identidad, que queda redactado como sigue: «Quienes hubieran de renovar preceptivamente su documento durante el plazo de vigencia del mismo, por cambio de domicilio o de datos filiatorios, o por cualquier circunstancia no imputable al interesado».

En la Disposición Final quinta se prevé la entrada en vigor de la Ley al día siguiente de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

3. Consideraciones sobre la Ley 3/2007

No se puede dejar de afirmar que la aprobación de la Ley 3/2007 supone un avance en el reconocimiento de los derechos de las personas transexuales, que se habían ido reconociendo, poco a poco, y no siempre de la misma manera, en las sentencias de nuestros Tribunales.

En primer lugar, supone un avance porque el Gobierno, por fin, ha regulado una situación carente de legislación hasta el momento de la publicación de la ley.

En segundo lugar, supone también un avance porque se regulan los requisitos para la admisión de cambio de sexo con ciertas garantías científicas y jurídicas que aseguran la voluntad del sujeto de acceder a tal cambio.

En tercer lugar, porque se ha conseguido que para la rectificación del sexo no sea necesaria la cirugía de reasignación sexual, ni los tratamientos indicados cuando sean perjudiciales por razones de salud o edad.

En cuarto lugar, porque se establece el principio de protección de la intimidad de la persona transexual.

Por último, porque reconoce a la persona ejercer todos los derechos inherentes a su nueva condición, cuestión que se preconizaba por la jurisprudencia, pero que no se había establecido con certeza.

Sin embargo, a esta ley se le pueden realizar algunas observaciones.

La primera y, quizá, más importante es que, en realidad, no se trata de una verdadera Ley de identidad de género. La Ley modifica la mención registral relativa al sexo de la persona, y, a través de esta modificación, se introduce una regulación sobre la identidad de la persona. Pero la identidad sexual implica mucho más que una rectificación registral.

Parecía más acertada la propuesta del Grupo Parlamentario Mixto cuando proponía presentar un Proyecto de Ley Integral del Derecho a la Identidad Sexual y de Género, que contemplará todos los aspectos derivados de esta situación, tal como, por ejemplo se realizó en la *Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.* La propuesta de dicho Grupo hacía referencia a que dicha ley contuviera, entre otras medidas, el derecho a la propia identidad sexual y de género, la atención integral de la salud de las personas transexuales, incentivos a la investigación en el área de la transexualidad, campañas y acciones de lucha contra la transfobia, la creación de un servicio de asesoramiento jurídico y otro de apoyo psicológico y social a los familiares y allegados de la persona transexual, una política de discriminación positiva en el empleo.

Entre estas medidas se podría haber mencionado también la cuestión relativa al matrimonio; aunque parece que la Ley al hacer extensivos a la persona todos los derechos inherentes a su nueva condición, permite esta posibilidad. No obstante, tal cuestión, desde un punto de vista jurídico carece de importancia, pues la Ley 13/2005 permite el matrimonio entre personas del mismo sexo, y, para esta ley, pues, es irrelevante si las personas son del mismo sexo cromosómico y fenotípico o sólo cromosómico. Sin embargo, puede ser que para la persona transexual no carezca de importancia.

Por otra parte, se ha quedado sin regular la situación de los menores transexuales, cuando actualmente existe un gran interés por parte del legislador de reforzar la protección jurídica del menor, y la elaboración de normas en interés y beneficio de los mismos. No cabe duda que el colectivo de menores y adolescentes transexuales es uno de los más necesitados de protección jurídica. Cuestión que también fue objeto de enmienda por el

Grupo Parlamentario de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds, a la que se opuso el Grupo Parlamentario Popular.

Por otro lado, tampoco se dice nada respecto a los extranjeros transexuales y su reconocimiento en nuestro Derecho.

Por último, cabe hacer una referencia a la Disposición Adicional Primera que regula la atribución de la filiación derivada de las Técnicas de Reproducción Asistida en los casos de parejas de mujeres, cuestión que nada tiene que ver con el objeto de la Ley, pero que ha aprovechado el legislador para rectificar el olvido que tuvo al modificar dicha Ley en relación a la nueva situación creada por la Ley 13/2005, que admite el matrimonio de personas del mismo sexo, equiparándolo al matrimonio de personas de distinto sexo.

No obstante, hay que realizar una valoración positiva de la iniciativa legislativa, que da cobertura jurídica a una situación bastante desprotegida hasta el momento.

V. SENTENCIAS DICTADAS POR NUESTROS TRIBUNALES DESPUÉS DE LA PUBLICACIÓN DE LA LEY 3/2007

Poco después de la publicación de la Ley se han pronunciado algunas sentencias por nuestros Tribunales.

La Audiencia Provincial de Córdoba, Sec. 3ª, en la sentencia de 23 de marzo de 2007, estimó el recurso de apelación ya que, aunque la sentencia apelada y los informes del Ministerio Fiscal están plenamente ajustados al criterio jurisprudencial existente en materia de transexualidad, no puede ignorarse que la Ley 3/2007, 15 marzo, ha supuesto una radical modulación en el tratamiento jurídico de dicha realidad personal, pues según el artículo 4,2, de la misma, no será necesario para la concesión de la rectificación registral de la mención del sexo de una persona, que el tratamiento médico haya incluido cirugía de reasignación sexual. Señala la Audiencia que dicha Ley, que entró en vigor el pasado 17 de marzo, nada empece que sea aplicada a los casos en tramitación ante la jurisdicción ordinaria, esto es, casos como el presente en los que se había acudido a la vía del juicio declarativo ordinario para obtener la rectificación registral en cuestión y aun se encontraba pendiente de resolución definitiva. Por lo que acuerda la rectificación registral de la mención de sexo que aparece en la inscripción de nacimiento del recurrente.

Sin embargo, la Audiencia Provincial de Barcelona, Sec. 1ª, en caso similar, en la sentencia de 26 de julio de 2007, desestima el recurso por falta de competencia, en la que una mujer solicitaba el cambio a nombre de varón y que había denegado el Juez Encargado del Registro.

En ella se alude a la Ley 3/2007, señalando que dicha reforma produce un doble efecto: 1) la modificación referida al sexo por cambios operados en la persona inscrita, queda atribuida al ámbito propio del expediente administrativo tramitado por el Encargado del Registro Civil, por lo que ya no será preciso, como hasta ahora, acudir a los tribunales ordinarios para obtener tal decisión, y 2) la doctrina apuntada en la sentencia del TS de 6 de junio de 2002, ha quedado superada por el criterio legislativo expresado que no precisa para permitir el cambio solicitado, que el tratamiento médico haya incluido cirugía de reasignación sexual (Fundamento segundo).

A pesar de ello, la Audiencia señala que la cuestión que se plantea a continuación es si esta Sala puede hacer una aplicación directa del criterio expresado en la nueva ley, y valorando las circunstancias del caso, concluir de forma favorable a la petición, dado que ya no se exige la reasignación sexual.

Entiende la Sala que «tal posibilidad chocaría con la competencia exclusiva que la ley atribuye al Juez Encargado del Registro Civil para examinar si concurren los requisitos legales que son precisos para conceder la modificación peticionada, y ello sin perjuicio de que el interesado pueda acudir a la jurisdicción ordinaria una vez agotada la vía administrativa, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 29 de la LRL y artículos 355, 356 y 362 de su Reglamento, considerando que la actuación del Encargado es previa a la de esta jurisdicción porque así resulta de las disposiciones expresadas y de la interpretación que ha venido efectuando la Dirección General de Registros y del Notariado, que dentro de la función calificadora que el artículo 27 de la Ley atribuye a los Encargados del Registro Civil, incluye la de valorar la competencia del tribunal que hubiera dictado la resolución cuya inscripción se solicita, de manera que si esta Sala entrara a resolver el fondo de la cuestión planteada y ordenara la rectificación del Registro, el Encargado del mismo, en ejercicio de su función calificadora, podría no acceder a la inscripción, en aras precisamente a esta falta de competencia en primera instancia».

Estima la sala que el cambio de nombre debe obtenerse a través de los procedimientos específicamente regulados en la Ley y Reglamento del Registro Civil (art. 57 y sigs. LRC y 205 y sigs. RRC), sin que sea posible utilizar la jurisdicción ordinaria para conseguir tal objetivo en primera

instancia, en la materia, debiendo destacarse que, en su función calificadora, los Encargados de dichos Registros son independientes.

Advierte en el presente caso que el acuerdo calificador negativo se adoptó por la Jueza Encargada partiendo de unos presupuestos que se toman por ciertos, pero que no se deducen como tales del propio expediente.

En consecuencia, la Sala desestimó el recurso y confirmó la sentencia de instancia, sin perjuicio de que la demandante pudiera acudir al Registro Civil de Sabadell e instará el expediente de rectificación correspondiente.

Por último, se ha dictado la primera sentencia del Tribunal Supremo después de la publicación de la Ley 3/2007, el 17 de septiembre de 2007.

El supuesto que se ha dilucidado es el siguiente.

En el Juzgado de Primera Instancia de San Feliu de Llobregat se presenta demanda el 22 de enero de 2002 solicitando por un transexual femenino que se cambie el nombre masculino por uno femenino y que en vez de sexo varón figure el de hembra, en virtud del artículo 10, 1, CE, y 249, 2º, de la LEC, pues el actor desde los 7 u 8 años se identifica como de sexo femenino hasta que adulto ya ha decidido asumir su condición femenina, y con esta sentencia espera «desarrollar su trabajo con respeto y dignidad y que le sea respetada su personalidad». El Ministerio Fiscal se opuso «en tanto no queden cumplidamente probados en autos los requisitos legales». El Juzgado de San Feliu de Llobregat, núm. 1, dictó sentencia el 3 de septiembre de 2001, desestimando la demanda, y, con ella, la pretensión de modificación de sexo y nombre.

La sentencia fue apelada por la parte actora señalando que la discrepancia se encuentra en que la sentencia de primera instancia considera esencial la operación quirúrgica de cambio de sexo que la parte recurrente estima que se trata de una amputación «sin que en ningún modo técnicamente por medios quirúrgicos se pueda adquirir la condición biológica del otro sexo, sino su ficción o simulación». El Ministerio Fiscal se opuso, señalando que la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha estimado el cambio de sexo exige para la modificación de la inscripción registral la adecuación del sexo anatómico del interesado a su comportamiento sexual psíquico y social mediante la correspondiente intervención quirúrgica y el tratamiento hormonal correspondiente, y según consta, el recurrente ha recibido el tratamiento hormonal, pero no se ha realizado la intervención quirúrgica requerida por motivos económicos.

La Audiencia Provincial de Barcelona desestimó en sentencia de 7 de abril de 2003 la demanda y confirmó la sentencia apelada.

Contra esta sentencia, el demandante recurrió en casación alegando la infracción de los artículos 18.1, 14, 9.1, 9.2, y 10 de la Constitución, 17 del Convenio de Roma para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas, y 6 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.

El Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, consideró la cuestión en la citada sentencia de 17 de septiembre de 2007.

En ella se considera lo siguiente.

El recurrente estima que se ha vulnerado el artículo 18,1, de la Constitución cuando se le obliga a «someterse a una intervención de rotura y expulsión del tejido carnal sin finalidad médica o de curación, con el simple propósito de que guarde cierto parecido, que no función… con el órgano femenino de reproducción», estimando que «por faltarle esa cercenación» se le ha denegado por dos veces su derecho, con lo que se produce la vulneración «del derecho al honor de vivir con la identidad que le corresponde», que no sería otra que la propia personalidad, en relación con los derechos que reconoce el artículo 10,1, y el derecho a la intimidad personal, pues «se están divulgando aspectos de la vida íntima de la persona que debieran quedar limitados por las leyes al uso que cada persona reserve para si misma o su familia», y también el derecho a la imagen, que tiene como punto de referencia, la dignidad de la persona y se configura como un derecho de la personalidad dirigido a proteger la dimensión moral de las personas, que «atribuye a su titular un derecho a determinar sus rasgos físicos personales y característicos», derecho que se configura como un derecho autónomo. En cuanto a la operación quirúrgica se cometería una infracción del derecho de igualdad del artículo 14 de la Constitución, ya que tal cirugía no produce por sí el cambio de sexo, y no puede, por ello, ser entendida como un requisito.

