

**TESIS DOCTORAL**

**2015**

**EL COMPORTAMIENTO  
SEXUAL, EL DERECHO Y  
LA DIGNIDAD:  
HOMOSEXUALIDAD,  
TRANSEXUALIDAD Y  
OTRAS CONDUCTAS  
AFINES**

**AUTOR: JESÚS TORRES NÚÑEZ  
LICENCIADO EN DERECHO**

**FILOSOFÍA JURÍDICA  
FACULTAD DE DERECHO**

**DIRECTORA: DOÑA ANA MARÍA MARCOS DEL CANO  
CODIRECTOR: DON JUAN CARLOS SUÁREZ VILLEGAS**

FILOSOFÍA JURÍDICA. FACULTAD DE DERECHO.

EL COMPORTAMIENTO SEXUAL, EL DERECHO Y LA  
DIGNIDAD: HOMOSEXUALIDAD, TRANSEXUALIDAD Y  
OTRAS CONDUCTAS AFINES

AUTOR: JESÚS TORRES NÚÑEZ.  
LICENCIADO EN DERECHO.

DIRECTORA: DOÑA ANA MARÍA MARCOS DEL CANO  
CODIRECTOR: DON JUAN CARLOS SUÁREZ VILLEGAS

## AGRADECIMIENTOS

Por medio de la presente tesis doctoral, y en el espacio de la misma dedicado a los agradecimientos, es de obligado cumplimiento dejar plasmado en la misma mi gratitud a todas aquellas personas que siempre han creído en mí, ya no solamente en lo que al aspecto personal y humano se refiere, sino también en el aspecto profesional. En este sentido quiero concretar mi agradecimiento a mi padre por todas sus enseñanzas y su rectitud, pero sin olvidar que se ha de ser flexible cuando las circunstancias lo ameritan, y todo ello unido a la cautela que se ha de tener presente siempre en la toma de decisiones. Por supuesto, a mi madre que SIEMPRE ha estado conmigo apoyándome en todos mis proyectos. También, y como no podía ser de otro modo, tengo, debo y quiero tener presente a mi querida abuela María Teresa *in memoriam*, la cual no pudo ver culminar este trabajo, por el entrañable cariño y amor que siempre tuvo a sus nietos; y concretamente por el amor que siempre demostró hacia mi persona. De igual manera, quiero dedicar esta tesis a mi querida hermana María del Carmen, la segunda persona más importante de mi vida, que siempre ha estado conmigo tanto si le pedí ayuda como si no, la cual siempre ha sido un ejemplo a seguir y que siempre ha estado ahí. Efectivamente, mi hermana ha sido la fe constante que una persona necesita para ser mejor persona. Por ello, te doy las gracias por ser mi hermana y formar parte de mi vida.

Finalmente y mención especial merece - porque realmente mi tesis doctoral va dedicada a ella- mi madre, María del Carmen, la persona más importante de mi vida sin duda alguna, la cual siempre ha creído en mí como Juez, como persona, y principalmente como hijo. Realmente, y en su generalidad, los hijos somos proyecciones de los padres, y realmente quiero decirte que gracias a ti soy el hombre que soy. Por tus valores y por tus principios, soy hoy día quien ves y escribo la tesis que ahora presento. Indudablemente que bien me has inculcado la idea del respeto en todas sus variantes, como lo son el respeto a mí mismo, el respeto a los demás y la tercera "r", el responsabilizarme siempre de mis propios actos. Gracias a tus valores y principios transmitidos, en las distintas encrucijadas en que haya podido encontrarme, siempre he sabido escoger el camino correcto, y eso es gracias a ti y a tus enseñanzas. Realmente, tu confianza en mí siempre ha sido un estímulo para conseguir mis proyectos, porque como bien sabemos tú y yo, una persona sin sueños no puede vivir, y tú me has enseñado siempre que primero hay que creer en uno mismo, porque no se puede buscar fuera lo que no se lleva dentro, y por ello mis anhelos y proyectos como este trabajo se han hecho realidad. Solamente quiero, amén de decirte lo importante que eres para mí y del amor que te profeso, decirte una palabra: GRACIAS.

## ÍNDICE

I.- INTRODUCCIÓN .....	7
II.-CUESTIONES PRELIMINARES: EL PORQUÉ DE UN ANÁLISIS HISTÓRICO, BÍBLICO Y PSICOLÓGICO-PSIQUIÁTRICO DEL COMPORTAMIENTO SEXUAL COMO PREMISAS PREVIAS A LO JURÍDICO.....	12
III.-LA SEXUALIDAD EN EL MUNDO CLÁSICO: GRECIA Y ROMA.....	17
1. Consideraciones previas.....	17
2. La pederastia griega.....	18
2.1. Origen de la institución pederástica.....	20
2.2. Los integrantes de la relación pederástica.....	24
2.3. Contenido de la relación pederástica. La importancia del equilibrio.....	27
2.4. Entre lo humano y lo ideal. Platón y El Banquete.....	31
2.5. Consideraciones finales sobre la sexualidad griega.....	38
3. Roma y la sexualidad.....	38
IV.-LA BIBLIA Y LAS RELACIONES SEXUALES ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO.....	45
1. Interpretando la Biblia.....	45
2. Análisis de los principales pasajes bíblicos.....	49
2.1 Antiguo Testamento.....	49
2.1.1 El pasaje bíblico de Sodoma.....	50
2.1.2 El término abominación del Levítico.....	52
2.2 Nuevo Testamento.....	55
2.2.1 Romanos 1: 18-32.....	55
2.2.2 Los términos <i>malakoi</i> y <i>arsenokoitai</i> en I Corintios 6, 9-10, y I Timoteo 1, 9-10.....	59
2.2.3 La historia del centurión y el muchacho.....	61
3. Conclusiones finales.....	64

**V.- EL COMPORTAMIENTO SEXUAL: CLASES. ESPECIAL REFERENCIA AL**

**PUNTO DE VISTA DE LA MEDICINA Y PSICOLOGÍA.....66**

**1. La diversidad de los comportamientos sexuales.....66**

**2. Concepto: Homosexualidad, bisexualidad, intersexualidad y transexualidad.....68**

**3. Las distintas teorías sobre la homosexualidad y la bisexualidad.....77**

3.1 Teorías biológicas.....78

3.1.1 Teorías con matiz genético.....79

3.1.2 Teorías endocrinas.....81

3.1.3 Teorías neuroanatómicas.....83

3.1.4 Teorías sociobiológicas.....83

3.2 El psicoanálisis.....84

3.3 Teorías del aprendizaje.....85

3.4 Teorías antropológicas.....85

3.5 Teorías multidisciplinarias o eclécticas.....85

3.6 Conclusiones.....86

**4. El diagnóstico como enfermedad de la homosexualidad y la bisexualidad.....87**

**VI.- IDENTIDAD SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO. ¿SE PUEDE HABLAR DE TERCER SEXO O SEXO NO ESPECIFICADO?.....92**

**1. Planteamiento general.....92**

**2. Análisis de la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo y de la Sentencia de la Alta Corte de Australia de 2 de abril de 2014....99**

<b>VII.- DIGNIDAD HUMANA, ORIENTACIÓN SEXUAL, IDENTIDAD DE GÉNERO Y SU PROTECCIÓN INTERNACIONAL Y NACIONAL.....</b>	<b>106</b>
1.- Consideraciones previas. Dignidad Humana y Derechos Fundamentales.....	106
2.- El reconocimiento internacional de la orientación sexual y la identidad de género como atributos de la persona objeto de tutela y protección.....	109
3.- Los distintos comportamientos sexuales <i>in genere</i> . Su regulación y protección en España.....	143
4.- Estudio de la Ley 3/2007 de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas.....	160
5.- Análisis de la Sentencia del Tribunal Constitucional número 176/2008 de 22 de diciembre.....	165
<b>VIII.- ESPECIAL ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL NÚMERO 198/2012, DE 6 DE NOVIEMBRE DE 2012 RELATIVA A LA CONSTITUCIONALIDAD DEL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO.....</b>	<b>172</b>
1.- La conquista por el derecho a contraer matrimonio por exigencias de dignidad.....	172
2.- Motivos de inconstitucionalidad esgrimidos en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto.....	176
3.- Análisis de <i>iter</i> jurídico del Tribunal Constitucional sobre el matrimonio homosexual.....	179
<b>IX.- LA REDEFINICIÓN DE LA DIGNIDAD HUMANA ANTE LO SEXUAL..</b>	<b>190</b>
<b>X.- CONCLUSIONES.....</b>	<b>194</b>
<b>XI.- BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>199</b>
Documentos jurídicos (legislación y jurisprudencia).....	206

## I.- INTRODUCCIÓN

Analizar una cuestión tan delicada como la que constituye el objeto de la presente tesis doctoral, implica traer como punto de partida el hecho de que el hombre es y será siempre el fundamento o *ratio essendi* del Derecho y por ende su realidad jurídica primaria, entendiendo por Derecho no solamente un conjunto de normas que responden a la idea de un sistema ordenado, sino también un conjunto de principios y valores estructurales que lo fundamentan y que lo nutren. El Derecho, tiene la importante misión -y he aquí su razón de ser- de amparar y proteger a cualquier persona con independencia de su comportamiento sexual, y en *pro* de ello debe dar respuesta a la cuestión de la homosexualidad, bisexualidad, transexualidad y otras conductas directamente relacionadas con lo sexual. Es más, el rol que cada individuo asume consigo mismo desde la óptica sexual no se agota única y exclusivamente en los vocablos que se acaban de señalar, máxime cuando hoy día nos encontramos con la temática de la intersexualidad y transexualidad – y sobre todo a la luz de la importante Sentencia de la Alta Corte de Australia en el caso *Norrie* que reconoce ya no sólo la existencia de los sexos de hombre y mujer, sino también un *tertium genus*, identificado como sexo neutro o como específicamente dice la sentencia sexo “no especificado”-; y en análogo sentido el derecho alemán, extremo éste que podemos decir y apuntar, sin temor a equivocarnos, que es una auténtica manifestación del respeto a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad, y en un paso más adelante, y en una visión integral de la cuestión sexual, asistimos además a un concepto más amplio y unívoco que englobaría a todos, como lo es el concepto del respeto a la “identidad sexual”.

Así las cosas, lo cierto es que la materia objeto de esta tesis es necesaria e imprescindible, dada la realidad acuciante de nuestro tiempo, porque asistimos desgraciadamente a un retroceso en cómo se va viendo de *facto* y de *ius* los derechos de las personas por el hecho de su rol sexual. No son pocos los días que se siguen viendo en los medios de comunicación persecuciones a personas por ser homosexuales; las discriminaciones en sus puestos de trabajo; en cómo se miran a los mismos con estereotipos, y así un largo etcétera. En este sentido, y siguiendo el *iter* expuesto, lo cierto es que se debe dejar claramente asentado

que no se puede estudiar y analizar la sexualidad y sus repercusiones en el mundo del Derecho sin tener una mirada histórica. Efectivamente, y así lo demostraremos con un análisis exhaustivo de los textos históricos, las relaciones sexuales o eróticas entre personas del mismo sexo no pueden considerarse en modo alguno como un fenómeno y como algo anormal, sino que es algo tan habitual como la historia y la vida misma. En este sentido, son claros los ejemplos en los que se han utilizado calificativos muy desafortunados para referirse a las personas que adoptaban un rol frente a lo sexual porque no era lo “normal” o mejor dicho para el que suscribe, que no eran lo habitual. Así lo hicieron desde tiempos remotos los estudiosos de esta materia, aunque no desde el campo exclusivamente jurídico, sino más bien del campo psicológico o psiquiátrico. En este sentido, en ese campo en un primer momento y desde Freud se han empleado distintas nomenclaturas para referirse a los homosexuales y sus variantes con descalificativos empezando por “invertidos” y siguiendo con expresiones tales como “anormales”, “enfermos nerviosos”, “degenerados” y hasta “aberrantes” (Freud 2003: pp. 9-43). Es más, en el campo legislativo y en perspectiva histórica, la persecución de las relaciones sexuales entre hombres fue objeto de castigo, y el supuesto paradigmático viene representado por el *Código de las Siete Partidas de Alfonso X El Sabio*, en cuyo contenido se establece una definición de lo que se considera el pecado consistente en la “sodomía”, materializado en yacer unos hombres con otros, haciendo a su vez alusión al episodio bíblico de Sodoma y del castigo que debe aplicarse. De este modo, si atendemos al texto histórico referido se nos dice a los efectos que nos interesan que la “sodomía” era un pecado en el que caen los hombres que yacen unos con otros “*contra natura*” y “*costumbre natural*”, estableciendo a tal efecto quiénes pueden acusar y la pena que merecen tanto los que lo hacen como los que lo consienten. De igual forma, dicha norma pretérita establece que su origen se debe a las ciudades de Sodoma y Gomorra, ciudades pobladas por “muy mala gente” y que por ello fueron objeto de castigo por Dios porque éste los aborreció. Pero es más, para tal pecado se estableció la pena de muerte –“..e si le fuere provado debe morir...”-, pena que se establece tanto para el que lo hace como para el que lo consiente, salvo si lo hiciere por la fuerza o se tratare de un menor de catorce años (Partidas, VII, 21, 1-2).



Como puede desprenderse, y seguidamente lo veremos, tras Grecia y Roma, fue la legislación española iushistórica la que a partir del siglo XII persiguió y con gran dureza a las personas que tenían relaciones íntimo-sexuales con personas de su mismo sexo. Lo que se acaba de exponer pone de relieve que nunca a lo largo de los tiempos en España hubo una regulación que verdaderamente regulara los derechos de un colectivo que forma parte de la sociedad en cualquiera de sus manifestaciones, y que tienen y deben, por ende, reconocérseles los mismos derechos que a otros, sin ni siquiera tener que poner énfasis en la nota de lo sexual como veremos a lo largo de todo este trabajo.

En este sentido, esta tesis pretende adentrarse en los derechos que, de acuerdo con nuestra Constitución como marco de nuestro sistema jurídico, le pertenecen a todos los sujetos ya sean homosexuales (término comprensivo tanto de la homosexualidad masculina como femenina), bisexuales, transexuales, o en general, a todos aquellos que defienden su identidad sexual, para lo cual deben analizarse distintos aspectos, es decir, el plano histórico, el ético, el psicológico y psiquiátrico, para que analizado lo anterior nos adentremos en lo jurídico. Desde siempre, en las tesis doctorales en nuestro campo jurídico, preponderantemente aunque no siempre con carácter exclusivo, se analizan los problemas desde la óptica estrictamente jurídica cuando el análisis sociológico es altamente elocuente. En *pro* de ello, el fundamento de la tesis que ahora presento será el estudio del principio de la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad en relación con los derechos de toda persona que ante lo sexual reclama el respeto a su identidad. La doctrina jurídica adolece en este sentido de una ausencia de trabajos en la materia. Si bien existen estudios desde el ámbito civil o de derecho privado de los profesores Díez Picazo, Gullón Ballesteros, Díez del Corral, De Ángel Yágüez, Pérez Cánovas, Espín Alba, Peña García, etcétera, encontramos un déficit de análisis de estas cuestiones desde la óptica de los derechos fundamentales. Sin ánimo de ser exhaustivo, María Elósegui Itxaso y su obra: *La Transexualidad. Jurisprudencia y Argumentación Jurídica*.

Es necesario, a mi entender, profundizar en la fundamentación que pueden tener los derechos de este colectivo en el nuevo contenido que se le puede otorgar al derecho al libre desarrollo de la personalidad y, sobre todo,

cómo se puede configurar desde esta perspectiva el concepto, valor y fundamento de la dignidad humana.

La cuestión se tornó más importante desde el momento en que en nuestro sistema jurídico se aprobó la Ley 13/2005 de 1 de julio de modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, y que dio nueva redacción al artículo 44 del referido código sustantivo, en el que “el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”, cuestión que dio lugar hasta un planteamiento de recurso de inconstitucionalidad que desembocó en la importante Sentencia del Tribunal Constitucional número 198/2012 publicada en el Boletín Oficial del Estado de 28 de noviembre de 2012 que avaló la constitucionalidad de la ley de modificación del Código Civil antes mencionada. Pero es más, la cuestión reviste más matices cuando se habla de la adopción cuando los adoptantes sean personas del mismo sexo. Nada más en estas dos cuestiones referidas, debemos ser conscientes de la problematicidad y complejidad de la materia objeto de análisis de la que, por otra parte, todo el mundo habla pero de la que poco se sabe. Estamos ante una cuestión cada vez más acuciante por el elevado número de sujetos implicados y a la que hay que dar respuesta desde el ámbito jurídico, pero no sólo a nivel legislativo y jurisprudencial, sino y sobre todo desde una fundamentación de los derechos fundamentales, desde la dignidad, y desde el respeto al libre desarrollo de la personalidad.

No podemos olvidar que hasta hace relativamente poco tiempo, y teniendo en cuenta la memoria histórica, podemos señalar persecuciones de los homosexuales de las que son claro ejemplo la Ley de Vagos y Maleantes de 4 de agosto de 1933, y más recientemente si lo queremos la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4 de agosto de 1970. Llama poderosamente la atención cómo en la primera de las leyes históricas citadas y en su redacción original no se mencionaban como vagos o maleantes a los homosexuales, pero en la *praxis* sí se estuvo aplicando con las consecuencias jurídicas inherentes a ello, siendo calificados como “parásitos” o “degenerados” hasta que finalmente se incluyeran en la Ley de 1933 por la reforma operada en virtud de ley de 15 de julio de 1954 como sujetos “peligrosos”, todo ello sin olvidar los calificativos de que fueron objeto (Olmeda 2004: pp. 33-49). En análogo sentido, el artículo segundo de la ley de 1970 establecía como un supuesto de estado peligroso los

que “realicen actos de homosexualidad”. Habrá que esperar a la transición democrática y a la Ley 77/1978, de 26 de diciembre, de modificación de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 1970 y de su Reglamento, que en su artículo primero deroga expresamente, entre otros, el particular de los “actos de homosexualidad” hasta entonces contemplado en el supuesto tercero del artículo segundo que con la última ley mencionada se deroga. Llama poderosamente la atención que esta ley preconstitucional, con el significado represivo que la caracterizaba, estuviera en vigor hasta la aprobación del actual Código Penal aprobado por Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre.

Curiosamente el legislador no tuvo en cuenta que una cosa es entender que tener relaciones sexuales con personas del mismo sexo ni puede ni debe ser entendido como antisocial; cuestión distinta y en todo caso, teniendo en cuenta el régimen en el que tuvieron lugar ambas normas y que era un sistema de opresión de libertades y de censura, es entender que fueran asociales, es decir, llevar unas pautas de conducta que no se compartían quizás con la generalidad, pero sin enfrentamiento a los demás.

Este estudio implica un esfuerzo de todos y, más aún, un análisis desde el ámbito de los derechos y libertades que como seres humanos tenemos reconocidos todos.

Debemos advertir, para una correcta comprensión por parte del lector, que dentro de los sistemas posibles de citación de fuentes, hemos considerado apropiado seguir el denominado sistema anglosajón para no romper el *iter* narrativo; no por el contrario para la citación de textos normativos pretéritos, porque para dichos textos lo apropiado y pertinente, de cara a su ubicación real, es el sistema de cita tradicional para cada uno de ellos.

## **II.- CUESTIONES PRELIMINARES: EL PORQUÉ DE UN ANÁLISIS HISTÓRICO, BÍBLICO Y PSICOLÓGICO-PSIQUIÁTRICO DEL COMPORTAMIENTO SEXUAL COMO PREMISAS PREVIAS A LO JURÍDICO.**

Estudiar el comportamiento sexual y sus repercusiones en el ámbito del Derecho, no puede ser entendido como un orbe cerrado en el que solamente deba analizarse dicha materia desde la óptica estrictamente jurídica; todo lo contrario. Para poder entenderse en una visión global la homosexualidad, la bisexualidad, la transexualidad, la intersexualidad, o el concepto de identidad sexual, se requiere de un estudio desde el aspecto histórico, pasando por el ético-religioso, el psicológico-psiquiátrico, hasta llegar al ámbito jurídico. Efectivamente, la materia de esta tesis doctoral es el ejemplo claro de la multidisciplinariedad, en el recto entendimiento de que deben dilucidarse las siguientes cuestiones:

- a) En primer lugar, analizaremos de forma exhaustiva, y desde el punto de vista de los textos históricos que han llegado a nosotros hasta nuestros días, la sexualidad en el mundo griego y mundo romano. A este respecto conviene puntualizar, antes de seguir adelante, que evitaremos en todo momento hablar de “homosexualidad” y “bisexualidad” en el mundo griego y romano porque desde el punto de vista histórico es improcedente la utilización de tal terminología, máxime cuando tal vocablo fue utilizado por primera vez en el siglo XIX por Karl Maria Kertbeny, escritor y traductor germano-húngaro que utilizó por primera vez el término “homosexualidad” en respuesta a su intento de eliminar un artículo del Código Penal prusiano que penalizaba las relaciones sexuales entre hombres (Baile 2008: p. 29). En este sentido, ya debemos adelantar que es importante profundizar en la cuestión histórica; más concretamente, en las relaciones que

algunos autores califican y que nosotros compartimos de relaciones “homoeróticas” (Gómez 2012: p. 69), y que dio lugar en el mundo griego a una auténtica institución como lo era la pederastia (*παιδεραστία*) que no tenía finalidad exclusivamente sexual, sino que era un auténtico proceso en el que participaban los componentes educativo, cultural, social y político entre un muchacho joven que no niño – el *erómenos*- y un hombre de más edad –el llamado *erastés*-. Pues bien, partiendo ya de esta premisa principal, en el título relativo a la historia de las relaciones homoeróticas entre hombres debemos analizar rigurosamente -como no podía ser de otro modo- dichas relaciones, cuál era el contenido de las mismas, la finalidad que perseguían, si realmente estaban permitidas o prohibidas en los textos normativos, y así un largo etcétera. Llama poderosamente la atención que no son pocos los escritos de historiadores que establecen hasta una lista de personajes históricos que tuvieron relaciones con otros hombres, pero lo cierto es que llegar a una conclusión tan categórica sobre este asunto requiere de un estudio en profundidad de los textos históricos, pero sin establecer interpretaciones forzadas más allá de lo que refiere, en su caso, el escritor concreto y en su contexto histórico. En este sentido, se analizará en *iter* cronológico dichas relaciones entre hombres, y también se explicará por qué no se mencionan las relaciones entre mujeres, todo ello en el contexto de los siglos VII antes de Cristo, a siglo I después de Cristo. En paralelo sentido se procederá de la misma forma para explicar la sexualidad en Roma que no la homosexualidad o bisexualidad (Cantarella 1991: p. 21).

- b) Analizada la materia histórica, el siguiente paso será analizar lo que realmente dice la Biblia católica. Pudiera preguntarse el lector por qué aparece en esta tesis doctoral un título relativo a lo que dice realmente la Biblia sobre las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo. La respuesta presenta tres matices o triple fundamento, a saber: a) en primer lugar, porque este doctorando entiende que nuestro modelo de Estado Constitucional es en lo relativo a la “religión” un Estado aconfesional; no por el contrario es un Estado laico, y no lo es desde

el momento en que la Constitución española hace referencia en su propio articulado a los acuerdos con la Iglesia Católica, lo cual es un claro ejemplo de razones históricas, entre ellas, el ser la religión mayoritaria en España; b) la propia Iglesia Católica fue la que creó principios que influyeron en la legislación española como por ejemplo la “buena fe”; luego en consecuencia, partiendo de la influencia de la Iglesia Católica en la vida y en el Derecho español en mayor o menor medida, es muy importante dilucidar qué es lo que realmente dice la Biblia de la homosexualidad y sus variantes tal y como la entendemos hoy; c) qué duda cabe que en esta cuestión el aspecto ético-moral presenta un matiz especial, y como quiera que una variante de la ética *in genere* es la ética religiosa, debe explicarse que quienes sigan la fe católica no tienen que sentirse menos católicos por el hecho de ser homosexuales; dicho con otras palabras, es compatible ser católico y la sexualidad que cada persona ponga en práctica.

A este respecto, llama poderosamente la atención las conclusiones a las que se llegará en este título, porque la cuestión estribará única y exclusivamente en la traducción que de la Biblia se haga de la terminología empleada por la misma, y del método de análisis que se siga. En *pro* de lo que se acaba de exponer, seguiremos distintas traducciones del texto bíblico, esto es, tanto de textos que provienen del mundo anglosajón, como del texto seguido y supervisado por la Conferencia Episcopal Española (Martín 1989). Pero es más, ya debemos adelantar que de las lecturas de la Biblia – supuestos paradigmáticos el caso de Sodoma y Gomorra, así como también el de la historia del centurión y el muchacho– su análisis riguroso implicará no entenderlas en un sentido literal, porque evidentemente no podemos olvidar que la Biblia fue escrita no sólo por una persona, sino que además y teniendo en cuenta la traducción que se haga, deberemos tener presente un método histórico-crítico que es el que precisamente ha seguido, huyendo de un comportamiento dogmático férreo, el teólogo, sacerdote y doctor, Daniel A. Helminiak (2003: pp. 55-58).