Curiosamente, el Ministerio Fiscal que se había opuesto a la pretensión deducida por la parte actora en primera instancia y en apelación, emite ahora informe a favor de la estimación del recurso. Argülle para ello dos argumentos.

En primer lugar señala que el transexualismo es «un trastorno heterogéneo de identidad sexual» que no se halla asociado a ninguna otra anormalidad intersexual física o genética ni a trastorno mental esquizofrénico.

Y en segundo lugar, que la reasignación sexual quirúrgica no ha mostrado sus resultados a largo plazo, sino que los avances de la cirugía sólo han producido el efecto de «dotar al transexual de instrumento para la práctica de una conducta sexual distinta de la propia de su genuino sexo». Por lo que estima que es doctrina reiterada de esta sala que los caracteres sexuales externos y la rectificación registral del nombre y del sexo se fundamentan en el papel predominante del sexo psicológico sobre el biológico, teniendo que predominar el factor fenotípico que atiende al desarrollo corporal y el psicológico que determina el comportamiento caracterial y social del individuo y ello fundamentalmente «porque en los factores anímicos anida el centro del desarrollo de la personalidad», y por tanto el problema que se plantea consiste en cohonestar la afirmación de la supremacía del sexo psicológico sobre el cromosómico o biológico, en base al libre desarrollo de la personalidad (artículo 10 de la CE). Y que no se ha realizado la cirugía por falta de medios de modo que hasta que pueda hacerlo se va a prolongar innecesariamente el sufrimiento del solicitante por la discordancia entre lo real y lo registral en cada acto que exija una identificación.

Por lo que para el Ministerio fiscal han de prevalecer los valores de respeto y protección a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad (arts. 10, 15, y 18 de la CE), como se aduce en el (entonces) Proyecto de Ley, en cuyo texto la rectificación del sexo y el cambio de nombre se dirigen a constatar como un hecho cierto el cambio ya producido de la identidad de genero.

Por su parte, el Tribunal Supremo recuerda primeramente que ya ha entrado en vigor la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, mencionando el artículo 1, 2, y 5 de la misma, señalando que a tenor de esto último «la resolución que acuerde la rectificación tendrá efectos constitutivos a partir de su inscripción en el Registro civil (5.1), permitirá a la persona ejercer todos los derechos inherentes a su nueva condición (5.2) y «no alterara la titularidad de los derechos y obligaciones jurídicas que pudieran corresponder a la persona con anterioridad a la inscripción del cambio» (5.3)».

Señala que se trata de una pretensión de cambio de sexo y nombre que, formulada antes de la vigencia del la Ley3/2007, ha sido denegada sucesivamente en sentencias dictadas antes de la publicación de la ley por faltar la cirugía de reasignación de sexo, que hasta la vigencia de la mencionada norma se entendía como requisito necesario en la jurisprudencia española, coherente con la doctrina del TEDH (Fundamento Segundo).

En el desarrollo de sus argumentaciones, el Tribunal hace una revisión de la jurisprudencia europea en materia de transexualidad, y cita las sentencias ya mencionadas anteriormente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, así como de la legislación de los Estados de la Unión Europea, y de las disposiciones de ésta en favor de la no discriminación de dichas personas.

A continuación, el Tribunal Supremo examina los motivos del recurso.

En el Recurso de Casación se denuncia la vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 18 de la Constitución que se ponen en relación con el principio de libre desarrollo de la personalidad a que se refiere el artículo 10, 1 de la misma, así como con el de seguridad jurídica que se declara en el artículo 9.3, y con el derecho a la igualdad del artículo 14, y con el deber de promover hasta la eficacia los valores de libertad y de igualdad que establece para los poderes públicos el artículo 9.2 de la CE, citando también la doctrina de las sentencia del TEDH de 11 de julio de 2002.

Las sentencias impugnadas, por su parte, reconocen que en el caso del solicitante se ha producido un cambio en su aspecto físico, en sus hábitos e incluso en los factores psicológicos y sociales que influyen en la determinación del sexo, y que ha sido sometido a tratamiento después del correspondiente diagnóstico, pero no es suficiente todo ello, pues no se ha sometido a la cirugía de reasignación de sexo.

El Tribunal Supremo señala que hay que averiguar cual el la *ratio* de tal exigencia para evaluar hasta que punto puede ser decisivo este requisito para que se determine la denegación controvertida en las sentencias en un sistema que garantiza los derechos fundamentales.

Entiende la Sala que la práctica de la intervención quirúrgica se solicitaba, tanto por el TEDH como por los Tribunales de varios países europeos, como por nuestros propios Tribunales, como *condicio sine qua non* porque supone una intención firme del transexual en el sentido de adaptarse y seguir viviendo como persona del sexo deseado, para evitar una variabilidad del sexo que lo pusiera a disposición del libre arbitrio del interesado, de manera que dicha intervención aseguraría una permanencia, una estabilidad de la situación; pero además, dicha práctica implicaría también la aproximación de la apariencia somática a la *psique*, pues hay que buscar una coincidencia que acerque la apariencia a la realidad registral.

Pero, se añade, también es cierto que tal operación no consigue cambiar otros factores ni determina la total conversión del sexo, pues subsisten

los caracteres genotípicos y fenotípicos, ya que, transexual, según la doctrina médico-legal, es el sujeto que, presentando caracteres genotípicos y fenotípicos de un determinado sexo (o «género») siente de modo profundo pertenecer al otro sexo, del cual ha asumido el aspecto exterior y ha adoptado los comportamientos, por lo que quiere asumir todos los efectos derivados, bajo cualquier sacrificio, incluso la operación «demolitoria constructiva» del sexo anterior.

Sin embargo, la Sala señala que en los últimos tiempos se ha producido una progresivamente irrelevancia del sexo en el tráfico jurídico, salvo para conductas en que irremediablemente sea significativo, y además, se observa también que la asignación de roles sociales se desconectan de la identidad sexual, o al menos de una identidad sexual basada en los cromosomas. Por lo que la idea del sexo como estado civil se debilita, sin perjuicio de señalar la relevancia jurídica que todavía tiene.

Por ello, se afirma en la sentencia que «Desde esta perspectiva, sobre todo teniendo en cuenta la última legislación, no podría ampararse en la determinación del sexo por razón de la aplicación de los caracteres del estado civil (orden público, inoperatividad, indisponibilidad, peculiaridades procesales), una respuesta negativa a la cuestión que nos ocupa ni cabría ver en la acción de modificación una «acción de estado», en sentido propio, por más que el sexo forme parte de la identificación de la persona, conste en el Registro civil (donde no sólo se inscriben estados civiles) y las acciones dirigidas a la modificación o a la rectificación adquieren ciertas peculiaridades (artículo 222.3 II LEC)».

Ante esto, estima la Sala que «La necesidad de un intervención quirúrgica de reasignación, pues, no parece justificada como presupuesto de una modificación del tratamiento de la persona interesada que, ciertamente, se presenta como afectada por un síndrome, por un estado patológico que exige un tratamiento que, obsérvese, no se dirige a corregir la tendencia hacia el sexo fenotípico o genotípico, sino hacia el psíquico o anímico, tratando de aproximar el soma hacía la psique, y no a la inversa», añadiendo que la disforia de género, según la actual ley española, ha de ser tratada durante al menos dos años «para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado», pero no necesariamente ha de llegarse a la cirugía de reasignación sexual. Lo que tampoco significa, pues, que la mutación sexual se acepta como hecho voluntario, libérrimo, de una persona que haya decidido cambiar su pauta de comportamiento.

Desde esta perspectiva, el Tribunal Supremo se cuestiona, después de la vigencia de la *Ley 3/2007*, a la que se ha de dar valor como ampliación

del ámbito de libre desarrollo de la personalidad, *si la imposición de la intervención quirúrgica vulnera las derechos fundamentales a la intimidad privada y a la propia imagen que tutelan y amparan los artículos 18.1 y 10.1 CE.*

Entiende dicho Tribunal que «*No hay, en puridad, una vulneración de los derechos a la intimidad o la propia imagen, pero hay un freno al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) que se proyecta en una lesión de la dignidad humana, en una falta de tutela de la salud (art. 43.1 CE), al respeto a la intimidad y a la propia imagen (art.18.1 CE) y a la protección de la integridad física y moral (art. 15 CE), pues parece que el libre desarrollo de la personalidad (aceptado como soporte y justificación del cambio por las Sentencias de esta Sala de 15 de julio de 1988, 3 de marzo de 1989, 19 de abril de 1991 y 6 de septiembre de 2002) implica, dada la prevalencia de los factores psico-sociales en la determinación del sexo, que han de primar en los supuestos de disforia de género,* ***un derecho de sostener la identidad sexual como expresión de la identidad personal, que es un bien de la personalidad»***

Estima el Tribunal Supremo que no se trata sólo de una injerencia o de una intromisión en el ámbito propio y reservado que caracteriza el derecho a la intimidad, aunque también se produce esa invasión, pese a que la persona desee excluir ese ámbito del conocimiento ajeno y de las intromisiones de terceros, ya que el derecho a la intimidad garantiza al individuo un poder jurídico sobre la información relativa a su persona o a su familia dentro de los limites que impone el respeto a los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos protegidos, un derecho que no es absoluto, y está ligado al respeto a la dignidad, sino que tal invasión es sólo uno de los aspectos de la cuestión. De la intimidad personal forma parte la intimidad corporal frente a toda indagación o pesquisa que sobre el propio cuerpo quisiera imponerse contra la voluntad de la persona, con lo que queda protegido el sentimiento de pudor personal, en tanto responde a estimaciones y criterios arraigados en la cultura de la propia comunidad, consideración que realiza la Sala con cita de abundante jurisprudencia.

Tampoco considera que la exigencia de una intervención quirúrgica se trate de una invasión en la esfera de la propia imagen, pues, como ha dicho la STC 81/2001, de 26 de marzo (seguida por otras sentencias), «en su *dimensión constitucional,* el derecho a la propia imagen consagrado en el artículo 18.1 CE se configura como un derecho de la personalidad, derivado de la dignidad humana, y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas, que atribuye a su titular un derecho a determinar la infor-

mación gráfica generada por sus rasgos físicos personales que puede tener difusión pública»

Concluye el Tribunal que «Al apuntar hacia la vulneración de tales derechos quiere, probablemente, significarse es que hay que reconocer al individuo que sufre la patología denominada disforia de género, la facultad de conformar su identidad sexual de acuerdo con sus sentimientos profundos, con sus convicciones de pertenecer a otro sexo, pues de otro modo ni se protege su integridad, ni se le concede la protección a la salud, ni se trata adecuadamente el derecho a la imagen y a la intimidad familiar. *Se trata, en una palabra, de dejar que el libre desarrollo de la personalidad se proyecte en su imagen y se desarrolle dentro de un ámbito de privacidad, sin invasiones ni injerencias*».

Por ello, el Tribunal Supremo entiende que debe estimarse el motivo de este recurso.

Señala la Sala que en nuestro Derecho, sea cual fuere la posición que sobre los problemas anteriormente suscitados se quiera adoptar, se ha pronunciado el legislador, y es claro que este Tribunal está sometido a la *Ley (artículos 117.1 y 120.3* CE); por lo que entiende que *«a partir de la vigencia de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, los transexuales pueden obtener, cumpliendo los requisitos que la ley establece y por las vías que la propia ley señala, el cambio de la mención de sexo, y de nombre, y el tratamiento como persona del sexo deseado, sin requerir el tratamiento quirúrgico que, de acuerdo con la jurisprudencia anterior a la ley 3/2007, era condicio sine qua non del cambio».*

Sin embargo, advierte que la indicada Ley dispone que la rectificación «se tramitará y acordará con sujeción a las disposiciones de esta Ley, de acuerdo con las normas establecidas en la *Ley del Registro Civil para los expedientes gubernativos» (artículo 2.1)* y, además, que la aplicación de la ley requiere la constatación de determinados extremos y circunstancias que ahora se señalan de modo preciso en el *artículo 4*, como antes se ha apuntado, pero no siempre son coincidentes con los que la jurisprudencia anterior había establecido. La nueva ley concede un derecho que se extiende a supuestos y por tanto alcanza a personas que se encuentran en situaciones diversas de aquéllas en las que, antes de su vigencia, se podía conceder la rectificación que respecto del sexo y del nombre se solicita en el caso. Tal es el supuesto de una persona que no se ha sometido a la cirugía de reasignación de sexo. Ahora la nueva Ley permite que se consiga el cambio de sexo y de nombre sin necesidad de tal exigencia, pero señala que ha de acudirse al expediente gubernativo (Fundamento Quinto).