- c) El siguiente paso será analizar la homosexualidad, bisexualidad, transexualidad, intersexualidad o, en general, la identidad sexual desde la óptica psiquiátrico-psicológica y responder a la constante pregunta de si los homosexuales, los bisexuales, las personas que quieren cambiar de sexo, son enfermos o no, máxime cuando todavía se ponen en práctica terapias en los Estados Unidos para hacer que el homosexual se “cure”, y todo ello sin olvidar a autores que ponen de manifiesto que la homosexualidad, como otras formas de sexualidad “no naturales”, son obstáculo para poder obtener los máximos niveles de felicidad (Barceló 1997, p. 1361). En este título se analizarán los estudios puestos de manifiesto sobre esta materia (Barcia y Nieto 1997: pp.1344-1350), estudios que por otra parte son análisis que proporcionan datos y sólo eso, sin establecer realmente una respuesta a por qué una persona se siente homosexual, bisexual, o por qué quiere huir de los genitales que ostenta porque se siente que pertenece a un sexo opuesto que es la definición misma de la transexualidad, o en general, qué es la identidad sexual.
- d) Finalmente analizaremos la cuestión jurídica. Aquí ya debemos adelantar que es absolutamente imposible analizar la cuestión jurídica sin haber analizado pormenorizadamente las anteriores premisas, porque en lo jurídico deberá de redefinirse el concepto del respeto a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad. Dicho con otras palabras, partiendo de que las relaciones entre personas del mismo sexo no puede considerarse como algo *extraneus* a la realidad y al sistema jurídico tanto griego como romano, por lo tanto, no era un fenómeno ni algo excepcional; que de igual forma a la Biblia realmente no le interesa el fenómeno homosexual – como también probaremos-, y que desde el punto de vista psicológico-psiquiátrico no es una enfermedad ni una opción, sino única y simplemente una atributo más de las personas como lo es su sexualidad que pertenece al fuero interno de cada persona consigo mismo, deberemos entonces preguntarnos si el Derecho puede poner límites a las personas por su sexualidad. Es más, deberemos resolver si tiene realmente sentido y

es necesario regulaciones normativas distinguiendo lo que en principio no se debe distinguir como lo es regular en función de la sexualidad, porque ello *per se* ya sería contrario no sólo a los postulados del artículo 10 de la Constitución, sino también una discriminación del legislador contra el propio tenor del artículo 14 de la Constitución como lo es la discriminación positiva y legal por razón de sexo *ab initio* carente de fundamento. La cuestión reviste importancia capital porque en el cuestionamiento jurídico, y por no pocos autores, más que poner el énfasis en la noción de igualdad, centran el debate en la idea de equiparación o diferencia (Durán y Lalaguna 1997: pp. 1363-1367).



### III.- LA SEXUALIDAD EN EL MUNDO CLÁSICO: GRECIA Y ROMA

#### 1.- Consideraciones previas.

En primer lugar, y bajo este título nos limitaremos a realizar con mirada histórica cómo se vivió la sexualidad en el mundo clásico; más concretamente en Grecia y en Roma. A este respecto, ya debemos adelantar que nos centramos en ambas civilizaciones porque realmente en las mismas está el origen de una comunidad organizada políticamente en forma de “Estado”; ambas contaban con sistemas normativos propios, y en definitiva, porque el origen de la civilización, de la democracia y de la filosofía se encuentra en las mismas; más aún, los griegos inventaron y los romanos perfeccionaron. Hecha esta puntualización, y como apuntábamos en el título inmediatamente anterior, en todo momento evitaremos la utilización de conceptos tales como “homosexualidad” y “bisexualidad” porque hacerlo desde el punto de vista histórico sería un error al ser un concepto relativamente reciente o moderno, y entre otras razones porque tanto la homosexualidad como la bisexualidad, tal y como las entendemos hoy, no tienen correspondencia en el mundo clásico (Padgug 1989: p. 23). Es por ello, que siguiendo a algunos autores, hablaremos en todo momento de relaciones homoeróticas (Gómez 2012: p. 69).

Como corolario de lo que se acaba de señalar en el párrafo inmediatamente anterior, en lo que al mundo griego se refiere, la sexualidad revestía muchos matices, y lo cierto es que la esfera íntima a la que podían llegar los componentes de la relación podía ser con unos contenidos muy diferentes. En este sentido, las relaciones homoeróticas entre hombres dio lugar a una auténtica institución como lo fue la pederastia –*paiderastia*-, expresión ésta que nada o poco tiene que ver con el vocablo y la significación que tiene hoy día, ya sea en nuestro sistema jurídico o en la óptica internacional. Así las cosas, la pederastia en una visión muy simplista venía formada por dos integrantes pertenecientes a mundos generacionales diferentes, es decir, el erómenos o muchacho joven y el erastés u hombre adulto, relación que no se agotaba en lo sexual, aunque lo podía comprender como luego veremos, pero teniendo también un importante componente educativo, social, cultural y hasta político. Por ello, llama poderosamente la atención cómo esa relación íntima que surgía

entre el erastés y el erómenos tenía todo un rito de iniciación para llegar al fin último consistente en toda una transmisión de valores para que el muchacho joven pudiera adentrarse y llegar a ser auténtico partícipe en la vida política de la polis conforme iba avanzando en edad, y en suma para llegar al ágora. Por ello, y partiendo de esta indicación de contenido de la institución pederástica, la primera problemática que surge es fijar cuál es su origen; cuáles eran las características del erastés y erómenos; qué decían los textos normativos de la época, todo ello sin olvidar que se produjo una evolución tanto de los gustos por los muchachos hasta de los ideales del eros pederástico, extremo éste que será perfilado por la filosofía griega, principalmente en Sócrates, Platón y contemporáneos de ambos.

En cuanto al mundo romano, y de forma paralela, si nos centramos única y exclusivamente en lo que al aspecto íntimo o sexual se refiere entre hombres, era frecuente que en las clases aristocráticas romanas masculinas hubiera encuentros íntimos con personas más jóvenes; más concretamente con efebos. A este respecto, clarificadora, extremadamente rigurosa, y por su indudable valor iushistórico, deberemos traer a colación la historia amorosa y verídica del emperador Adriano y su efebo Antinoo descrita por Margarite Yourcener (1989: pp. 115-146).

## **2.- La pederastia griega.**

Desde el punto de vista terminológico, la palabra pederastia viene del griego παιδεραστία (*paiderastia*), palabra a su vez formada de los vocablos παι que significa muchacho, y ἔραστής entendido como la persona del erastés o persona adulta, palabra ésta que a su vez proviene del verbo ἐράω que significaría estar enamorado de alguien “vivamente” o “intensamente”. Nada más observando etimológicamente la palabra, fácilmente puede desprenderse una indicación del contenido que podía tener tal institución en el mundo griego.

La institución pederástica y su régimen legal; más concretamente, si en los textos normativos era una generalidad y si estaba permitida o por el contrario prohibida, implica un esfuerzo de análisis de los textos históricos. Ya debemos incidir que nos encontramos con una importante limitación a la hora de proceder a su estudio, entre otros motivos porque los textos que han llegado hasta

nuestros días no son textos completos, y ni siquiera de los textos normativos. Por ello, debemos ser rigurosos con los textos históricos tal y como han sido recepcionados por nosotros, pero sin hacer en modo alguno interpretaciones forzadas de cómo vivían los griegos su sexualidad y si éste era el aspecto definitorio o no de la relación pederástica. Advertimos que para una visión general de tal institución contamos junto con las pinturas reflejadas, entre otros soportes, en cerámicas, con los textos de autores de prestigio del mundo griego que realizaron biografías de personajes de dicho contexto histórico. Más concretamente, para poder entender tal institución, deberemos hacer especial hincapié en las biografías efectuadas por Plutarco en su obra *Vidas Paralelas* de personajes insignes como Solón, Pelópidas, Alejandro Magno, pasando por el famoso *Discurso contra Timarco* de Esquines, hasta llegar a un eros filosófico de Plantón en obras tales como *Fedro* o *El Banquete*.

A este respecto, y profundizando en el concepto, podemos definir a la institución pederástica griega como la relación de contenido amoroso y de amor en suma entre una persona de edad adulta – normalmente entre veinticinco y treinta años- llamada erastés y un muchacho joven -que no niño porque debía ser púber, esto es, entre catorce-quince años y 18 años-, relación que constituía un proceso de aprendizaje o *paideía*, es decir, un proceso de carácter educativo entre el erastés y el erómenos que debía venir caracterizada por el equilibrio, y cuyo destino era la transmisión de unos principios y valores – aprendizaje en suma- de contenido educativo, político, social y ultimadamente filosófico como modo de acceso y acercamiento del erómenos conforme iba madurando, para acceder y prepararse para ello a la vida pública y por ende al ágora. Obsérvese que hablamos de relación de contenido amoroso. Efectivamente, somos conscientes de la utilización de tal término porque lo cierto es que en la pederastia griega se producía una relación tan estrecha entre ambos miembros de la pareja y de tal entidad, que esa relación amorosa en mayúsculas, y que incluía cualesquiera aspectos como lo podía ser el contacto sexual, no presentaba mayores problemas sobre dicho aspecto siempre que fuera correctamente entendida. En este sentido, cada uno de los miembros de la relación tenían dos roles diferenciados y por ello podemos decir que el plano en que se hallaban erastés y erómenos era de carácter asimétrico, en el recto

entendimiento de que uno era el amante y el otro el amado, pasando por el rito de iniciación o cortejo en la pederastia que difiere incluso del contexto geográfico que estemos analizando. En este sentido, el rito de iniciación difiere si hablamos de Creta, Tebas, Esparta o Atenas, sobre todo si tenemos en cuenta lo relatos de Estrabón y Éforo en relación a Creta donde se vislumbran determinados pasajes, fases del proceso, o “ritos” en nomenclatura más moderna como los llamaría *in genere* Gennep, ritos totalmente diferentes a cómo cortejaba el erástés al erómenos en el mundo ateniense (1910: pp. 707-709).

### **2.1. Origen de la institución pederástica.**

En cuanto al origen de la *paiderastia*, hemos de señalar o poner de manifiesto que se ha venido discutiendo sobremanera por los autores el contexto temporal u origen en el que establecer su nacimiento, pero ya debemos apuntar que no puede extenderse más allá del siglo VII antes de Cristo. Si bien es cierto que se ha venido afirmando por los distintos autores auténticas relaciones de contenido homoerótico en el ámbito militar (hoplita) en los personajes de Harmodio y Aristogitón, pasando por Aquiles y Patroclo en la *Ilíada*, o en el ámbito tebano en el llamado batallón Sagrado de Tebas que fue derrotado por las tropas de Filipo II Rey de Macedonia con el apoyo de su hijo Alejandro Magno, cualesquiera manifestaciones sobre dichas aseveraciones tienen que ser analizadas y estudiadas con la debida cautela. Es más, si analizamos los textos históricos vemos cómo Ateneo de Naucratis establece una lista de personajes ya sean de carácter mitológico, ya sean entre mortales, de contenido pederástico (citado en Gómez 2012: p. 220). Efectivamente, dicho autor clásico menciona entre dichas relaciones la de Zeus con Ganímedes, Agamenón y Argino, hasta mencionar a Solón o Alejandro Magno entre otros.

No obstante lo anterior, si observamos *strictu sensu* los textos y contextos históricos, no existe ni un solo vestigio de tal naturaleza que responda a la cuestión de si Harmodio y Aristogitón eran realmente amantes en un contenido pederástico griego. Lo mismo decir de Aquiles y Patroclo en sede de la *Ilíada*, hasta llegar tiempo más tarde a Alejandro Magno, y su entrañable amigo Hefestión el cual era su mano derecha en cuestiones bélicas. Se ha de significar en análogo sentido la relación de Alejandro Magno y el eunuco llamado Bagoas,

personaje al que hace referencia Plutarco (1821: p. 50). A este respecto, conviene señalar que con la cita de Bagoas por parte de Plutarco y que implica por ende la existencia de dicho personaje desde el punto de vista histórico, no por ello debemos entender que la relación entre Alejandro y dicho eunuco tuviera contenido homoerótico como así lo vislumbra y afirma, sin dudas y con todo lujo de detalles en su novela la escritora Mary Renault (2011: pp. 213-236). Ciertamente es que Plutarco menciona cómo Bagoas era el preferido de Alejandro pero preferido en qué, o mejor dicho, para qué.

Por tanto, habrá que fijar el origen sobre el siglo VII antes de Cristo, porque si analizamos las fuentes de producción normativa, ejemplo paradigmático Solón, sobre dicha centuria estaría su origen. Como apuntábamos anteriormente, de la obra de Solón nos ha llegado poco, y para intentar comprender la figura del mismo debemos acudir a la biografía sobre su persona que proporcionó Plutarco. En *pro* de ello, que en tiempos de Solón la institución pederástica existía lo denota el hecho de que Plutarco narra cómo:

“Solón no se dominaba en punto a inclinaciones desordenadas, ni era fuerte para contrarrestar el amor como con mano de atleta, puede muy bien colegirse de sus poemas, y de la ley que hizo prohibiendo a los esclavos el usar de ungüentos y el requerir de amores a los jóvenes, pues parece que puso ésta entre las honestas y loables inclinaciones, y que con repeler de ella a lo indignos convidaba a los que no tenía por tales” (1821, p. 97).

No obstante lo anterior, y a pesar de que los textos originales en casos concretos – como en el ámbito militar- no se especifica el tipo de relación entre los personajes históricos, ello no es óbice para que ciertos autores contemporáneos de la época concreten y quieran ver relaciones pederásticas en personajes tales como Aquiles y Patroclo. Efectivamente, Esquines en su famoso discurso *contra Timarco* refiriéndose a Homero relata que:

“él, en efecto, que en muchos lugares hace mención de Patroclo y de Aquiles, oculta el amor que les une y la denominación de su amistad, por considerar que la excelencia de su afecto era manifiesta a los oyentes cultivados. Pues bien,

en un pasaje del poema, Aquiles, llorando la muerte de Patroclo, como si recordara uno de los hechos más dolorosos, dice que faltó, sin querer, a la promesa hecha a Menecio, padre de Patroclo; le había prometido, en efecto, que lo reconduciría sano y salvo a Opunte si Menecio lo enviaba con él a Troya y se lo confiaba. Con lo que es evidente que tomó cuidado de él por amor” (2000, p. 117-118).

En paralelo sentido, nos encontramos remisiones a Homero, a los ideales de un amor, el amor que es el Dios más puro y más augusto en el discurso emitido por Fedro en *El Banquete* de Platón, y que aparece en el contexto de sendos discursos que acontecieron en la casa de Agatón, discursos que son referidos al lector porque fueron contados por uno de los que aquella noche se encontraba en dicho lugar; concretamente Aristodemo allí estuvo y lo contó a Apolodoro. En el turno de intervenciones y cuando procede el turno de Fedro, éste analiza lo que según él es el amor, estableciendo como una de las materializaciones del amor puro y verdadero el de Aquiles y Patroclo, y del que se infiere una relación pederástica. Efectivamente, Fedro cuenta que:

“han honrado a Aquiles, hijo de Tetis, y que le recompensaron colocándole en las islas de los bienaventurados, porque habiéndole predicho su madre que si mataba a Héctor moriría en el acto, y que si no combatía con él volvería a la casa paterna, donde moriría después de una larga vejez, Aquiles no lo dudó, y prefiriendo la venganza de Patroclo a su propia vida, quiso no sólo morir por su amigo, sino también morir sobre su cadáver. Por esta razón los dioses le han honrado más que a todos los hombres, mereciendo su admiración por el sacrificio que hizo en honor de la persona que le amaba. Esquilo se burla de nosotros cuando dice que el amado era Patroclo. Aquiles era más hermoso no sólo que Patroclo, sino que todos los demás héroes. No tenía aún barba y era mucho más joven, como dice Homero. En realidad si los dioses aprueban lo que se hace por la persona que se ama, ellos estiman, admiran y recompensan mucho más lo que se hace por la persona por quien es uno amado. En efecto, el que ama tiene un no sé qué de más divino que el que es amado, porque en su alma existe un dios; y de

aquí viene el mejor trato que recibe Aquiles respecto a Alceste tras su muerte, destinado a la isla de los bienaventurados” (Platón 2014, p. 18-19).

Obsérvese que incluso se menciona una especie de inversión de roles cuestionándose además la edad y quién de los componentes de dicha pareja era el más joven. En cualquier caso, y como quiera que ya apuntamos a un *eros* filosófico, la conclusión es que lo importante es el amor puro con independencia del destinatario y su edad.

En cualquier caso, y como quiera verse, podemos establecer el origen de la institución pederástica sobre el siglo VII antes de Cristo, tal y como claramente se desprende *sensu contrario* de la prohibición que hizo Solón de que los esclavos tuvieran relaciones con jóvenes; máxime cuando aclara Plutarco que sí podían tenerse tales relaciones cuando se era persona honesta. Pero es más, lo que es indudable es que en la relación existente en el mundo hoplita de la Antigua Grecia había unos lazos estrechos, unos vínculos sentimentales de cierta entidad aunque no pueda precisarse con certeza si era realmente una relación pederástica y si además tenía contenido erótico-sexual. Nosotros debemos entender que al menos en un primer momento de la evolución histórica de Grecia sería aventurado y precipitado decirlo, pero al menos ya en el Siglo IV antes de Cristo sí podemos afirmarlo. El ejemplo claro viene determinado por el denominado “Batallón Sagrado de Tebas” o “Corte Sagrada de Tebas”, estirpe hoplita derrotada por las tropas de Filipo II de Macedonia y su hijo Alejandro Magno en la batalla de Queronea el año 338 antes de Cristo. Lo que sabemos de este batallón o corte es que era un ejército formado por 150 parejas de soldados en las que a nivel de pareja existía un soldado de más edad llamado conductor – *heniochoi*– y el soldado más joven llamado compañero –*paraibatai*– y que tras su derrota a manos de las tropas de Filipo II de Macedonia éste exclamó ante la visión del ejército de amadores y amados que perezcan “los que hayan podido pensar que entre semejantes hombres haya podido haber nada reprehensible”(Plutarco 1821, p. 324). Es más, el propio Plutarco cuando cuenta la biografía de Pelópidas en el párrafo XVIII menciona que:

“lo que se debía mandar era que el amante tomase formación junto al amado; porque en los riesgos, los de la misma curia o tribu no hacen mucha cuenta unos de otros mientras que la unión establecida por las relaciones de amor es indisoluble e indivisible; pues, temiendo la afrenta, los amantes por los amados, y éstos por aquellos, así perseveran en los peligros los unos por los otros. No debe tenerse esto por extraño, cuando se teme más la afrenta que puede venir de los amantes no presentes que la de cualesquiera otros testigos, como se vio en aquel que estando caído, y para recibir el último golpe de su contrario, le rogó que le pasara la espada por el pecho, para que si su amado le veía muerto no tuviera motivo de avergonzarse, creyéndole herido por la espada” (1821, p. 323-324).

Nada más ver el contenido del texto y el hallazgo en 1924, cerca de donde se erigió el monumento al Batallón Sagrado de Tebas en Queronea, de 254 cuerpos enterrados y alineados en siete filas, se vislumbra una relación hoplita de forma análoga a la pederástica, porque el ideal hoplita fue el primero de los ideales del gusto hacia los hombres jóvenes, tal y como se desprende de lo expuesto; principalmente, de la exclamación de Filipo al verlos fallecidos.

Este hallazgo hace que de nuevo se retome la relación de Harmodio y Aristogitón y la naturaleza de la misma, que si bien es cierto que no existen elementos contundentes de calificarla como en el sentido de la pederastia griega, no lo es menos que al menos sí podría cobrar fuerza su relación erótica, cobrando más fuerza la versión que de los mismos se hace en *El Banquete* cuando Pausanias en su discurso menciona a Harmodio y Aristogitón como unidos por una pasión (Platón 2014: p. 22).

## **2.2. Los integrantes de la relación pederástica.**

En cuanto a los integrantes de la relación, ya hemos dicho que en lo que a elementos personales se refiere, el erastés era la persona de más edad, en contraposición al erómenos que era un muchacho que no niño, habida cuenta de que la relación con los niños estaba prohibida. Más concretamente, debemos advertir que la relación pederástica tiene un contexto, es decir, no estaba dicha relación accesible para cualesquiera personas sino que debemos centrarla en la



aristocracia. Efectivamente, sólo ese grupo aristocrático era el que podía acceder a la relación pederástica, lo cual era comprensible si atendemos al propio concepto de dicha relación puesta de manifiesto anteriormente. Obsérvese que la *paiderastia* tenía como medido una *paideía*, es decir, una educación o instrucción, y como objeto una finalidad y un aprendizaje del erómenos suministrada por su maestro –el erastés– para que con la transmisión de valores y de principios con componente educativo, cultural, social y político de éste a aquél, pudiera el erómenos acceder a la vida pública y por ende al ágora.

El erastés era normalmente una persona de entre 25 y 30 años, porque para la sociedad ateniense ése era el umbral de la juventud y de completarse su perfil como auténtico ciudadano; el erómenos por su parte, que no niño, era un muchacho de entre 14-15 años a 18 años. Obsérvese que con toda intención utilizamos la palabra “muchacho” porque es la palabra adecuada o intermedia entre el niño *per se* y el hombre adulto, y de ahí que compartamos totalmente la traducción del término *παι* como muchacho, que por otro lado es la que se utiliza y no de forma caprichosa, por la escritora Mary Renault en su obra original *The Persian Boy*, eludiendo en todo momento el término “*child*” y utilizando en su lugar “*boy*”, y de forma correlativa, la traductora María Antonia Benini utiliza acertadamente el término “muchacho”.

De lo expuesto hasta aquí, lo cierto es que siempre mencionamos a hombres y jóvenes, pero en Grecia no aparece en los textos una relación paralela de naturaleza amorosa, y más aún de contenido erótico, entre mujeres. La razón de ello estriba en que la mujer en el mundo griego tenía un papel inferior al hombre y por encima del esclavo; dicho con otras palabras, era la integrante del matrimonio en el que lo que interesaba era la finalidad que dicha institución cumplía como lo era la formación de prole o descendencia y, en consecuencia, la formación de una familia. Todo ello salvo excepciones, como se refiere en *El Banquete*, en el que Sócrates analiza el amor verdadero y expone las enseñanzas que recibió de una mujer de Mantinea llamada Diotima de excelsas cualidades (Platón 2014: p. 60-61). Pero siguiendo con las relaciones homoeróticas entre mujeres, cierto es que se suele citar como prototipo de las mismas a Safo de Lesbos, pero no lo es menos que en su

producción de obras y versos aunque se quiera ver por algunos estudiosos un sentido erótico-sexual de los mismos, otros entienden que se trata de meras conjeturas que no indicios de cierta entidad, intensidad y relevancia sobre el aspecto y contacto íntimo entre mujeres, más allá de sentimientos de amistad o fraternidad. En cualquier caso y como quiera verse, lo cierto es que es incontestable que sí había contenido erótico en los versos de la poetisa Safo, y qué mejor muestra que la referencia que en *El Banquete* se hace de las “lesbianas” en la disertación sobre los tipos de amor que hace Aristófanes (Platón 2014: p. 35).

Analizado lo referido en el párrafo inmediatamente anterior, siguiendo el *iter* expuesto, y sentadas las características de los componentes de la relación pederástica, reservada ésta a una clase aristocrática, conviene también advertir que en el mundo griego las posiciones de erastés-erómenos en no pocas ocasiones se entrecruzaban, esto es, se trataba de un proceso de naturaleza cíclica, en el que conforme iban pasando los años y el erómenos iba avanzando en edad, la relación pederástica llegaba a su ocaso y llegado el momento, lo mismo que el erómenos tuvo su erastés, ahora el que fuera erómenos, pero ya adulto, asumía el rol de erastés repitiéndose de este modo el mismo patrón con otro joven. Como puede fácilmente colegirse, nos encontramos ante un proceso que tenía por objeto fortalecer el patrón de enseñanza de ideales y de pureza del concepto, empezando por la belleza del joven que florece, porque todo ello redundaría beneficiosamente para la polis con la transmisión de conocimientos a todos los niveles.

Debemos también hacer hincapié que esta relación paideútica tenía como elementos –y no nos cansaremos de repetirlo- personas que provienen de un círculo aristocrático, de tal manera que no podemos compartir la posición de aquellos autores que llegaron a afirmar que era una institución y un tipo de relaciones que no estaba prevista sólo para una clase privilegiada, sino que podían acceder a ella cualesquiera personas. Es más, incluso hay autores que la conectan con el hecho de la prostitución, tal es el caso de David M. Halperin. A este respecto, debemos señalar que fácilmente puede contra-argumentarse lo establecido por autores como el referido (1990: pp. 91-94,183), todo ello por la concurrencia de los siguientes elementos o factores: a) en primer lugar, con

independencia de que pudiera haber relaciones sexuales con esclavos lo cual además estaba mal visto, máxime si trascendían a lo público, lo cierto es que para los esclavos estaba vetado el hecho de tener relaciones u amores con jóvenes, tal y como expusimos anteriormente a propósito de la vida y obra de Solón citado por Plutarco. Por tanto, no puede hablarse de generalidad; b) pero es más, hay que distinguir que para la privilegiada clase aristocrática ateniense, el tener relaciones amorosas con hombres no sólo no estaban mal vistas, sino que siempre que en la misma hubiera un equilibrio y evitando abusos que dieran lugar a que el erómenos se convirtiera en *kínaidos* o el eratés en *akólastos* – cuestión en la que insistiremos más adelante-, lo cierto es que tanto erastés como erómenos no tenían ningún estigma negativo de cara a la sociedad; todo lo contrario. Los mismos tenían todo su reconocimiento público, a diferencia de las personas que se prostituían, prostitución que además era una de las conductas más reprobadas no sólo socialmente, sino también desde el punto de vista normativo y jurídico como fácilmente se desprende del discurso de Esquines *contra Timarco*; c) como corolario de lo expuesto en la letra inmediatamente anterior, no podemos olvidar que la persona que entregaba favores sexuales a cambio de dinero, en suma, las personas que se prostituían, estaban afectados por la *atimía -ἀτιμία-* entendida como una pérdida de derechos cívicos y más concretamente en lo referente a funciones públicas y religiosas, extremos éstos que son los precisamente expone Esquines en su disertación entre las relaciones permitidas y no permitidas, entre éstas la prostitución, que es de lo que acusa a Timarco (Esquines, 2000: parágrafo 142-143 *et p.* 49); d) valorando los elementos expuestos, claramente se colige que no todos tenían acceso a la relación pederástica y que, además, la prostitución estaba confrontada de lleno y de forma insalvable con la relación pederástica, máxime cuando los que se prostituían se convertían *ipso iure* en *átimos - ἄτιμος-* aunque del discurso *contra Timarco* se desprende que era necesario al menos formalmente la acusación para tan importante consecuencia jurídica de su acción que podía llevar hasta pena de muerte.