Pone de relieve el Tribunal Supremo que la Ley no contiene una previsión sobre el caso de los solicitantes cuyo asunto se encuentra en curso, a pesar de las enmiendas en este sentido que se presentaron durante la tramitación parlamentaria de la misma; tan solo una Disposición Transitoria prevé la exoneración de la acreditación de los requisitos que señala el *artículo 4.1* cuando mediante informe de médico colegiado o del Médico del Registro Civil «acredite haber sido sometida a cirugía de reasignación sexual».

El Tribunal Supremo resuelve la cuestión de los procedimientos en curso, suscitados antes de la entrada en vigor de la ley por personas que sólo en función de los criterios que ahora establece la nueva regulación pueden obtener el efecto que persiguen (la rectificación de sexo y nombre que constan en el Registro Civil), considerando que tales situaciones pueden subsumirse en las previsiones de las Disposiciones Transitorias del Código civil, que constituyen el Derecho común y general en esta materia. Y concretamente lo incardina en el segundo *inciso de la Disposición Transitoria Primera,* de acuerdo con la aplicación que se ha venido haciendo de este precepto (Sentencias de 15 de febrero de 1983, 6 de octubre de 1993, 22 de marzo de 1994, 26 de septiembre de 1996, Resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado de 17 de septiembre y 28 de noviembre de 1994), según cuyo texto «si el derecho apareciere declarado por primera vez en el Código, tendrá efecto desde luego, aunque el hecho que lo origine se verificara bajo la legislación anterior, siempre que no perjudique a otro derecho adquirido del mismo origen». Lo que, en coherencia con cuanto se establece en la *Disposición Transitoria Cuarta, segundo inciso (o segunda* proposición), significa que habrá de aplicarse el régimen de ejercicio (ejercicio, duración y procedimiento) a las reglas del Derecho nuevo, que, según ya se ha dicho, prevén que la modificación solicitada se realice a través del expediente gubernativo.

Por todas estas razones falla haber lugar al recurso de casación, y declara «haber lugar a la rectificación de nombre y de sexo solicitada por la parte actora, en el sentido de que pase a llamarse M.R y conste como sexo el de mujer, procediendo a su inscripción en el Registro Civil en tal sentido, con rectificación de las anteriores».

En esta sentencia el Tribunal Supremo hace ya aplicación de la Ley 3/2007, haciendo diversas declaraciones, como se ha visto, importantes.

Entre ellas, cabe destacar las siguientes.

En primer lugar, que no es necesaria la cirugía de reasignación sexual para cambiar el sexo y nombre.

En segundo lugar, que se puede aplicar la Ley 3/2007 a los procedimientos en curso suscitados antes de la entrada en vigor de dicha ley.

En tercer lugar, que actualmente el cauce para solicitar la rectificación del sexo y nombre es el del expediente gubernativo.

Por último, y la más trascendente, que el libre desarrollo de la personalidad implica, dada la prevalencia de los factores psico-sociales en la determinación del sexo, que han de primar en los supuestos de disforia de género, un derecho de sostener «la identidad sexual como expresión de la identidad personal, que es un bien de la personalidad» [27].

Veremos en un futuro como se realiza el desarrollo reglamentario de la Ley, y si sale adelante una ley más amplia que abarque todos las cuestiones que quedan pendientes.

[27] Así se defiende por BELDA PÉREZ PEDRERO, E., *Transexualidad y Derechos Fundamentales: protección integral sin la utilización del factor sexo como diferencia*, «Cuadernos de Derecho Público», núm. 21, enero-abril de 2004, págs. 131-135, quien realizaba un análisis sobre las propuestas de ley existentes en ese momento; VIDAL MARTÍNEZ, *¿Se incluye el cambio de sexo …?, cit.*, quien ya defendía esta idea en marzo de 1989, cfr. págs.1005 y sigs., y que reitera actualmente en *El principio de precaución, biotecnología y los derechos inherentes a la persona*, en la obra general «Pincipio de precaución, biotecnología y derecho» (dir. C. Mª. Romeo Casabona), Bilbao-Granada, 2004, págs.35-82, en donde el autor cree en la necesidad de distinguir entre los derechos de la personalidad y las libertades fundamentales (págs. 48 y sigs.).

CONCLUSIONES

I. Históricamente está documentada la existencia de personas gays, lesbianas, bisexuales y transexuales en todas las civilizaciones y en todas las épocas. Sin embargo, su situación social y jurídica varía según el momento histórico y el país o civilización en que se contemplen. En la antigüedad, la actitud social ante las relaciones entre personas del mismo sexo era bastante permisiva, y determinadas civilizaciones atribuían cierto misticismo a las personas transexuales. En otras civilizaciones, sin embargo, no eran bien vistas dichas personas, castigando fuertemente las relaciones establecidas entre las mismas. A ello contribuyó la propagación del cristianismo, que condenaba las prácticas sexuales realizadas fuera del matrimonio y, especialmente, la sodomía como un pecado *contra natura*, que la Santa Inquisición castigaba con la pena de muerte en la hoguera. Esta situación se mantendrá de manera más o menos parecida hasta la aparición del movimiento filosófico de la Ilustración y la Revolución Francesa, que, con la instauración de los principios de igualdad y libertad, determinará la despenalización de las conductas homosexuales. Este fenómeno, junto a la medicalización de la homosexualidad y de la transexualidad, así como el nacimiento del movimiento feminista, supondrá un cambio en la situación de las personas LGTB, que van a comenzar a agruparse y a hacerse visibles en la sociedad a principios del siglo XX, dando lugar al nacimiento del movimiento asociativo LGTB, que durante la última década de dicho siglo y principios de éste, ha venido reivindicando la protección de sus derechos a nivel jurídico y social.

II. Estas reivindicaciones del movimiento LGTB se han planteado ante los organismos internacionales, quienes se han esforzado por implan-

tar el principio de igualdad y no discriminación de las personas LGTB. Se puede considerar que el punto de partida de esta actitud fue la eliminación por la OMS de la homosexualidad como enfermedad mental. Pues, anteriormente, todas las declaraciones de los organismos internacionales se refieren de manera general al principio de igualdad y no discriminación, pero no se hace referencia expresa a la orientación sexual e identidad de género. A partir de este momento, distintos organismos van a formular declaraciones y disposiciones recomendando la implantación de este principio en relación a la orientación sexual e identidad de género en los todos los países miembros de los mismos. En este sentido se han manifestado abiertamente la OIT, la OMS, ONUSIDA, y la OEA. Sin embargo, la ONU no ha emitido todavía una resolución solicitando expresamente la implantación de dicho principio en los Estados miembros. Por el contrario, la Unión Europea ha sido uno de los continentes donde se han emitido mayor número de disposiciones de reconocimiento y protección de los derechos de las personas LGTB en distintos ámbitos (penal, laboral y civil, entre otros), recogiendo, a su vez, las disposiciones de los organismos internacionales.

III. A nivel mundial, la situación de los derechos de las personas LGTB es muy desigual. Se pueden distinguir tres grandes grupos de países en los cuales el reconocimiento de los derechos de dichas personas es diverso. Un primer grupo, formado por numerosos países asiáticos y africanos, no reconocen derechos a estas personas, castigando la homosexualidad con penas de cárcel y hasta con pena de muerte. Por otra parte, un segundo grupo de países, especialmente pertenecientes a la Unión Europea, establecen el principio de igualdad y no discriminación para las personas LGTB, pero no reconocen plenitud de derechos. Hay un tercer grupo de países minoritario y pertenecientes a la Unión Europea y América del Norte, en los cuales no sólo se aplica dicho principio sino que se equiparan en derechos a las demás personas.

IV. En cuanto a los Tribunales de Justicia internacionales, el reconocimiento de los derechos de las personas LGTB se ha ido produciendo paulatinamente. Pues en un primer momento, sobre todo en el ámbito privado, los pronunciamientos de dichos Tribunales se mostraban respetuosos con las leyes nacionales, concretamente de carácter penal y civil, permitiendo la crimilización de las conductas homosexuales y negando el matrimonio entre personas del mismo sexo y de personas transexuales. Sin embargo, las decisiones del TEDH en relación a la orientación sexual y a la identidad de género han ido variando y evolucionando hacia un reconocimento jurí-

dico de los derechos solicitados por las personas LGTB, aunque dicho Tribunal no ha establecido el principio de equiparación con las personas heterosexuales, en particular respecto a determinados derechos de tipo privado.

V. Nuestro país ha seguido una evolución histórica similar a los países vecinos. Durante la Edad Media, por influencia de la legislación de los pueblos germánicos y del cristianismo, nuestras leyes castigaban las relaciones entre personas del mismo sexo con graves penas, que incluso llegaban a la muerte en la hoguera, situación que con altibajos, se mantendrá hasta el siglo XIX, en que se despenaliza la homosexualidad, aunque se sancionan los actos homosexuales, para ser considerada más tarde una situación de peligrosidad social y no un delito, si bien nuestros tribunales calificaban las conductas homosexuales como delito de escándalo publico, castigando dichas conductas como tales. Dada la consideración de la homosexualidad como una situación de peligrosidad social, se produjeron situaciones de discriminación legislativa de las personas homosexuales también en otros ámbitos, como en el militar o en el de la enseñanza, que señalaba que la intersexualidad y el homosexualismo eran un defecto o una enfermedad que impedían el ingreso en los mismos. Por tanto, durante este período el reconocimiento de derechos a las personas LGTB era muy limitado.

VI. La Constitución de 1978 supone un punto de inflexión en nuestro ordenamiento jurídico, al establecer expresamente el principio de igualdad y no discriminación en nuestro país, y señalar que quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en la misma. En nuestra Constitución no se recoge expresamente entre las causas de discriminación la orientación sexual o la identidad de género; sin embargo, hay una mención explícita al sexo y a cualquier condición o circunstancia personal o social, entre las cuales pueden considerarse incluidas aquellas. Los valores instituidos en nuestra norma superior, unidos a las directivas y decisiones de la Unión Europea y de los organismos internacionales, y a la reivindicación del movimiento asociativo que se constituye en España en 1980 y se expande y organiza en la los últimos años del siglo XX, determina un profundo cambio de criterio en nuestra legislación y en nuestra jurisprudencia en relación a la igualdad, la discriminación y el reconocimiento de los derechos de las personas LGTB.

‘

VII. En el ámbito penal hay que destacar la eliminación de la homosexualidad como situación de peligrosidad social, y posterior exclusión de

las conductas homosexuales del delito de escándalo público por parte de la jurisprudencia de nuestros Tribunales. Frente a la situación punitiva de la homosexualidad que se observaba en la legislación y en la jurisprudencia penal, nuestra actual legislación se manifiesta como una normativa de protección de las conductas discriminatorias e injuriosas realizadas contra las personas por razón de su sexo o de su orientación sexual. Así, en nuestro Código penal se incluye la discriminación por orientación sexual como un delito contra los derechos fundamentales y libertades públicas, y se establece que es una circunstancia agravante cometer el delito por motivos de discriminación referente al *sexo* u *orientación sexual.*

VIII. En el ámbito civil, las cuestiones que se han planteado han girado fundamentalmente alrededor del reconocimiento jurídico de las parejas del mismo sexo, y los derechos derivados de dicha situación. Durante algún tiempo, la jurisprudencia de nuestros Tribunales denegó la celebración del matrimonio entre parejas del mismo sexo, y con ello, los efectos originados por el mismo en las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges, en el derecho de familia y en el de sucesiones, y en otros ámbitos distintos al civil, donde el matrimonio tiene repercusiones (laboral, fiscal, social). El primer paso que se dio para dar cobertura jurídica a las parejas del mismo sexo fue la publicación por la mayor parte de las Comunidades Autónomas de las leyes de parejas de hecho, donde se reconoció jurídicamente a las parejas de hecho formadas por personas del mismo sexo, dotándolas de ciertos derechos, que distaban mucho de aquellos reconocidos para el matrimonio. El avance definitivo se ha producido por la publicación de la *Ley 13/2005, de 1 de julio,* en la que se permite la celebración del matrimonio entre personas del mismo sexo, estableciendo el mismo régimen jurídico para las parejas matrimoniales del mismo y de distinto sexo, en todos los ámbitos. Ello ha significado la equiparación total de derechos. Sin embargo, algún aspecto ha quedado por regular, como el orden de los apellidos de los hijos de parejas del mismo sexo, y la posibilidad de adopción por parejas de hecho del mismo sexo, que parece no permitirse en la actual legislación estatal.