### **2.3. Contenido de la relación pederástica. La importancia del equilibrio.**

Hemos venido analizando a lo largo de todo este trabajo las notas o características de esta institución, y lo cierto es que en mayor o menor medida ya hemos venido adelantando el contenido de dicha relación. Efectivamente, la *paiderastia* era un auténtico procedimiento de aprendizaje, por tanto de carácter educativo o instructor, de transmisión de conocimiento y valores desde todos los aspectos de la vida cotidiana; más concretamente, de principios y valores con componente educativo, cultural, social, político y ultimadamente filosófico, pero además con una nota netamente finalista como lo era el que el erómenos cuando accediera por su edad a la polis o al ágora fuera un hombre útil a la sociedad. Pues llegados a este punto, debemos poner de manifiesto si efectivamente en la relación entre erastés y erómenos existía un componente erótico y sexual; y deberemos apurar incluso más, es decir, si estaban abiertos o no a la sexualidad en cualesquiera de sus formas, y específicamente cómo eran vistos los actos de coito o penetración.

Resolver una cuestión como la que se acaba de apuntar es harto complicada, porque en definitiva la respuesta a ello incide en mayor o menor medida al interrogante de por qué en esta tesis doctoral se analiza esta institución. Así las cosas, lo cierto es que muy difícilmente podemos establecer una respuesta categórica. No podemos establecer específicamente una pauta de conducta general en la intimidad de los griegos en sus relaciones homoeróticas. Tampoco se trata de porcentajes, como han hecho muchos autores, del contenido pictórico en cerámicas o pinturas en general en las que en muy poca proporción, porque varía según los autores, aparecen explícitamente imágenes de sexo anal. Tampoco deberemos llegar a la conclusión de que el sexo anal era propio de los llamados “sátiros”, ni que todo contacto sexual explícito entre erastés y erómenos fuera frontal y entre muslos, excluyéndose el coito anal (Keuls 1985: p. 284).

Para resolver esta cuestión simplemente debemos hacer un esfuerzo, pero en un doble sentido, es decir, por una parte analizar el conjunto de vestigios pictóricos que nos han llegado del mundo griego; más concretamente, las imágenes que llamamos de “cortejo” de erastés a erómenos, para seguidamente con un intento de ponernos en la mentalidad griega y de cómo entendían la relación pederástica, llegar a conclusiones prudentes. Pues bien, nosotros ya

debemos adelantar que en la intimidad de la relación erastés-erómenos estaba permitido todo, pero con un matiz, todo lo que dichos miembros de la pareja querían, pero siempre dentro del parámetro de guardar el sentido del equilibrio para evitar, de este modo, bien que el erómenos pudiera ser tachado de *kínaidos*, bien para evitar que el erastés pudiera ser tildado de *akólastos*. Llegamos a dicha conclusión, todo ello por la concurrencia de los siguientes elementos: a) los griegos tenían y perseguían la pureza del concepto, y entre sus ideales, incluso obviando el llamado eros filosófico, eran amantes de lo bello, tanto es así que en no pocas representaciones pictóricas aparece la expresión *kalós* (καλός) como sinónimo de bello; b) partiendo de lo anterior, el lugar en el que solía tener lugar el cortejo como toma de contacto entre erastés y erómenos, eran bien el *gymnasion* vocablo al frente del cual nos encontramos el término *γυμνός* que significa desnudo, y donde se llevaba a efecto adiestrarse en el cuerpo, y de ahí la admiración del cuerpo masculino desnudo y más concretamente de las extremidades desarrolladas, a las que incluso en no pocas ocasiones para exaltarlas se les ponía un lazo; bien en los *simposia* – *συμπόσιον* - o banquetes, de ahí que el nombre de la obra *El Banquete* de Platón no sea azaroso, sino buscado por Platón máxime cuando Sócrates fue conocido como erastés por excelencia, y cuando además así se desprende claramente de la intervención que en *El Banquete* hace el personaje Alcibíades narrando, en relación a su atracción por Sócrates, pasajes de indudable carga erótica; c) asistimos en la sociedad griega a una evolución de los ideales de la belleza del cuerpo del hombre, en el recto entedimiento de que, desde el siglo VII antes de Cristo, se pasa de un perfil de belleza masculina encarnada en un modelo de joven hoplita, varonil, complexión física formada, guerrero, con gran sentido del honor y de la lealtad, a un gusto de los griegos por otro tipo de hombres que, sin ser afeminados a pesar de que algunos autores lo han afirmado, son jóvenes más cuidadosos en las formas, cultos, comedidos, produciéndose de esta forma notables diferencias en las representaciones pictóricas de los atributos y rasgos físicos del joven y del adulto; d) las imágenes de las cerámicas hablan por sí solas, y es indiferente el porcentaje que mencionen los autores, porque lo cierto es que solamente hablamos de representaciones pictóricas que han llegado hasta nuestros días, pero en cualquier caso las obras de que disponemos son representaciones muy diversas, es decir, desde meros tocamientos entre los

componentes de la pareja, pasando por contacto erótico frontal y entre muslos, hasta llegar a auténticas representaciones sexuales de orgías materializadas, a título de ejemplo, en persona madura que penetra a un joven y éste a su vez practica sexo oral a otro de su edad; luego en consecuencia, las generalidades tienen y deben ser desechadas aún en contra de lo que ciertos autores, como Keuls, afirman rotundamente; e) en ningún texto de la época, salvo Platón que habla de un amor casto en un sentido totalmente claro, realmente el ámbito interno en lo relativo a lo erótico o sexual se dejaba al equilibrio de sus miembros. Obsérvese que hablamos de equilibrio, porque los integrantes de la relación pederástica tenían que tener un autodominio de la atracción física, una autodeterminación o autocontrol, en suma, una *enkráteia* frente a los actos de *aphrodisia* a los que hace referencia Foucault (2005: p. 14) y que explica Vázquez (1.995: p.146); f) lo expuesto en la letra inmediatamente anterior no es cuestión baladí; todo lo contrario. Como la relación pederástica tenía una finalidad, no podía permitirse que ninguno de los miembros de la pareja tuviera un exceso de gusto por lo físico, porque de lo contrario se estaría hablando de una obsesión, de un yugo, en suma, de una esclavitud que supondría en la práctica tanto para uno como para otro tener un estigma; el de *kínaidos* para el erómenos, materializado en un individuo que entonces ya no es “activo” como propio del hombre sino pasivo que además lo asemejaría a la mujer y su papel en la sociedad; y correlativamente para el erastés el calificativo de *akólastos* o “vicioso”. Obsérvese que hablamos de pasivo y vicioso, y ponemos entrecorrientes ambos vocablos. Es intencionado. Efectivamente, a diferencia de las connotaciones que pudiera tener hoy día ambos vocablos y que no debería de ser ningún problema, en el mundo griego lo que se buscaba era una armonía, y por ello en ese proceso educativo con distintos campos, no podía predominar el físico, y ese peligro acechaba por igual al erómenos y erastés, de tal forma que la suerte de uno era la suerte del otro. Lo que queremos decir es que si el erómenos se dejaba vencer por el placer era pasivo en el sentido de haberse dejado doblegar a una pasión que lo aproxima a la mujer, y correlativamente a ello, como el erastés como maestro no supo conducirlo, éste a su vez pasaba a convertirse en *akólastos* o vicioso. En definitiva, insistimos, la suerte de uno era la suerte del otro; g) por tanto, y sin olvidar la idea de equilibrio, para los griegos la institución pederástica era una relación que podía

tener contacto sexual en distintas formas, y no era una orientación sexual, entre otras razones porque las orientaciones sexuales -concepto moderno- son innatas y vienen determinadas por las notas de estabilidad y permanencia, y la relación pederástica era un proceso de tránsito en la aristocracia griega, por el que se pasaba con independencia de la apetencia sexual *in genere*. Por ello, realmente estamos de acuerdo con aquellos autores que dicen que los griegos realmente no tuvieron problema alguno por el contacto íntimo entre hombres y la materialización del mismo (Baile 2008: p. 126).

#### **2.4.- Entre lo humano y lo ideal: El eros filosófico. Platón y El Banquete.**

Finalmente, para completar el análisis de la relación de amor entre los griegos, debemos hacer un estudio y una interpretación de lo que significa el amor en el texto platónico de *El Banquete*. Si analizamos pormenorizadamente cada una de las intervenciones que Platón pone en boca de Apolodoro, el cual a su vez recibe el contenido de las disertaciones que acontecieron en la casa de Agatón aquella noche a través de uno de los comensales como lo fue Aristodemo, podemos extraer las consecuencias a las que nosotros mismos hemos llegado a lo largo de este trabajo. En primer lugar, debemos aclarar que el propio Platón de forma no azarosa nos da a conocer el contenido de los discursos, pero no de todos los comensales de aquella noche, sino de los que recuerda el narrador, es decir, Apolodoro. Siguiendo este *iter*, el primero en hablar sobre el amor fue Fedro. La importancia en la primera disertación o discurso sobre el Amor que nos proporciona Fedro es un amor como sinónimo de un dios, llegando a decir que “de todos los dioses el Amor es el más antiguo, el más augusto, y el más capaz de hacer al hombre feliz y virtuoso durante su vida y después de su muerte”. Pero es más, y he aquí lo significativo, habla no sólo de ese amor en relación al sexo masculino y más concretamente al existente entre Aquiles y Patroclo, el cual expusimos anteriormente, sino también habla del amor que también siente la esposa por el esposo refiriéndose a Alceste o, en general, de las “mujeres que han dado su vida por salvar a los que amaban” (Platón 2014: p. 17-19).

Realmente, y con independencia del contenido de la relación amorosa, lo significativo del discurso de Fedro es que está haciendo referencia no a un concepto de amor, sino más bien a una indicación de su contenido y hasta dónde es capaz de llegar un amor verdadero. Obsérvese que establece en qué consiste el amor pero no como algo predicativo de un sexo, sino que es un amor tanto de hombres como de mujeres, y claro está, a su vez entre hombres entre sí como lo denota la referencia a Aquiles y a Patroclo. Si a ello unimos que luego posteriormente cierra la obra el discurso de Sócrates y Alcibíades, lo cierto es que al menos para Fedro lo importante es el amor entre personas, con independencia del sexo de los integrantes de la pareja, sin incidir sobre el contenido de la relación, lo cual puede y debe interpretarse en el sentido de que sólo cobra importancia el hecho de amar con independencia de la persona destinataria y de su edad.

De igual forma, por llamativo, fuertemente expresivo, y apuntando al amor propio y hasta filosófico que se forma en la relación pederástica, debemos resaltar el discurso vertido por Pausanias que habla de la belleza del amor, pero no de cualquier amor, sino del que es digno de alabanza. En este sentido, Pausanias expone cómo el Amor en sí y *per se* no puede ser calificado ni de bueno, ni de malo, ni de bello *in genere*. Todo está en función de los actos y del contenido de quien se ampara en dicho amor. Así, Pausanias precisa hacer una distinción entre dos Amores que provienen de Afrodita pero de distinta naturaleza, y que él mismo llama *Afrodita celeste* que es la Afrodita mayor, en contraposición a la Afrodita más joven o también denominada *Afrodita popular*. En cuanto a las características de estas dos Afroditas, hace referencia a su origen; concretamente, la Afrodita popular es el amor nacido de varón y hembra, notablemente inferior en calidad porque única y exclusivamente aspira al goce, es decir, nos encontramos con un amor hedonista; por el contrario, la Afrodita celeste ha nacido sólo de varón, por ello es un amor en el que el objeto amado es otro varón más fuerte e inteligente. Pero es más, aquí es donde reside la *paiderastia* porque aclara que el objeto amado es una persona no demasiado joven cuya “inteligencia empieza a desenvolverse” pero sin guiarse única y exclusivamente de la pasión como ocurrió con Harmodio y Aristogitón, relación entre éstos que se califica expresamente con dicho vocablo. A modo de



conclusión, el verdadero amor es que se responde a las ideas de honestidad y virtud, en definitiva, un amor como proceso que no se agota en la atracción por los sentidos habida cuenta de carácter caduco de la juventud, a diferencia de los valores siempre perdurables. Pero es más, significativas son las palabras de Pausanias cuando equipara ese amor verdadero a una especie de servidumbre voluntaria, es decir:

“aquella en la que el hombre se compromete en vista de la virtud. Hay entre nosotros la creencia de que si un hombre se somete a servir a otro con la esperanza de perfeccionarse mediante él en una ciencia o en cualquier virtud particular, esta servidumbre voluntaria no es vergonzosa y no se llama adulación” (Platón 2014, p. 19-25).

Como puede fácilmente colegirse, aquí están las características definitorias de la relación pederástica griega, esto es, el erastés, como hombre virtuoso que se le presume, procede en todo el proceso educativo a la transmisión de los valores y principios al erómenos como el receptor de esos conocimientos. Hablamos de conocimientos en todas las facetas de la vida, porque ahí es donde está el fundamento o *ratio essendi* de esta institución en el sentido de educar-moldear al joven que transformado luego en adulto será un hombre útil a la polis.

El tercero en hablar en *El Banquete* fue el médico Eriximaco, tras el tan estudiado “hipo” que le dio a Aristófanes cuando le tocaba hablar. Ya debemos adelantar que el autor lo hace con toda la intención, porque lo que esgrimirá Aristófanes llamará poderosamente la atención a los efectos que a nosotros nos interesan. No obstante, y sin anticiparnos, en lo que a Eriximaco se refiere, éste establece una distinción entre el amor legítimo y celeste, en contraposición al amor vulgar. A modo de resumen, la idea del verdadero amor reside en la idea de armonía – concepto propio del mundo de la medicina porque la enfermedad acaece cuando se rompe la misma-, o como nosotros lo hemos venido calificando, en la idea de equilibrio.

Llegados a este punto, el discurso de Aristófanes sin dejar de ser un relato mitológico y literario, da una explicación al interrogante de por qué los hombres se sienten atraídos por otros hombres; de por qué las mujeres se sienten

atraídas por otras mujeres y, en definitiva, por qué hay tanto hombres como mujeres que se sienten atraídos por el sexo opuesto. Con lo que se acaba de apuntar, ya podemos decir que ya en tiempos pretéritos se intentaba dar una explicación de las predilecciones eróticas o sexuales de la especie humana o, en terminología moderna, la explicación de la homosexualidad tanto masculina como femenina. Así las cosas, Aristófanes menciona que en su origen la especie humana no sólo participaba del género masculino y el género femenino, sino que había una tercera categoría que era calificada de “andrógino”, categoría ésta y especie que comprendía tanto el género masculino como el femenino. En el devenir de su discurso aclara que además en su origen los seres humanos eran redondos y tenían extremidades dobles, dos rostros, etcétera, y que como osaron ascender a los cielos y ofender a los dioses, Zeus optó, entre eliminarlos o hacerlos más débiles para evitar futuras ofensas, por dividirlos en dos separándolos. Una vez hecha esa separación –sigue diciendo el texto–:

“cada mitad hacía esfuerzos para encontrar la otra mitad de la que había sido separada; y cuando se encontraban ambas, se abrazaban y se unían, llevadas por el deseo de recuperar su antigua unidad, con un ardor tal que, abrazadas, parecían de hambre e inacción, ya que no querían hacer nada la una sin la otra. Cuando una de las dos mitades fallecía, la que sobrevivía buscaba otra, a la que se unía de nuevo...De aquí procede el amor que tenemos naturalmente los unos por los otros; nos recuerda nuestra naturaleza primitiva y hace esfuerzos para reunir las dos mitades y para restablecernos en nuestra antigua perfección. Cada uno de nosotros no es más que una mitad de ser humano que ha sido separada de su todo, como se divide una hoja en dos. Estas mitades buscan siempre sus mitades. Los hombres que provienen de la separación de estos seres compuestos, que se llaman adróginos, aman a las mujeres; la mayor parte de los adúlteros pertenecen a esa especie, así como también a las mujeres que aman a los hombres y violan las leyes del himeneo. Pero las mujeres que provienen de la separación de las mujeres primitivas no se sienten atraídas por los hombres y se inclinan más a las mujeres; a esta especie pertenecen las lesbianas.

Del mismo modo, los hombres que provienen de la separación de los hombres primitivos buscan el sexo masculino. Mientras son jóvenes aman a los hombres; se complacen en dormir con ellos y estar en sus brazos; son los primeros entre los adolescentes y los adultos, como que son de una naturaleza mucho más varonil. Sin razón se les echa en cara que bien sin pudor porque no es la falta de este lo que les hace obrar así, sino que dotados de alma fuerte, valor varonil y carácter viril, buscan sus semejantes; y lo prueba el hecho de que con el tiempo son más aptos que los demás para servir al Estado. Hechos hombres a su vez aman a los jóvenes, y si se casan y tienen familia no porque la naturaleza les incline a ello, sino porque la ley los obliga” (Platón 2014, pp. 32-36).

Esta cita pone de relieve las posibles sexualidades que podían ponerse de manifiesto en el mundo griego. De una manera gráfica explica ya no sólo lo que hoy entenderíamos como relaciones homosexuales masculinas sino también las femeninas, dada la utilización clara del término “lesbianas” aludiendo a la tierra de la poetisa Safo, es decir, el adjetivo “*lesbia*” se utilizaba como gentilicio en un primer momento de Lesbos, si bien posteriormente se utilizó a partir del siglo X como sinónimo de la homosexualidad entre mujeres. Como expusimos anteriormente, es una forma de explicar por qué los hombres se sienten atraídos por otros hombres, en paralelo sentido las mujeres que se sienten atraídas por otras mujeres, y por qué el hombre y la mujer se sienten atraídos por el sexo opuesto que es lo que hoy llamaríamos heterosexualidad.

Quizás lo realmente importante es explicar que en la sociedad griega había distintas formas de vivir el amor y las atracciones que se experimentaban, con independencia de que hablemos o no ya de la institución pederástica.

Pero es más, el texto habla por sí solo, porque se ha de romper con la creencia de que las relaciones homosexuales de carácter femenino o estaban prohibidas, o bien era algo que ocurría pero de lo que no se hablaba. Llegados a este punto, debemos decir que las relaciones homoeróticas entre mujeres en el mundo griego, y también ya adelantamos que en el mundo romano, se daban, existían y no tenían contenido *ab initio* negativo por la existencia de los siguientes elementos: a) el hecho de que en los textos literarios se cite poco, o al menos

nos han llegado pocos vestigios sobre este punto, no es óbice para guardar especial atención a los poemas de la poetisa Safo que hablan por sí solos, y el ejemplo característico de la existencia, ya no sólo de sexo como algo temporal sino de amor, aparece en la Oda que hace la misma a Afrodita en cuyo contenido se vislumbra a una mujer enamorada cuya destinataria de ese amor es otra mujer; b) pero es más, de los estudios de la época parece desprenderse un auténtico carácter educativo de forma análoga a las relaciones entre hombres; c) realidad incuestionable de su existencia y de lo que se acaba de exponer en la letra inmediatamente anterior, es que uno de los biógrafos más importantes del contexto griego, como lo fue Plutarco, al narrar la vida de Licurgo menciona que “mujeres de mayor opinión de bondad tenían doncellas a quien amaban, no había celos ni envidias” (Plutarco 1891, p. 64); d) a nivel mitológico es incuestionable referencias a dicha clase de amor como lo denota la metamorfosis de Ovidio en relación al caso del amor entre Ifis y Yante en Ovidio, 9, 666-797; f) cierto es que algunos autores vieron negativamente dichas relaciones pero la cuestión estribaba en que las oriundas de Lesbos estuvieron mal vistas por su carácter promiscuo, y ello casaba poco o nada con el rol de lo masculino que era el centro tanto de la civilización griega como romana; g) finalmente, baste ver ya no sólo los vestigios pictóricos en cerámica, sino también el hallazgo en Pompeya de un fresco donde se representa sexo entre cuatro personas, pero concretamente a los efectos expositivos que nos interesan a una mujer que practica sexo oral a otra, para afirmar la existencia, y ya no puntual, de relaciones homoeróticas entre mujeres (Jacobelli 1995: p. 54-55).

En último término interviene Sócrates, el cual pone de manifiesto a los asistentes qué es el amor y cuáles son sus efectos, pero tal y como se lo transmitió una mujer de Mantinea llamada Diotima. Ya debemos adelantar que se trata de un *eros* o amor filosófico, y por tanto que va a la pureza del concepto. En primer lugar, se explica que el amor no se puede ensalzar en el recto entendimiento de que no puede ser calificado ni como bueno ni como malo, llegando a afirmarse que ocupa un término intermedio entre la sabiduría y la ignorancia, posición que hace que realmente el Amor se identifique con el concepto mismo de Filosofía, tal y como lo entendemos hoy. A saber, el Amor es el amante de la sabiduría y por ello se halla en el estadio intermedio entre el

“sabio y el ignorante”. Y ese amor tiene por objeto la posesión, y lo que se quiere poseer quiere hacerse duraderamente, porque sólo se quiere poseer lo que es bueno. Como puede verse, para Sócrates el amor verdadero tiene sentido cuando impera en el Estado, es decir, el verdadero amor, la verdadera sabiduría, que es a su vez la más alta pero también a su vez la más bella “es la que preside el gobierno de los Estados y de las familias humanas”. Partiendo así de estas consideraciones y aplicándola Diotima a Sócrates, le hace una pregunta en la que realmente se ve cómo Sócrates fue realmente un erastés; dice así:

..si por algo tiene mérito esta vida es por la contemplación de la belleza absoluta, y si tú llegas algún día a conseguirlo, ¿qué te parecerán, cotejado con ella, el oro y los adornos, los niños hermosos y los jóvenes bellos, cuya vista al presente te turba y te encanta hasta el punto de que tú y muchos otros, por ver sin cesar a los que amáis, por estar sin cesar con ellos, si esto fuese posible, os privaríais con gusto de comer y de beber, y pasaríais la vida tratándolos y contemplándolos sin parar?” (Platón, 2004, p. 66).

Este interrogante tampoco puede verse aisladamente, porque luego posteriormente al irrumpir en el banquete Alcibíades éste narra hasta dos episodios de importante carga erótica, si bien Sócrates logra no sucumbir a los encantos del mismo. Pero es más, incluso se menciona cómo el sustituto de Alcibíades será el bello Agatón, sobre cuya casa y en la noche de su triunfo gira toda la historia.

De la disertación de Sócrates, del interrogante que le hizo en su día Diotima que hemos reproducido, todo ello unido a las afirmaciones y episodios eróticos narrados por Alcibíades los cuales no fueron negados por Sócrates, se desprenden las siguientes consideraciones: a) Sócrates fue un erastés en el sentido que hemos ido expresando a lo largo de este trabajo, pero si bien es cierto que además Sócrates pudo sucumbir a pasiones, de ahí lo turbado de Sócrates cuando ve a jóvenes hermosos, lo cierto es que con los años, con su sabiduría apunta a un amor casto y puro en todo su esplendor, por tanto ya un eros auténticamente filosófico, ideal y no corporal; b) que en la relación maestro-discípulo podía haber contacto erótico lo demuestra la actitud de Alcibíades en

los dos episodios eróticos que narra y que no fueron negados en su existencia por Sócrates; c) ya en un Sócrates maduro, la relación erastés-erómenos se idealiza hasta un amor casto y puro, que es el concepto mismo de Amor que en su turno de intervención expone.

## **2.5. Consideraciones finales sobre la sexualidad griega.**

Establecer conclusiones sobre la sexualidad de la Antigua Grecia, y siempre refiriéndonos a las centurias objeto de análisis, ya se encuadren dentro o fuera de la relación pederástica, implica afirmar que nunca presentó realmente un problema, porque incluso desde el punto de vista mitológico se expone en *El Banquete* los distintos gustos eróticos tanto de hombres como mujeres, reconociendo además la existencia de la atracción de mujeres hacia mujeres, siendo, en definitiva, una explicación de los gustos eróticos de los griegos. No obstante lo anterior, y dejando de lado el énfasis de lo erótico o sexual, lo cierto es que en Grecia había una relación amorosa reservada al mundo aristocrático, la pederastia, que cumplía un proceso educativo a todos los niveles, y cuando decimos a todos los niveles es omnicomprendivo también del íntimo o erótico, intimidad a la que los miembros de dicha relación no ponía más límites que los que ellos mismos quisieran atendiendo al criterio del equilibrio, y todo ello sin olvidar el eros filosófico casto anteriormente expuesto que posteriormente tuvo predicamento. Como puede fácilmente desprenderse, llama poderosamente la atención cómo en Grecia los griegos tuvieron una visión de lo erótico o íntimo entre personas del mismo sexo sin que ello constituyera un problema, a diferencia de la gran cantidad de limitaciones, convencionalismos o prejuicios que hasta nuestros días se han venido arrastrando sobre el comportamiento sexual distinto al heterosexual.

## **3.- Roma y la sexualidad.**

A diferencia de lo que ocurría en el mundo griego en el que las relaciones pederásticas tenían una importante finalidad pública y en el que la relación amorosa entre los hombres de la clase aristocrática fue aceptada sin rechazo social, en el mundo romano los contactos sexuales entre hombres más que trascender hacia lo público, era algo perteneciente a la esfera de lo privado. Sirva de complemento a todo lo anterior, que la sexualidad romana, a diferencia de la

griega, sí tuvo importantes connotaciones y prohibiciones sobre todo porque el sexo entre hombres libres estaba prohibido en un primer momento, y el supuesto paradigmático venía constituido por la llamada *Lex Scantinia*, datada sobre el año 149 antes de Cristo, de la que en puridad se sabe poco de su contenido si no es por las citas indirectas que se produjeron posteriormente por sendos legisladores. De lo dicho hasta el momento, podemos extraer las siguientes características: a) a diferencia de la pederastia griega, las relaciones entre hombres libres estaba prohibida; b) *sensu contrario*, las relaciones sexuales entre hombre libre y esclavo no estaban prohibidas, entre otras razones porque éste no tenía la consideración de persona sino de *res* o cosa; c) gran rechazo social era la conducta pasiva sexual cuando el rol de pasivo lo ostentaba el hombre libre y además trascendía a lo público, pues suponía una de las peores desconsideraciones sociales como lo era ser tildado del descalificativo de *catamita*; d) en no pocas ocasiones las relaciones sexuales entre hombres conectaban con la prostitución.