IX. En el ámbito laboral, se ha recogido expresamente el principio de igualdad y no discriminación por razón de orientación sexual en el Estatuto de los Trabajadores, reformado por *Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y financieras,* tanto frente a los empresarios cuanto a los compañeros de trabajo, en cumplimiento de la *Directiva de la Unión Europea 2000/78/EC, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y*

la ocupación. Antes de dicha reforma, se habían producido casos de discriminación de personas homosexuales y transexuales (despidos injustificados, indagación de la orientación sexual de los trabajadores, etc), que la jurisprudencia había rechazado, pues consideraba que la mencionada causa de discriminación se encontraba incluida en el principio de igualdad y no discriminación establecido con carácter general en el Estatuto de los Trabajadores. Por otro lado, las parejas de hecho del mismo sexo, dado que hasta finales de los años noventa no tuvieron ningún reconocimiento jurídico, no podían acceder a ninguno de los beneficios laborales que, por el contrario, se concedían a las parejas heterosexuales, ni tampoco a los beneficios concedidos a las parejas matrimoniales, puesto que les faltaba el requisito esencial para acceder a los mismos, el matrimonio, según reiterada jurisprudencia de nuestros Tribunales. Actualmente, por aplicación de la citada Ley 13/2005, dichas parejas participan de los mismos beneficios que éstas, teniendo acceso a todas las posibles prestaciones que concede la legislación de la Seguridad Social.

X. En el ámbito sanitario, y también como consecuencia del reconocimiento jurídico de las parejas del mismo sexo, se han corregido las dos cuestiones más importantes que se planteaban, la posibilidad de dar consentimiento por sustitución en caso de incapacidad temporal de cualquier miembro de la pareja y de incluir a la pareja en la cartilla sanitaria, para poder recibir las prestaciones de la Seguridad Social.

XI. En cuanto a las personas transexuales, la cuestión fundamental que se ha planteado ha versado sobre el cambio de sexo y de nombre y efectos derivados del mismo. A falta de norma concreta, nuestros Tribunales sólo admitían el cambio de sexo y nombre cuando se había producido cirugía de reasignación sexual, aunque no permitían el matrimonio de tales personas. Sin embargo, en esta cuestión nuestra jurisprudencia fue cambiando su posición paulatinamente. La Dirección General de los Registros y del Notariado permitió el matrimonio de persona transexual que había completado el proceso de reasignación sexual, aunque la jurisprudencia del Tribunal Supremo seguirá la misma doctrina que en sentencias anteriores de no admitir tal posibilidad. No obstante, la doctrina de las Audiencias Provinciales se dividió en dos posturas contrapuestas. Esta situación finalizó con la publicación de la *Ley 3/2007, de 15 marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas*, que permite el cambio de sexo y nombre sin necesidad de cirugía de reasignación sexual, estableciendo que dicha rectificación permitirá a la persona ejercer todos los derechos inherentes a su nueva condición. Con posterioridad a la

publicación de esta ley, el Tribunal Supremo ha dictado sentencia aplicandola, afirmando la prevalencia de los factores psico-sociales en la determinación del sexo, que han de primar en los supuestos de disforia de género, y reconociendo un derecho de sostener la identidad sexual como expresión de la identidad personal, como un bien de la personalidad; asimismo señala que se puede aplicar esta Ley a los casos de los procedimientos en curso, suscitados antes de la entrada en vigor de la misma. Relacionando esta ley con la Ley 13/2005, se puede concluir que no hay argumentos para impedir el matrimonio de personas transexuales sin que se haya producido previamente la reasignación sexual. Sin embargo, dicha Ley no se puede considerar como una Ley Integral del Derecho a la Identidad Sexual y de Género, ya que no contempla todos los posibles aspectos derivados de esta situación, pues hay todavía diversos cuestiones que no han sido reguladas de modo explícito, como el establecimiento de un derecho a la propia identidad sexual y de género, la atención integral de la salud de las personas transexuales, la lucha contra la transfobia, y el establecimiento de una política de discriminación positiva en el empleo.

XII. Por otro lado, se puede concluir también que en estas leyes específicas falta una regulación y una política precisa en relación a los menores homosexuales y transexuales, cuya discriminación en el ámbito familiar y escolar se ha puesto de manifiesto por el movimiento asociativo.

XIII. Por último, cabe señalar que, a pesar de los aspectos que carecen todavía de una regulación concreta, nuestro país está cumpliendo el mandato de la Constitución de 1978 en relación al principio de igualdad y no discriminación, y de las diversas disposiciones y recomendación de la Unión Europea en materia de no discriminación por orientación sexual e identidad de género, así como también ha atendido las distintas indicaciones de los organismos internacionales. En este momento España se muestra como uno de los países más respetuosos con los derechos de las personas homosexuales y transexuales, habiendo establecido legislaciones que, en algún caso, se posicionan entre las más avanzadas de la Unión Europea y del mundo.

BIBLIOGRAFÍA

AA. VV., *Peligrosidad social y medidas de seguridad (la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social de 4 de agosto de 1970),* Universidad de Valencia, Instituto de Criminología y Departamento de Derecho Penal, 1974.

ADAM DONAT, A., MARTÍNEZ VIDAL, A., en *«Consideraciones sobre tan repugnante tendencia sexual»: la homosexualidad en la psiquiatría del franquismo,* en Orientaciones: Revista de homosexualidades, núm. 7, 2004.

ALBADALEJO GARCÍA, M., *Curso de Derecho civil, T. IV, Derecho de familia,* 8ª ed., Barcelona, 1997.

— *Derecho civil IV,* Barcelona, 1994.

ALONSO PÉREZ J.I., *El reconocimiento de las uniones no matrimoniales en la Unión Europea. Análisis y sinopsis de las leyes autonómicas en vigor,* Barcelona, 2007.

ALTMANN, W., *«Vicio repugnante en lo social, aberración en lo sexual, perversión en lo psicológico y defecto en lo endrocrino». Un ensayo bibliográfico sobre la homosexualidad y los homosexuales bajo la dictadura franquista,* en Revista «Iberoamericana. América Latina, España, Portugal: Ensayo sobre letras, historia y sociedad. Notas. Reseñas Iberoamericanas», núm. 22, 2006, págs. 193-210.

ÁLVAREZ ALONSO, D., *Despido discriminatorio por razón de orientación sexual. Comentario a la STC 41/2006, de 13 de febrero,* «Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional», núm. 10/2006, BIB 2006/930.

ALVÁREZ CONDE. E., Curso de Derecho Constitucional, vol I, 5ª ed. Madrid, 2005.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., *Matrimonio entre personas del mismo sexo y doctrina de la DGRN: una lectura más crítica,* «Diario La Ley», núm. 6629, Año XXVIII, 15 de enero de 2007;

ALVÁREZ JUSUÉ, A., *Ley de Vagos y Maleantes: exposición histórica de la legislación española. Precedentes parlamentarios. La ley actual y su procedimiento,* Madrid, 1933.

ALVENTOSA DEL RÍO, J., *La ley 13/2005, de 1 de julio, de reforma del matrimonio en el Código civil. Genésis y contenido de la ley,* en «Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo» (Alventosa del Rio, J, dir.), «Cuadernos de Derecho judicial», CGPJ, XXVI, Madrid, 2006, págs. 105-194.

— *Situación jurídica de la mujer en el ámbito del Derecho civil español,* en la obra colectiva «Mujeres y Derecho» (coordra. Paloma Durán), Ayuntamiento de Valencia, 1998, págs. 29-59.

— *La incidencia del SIDA en el ámbito jurídico español*, en «Revista SEISIDA», vol. 10. Núm.4, abril 1999, págs. 210-212.

— *Relevancia jurídica del consentimiento en la prueba del VIH/SIDA*, en «Revista SEISIDA», vol. 11, núm. 4, abril 2000, págs. 292-294

— *El derecho a la autonomía del paciente,* en «Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo», T. I, «Semblanza. Derecho civil. Parte General», Madrid, 2003, págs. 173-205.

— *La declaración de voluntades anticipadas o Instrucciones previas,* Libro-Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo, T. I, Madrid, 2004.

ALVENTOSA DEL RÍO, J., VIDAL MARTÍNEZ J., *Droit et Sida en Espagne,* en el libro «Droit et Sida: Comparaison internationale», dirigido por J. Foyer et L. Khaiat, CNRS Editions, París, 1994, págs. 173-201.

— *Algunas cuestiones jurídicas que plantea en España la enfermedad del Sida,* Revista «Jano» de medicina y humanidades, 29 enero-4 febrero de 1993, vol. XLIV, nº 1024, págs. 37-42.

ALZAGA VILLAAMIL, *Comentarios a la Consitución Española de 1978,* Madrid, 1996.

AMALTE, A., *Redada de violetas: la represión de los homosexuales durante el franquismo,* Madrid, 2003.

AMNISTIA INTERNACIONAL, *«Stonewall»: seguir exigiendo respeto. Abusos policiales contra lesbianas, gays, bisexuales y personas transgénero en Estados Unidos,* 2006, http://web.amnesty.org

— *Sexo, Amor, Homofobia, Vanesa Baird, Egale,* 2006, http//web.amnesty.org

— *Los derechos de lesbianas, gays, bisexuales y personas transgénero: Manual de trabajo con los órganos de vigilancia de los tratados y los procedimientos especiales de la ONU,* marzo de 2005, Índice AI: IOR 40/004/2005, http//web.amnesty.org/library/Index/ESLIOR400042005.

— *Los derechos humanos de lesbianas, gays, bisexuales y personas transgénero,* 2005, http//web.amnesty.org

— *Los derechos humanos y la orientación sexual y la identidad de género,* 31 de marzo de 2004, Índice AI: ACT 79/001/2004, http//web.amnesty.org/library/Index/ESLACT790012004

— *Crímenes de odio, conspiración de silencio Tortura y malos tratos basados en la identidad sexual,* 2001, http//web.amnesty.org

— *El derecho a la propia identidad. La acción a favor de los derechos humanos de gays y lesbianas,* 1999, http//web.amnesty.org

— *Rompamos el silencio. Violaciones de derechos humanos basadas en la orientación sexual,* 1994, http//web.amnesty.org

AMNISTÍA INTERNACIONAL, COLECTIVO Y DE LESBIANAS, GAYS, TRANSEXUALES Y BISEXUALES DE MADRID (COGAM) Y FEDERACIÓN ESPAÑOLA COLEGAS DE ASOCIACIONES DE LESBIANAS, GAYS, BISEXUALES Y TRANSEXUALES, en *Derechos humanos y diversidad afectivo-sexual,* junio 2006.

ANGOSO, R., *El holocausto silenciado: gays en los campos de concentración nazis,* en la revista «Historia 16», julio de 2006.

ARECHEDERRA ARANZADI, L.I., *La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el transexualismo,* «Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid» (1), 1991, y en «Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo», vol. I, Barcelona, 1992-9.

ARMAND DE FLUVIÁ, A., *Aspectos jurídico-legales de la homosexualidad,* Barcelona, 1979.

ASOCIACIÓN AMERICANA DE PSIQUIATRÍA, DSM-IV: *Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales*, Barcelona, 1995, pág. 550.

BAGGALEY, R., en colaboración con otros autores, *Impacto del asesoramiento y las pruebas voluntarias. Una revisión global de las ventajas y dificultades*, Ginebra, 2002.