Por otra parte, la *Lex Iulia de Adulteriis Coercendis*, también condenaba el acto sexual entre hombres libres. El contenido de dicha prohibición fue llevada a las *Instituta* de la compilación justiniana, I 4, 18, 4. Concretamente se nos dice que “*Item lex Iulia de Adulteriis Coercendis, quae non solum temeratores alienarum nuptiarum gladio punit, set et eos, qui cum masculis nefandam libidinem exercere audent*”, o lo que es lo mismo según traducción del que suscribe: “También la ley Julia sobre el castigo de los adulterios, que pena con la espada no sólo a los profanadores de matrimonios ajenos, sino también a los que se atreven a practicar actos de lujuria execrable con hombres”.

A modo de resumen, podemos decir que las notas características de la sexualidad entre personas varones del mismo sexo tenía como finalidad el placer de un hombre libre, pero prohibiéndose las relaciones de hombres libres entre sí, y matizándose que el objeto último de ese contacto íntimo era el placer de ese hombre que debía ser activo, que no pasivo, por el consiguiente rechazo social de esta última consideración. Es más, la relación sexual fuera de este parámetro de comportamiento era considerada digna de “oprobio y considerada contra natura” (Corraze 1992, p. 27).

Debemos incidir en que es incontestable que la evolución de la sociedad romana, en lo que se refiere a las relaciones íntimas entre hombres, fue muy significativa como lo denota el hecho de que el propio Nerón se casara allá en el año 67 en Corintia con Sporus, de la misma manera que fueron públicamente conocidas relaciones auténticamente amorosas como la del insigne Emperador Adriano y su efebo Antinoo. Efectivamente, de todos los pasajes y personalidades del mundo grecolatino, mención aparte merece la relación entre Adriano y su efebo Antinoo, luego llamado en sus propias palabras como la “razón de ser de su vida”. Su relación comienza cuando Antinoo y Adriano se conocen una noche en el Asia Menor, en concreto en Bitinia, y a partir de ahí empieza un corto camino de un Emperador casado, hijo adoptivo, gran guerrero, estratega, pero solitario realmente en el mundo de la esfera de los sentimientos. Si bien es cierto que tuvo y fueron conocidas sus historias amorosas con hombres, como por ejemplo Lucio, no es menos cierto que la que le marcó toda su vida hasta su ocaso fue el haber conocido, vivido y llorado la muerte de su efebo a la edad temprana de 20 años en las riberas del río Nilo. Antinoo era un muchacho con un aspecto anatómico entre lo pueril y lo femenino, de poca preparación cultural, pero que fue moldeado poco a poco por Adriano hasta el punto de que en algunos pasajes de sus memorias reconoce hasta haberle golpeado con ánimo de corregirle.

Como expusimos anteriormente en este trabajo, por su indudable valor iushistórico y porque se elabora sobre escritos originales, debemos traer a colación la novela de Margarite Yourcener, *Memorias de Adriano*, autora que con riguroso valor histórico nos presenta a un Emperador, pero no sólo en el aspecto de tal, sino también su aspecto humano. Efectivamente, la autora nos presenta a un Adriano que se expresa de su objeto amado – de Antinoo- con bellísimas palabras al decir: “pero el peso del amor, como el de un brazo tiernamente posado sobre un pecho, se hacía cada vez más difícil de soportar”... llegando a calificarlo de “compañero de placer, bienamado y el amigo”. De igual forma, en el fragmento que a continuación se plasma, se evidencia la postura de doble moral a cerca de las relaciones amorosas entre hombres, y es por medio de las palabras de Adriano cuando cobra más fuerza, si cabe, que lo que debe imperar en una sociedad es dejar a cada uno vivir con quiere vivir, puesto que lo



peor que puede acaecer en la vida propia es no vivirla intensamente, esto es, una vida con sentimientos hacia una persona que tiene su mismo sexo, pero que son coartados por los demás por el hecho de la misma sexualidad, no es una vida. Así las cosas, Adriano dejó unas cartas, unos pergaminos de cuyo tenor se dice:

“Días alciónicos, solsticio de mi vida...Lejos de embellecer mi dicha distante, tengo que luchar por no palidecer su imagen, hasta su recuerdo es ya demasiado fuerte para mí. Más sincero que la mayoría de los hombres, confieso sin ambages las causas secretas de esa felicidad; aquella calma tan propicia para los trabajos y las disciplinas del espíritu se me antoja uno de los efectos más bellos del amor. Y me asombra que esas alegrías tan precarias, tan raramente perfectas a lo largo de una vida humana, sean objeto de una desconfianza por quienes se creen sabios, temen el hábito y el exceso de esas alegrías en vez de temer su falta y su pérdida, y gastan en tiranizar sus sentidos un tiempo que estaría mejor empleado en ordenar o embellecer su alma. En aquella época ponía yo en acendrar mi felicidad, en saborearla, y también en juzgarla, esa constante atención que siempre concedí a los menores detalles de mis actos; ¿y qué es la voluptuosidad si no un momento de apasionada atención al cuerpo?. Toda dicha es una obra maestra; el menor error la falsea, la menor vacilación la altera, la menor pesadez la desluce, la menor tontería la envilece. La mía no es responsable de ninguna de las imprudencias que más tarde la quebraron; mientras obré a su favor fui sensato. Creo todavía que un hombre más sensato que yo hubiera podido ser dichoso hasta su muerte.

Sólo para mí la muerte de Antinoo es un problema y una catástrofe...Pero no ignoro que hay que tener en cuenta las decisiones de ese bello extranjero que sigue siendo, a pesar de todo, cada ser que amamos...Amor, el más sabio de los dioses...Pero el amor no era responsable de esa negligencia, de esas durezas, de esa indiferencia mezclada a la pasión como la arena al oro que arrastra un río, de esa torpe inconsciencia del

hombre demasiado dichoso y que envejece. ¿Cómo había podido sentirme tan ciegamente satisfecho? Antinoo había muerto. Lejos de haber amado con exceso, como Severiano lo estaría afirmando en ese momento en Roma, no había amado lo bastante para obligar al niño a que viviera. Chabrias, que como iniciado órfico consideraba que el suicidio era un crimen, insistía en el lado sacrificial de ese fin; yo mismo sentía una especie de horrible alegría cuando pensaba que aquella muerte era un don. Pero sólo yo podía medir cuánta acritud fermenta en los hondos de la dulzura, qué desesperanza se oculta en el abnegación, cuánto odio se mezcla con el amor. Un ser insultado me arrojaba a la cara aquella prueba de devoción; un niño, temeroso de perderlo todo, había hallado el medio de atarme a él para siempre. Si había esperado protegerme mediante su sacrificio, debió pensar que yo lo amaba muy poco para no darse cuenta que el peor de los males era el de perderlo” (Yourcener 1989, pp. 115-146).

Adriano en los últimos momentos de su vida escribe unos manuscritos y cartas con los dolores de una enfermedad que le llevarían de manera inexorable a la muerte, y que dan lugar a que Marguerite Yourcener escriba sus memorias y que convierta la vida de un Emperador y hombre con semejante proyección política y social, en un simple hombre que quería amar, que amó, y que el destinatario de su amor era otro hombre. El mencionar estos fragmentos y en estas tesis no es nada caprichoso; es una obligación para entender la sexualidad y los sentimientos en Roma y a gran escala. Obsérvese lo reiterativo de las relaciones entre personas del mismo sexo en el ámbito privado, relaciones que en no pocos casos son sentimentales, y con las limitaciones, o más bien prohibiciones, que se hacen en los cuerpos normativos por la nota de lo sexual, a quien se ama, o bien se desea. Es más, estos sentimientos que expresa Adriano tienen total correspondencia con cualquier persona que ame o sienta apetencia de quien también ostenta su mismo sexo, erigiéndose por tanto estos sentimientos y sensaciones en algo atemporal y por tanto tan presente en la sociedad de hoy. He aquí por tanto el fundamento de plasmarlo en esta sede, porque servirá de pilar para entender la regresión hoy día, y a nivel global, de la legislación y los derechos de las personas poniéndose el énfasis en las formas

de vivir y sentir la sexualidad, cuando además hablamos de muchas centurias que separan el mundo actual de las civilizaciones griega y romana objeto de estudio en este título.

A pesar de todo lo expuesto, y aunque hablamos de evolución y a pasos agigantados de las relaciones entre personas del mismo sexo, en el devenir de la Historia de Roma se produce también un movimiento de signo opuesto que supuso un franco retroceso, y de forma abrupta, en tales relaciones. Si bien es cierto que en un primer momento de la evolución histórica de dicha civilización al hombre libre le era dado el tener relaciones sexuales con quienes no lo eran, pasando posteriormente por una generalización de tales relaciones sin distinción, hasta el matrimonio de Nerón con hombres, no es menos cierto que finalmente, y debido a la imposición de la nueva religión que empezaba a tener gran cantidad de adeptos en el Imperio como lo fue el cristianismo, ello dio lugar a que al menos tres emperadores cristianos, Valentiniano III, Teodosio I y Arcadio prohibieran las relaciones entre hombres. Conviene también advertir, que importante en tal aspecto fue el conjunto de prohibiciones que se establecieron en los hábitos de la ciudadanía masculina romana, más específicamente en las relaciones sexuales entre hombres, y del que es claro ejemplo el *Codex Theodosianus*, poco conocido, pero que sigue en cierta forma el modelo o semejanza del Código Gregoriano o Hermogeniano, y que supuso la rehabilitación de la *Lex Scantinia*.

En cuanto al Código Teodosiano, señalar que el inicio de su redacción y el proyecto mismo de elaboración se debe al emperador cristiano Teodosio en el año 429 después de Cristo, pero debido, posiblemente a que la obra en su conjunto era una *magna* y ambiciosa obra jurídica, sin embargo no verá la luz hasta Valentiniano III en el año 438 y entrando en vigor a primeros del año siguiente. Llama poderosamente la atención que tuvo poca vigencia en lo que la Imperio Romano de Oriente se refiere, porque fue derogada por el *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano, habida cuenta de que la parte dedicada al primer *Codex* de dicho cuerpo que compilaba precisamente las Constituciones contenidas en los Códigos Hermogeniano, Gregoriano y Teodosiano, llamado *Codex vetus* o *primus*, desplaza y deroga a los anteriores códigos referidos (Fessia 1996: p. 166). Pero es más, mayor vigencia tuvieron dichas prohibiciones

en occidente como consecuencia de la caída de dicho Imperio Romano en el año 476 después de Cristo, con la consiguiente invasión de los *barbari*, lo que supuso la influencia de dicha normativa en los textos normativos bárbaros; más aún, y en el caso de los visigodos, el ejemplo viene dado por el denominado *Breviario de Alarico* o *Lex Romana Visigothorum* que supuso un resumen del Código Teodosiano.

Por tanto, y a modo de conclusión, asistimos en la Historia de Roma en general, todo ello enfocado a las relaciones entre personas del mismo sexo, al trinomio que quien suscribe denomina prohibición-reconocimiento-prohibición.

En cuanto a las relaciones sexuales u homoeróticas entre mujeres, algunos autores han venido considerando que estaban prohibidas y que era *contra natura*, pero lo cierto es que la insuficiencia en los textos y vestigios históricos viene dado por el papel patriarcal de la sociedad romana y de la superioridad masculina a la femenina, pero sin olvidar que sí existían tales tipos de relaciones, aunque sufriendo momentos de tensión por la influencia de ser una cultura que giraba en torno al hombre. De ahí que en la *Metamorfosis* de Ovidio cuando se menciona la relación entre Ifis y Yante, la cual era una relación amorosa entre mujeres, por ello una es transformada en hombre por Ovidio, 9, 666-797. Sirva de complemento a ello los propios frescos obtenidos en Pompeya con escenas de sexo explícito entre mujeres (Jacobelli 1995: p. 54-55), o la influencia y el prestigio del biógrafo Plutarco en la forma de vida y pensamiento romano (Plutarco 1891: p. 64), amén de la influencia generalizada de las ideas de Platón y de su pensamiento expuesta en *El Banquete* (Platón 2014: p. 35).

#### IV.- LA BIBLIA Y LAS RELACIONES SEXUALES ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO.

##### 1.- Interpretando la Biblia.

La Biblia constituye el objeto del presente título, y a este respecto hemos de señalar o poner de manifiesto que en el mismo se va a efectuar una ardua tarea que no es otra que proceder a un análisis de los textos buscando el verdadero sentido que tienen los mismos, pero sin olvidar la concurrencia de dos elementos priusindispensables; a saber, el contexto histórico y la realidad social y cultural a que se refieren los distintos pasajes bíblicos, para posteriormente, y partiendo de la premisa anterior, saber qué posición toma la Biblia –ya sea Antiguo Testamento, ya sea Nuevo Testamento- frente a las relaciones entre personas que tienen el mismo sexo, y lo más importante, saber si contiene dicha obra algún pronunciamiento de contenido ético o moral, o lo que es lo mismo, si apunta a un contenido sancionador de tal carácter como sinónimo de “castigo” de tales relaciones.

Como corolario de lo que se acaba de apuntar, el primer problema con el que nos encontramos es partir de un texto que si bien puede no ser versión que plasme literalmente dicha obra, al menos que siga, en su inmensa mayoría, el sentido de lo que quisieron poner de manifiesto quienes redactaron la misma, puesto que ello incidirá sobremanera en las conclusiones que pudieran adoptarse. En este sentido, señalar que la Biblia no fue escrita por una sola persona y fue escrita en distintos tiempos, a lo que además se une que la Biblia en su origen fue escrita en hebreo y también en arameo –la lengua de Jesús-, para seguidamente ser traducida al griego y posteriormente al latín, siendo a su vez traducida ulteriormente en otras lenguas. Con lo referido, la cuestión se torna más complicada todavía porque los términos, conceptos, y la interpretación de los mismos difieren según partamos de la Biblia traducida al griego y que fue conocida con el nombre de *Septuaginta*, o de la versión griega a su vez traducida al latín por San Jerónimo y que ha sido conocida como *Vulgata*.