BALAGUER CALLEJÓN, F., (Coord.), *Derecho constitucional, vol. II*, Madrid.

BATALLER I PERELLÓ, V., *Historia natural de la transexualidad*, en www.felgt.org.

BATALLER I PERELLÓ, V., MITJANS LAFONT, L., SANCHO MARTÍNEZ, R., *Sexualidad y conductas sexuales preventivas en varones homosexuales de la Comunidad Valenciana*, Conselleria de Sanitat, Generalitat Valenciana, Valencia, 2003.

BELDA PÉREZ PEDRERO, E., *Transexualidad y Derechos Fundamentales: protección integral sin la utilización del factor sexo como diferencia*, «Cuadernos de Derecho Público», núm. 21, enero-abril de 2004.

BELLVER CAPELLA, V., *La heterosexualidad como principio calificador del matrimonio*, en «Cuadernos de Bioética», 1997 (4º), págs. 1368-1384.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Las parejas de hecho*, Pamplona, 1992.

— *Laguna legal y matrimonio de los homosexuales*, «Aranzadi civil», núm. 18/2005, BIB 2005/2585.

— *Transexualidad, matrimonio entre personas de un mismo sexo y nombre*, «Aranzadi civil», núm. 3/2007, BIB 2007/304.

BERGERO MIGUEL, T ., CANO ONCALA, G., GIRALDO ANSIO, F., ESTEVA DE ANTONIO, I., ORTEGA AGUILAR, Mª. V., GÓMEZ BANOVIO, M., GORNEMAN SCHAFFER, I., *La transexualidad: asistencia multidisciplinar en el sistema público de salud*, «Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría», Vol., 24, núm. 89, 2004, págs.21-30.

— *La construcción de la identidad de género en pacientes transexuales*, «Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría», Vol. 24, núm. 89, 2004, págs. 21-30.

BERGLER, E., *The myth of a new nacional disease. Homosexuality and the Kinsey report*, en «Psychiatry Quarterly 22 (1948).

BLANCO PÉREZ-RUBIO, L., *Parejas no casadas y pensión de viudedad*, Madrd, 1992,

BLÁZQUEZ AGUDO, E. Mª., *Despido discriminatorio por razón de orientación sexual,* Base de datos de Bibliografía El Derecho, El Derecho Editores, 20 de julio de 2006.

BOSWELL, J., *Cristianismo, tolerancia social y homosexualidad: los gays en Europa occidental desde el comienzo de la era cristiana hasta el siglo XIV,* Barcelona, 1993.

— *Las bodas de la semejanza: uniones entre personas del mismo sexo en la Europa premoderna,* Barcelona, 1996.

CADORET, A., *Padres como los demás. Homosexualidad y parentesc*o, Barcelona, 2003.

CALVO, K., *Ciudadanía y minorías sexuales: la regulación del matrimonio homosexual en España,* Fundación Alternativa.

CALVO CARAVACA, A. L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional privado y matrimonio entre personas del mismo sexo,* «Anales de Derecho», 2005, págs. 11-70.

— *Matrimonio entre personas del mismo sexo y Derecho Internacional privado español,* «Diario La Ley», núm. 6391, Año XXVII, 2 de enero de 2006.

CALVO GONZÁLEZ, J., *Ley 13/2005 sobre modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. Reforma matrimonial, Adopción y Sociedad,* «Actualidad Jurídica Aranzadi», núm. 686/2005, BIB 2005/1965.

CALVO MEIJIDE, A. A, *El principio de igualdad, la unión homosexual y la adopción,* «El Derecho», EDB/2005/149101.

CALVO SOLER, R., PÉREZ TRIVIÑO, J.L., *Igualdad, discriminación y parejas de hecho,* en Revista «Sistema», 1998, 142, págs. 47-61

CAMARERO SUÁREZ, V., *Consideraciones sobre la convivencia homosexual en el Derecho español y comparado,* en «Estudios en homenaje al Prof. Martínez Valls», vol. II, Universidad de Alicante, 1999.

— *El Derecho a contraer matrimonio en la reforma actual,* en «Actualidad jurídica Aranzadi», núm. 707, 2006, BIB2006/763.

CANTARELLA, E., *Según natura. La bisexualidad en el mundo antiguo,* Madrid, 1991.

CAÑAMARES ARRIBAS, S., *El matrimonio homosexual en el Derecho español y comparado,* Madrid, 2007.

CARRASCO, R., en *Inquisición y represión sexual en Valencia. Historia de los sodomitas* (1565-1785), Barcelona, 1985.

CARRASCO PERERA, A., *El principio de no discriminación por razón de sexo,* «Revista Jurídica de Castilla-La Mancha», núms. 11 y 12.

CARRERAS, M., *Orientación sexual y discriminación en Norteamérica,* «Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol», núms. 18-19, Valencia,1997, págs. 97-114.

CARRIÓN OLMOS, S., *Reflexiones de urgencia en torno a las Leyes 13 y 15/2005 por las que se modifica el Código civil en materia de separación y divorcio y derecho a contraer matrimonio,* «Diario La Ley», martes 19 de julio de 2005.

— *Sobre la pretendida autonomía de la quiebra de affectio maritales como causa de separación matrimonial,* «Diario La Ley», viernes 16 de julio de 2004,

CARTAGENA-CALDERÓN, J. *«'El es tan rara persona.' sobre cortesanos, lindos, sodomitas y otras masculinidades nefandas en la España de la temprana Edad Modern». Lesbianism and homosexuality in early Modern Spain. Literature and theater in context.* Ed. María-José Delgado y Alain Saint-Saëns, New Orleans: University Press of the South, 2000, págs. 139-174.

CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral, T V, Derecho de familia, Vol. I,* Relaciones conyugales, 12ª ed., puesta al día por G. GARCÍA CANTERO y J. Mª. CASTÁN VÁZQUEZ, Madrid, 1994.

CASTILLO ROBLES, C., PRIEGO CUADRA, T., FERNÁNDEZ TRESGUERRES, J.A, *El proceso de diferenciación sexual, en «Transexualidad.* La búsqueda de una identidad» (dir. A. Becerra Fernández), Madrid, 2003, págs. 1-18.

CERDA GIMENO, J., *La situación actual de las parejas no casadas ante el Derecho,* «Boletín de Información del Ministerio de Justicia», 1988, núm. 1482.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., *¿Es constitucional hoy el matrimonio «homosexual» (entre personas de idéntico sexo)?,* «Revista de Derecho Privado», marzo-abril, 2005.

CERDILLA GARZÓN, Mª. D., *Transexualidad, cambio de sexo y derecho a contraer matrimonio (A propósito de la Resolución de la DGRN de 8 de enero de 2001),* «Diario La Ley», 2001, t. 4.

COLEMAN, J., *Revolución y hermenéutica homosexual*, en «Concilium», 193 (1984).

COMISIÓN DE EDUCACIÓN DE COGAM, *Familias de hecho. Informe sobre la realidad social de las familias formadas por lesbianas gays y sus hijos*, 2000, en la página web www.cogam.org

— *Homofobia en el sistema educativo*, en colaboración con el Departamento de Antropología Social de la Universidad Autónoma de Madrid, 2005, en la página web www.cogam.org.

DE AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, C., *Argumentos a favor de la posible constitucionalidad entre personas del mismo sexo*, «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», julio-septiembre 2005, págs.351-368.

DE ANDRÉS , R., NÁJERA, R., *Accidentes en personal sanitario*, Madrid, págs. 399-431.

DE ÁNGEL YÁGUEZ, A., *Transexualidad y cambio de sexo*, «Revista La Ley», 14 de octubre de 1987, págs. 166 y sigs.

DE ESTEBÁN, J., *Tratado de Derecho Constitucional, I*, Universidad Complutense de Madrid, 2ª ed, 2001.

DE ESTEBÁN, J., GONZÁLEZ TREVIJANO, P.J., SÁNCHEZ NAVARRO, A, *Tratado de Derecho constitucional, II*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2004.

DE MIGUEL, A., VALCARCE, M., *Homosexualidad y adopción: importancia de la adquisición de una identidad solida*, en «Papeles del Psicólogo», núm. 62, junio 1995.

DE VERDA Y BEAMONDE, J.R., *La transexualidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, «Revista General de Derecho», pág. 1069.

DÍAZ ALABART, S., *El pseudo «status familiae»*, en «Revista de Derecho Privado», octubre de 1992, págs. 839-856.

DÍAZ FRAILE, J.Mª., *Exégesis de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre la reforma del Código Civil en materia de matrimonio introducida por la Ley 13/2005, de 1 de julio*, en «Diario La Ley», núms. 6449 y 6450, Año XXVII, 27 y 28 de marzo de 2006.

DÍAZ MORENO, J.M., HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, G., LÁZARO GONZÁLEZ, I., ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., *Las uniones de hecho. Una aproximación plural*, Madrid, 1999.

DÍAZ PINTOS, G., *El consentimiento: ¿Una garantía de la autonomía moral del paciente o un expediente para eximir de la responsabilidad?,* «Revista Derecho y Salud», vol.6, núm. 1, enero-junio de 1998, págs.25-29.

DÍEZ DEL CORRAL RIVAS, J., *La transexualidad y el Estado civil. En torno a la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1980,* en «Anuario de Derecho civil», 1981

— *Estado civil y sexo. Transexualidad y cambio de sexo,* «Actualidad civil», núm. 36, 1987, págs. 2135 y sigs.

DÍEZ-PICAZO, L., *Familia y Derecho,* Madrid, 1984.

DÍEZ-PICAZO, L., GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho civil, Vol IV, Derecho de Familia. Derecho de sucesiones,* 9ª ed., Madrid, 2004.

DURÁN LALAGUNA, P., *Nuevas formas del Derecho de familia. Una lectura desde Naciones Unidas, en «Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo»,* (Alventosa del Rio, J, dir.), «Cuadernos de Derecho judicial», CGPJ, XXVI, Madrid, 2006.

EISENBERG, D., *«['La escondida senda':] Homosexuality in Spanish»,* en History and Culture. Spanish Writers on Gay and Lesbian Themes: A Bio-Critical Sourcebook, Ed. David William Foster. Westport, CT: Greenwood, 1999, págs. 1-21, y *¿Cuán queer fue Iberia,* Publicado en «La corónica», 30.1 (2001), págs. 236-238.

ELOSEGUI ITXASO, M., *Transexualidad, derecho a la vida privada y derecho al matrimonio. El caso español a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y estadounidense,* «Actualidad civil», núm. 10/7, 13 de marzo de 1994, págs. 173-198.

— *La transexualidad. Jurisprudencia y argumentación jurídica,* Granada, 1999.

ESCRIVÁ IVARS, J., *Transexualismo y matrimonio,* «Persona y Derecho» (2), 1992, págs. 327-351.

ESPÍN CÁNOVAS, D., *Los derechos reconocidos al transexual,* «Anales de la Real Academia de jurisprudencia y legislación», 2005 (35), págs. 647-690.

— *Comentario al artículo 32 de la Constitución Española,* en «Comentarios a la Constitución Española de 1978», dirigidos por Oscar Alzaga Villaamil, Madrid, 1996.

ESTÉBANEZ, P.,FITCH, K.,NÁJERA, R., *La prueba del VIH en el marco de la salud pública,* «Revista SEISIDA», vol. 4, núm. 4, abril 1993, págs. 96-99.

ESTEVA, I., GONZALO, M., YAHYAQUI, R., DOMÍNGUEZ, M., BERGERO, T., GIRALDO, F., HERNANDO, V., SORIGUER, F., *Epidemiología de la transexualidad en Andalucía, atención especial al grupo de adolescentes,* «Cuadernos de medicina psicosomática y psiquiatría de enlace», núm. 78, págs. 65-70.

ESTRADA ALONSO, E., *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho civil español*, Madrid, 1986.

FAIRÉN GUILLÉN, V., *Problemas del proceso por peligrosidad sin delito : La Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social de 4 de agosto de 1970 y su Reglamento. Con notas de derecho comparado,* Madrid, 1972.

FERNÁNDEZ BERMEJO, M., *Autonomía personal y tratamiento médico: límites constitucionales de la intervención del Estado (I y II),* «Actualidad Jurídica Aranzadi», Año IV, núm. 133, 20 de enero de 1994.

FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., *Expediente sobre autorización de matrimonio civil. Transexualidad,* «Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil», núm. 56, pags. 707-718

FERNÁNDEZ MARTOS, J.M.,VIDAL, M., *Aclaraciones fundamentales. Nombre, definición, tipos y normalidad,* en la obra colectiva «Homosexualidad: ciencia y conciencia», de M. Vidal et alii, Santander, 1981.

FERRER SAMA, J.A., *Doctrina civil del Tribunal Supremo sobre la transexualidad. Comentario a la sentencia de 3 de marzo de 1989,* en «Revista La Ley», 1989-2.

FINNIS, J.M., *Derecho, moral y orientación sexual,* en la Revista «Persona y Derecho», 41, 1999.

FLUITERS CASADO, R., *Adopción por parejas del mismo sexo. Una perspectiva judicial,* en «Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo» (Alventosa del Rio, J, dir.), «Cuadernos de Derecho judicial», CGPJ, XXVI, Madrid, 2006.

FONTANA ABAD, M. *La diferencia como favor constitutivo de la identidad personal: un estudio acerca de la adopción por parejas homosexuales,* en VV.AA, «La reforma del modelo de familia en el Código civil español», Granada, 2005,

FORN RAMBLA, Mª. A., *¿Estamos preparados los médicos de familia para ayudar a nuestros pacientes a hacer testamento vital?,* « Revista de calidad asistencial», vol. 22, núm. 5, 2007, págs. 262-265.

FOSAR BENLLOCH, E., *El reconocimiento de la transexualidad en la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1987 y en los Dictámenes de la Comisión Europea de Derechos Humanos: Casos VAN OOSTERWIJC contra Bélgica -1 de marzo de 1979- y REES contra el Reino Unido -12 de diciembre de 1984,* «Boletín de Información del Ministerio de Justicia», núm. 1476, Madrid, 1986.

FOUCAULT, M., *History of Sexuality,* Nueva York, 1978.

FRÍAS NAVARRO, Mª D., *Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo: resultados de la investigación psicológica*, en «Matrimonio y Adopción por personas del mismo sexo» (Alventola del Río, J., dir.), «Cuadernos de Derecho judicia», CGPJ, XXPJ, Madrid, 2006, págs. 491-518.

FRÍAS, Mª D., PASCUAL, J., MONTERDE, H., *Familia y diversidad: hijos de padres homosexuales,* «Interpsiquis», 2003.

— *Hijos de padres homosexuales: Qué les diferencia,* «Interpsiquis», 2004,

FUNDACIÓN TRIÁNGULO, *Iniciativas sobre las reparaciones a las víctimas homosexuales del holocausto nazi,* en la pág. web www.fundación-triangulo.es.

GALÁN CORTÉS, J.C., *El consentimiento informado del usuario de los servicios sanitarios,* Madrid, 1997.

GAMBOA BARBOZA, I., *La constitución de trastornos sexuales en psiquiatria,* en «Diálogos. Revista electrónica de historia», Escuela de Historia, Universidad de Costa Rica, vol. 7. núm. 1, febrero-agosto 2006, págs. 242-290, en la página web http://historia.fcs.ucr.ac.cr/dialogos.htm

GARCÍA MONTERO, G., *La crisis de la sexualidad y su reflejo en el Derecho de familia,* en «Estudios de Derecho civil en homenaje al Prof. Dr. José Luis Lacruz Berdejo», Vol. I, 1992.

GARCÍA VALDÉS, A., *Historia y presente de la homosexualidad,* Madrid, 1981.

GARAIZABAL ELIZALDE, C., *Identidad: cuerpo, género y subjetividad,* «Transexualidad. La búsqueda de una identidad» (dir. A. Becerra Fernández), Madrid, 2003, págs. 235-244.

GARCÍA RUBIO, Mª P., *La «modificación» del Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio,* «Diario La Ley», núm. 6359, 15 de noviembre de 2005,

— *La adopción por y en parejas homosexuales,* «Homenaje al Profesor Lluis Puig i Ferriol», vol. II, Valencia, 2006, págs. 1393-1412.

GARRIDO FALLLA, F.,et alii, *Comentarios a la Constitución,* Madrid. 3ª ed. 2001, 3ª ed.

GARZA CARVAJAL, F., *Quemando mariposas: sodomía e imperio en Andalucía y México, siglos XVI-XVII,* Barcelona, 2002.

GASTÓ FERRER, C., *Transexualidad. Aspectos Históricos y Conceptuales,* «Cuadernos de medicina psicosomática y psiquiatría de enlace», núm. 78, 2006 págs. 13-20.

GAVIDIA, J., *Uniones homosexuales y concepto constitucional,* en «Revista de Derecho constitucional», núm. 61, enero-abril 2001.

— *Matrimonio y uniones libres: el matrimonio homosexual (Consideraciones de política legislativa),* en «Revista jurídica La Ley», 2001.

— *Las uniones libres en la Ley Foral de Navarra de Parejas Estables,* «Actualidad civil», 2001-2.

GENERELO LANASPA, J., *Aspectos educativos,* Ponencia en las Jornadas «Jóvenes y sexualidad: algunas situaciones de exclusión», Ed. Consejo de la juventud de España, Madrid, 2000.

GIL-ALBERT, J., GONZÁLEZ IGLESIAS, J.A., *Heraclés: sobre una manera de ser,* Instituto de Cultura Juan Gil-Albert, Valencia, 2001.

GIMENO-BAYÓN COBOS, A., *Homosexualidad e intimidad,* en «La homosexualidad: un debate abierto», J. Gafo (ed.), Bilbao, 1996.

GIRALDO BOTERO, C., *Esclavos sodomitas en Cartagena colonial. Hablando del pecado nefando,* en la Revista digital «Historia Critica», del Departamento de Historia - Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Los Andes.

GODÁS SIESO, T., *Repercusiones personales, familiares, sociales y laborales de la transexualidad,* «Cuadernos de medicina psicosomática y psiquiatría de enlace», núm. 78, 2006, págs. 21-23.

GÓMEZ, Y., *Familia y matrimonio en la Constitución Española de 1978,* Madrid, 1990.

GÓMEZ GIL, E., *La atención a la tansexualidad por la unidad de salud mental del Hospital Clínico en los últimos años,* «Cuadernos de medicina psicosomática y psiquiatría de enlace», núm. 78, 2006, págs. 55-64.

GÓMEZ LAPLAZA, Mª. C., *Transexualidad,* «Aranzadi civil», 2004 (1), págs. 1995-2044.

GONZÁLEZ, Mª DEL M., LÓPEZ, F., *Familias homoparentales y adopción conjunta: entre la realidad y el prejuicio,* en «Matrimonio y adopción entre personas del mismo sexo», (Alventosa del Rio, J., dir.), Cuadernos de Derecho judicial, CGPJ, XXVI, Madrid, 2006, págs 451-476.

GONZÁLEZ BEILFUSS, C., *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea,* Madrid-Barcelona, 2004.

GOÑI SEIN, J.L., *El respeto a la esfera privada del trabajador,* Madrid, 1988.

GOOREN, L. J.G., *El transexualismo, una forma de intersexo,* «Transexualidad. La búsqueda de una identidad» (dir. A. Becerra Fernández), Madrid, 2003, págs. 43-58.

GORDILLO, A., *Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1989,* «Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil», enero-marzo de 1989.

GRACIA GUILLÉN, D., *Ocho tesis sobre el consentimiento informado,* Actas del II Congreso «Derecho y Salud»: «La responsabilidad de los profesionales y de las administraciones sanitarias», organizado por la Asociación Juristas de la Salud, editadas por la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía, 1994, págs.115-119.

HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C., *Cambio revolucionario en una institución milenaria: del matrimonio heterosexual al matrimonio homosexual,* «Diario la Ley», núm. 6510, 22 de junio de 2006.

HERRERO BRASAS, J.A., *Homosexualidad y fascismo,* en «Claves de la razón práctica», núm. 101, 2000, págs. 36-44.

HUALDE SÁNCHEZ, J.J., *La adopción por parejas del mismo sexo,* en «Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo», (Alventosa del Rio, J, dir.), «Cuadernos de Derecho judicial», CGPJ, XXVI, Madrid, 2006.

JORGE BARREIRO, A., *Las medidas de seguridad en el derecho español : un estudio de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social de 1970 y de la doctrina de la Sala de Apelación de Peligrosidad ,* Madrid, 1976.

KINSEY, A., POMEROY, W., MARTIN, C.E., *Sexual behaviour in the human male,* Filadelfia, 1948.

KLEIN, F., SEPEKOFF, P., WOLFF, T.J., *Sexual orientation: a multi-variate dynamic process,* en «Journal of homosexuality» 11, 1985, págs. 35-49.

KWOLEWSKI, M., SAY, E., *La familia y las uniones homosexuales,* en la Revista «Claves de razón práctica», mayo de 2004, núm. 142, págs. 32-39,

LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., *La reforma del sistema matrimonial español,* Valencia, 1995.

— *Competencia del Estado sobre relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio,* en «Boletín Informativo del Ministerio de Justicia», núm. 1883, 15 de diciembre de 2000.

— *Estudio crítico de la reforma del Código civil por la que se autoriza el matrimonio entre las personas de igual sexo,* «Revista jurídica del notariado», núm. 56, 2005,

LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho civil, T.VI, Derecho de familia,* 3ª ed., Madrid, 2002.

— *Matrimonio y filiación: las acciones de filiación,* en «Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo» (Alventosa del Río, J, dir.), «Cuadernos de Derecho judicial», CGPJ. XXVI, Madrid, 2006, págs. 245-268.

LINACERO DE LA FUENTE, M. A., *Leyes de familia y Constitución: Ley 13/2005, de 1 de julio y Ley 15/2005, de 8 de julio,* «Revista de Derecho Privado», 2006, págs. 33-82.

— *Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio,* «Revista de ciencias jurídicas y sociales», núm. 2, 2005, págs. 411-438.

LEONÉS SALIDO, J.M., *La nueva regulación del matrimonio: una crítica a su Exposición de Motivos,* en «Diario La Ley», núm. 6312, 6 septiembre 2005, págs. 1489-1490.

LICHT, H., *Vida sexual en la antigua Grecia,* Madrid, 1976.

LÓPEZ AGUILAR, J.L., *Los criterios constitucionales y políticos de la reforma del Derecho civil en materia matrimonial, «*Actualidad Jurídica Aranzadi», núm. 655, BIB 2005/156.

LÓPEZ SÁNCHEZ, C., *Testamento vital y voluntad del paciente:* (conforme a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre), 2003.

MANN, K., *Homosexualidad y fascismo (1934),* «Orientaciones: revista de homosexualidades» dedicado a «Exterminio bajo el nazismo», núm. 5, 2003, pags. 127-134.

MARCH, S., *Liberación homosexual,* Barcelona, 1977.

MARÍN, O., DIPIERRE, J.E., PEREYRA ROZAS, A., ALAINZ, E., del Hospital de Niños «Hector Quintana» de Jujuy-Argentina, Unidad de Genética Médica, Servicio de Cirugía, *Hermafroditismo verdadero, presentacion de 2 casos, uno de ellos con mosaicismo 46,XX / 46,XY* , en el VII Congreso Virtual Hispanoamericano de Anatomía Patológica y I Congreso de Preparaciones Virtuales por Internet, 1-31 de 2005, en la página web www.conganat.org/7congreso.

MARÍN GÁMEZ, J.A., *A vueltas con la constitucionalidad del artículo 10.6 de la Ley General de Sanidad: la relevancia jurídica del consentimiento informado,* «Revista General de Derecho», julio-agosto de 1995, págs. 8237-8257.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *La adopción conjunta por matrimonios homosexuales: el efecto indirecto (pero querido) de una reforma matrimonial,* «Revista de derecho privado», núm.9, 2007, pags. 3-32.

MARTÍNEZ CALCERRADA, L., *La homosexualidad y el matrimonio,* Madrid, 2005.

MARTÍNEZ EMPERADOR, R., *El principio de igualdad en las relaciones laborales,* «Jornadas sobre cuestiones actuales de enjuiciamiento laboral», Madrid, 1985.

MARTÍNEZ PEREDA RODRÍGUEZ, J.M., *El transexualismo en el Derecho Español,* «Actualidad civil», núm. 16, 1989.

MARISCAL DE GANTE, M., LÓPEZ PASARO, E., *Transexualidad y discriminación (Estudio de la sentencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo de 30 de abril de 1996, C-13/1994),* «Revista española de derecho del trabajo», núm. 96, 1999, pags. 601-616.

MARTOS MONTIEL, J.F., *Desde Lesbos con amor: homosexualidad femenina en la antigüedad,* Madrid, 2001.

— *Homosexualidad femenina en Grecia y Roma,* en «Orientaciones: Revista de homosexualidades», núm. 2, 2001, págs. 37-54.

MASTERS, W.H., JHONSON, V.E., *Homosexualidad en perspectiva,* Buenos Aires, 1979.

MEZQUITA DEL CACHO, J.L., *El principio de seguridad jurídica en las diversas opciones legislativas. Aspectos probatorios: registros y otros medios de salvaguarda,* en «El Derecho europeo ante la Pareja de hecho», Seminario organizado por la Fundación Olof Palmer, Barcelona, 1996, págs. 157-182.

MINOT, L.M., *Concebir la mater/paternidad: ser madres, ser padres, y los derechos de las personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero, sus hijas e hijos.* Un informe de la Comisión Internacional de los Derechos Humanos para Gays y Lesbianas (IGLHRC), 2000.

MIR PUIG, S., *Problemas jurídico-penales del SIDA,* Barcelona, 1993.

MOLINER NAVARRO, R. Mª., *El matrimonio de personas del mismo sexo en el Derecho comparado, ,* en «Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo» (Alventosa del Rio, J, dir.), *«Cuadernos de Derecho judicial»,* CGPJ, XXVI, Madrid, 2006.

— *El problema jurídico de las «parejas de hecho»,* en «Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Vidal Guitarte», vol. II, Valencia, 1999, págs. 629-641.

— *Las uniones homosexuales en el Derecho español,* «Revista de Derecho Comparado», vol. 4, 2001, págs. 131-170.

— *La Ley navarra de parejas estables no casadas,* en «Curso de Derecho civil Valenciano, Valencia, 2001, págs. 325-369.

MONTERO GONZÁLEZ, D. (Coordinador del Área de Relaciones Internacionales, Cooperación y *Derechos Humanos de la FELGTB), Derechos humanos y Derechos LGTB desde una perspectiva internacional»,* en el Seminario «Orientación sexual e identidad de género. Los derechos menos entendidos», organizado por el Institut de Drets Humans de Catalunya, Barcelona, 21 de mayo de 2007; se puede consultar en la página web www.felgt.org.

MONTOYA MONTOYA, G., *Aproximación bioética a las terapias reparativas. Tratamiento para el cambio de la orientación homosexual,* «Acta Bioética», publicada semestralmente por el Programa de Bioética de la Organización Panamericana de la Salud/Organización Mundial de la Salud, OPS/OMS, ejemplar Año XII, núm. 2º, de 2006, número monográfico dedicado al género.

MONTOYA MELGAR, A., *El derecho a la no discriminación en el Estatuto de los Trabajadores,* «Documentación Laboral», núm. 7, 1983.

MONTOYA VIDELA, L., *Sexualidad y Transexualidad,* «Transexualidad. La búsqueda de una identidad» (dir. A. Becerra Fernández), Madrid, 2003, págs. 223-234.

MORA, A., *El testimonio deportado,* Revista «Orientaciones: revista de homosexualidades» dedicado a «Exterminio bajo el nazismo», núm. 5, 2003, págs. 95-112.

MORALES ORTEGA, J. M., *Nuevos fenómenos discriminatorios: homosexualidad y transexualidad,* «Relaciones laborales. Revista crítica de teoría y práctica», núm. 2, 1999, págs. 452-482.

MORENO VERDEJO, J., *Algunas reflexiones sobre los registros municipales de uniones civiles no matrimoniales,* en «Revista General de Derecho», núm. 603, diciembre de 1994, págs. 12543-12549.

MURILLO MUÑOZ, M., *Matrimonio y homosexualidad. La constitucionalidad de la Ley 13/2005 de modificación del Código civil español sobre derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo,* en «Laicidad y libertades. Estudios jurídicos», 2005 (5), págs. 261-316.

NÁJERA MORRONDO, R., *Sida: de la biomedicina a la sociedad,* EUDEMA Universidad, 1990.

— *La última pandemia del siglo XX. ¿Será la gran pandemia del siglo XXI?* , «Aprender para el futuro: educación para la salud; documentos de un debate», 1994, pags. 109-112.

— *El virus del sida. Hoy y hace 10 años,* «Sida: una visión multidisciplinar», coord. por Santiago Yubero Jiménez, Elisa Larrañaga Rubio, 2000, pags. 11-26.

NANCLARES VALLE, J., *Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de septiembre de 2002,* «Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional», núm. 12/2003, págs. 2609-2644.

NAVARRO VALLS, R., *Matrimonio y Derecho,* Madrid, 1995.

— *El reconocimiento del matrimonio canónico ante el Derecho del Estado,* en la obra colectiva «Escritos en honor a J.Hervada Ius Canonicum, Pamplona, 1999.

— *La objeción de conciencia a los matrimonios entre personas del mismo sexo,* «Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado», núm. 9, septiembre de 2005.

NOVAIRA,O., *Hermafroditismo: estados intersexuales,* en la página web www.drnovaira.com.ar.

OLMEDA, F., *El látigo y la pluma. Homosexuales en la España del franquismo,* Madrid, 2004,

OLTRA JARQUE, M., *Els drets i llibertats de les minories sexuals. La Mediterrânia pont o abisme?,* en «Jornada de trabajo: La Mediterrània: espai de diàleg», Institut Triangle de Mar Blava, Barcelona, 28 de mayo de 2005.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *CIE-10, Trastornos mentales y del comportamiento. Descripciones clínicas y pautas para el diagnóstico,* Madrid, 1992.

OTTOSON, D., *Homofobia de Estado. Un estudio mundial de las leyes que prohiben la actividad sexual con consentimiento entre personas adultas,* revisión actualizada a abril de 2007, Informe de ILGA, Asociación Internacional de lesbianas y gays, página web www.ilga.org.

— *LGTB World legal rap up survey,* noviembre de 2007, pág. web www.ilga.org

PALOMARES BAYO, M., LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA, J., *El consentimiento informado en la práctica médica y el testamento vital : análisis de la legislación europea, nacional y autonómica : estudio de su evolución jurisprudencial,* Granada, 2002;

PEDREIRA MASSA, J.L., RODRÍGUEZ PIEDRA, R., SEOANE LAGO, A., *Parentalidad y homosexualidad,* en la página web www.felgt.org,

PEDRO DE LEÓN, *Compendio de algunas experiencias en los ministerios de que usa la Compañía de Jesús... y su Apéndice de los ajusticiados,* recogido en «Grandeza y miseria en Andalucia. Testimonio de una encrucijada histórica 1578-1616», Edición, introducción y notas de Pedro Herra Puga, Granada, 1981.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derecho de familia,* Madrid, 1989.

PEÑA GARCÍA, C., *Homosexualidad y matrimonio. Estudio sobre la jurisprudencia y la doctrina canónica,* Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2004.

PÉREZ BERASTEGUI, J. I., *Los Registros Municipales de uniones civiles. En especial el de Vitoria,* «Revista Tapia», núm. 83.

PÉREZ CÁNOVAS, N., *Homosexualidad, homosexuales y uniones homosexuales en el Derecho español,* Granada, 1996.

— *La Crisis del Estado Heterosexual: Del Derecho a la Vida Privada al Derecho a la Vida Familiar de las Parejas Homosexuales,* « Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada», 4 (3ª época) 2001, págs. 73-77,

— *La heterosexualidad en el matrimonio y la familia,* «Orientaciones: revista de homosexualidades», núm. 1, 2001, págs. 83-104.

— *Transexualidad y matrimonio,* «Cursos de derechos humanos de Donostia-San Sebastián», Vol. 3, 2002, págs. 395-408.

— *La crisis del Estado heterosexual: del derecho a la vida privada al derecho a la vida familiar de las parejas homosexuales,* «Cursos de derechos humanos de Donostia-San Sebastián», Vol. 3, 2002, págs. 361-394.

— *El derecho fundamental a la orientación sexual de las personas y la minoría homosexual,* «Cursos de derechos humanos de Donostia-San Sebastián», Vol. 1, 9, 2002, págs. 133-184.

— *Transexualidad y matrimonio,* «Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada», núm.5, 2002, págs. 423-437

— *El matrimonio homosexual,* «Actualidad civil», núm. 20, 2005, págs. 2442-2451.

PÉREZ ROYO, J., *Curso de Derecho Constitucional,* 9ª ed. Madrid-Barcelona, 2003.

PINTÓ RUÍZ, J.J., *La reforma del Código civil, la admisión de matrimonios homosexuales y efectos reflejos en el ordenamiento jurídico,* «Anales de la Real Academia de jurisprudencia y legislación», 2006 (36).

PLATERO MÉNDEZ, R., *Mucho más que matrimonio. La representación de los problemas de lesbianas y gays en la agenda política española,* en la obra colectiva «Política de igualdad en España y Europa» (coord. María Bustelo y Emanuela Lombardo), Madrid, 2000.

PLAZA PENEDÉS, J., TAMAYO CARMONA, J.A., *Artículo 28 de la Ley autonómica valenciana 7/1994, de la infancia, y sus repercusiones en materia de adopción por los posibles integrantes de una unión de hecho,* en «IX Jornades Jurídiques. Uniones de hecho», (J.M. MARTINELL Y M. T. ARECES, eds.), Universitat de Lleida, 1998.

POLAINO A., SOBRINO A., RODRÍGUEZ A., *Adopción: aspectos psicopedagógicos y marco jurídico*, Barcelona, 2001.

POUS DE LA FLOR, Mª. P., *La institución familiar en las personas del mismo sexo*, «Diario La Ley», núm. 6276, 17 junio 2005.

POZO RUIZ, A., *Historia de los homosexuales en la Sevilla de la Edad Moderna*, en su página web personal, www.personal.us.es/histsevilla/leyes_sodomia.htm

PRETZEL A.,MÜLLER, J.K., MICHELER, S., *La persecución de los homosexuales durante el nazismo y su continuidad. Coincidencias y diferencias en Berlín, Hamburgo y Colonia*, «Orientaciones: revista de homosexualidades» dedicado a «Exterminio bajo el nazismo», núm. 5, 2003, pags. 73-94;

— *Inducción y complicidad en el asesinato de homosexuales. Delitos nazis de la justicia berlinesa*, «Orientaciones: revista de homosexualidades» dedicado a «Exterminio bajo el nazismo», núm. 5, 2003, pags. 55-72.

PUIG FERRIOL, L., *Incidencia de la reforma del matrimonio en el Derecho sucesorio*, en «Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo», (Alventosa del Rio, J, dir.), «Cuadernos de Derecho judicial», CGPJ, XXVI, Madrid, 2006.

PULIDO QUECEDO, M., *Discriminación por razón de orientación sexual (El affaire Fretté c. Francia)*, «Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional», núm. 4/2002, BIB 2002/349.

QUINTERO OLIVARES, G., (Dir.), MORALES PRAST, F., (Cord.), *et alii, Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 4ª ed. Navarra, 2004.

RAMOS CHAPARRO, *Objeciones jurídico-civiles a las reformas del matrimonio*, «Actualidad civil», núm. 10, mayo de 2005.

REY MARTÍNEZ, F., *Homosexualidad y Constitución*, «Revista Española de Derecho Constitucional» (Nueva Época), núm. 73, enero-abril, 2005.

RIVÁS VAÑÓ, A., *Homosexualidad, privacidad y discriminación en el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, «Orientaciones: Revista de homosexualidades», núm. 1, 2001, págs. 13-41.

RIVÁS VAÑÓ, A., RODRÍGUEZ – PIÑERO ROYO, M. C., *Orientación sexual y no discriminación: el debate en Europa*, «Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social», núm. 52, 1999, págs. 3-38.

— *Orientación sexual y derecho europeo,* en «La protección de las personas y grupos vulnerables en el derecho europeo» (coord: C. R. Fernández Liesa, F. M. Mariño Menéndez), 2001, págs. 292-332.

RIVERO HERNÁNDEZ,J., *La persona física,* en la obra colectiva LACRUZ BERDEJO, J.L., *et alii, Elementos de Derecho civil, I, Parte general del Derecho civil, vol. II, Personas,* Barcelona, 1990.

ROCA TRÍAS, E., *Familia, familias y derecho de familia,* «Anuario de Derecho civil», 1990.

— *Familia y cambio social (De la «casa» a la persona),* Cuadernos Civitas, Madrid, 1999.

— *Derecho de Familia,* 2ª ed., Valencia, 1995.

RODRÍGUEZ, J.A., *Crónica legislativa de los países nórdicos,* en «Laicidad y Libertades. Escritos Jurídicos», núm. 3, 2003.

RODRÍGUEZ ALEMÁN, R., *Análisis antropológico de la transexualidad, entre la realidad cultral y la resistencia social,* «Anuario de Filosofía, Psicología y Sociología», núm. 4-5, 2001.

RODRÍGUEZ ARANA-MUÑOZ, J., *Sobre el Dictamen del Consejo de Estado y el matrimonio entre personas del mismo sexo,* «Diario la Ley», núm. 6170, XXVI, 18 enero 2005.

RODRÍGUEZ CHACÓN, R., *Convivencia de personas del mismo sexo anteriores a 2005 y pensiones de viudedad,* Diario de las Audiencias y TSJ El Derecho, núm. 495, El Derecho Editores, marzo de 2006.

RODRÍGUEZ INIESTA, G., *Transexualidad, cambio de sexo. Su cobertura por el Sistema Nacional de Salud,* «Aranzadi Social», 2006 (22).

RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., *El principio de igualdad y las relaciones laborales, RPS, núm. 121, 1979, págs. 401-402.*

— *No discriminación en las relaciones laborales,* en «El Estatuto de los Trabajadores. Comentarios a las leyes laborales», t. II, Madrid, 1983.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mª. F. *Igualdad y discriminación,* Madrid, 1986.

RODRÍGUEZ RAMOS, L., (coord.) *et alii, Código penal. Concordado con jurisprudencia sistematizada y leyes penales especiales y complementarias,* Madrid, 2007.

ROVIRA LOSCOS, A., *Los estados intersexuales,* en la obra «Transexualidad: la búsqueda de una identidad», (Dir. Antonio Becerra), Madrid, 2003, págs. 33-42.

RUBIO TORRANO, E., *Adopción y homosexualidad,* «Aranzadi civil», núm. 1/2002, págs. 2163-2164, BIB 2002/76.

— *Transexualidad y Registro civil,* «Aranzadi civil», 2002, (2), págs. 1988-1989.

— *Transexualidad y Registro civil,* «Aranzadi civil», núm. 2/2007, BIB 2007/211.

RUSE, M., *La homosexualidad,* Madrid, 1989.

SABATER BAYLE, E., *La adopción en el Derecho de Navarra,* en la obra «Homenaje al Profesor Lluis Puig i Ferriol», vol. II, Valencia, 2006, pags. 2171-2196.

SALVADOR CODERCH, P., en *Comentario al artículo 44 del Código civil,* en «Comentario del Código civil», T.I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

SANDERS, D., *Sexual Orientation in International Law* (Orientación sexual en la Ley Internacional), julio de 2007, publicado por ILGA, en la pág. web. www.Ilga.org.

SÁNCHEZ CARO, J., ABELLÁN, F., *Derechos y deberes de los pacientes. Ley 41/2002, de 14 de noviembre: consentimiento informado, historia clínica, intimidad e instrucciones previas,* Granada, 2003.

SÁNCHEZ CARO, J., GIMÉNEZ CABEZÓN, J.R., *Derecho y SIDA,* Madrid, 1995.

SÁNCHEZ CARO, J., SÁNCHEZ CARO, J., *Consentimiento informado y psiquiatría,* Madrid, 1998,

SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M.O., *Constitución y parejas de hecho. El matrimonio y la pluralidad de estructuras familiares,* en «Revista Española de Derecho Constitucional», año 20, núm. 58, enero-abril 2000, págs 45-69.

SERRANO BLANQUER, D., *A propósito de la homosexualidad en el lager…: (El testimonio de los supervivientes españoles,* Revista «Orientaciones: revista de homosexualidades» dedicado a «Exterminio bajo el nazismo», núm. 5, 2003, págs. 113-126.

SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho penal. Parte Especial,* 9ª ed. Madrid, 2004.

SERRANO RUIZ-CALDERÓN, J.M., *La desaparición legal del matrimonio como figura recognoscible en el Derecho español,* en «Matrimonio y adopción por parejas del mismo sexo», (Alventosa del Rio, J, dir.), «Cuadernos de Derecho judicial», CGPJ, XXVI, Madrid, 2006.

SERGENT, B., *La sexualidad en la mitología griega,* Barcelona, 1986.

SEVILLA BUJALANCE, J.L., *Adopción, Parejas de hecho y Homosexualidad,* en «Derecho y Opinión», núms. 3-4, 1995-1996, págs. 117-128.

SEVILLA GONZÁLEZ, Mª. L. , ÁLVAREZ LICONA, N.E., *Norrmalización del discurso homofóbico: aspectos bioéticos,* «Acta Bioética», publicada semestralmente por el *Programa de Bioética de la Organización Panamericana de la Salud/Organización Mundial de la Salud, OPS/OMS,* ejemplar Año XII, núm. 2º, de 2006, número monográfico dedicado al género.

SOLA RECHE, E., *Algunos problemas relativos al derecho a la intimidad del paciente VIH,* Revista «Derecho y Salud», vol. 3, núm. 1, Barcelona, enero-junio 1995.

SOLER, A., YÉBENES, J.C., CAPDEVILLA, J.A., MARTÍNEZ, R., SERRAT-PRAT, M., MIRÓ, G., PEDROL, E., *Conocimiento de la enfermedad y de los documentos de voluntades anticipadas en el paciente seropositivo para el VIH,* «Medicina clínica», vol. 126, núm.. 15, 2006, págs. 567-572.

SPIJER, H. van, *La inclinación homosexual,* Barcelona, 1971.

SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., (Cord.) *et alii, Manual de Derecho penal, t. II. Parte especial,* 2ª ed. Madrid, 2004.

TALAVERA FERNÁNDEZ, P., *La unión de hecho y el derecho a no casarse,* Granada, 2000.

— *Fundamentos para el reconocimiento jurídico de las uniones homosexuales. Propuestas de regulación en España,* Instituto de Derechos humanos «Bartolomé de las Casas», Universidad Carlos III de Madrid, 1999.

— *Las uniones homosexuales frente a la adopción,* «Revista de Ciencias Sociales», núm. 173, 2003, págs. 77-102.

— *El matrimonio entre personas del mismo sexo frente a la adopción,* en «Matrimonio y adopción entre personas del mismo sexo», (Alventosa del Rio, J., dir.), Cuadernos de Derecho judicial, CGPJ, XXVI, Madrid, 2006, págs. 409-450.

— *La institucionalización de las uniones homosexuales en España,* en «Revista jurídica La Ley», 2001, págs. 1519-1532.

TEJA CASUSO, R., *El demonio de la homosexualidad en el monacato egipcio,* en «Codex aquilarensis. Cuadernos de investigación del Monasterio de Santa María la Real», núm. 11, 1994 (dedicado a «El diablo en el monasterio»), págs. 19-32.

TERUEL CARRALERO, D., *Comentarios a la ley de 4 de agosto de 1933 y Reglamento de 3 de mayo de 1935,* Madrid, 1949.

TOLDRÁ ROCA, Mª. D., *Capacidad natural y capacidad matrimonial. La transexualidad (Estudio de la capacidad en el matrimonio civil. Problemática jurídica de la persona transexualizada),* Barcelona, 2000.

TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, J.A., *Nota sobre el matrimonio homosexual y su impacto en el orden público internacional español,* «Actualidad civil», núm. 20, noviembre de 2005, págs. 2452-2456.

TOMÁS Y VALIENTE, F., *El crimen y pecado contra natura,* en «El Derecho penal de la Monarquía absoluta. Siglos XVI, XVII y XVII», Madrid, 1969.

— *Manual de historia del derecho español,* Madrid, 2001.

TUR FAÚNDEZ, M. N, *El documento de instrucciones previas o testamento vital: régimen jurídico,* «Aranzadi civil», núm. 2, 2004, págs. 1955-1984.

VALLADARES RASCÓN, E., *El Derecho a contraer matrimonio y la Constitución,* Comentarios de Aranzadi, BIB, 2005, 1388.

VALLÉS AMORES, Mª. L., *Modificación del Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio,* en «Revista de derecho de familia», 2005 (28), págs. 57-64.

VALPUESTA FERNÁNDEZ, Mª. R., *La institucionalización jurídica de la pareja. Registros de pareja de hecho, en «Uniones de hecho»,* II Seminario de Estudios Jurídicos y Criminológicos, Universidad de Cádiz y Ayuntamiento de Jerez de la Frontera, Cádiz, 1995, págs. 47-66.

VÁZQUEZ GARCÍA, F., *El discurso médico y la invención del homosexual (España 1840-1915),* en Revista «Asclepio», vol. LIII-2-2001, págs. 143-162.

VÁZQUEZ GARCÍA, J., *Conferencia sobre los Orígenes del movimiento transexual en el Estado español,* Impartida en la sede del COGAM el 8 de

noviembre de 2001, en la página web www.humano.ya.com/transexualia/archivos_historia/inicios-mov.htm

VÁZQUEZ, F.,CLEMINSON, R., *Democracia y culturas sexuales. La irrupción de la homosexualidad en la escena política española,* «Revista de filosofía», núm. 32, 2003, págs. 129-166.

VEGA GUTIÉRREZ, A., *Fundar una familia en el tercer milenio: nuevos retos y perspectivas para el milenio,* en «Estudios jurídicos en homenaje a Vidal Guitarte», Valencia, 2002, págs. 897-903

VÉLEZ PELLIGRINI, L., *Homofobia y mundo del trabajo,* «El viejo topo», núm. 217, 2006, págs. 43-51.

VICENTE PACHÉS, F., *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad,* Madrid, 1998.

VICENTE PALACIO, Mª. A., *Transexualidad y contrato de trabajo (Breves consideraciones a propósito de la S.T.J.C.E. de 30 de abril de 1996),* «Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral», núm. 67, 1996, pags. 55-61.

VIDAL MARTÍNEZ, J., *Algunas observaciones sobre el concepto de persona y de los derechos que le son inherentes (art. 10, 1 de la Constitución Española),* «Revista General de Derecho», julio-agosto 1990, págs. 5297-5310.

— *La relación no matrimonial en el Derecho español,* Congreso Hispanoamericano de Derecho de familia, Universidad de Extremadura, 1987, «Revista Tapia», octubre de 1987.

— *¿Se incluye el «cambio de sexo» (transexualidad) en el «libre desarrollo de la personalidad» al que se refiere el artículo 10. 1 de la Constitución española?,* «Revista General de Derecho», núm. 539, marzo de 1989.

— *El principio de precaución, biotecnología y los derechos inherentes a la persona,* en la obra general «Pincipio de precaución, biotecnología y derecho» (dir. C. Mª. Romeo Casabona), Bilbao-Granada, 2004, págs.35-82.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., *Unión paramatrimonial o de hecho,* Madrid, 1998.

ZULAICA ARISTI, D., *Problemática del trabajador sanitario seropositivo a VIH,* «Revista SEISIDA», vol. 8, núm. 4, abril 1997, págs. 267-269.

ZURITA MARTÍN, I., *Reflexiones en cuanto a la determinación de la filiación derivada de la utilización de las técnicas de reproducción asistida por una pareja de mujeres*, «Diario la Ley», 22 de febrero de 2006, págs. 1475-1479.

ISBN 84-8417-295-6

Esta publicación ha sido cofinanciada por la UE en el marco del Año Europeo de Igualdad de Oportunidades para todos 2007