El peligro de las traducciones, y de la que sigamos en particular, es un constante peligro con el que se encuentra el analista e intérprete de la Biblia y se pone en evidencia con el ejemplo que seguidamente ponemos de manifiesto.

Si analizamos el contenido de la primera Carta de San Pablo a los Corintios (I Corintios 6,9-10) y la primera Carta de San Pablo a Timoteo (I Timoteo 1, 9-10) vemos cómo la traducción de la Biblia conocida como “*Dios Habla Hoy*” utiliza en ambos textos la palabra “homosexuales”; pasando por las versiones bíblicas de *Reina-Valera* que utiliza respectivamente los vocablos “afeminados” y “homosexuales”, hasta llegar a la versión de la Editorial San Pablo de 1989 y supervisada por la Conferencia Episcopal Española en 1988 que, de forma paralela e idéntica a la anterior versión bíblica referida, utiliza los términos “afeminados” y “homosexuales” respectivamente. Como puede fácilmente colegirse, asistimos a un manifiesto y craso error de traducción. Efectivamente, la Biblia en ningún momento se está refiriendo al término homosexual, entre otras razones porque dicho término fue acuñado hace relativamente poco tiempo; más concretamente, y tal y como se expuso en el punto II de este trabajo, fue un término acuñado por Karl Maria Kertbeny en el siglo XIX. Por lo tanto, si advertíamos que al hablar de la sexualidad tanto en Grecia como en Roma era incorrecto la utilización del término homosexual o incluso bisexual porque son términos que van unidos al concepto de orientación sexual; por la misma argumentación, desde el punto de vista histórico y de contenido, no podemos aplicar tales vocablos a la Biblia por la realidad histórica que sus pasajes narran. En este sentido debemos entender en la interpretación más rigurosa e histórica, que la Biblia está haciendo referencia a las relaciones sexuales entre hombres con contacto genital, o si se prefiere, a homogenitalidad masculina, término éste que es el que se acuña en la traducción de la obra de Daniel A. Helminiak por parte del traductor y que nosotros compartimos (2003: p. 15).

De igual forma, analizar la Biblia implica desde un primer momento dejar de lado cualquier tipo de prejuicio o convencionalismo de carácter ético o moral, porque de lo que se trata es de estudiar, más allá de una literalidad estricta y absurda, qué es lo que la Biblia nos quiere transmitir. Obsérvese que se está proponiendo al lector dejar de lado sus propias convicciones, pero por otra parte la Biblia está dotada en su inmensa mayoría de pasajes y mensajes de contenido ético o moral –la moral cristiana-. Pudiera pensarse que estamos proponiendo algo contradictorio en sí; todo lo contrario. Lo que queremos decir es que analizar la homogenitalidad en la Biblia, si estaba rechazada socialmente, o lo que es

más importante, si contiene pronunciamientos de contenido ético o moral de carácter prohibitivo en relación a dichos contactos sexuales, todo ello implica un análisis crítico del texto bíblico pero sin proyectar el posicionamiento que cada uno tenga ya de ante mano sobre este aspecto. Sabemos la entidad de lo que estamos proponiendo y que el lector que piensa de una manera muy difícilmente lo haremos cambiar de opinión porque los prejuicios y los convencionalismos pesan mucho en la vida de las personas, pero no por ello dejaremos de intentarlo. Dicho con otras palabras, nosotros al igual que el filósofo sabemos qué es lo que queremos transmitir al lector, qué es lo que dice la Biblia aunque el lector pueda seguir pensando lo mismo; en definitiva, sabemos dónde queremos llegar, aunque con la certeza de la insatisfacción en los logros o resultados para los que tienen convencionalismos férreamente arraigados. A modo de conclusión, a fuerza de mucho decir lo que realmente la Biblia dice según nuestra posición, siempre en el lector una huella o cuestionamiento dejará.

A mayor abundamiento, si sabemos leer la Biblia y lo que dice, ante la evidencia, podremos hacer cambiar de opinión a quienes leen la Biblia en un sentido literal, literalidad que, siguiendo al Obispo de la Diócesis de Newark - New Jersey, Usa- John S. Spong en cuanto autor del prólogo del libro de Helminiak, suponía ver “cómo la Biblia se citaba de forma literal para justificar la segregación racial, para asegurar una continuada opresión sexista de las mujeres por parte de la Iglesia cristiana y para perpetuar una homofobia condenatoria en nuestra vida social” (2003, p. 19).

Asimismo no podemos olvidar que al margen de no poder ver la Biblia en un sentido literal, tenemos que tener en cuenta el contexto histórico en el que la Biblia se desenvuelve, realidad que poco o nada tiene que ver con la nuestra. Por ello debemos analizar los actos sexuales *per se* entre hombres para ver si trasgreden o no preceptos morales contenidos en la Biblia. Como diría el padre Helminiak, a la Biblia sólo le preocupan los actos sexuales entre hombres “cuando las prácticas violan otros preceptos morales” (2003, p. 30). Debemos hacer hincapié en que hablamos de actos sexuales entre hombres, de contacto sexual, pero no de sexualidad en general porque la misma presenta un amplio campo y muchos matices desde el punto de vista del sexo, es decir, relaciones sexuales de hombre con hombre como en el caso que nos atañe; bien sexo como

excitación física cuando una persona en presencia de otra persona, en este caso, del mismo sexo provoca un deseo sexual –libido- que puede ser puntual o no, en cuyo último caso hablamos de orientación sexual; hasta pasar a la sexualidad pero entendida como compañera del sentimiento del afecto y del amor, y que supone un paso caracterizado por las notas de estabilidad y permanencia como lo es la idea del compromiso a nivel sentimental, con independencia de que se tenga o no el mismo sexo.

En el presente estudio, nuestra actividad tiene por objeto, de cara a interpretar la Biblia, tener en cuenta el contexto histórico y la terminología y vocablos utilizados por la misma. En suma, la auténtica clave de arco para entender la Biblia consiste en cómo vemos la Biblia, la leemos y la interpretamos. Pero es más, el criterio de interpretación de ese contexto histórico y de los términos utilizados puede ser de muy variada naturaleza. Efectivamente, han sido muchos los criterios de interpretación, y que a los efectos que nos interesan señalaremos tres. Nosotros específicamente mencionaremos tres criterios de interpretación como son la exégesis, la dogmática y la crítica. En este sentido, como puede verse, estamos acogiendo criterios de interpretación que son criterios de los que se valen además los juristas a la hora de la interpretación de las normas. Entendemos que en esencia dichos criterios valen para dilucidar cualesquiera tipos de proposiciones enunciadas, ya sean o no normativas. Pero es más, no podemos olvidar que la Biblia contiene preceptos éticos y morales, pero también preceptos de carácter normativo, porque la Biblia Católica es la base a su vez del sistema normativo de la Iglesia Católica o en suma de la Santa Sede como Estado, el cual tiene y se vale de un sistema normativo que se basa en la Biblia como lo es, a título de ejemplo, el actual *Codex Iuris Canonici* de 1983 y su precedente del año 1917. Empero no podemos tampoco olvidar que la ética o moral en sí no es Derecho, pero en la medida en que el Derecho se remite a ellos ya tiene matiz jurídico. Por ello ponemos el énfasis en si la Biblia “castiga” los actos sexuales entre hombres con la indudable carga de la idea de castigo como sinónimo de sanción y de coercibilidad.

En el presente caso, ya adelantamos que el criterio interpretativo objeto de aplicación será el método crítico, y ello por la concurrencia de los siguientes elementos: a) en primer lugar porque el análisis crítico implica apartarse de la



visión literal de un texto, como no podía ser de otro modo, porque de lo contrario no cabría hablar de interpretación, y por ello no puede entenderse la Biblia en un sentido literal, entre otras razones porque la Biblia también es una obra literaria; b) el método crítico implica analizar los distintos postulados bíblicos relacionándose entre sí y en conjunto para ver el sentido interpretativo que ha de prevalecer; algo análogo a cuando el aplicador del Derecho entiende que una norma de rango inferior a la ley se opone a la Constitución y la inaplica por el efecto directo de la *norma normarum*; c) la literalidad de aplicación podría llegar a soluciones manifiestamente injustas porque la interpretación literal depende de quién lea y cuándo se lea el texto, lo que implica distintas maneras de ver la Biblia incluso cuando se mantenga que es literal. A modo de síntesis, la crítica implica llegar a descubrir qué quería decir la Biblia en aquella época para sacar el mensaje de dicho contexto y así intentar aplicar su significado a nuestra vida.

Son muchos los autores cristianos y las ciertas esferas de la Iglesia Católica que ni se cuestionan la interpretación de la Biblia, es decir, la Biblia como cuestión de Fe es lo que es y por ello hay que estar a su letra, posicionamiento éste que es el que se sigue por sectores fundamentalistas cristianos. Nosotros debemos apartarnos de dicha forma de ver la Biblia porque verla así no es ni interpretarla ni comprenderla. Es más, ello repugnaría a las palabras del propio Jesús que pone énfasis en la necesidad de la verdad; específicamente, Jesús dijo, tal y como lo expone Juan 8, 32: “la verdad os hará libres”. Por ello el padre Helminiak propone seguir acertadamente en nuestra opinión el modelo histórico-crítico como sinónimo de “pensamiento crítico” (2003, p. 57).

## **2.- Análisis de los principales pasajes bíblicos.**

En el presente apartado vamos a establecer una clasificación bipartita de tales pasajes en función de su ubicación sistemática. Por tanto, en primer lugar vamos a analizar los pasajes contenidos en el Antiguo Testamento también llamado Testamento Hebreo, para seguidamente proceder al estudio de los pasajes contenidos en el Nuevo Testamento, o también llamado Testamento Cristiano.

### **2.1 Antiguo Testamento.**

### 2.1.1 El pasable bíblico de Sodoma.

Para poder entender a lo que nos vamos a referir, y por coherencia expositiva, en cada uno de los pasajes plasmaremos el extracto de la Biblia objeto de análisis con expresa mención de la edición de la que es tomada dicha muestra. Así las cosas, siguiendo la versión “*Dios habla hoy*” debemos traer a colación el siguiente texto:

“1. Llegaron, pues, los dos ángeles a Sodoma a la caída de la tarde; y Lot estaba sentado a la puerta de Sodoma. Y viéndolos Lot, se levantó a recibirlos, y se inclinó hacia el suelo,

2. y dijo: Ahora, mis señores, os ruego que vengáis a casa de vuestro siervo y os hospedéis, y lavaréis vuestros pies; y por la mañana os levantaréis, y seguiréis vuestro camino. Y ellos respondieron: No, que en la calle nos quedaremos esta noche.

3. Mas él porfió con ellos mucho, y fueron con él, y entraron en su casa; y les hizo banquete, y coció panes sin levadura, y comieron.

4. Pero antes que se acostasen, rodearon la casa los hombres de la ciudad, los varones de Sodoma, todo el pueblo junto, desde el más joven hasta el más viejo.

5. Y llamaron a Lot, y le dijeron: ¿Dónde están los varones que vinieron a ti esta noche? Sácalos, para que los conozcamos.

6. Entonces Lot salió a ellos a la puerta, y cerró la puerta tras sí,

7. y dijo: Os ruego, hermanos míos, que no hagáis tal maldad.

8. He aquí ahora yo tengo dos hijas que no han conocido varón; os las sacaré fuera, y haced de ellas como bien os pareciere; solamente que a estos varones no hagáis nada, pues que vinieron a la sombra de mi tejado.

9. Y ellos respondieron: Quita allá; y añadieron: Vino este extraño para habitar entre nosotros, ¿y habrá de erigirse en juez? Ahora te haremos más mal que a ellos. Y hacían gran violencia al varón, a Lot, y se acercaron para romper la puerta.

**10.** Entonces los varones alargaron la mano, y metieron a Lot en casa con ellos, y cerraron la puerta.

**11.** Y a los hombres que estaban a la puerta de la casa hirieron con ceguera desde el menor hasta el mayor, de manera que se fatigaban buscando la puerta” (Gen. 19, 1-11).

Si atendemos al contenido del texto, todo ello de cara a saber si realmente se está haciendo referencia en este pasaje a relaciones sexuales entre hombres, y si más concretamente se condenan, implica establecer un estudio de los siguientes aspectos: a) qué significa en este pasaje el término “conocer”; b) qué se castiga en el pecado de Sodoma.

En cuanto a la primera cuestión, debemos señalar que son dos veces las que se utilizan en el texto el verbo “conocer”. En una primera ocasión cuando el pueblo agolpado a las puertas de la casa de Lot le exige que saque a los dos extranjeros para conocerlos, para en una segunda ocasión y en relación a las hijas de Lot, éste les ofrece a sus hijas que no han “conocido varón”. Obsérvese que en la Vulgata el verbo en latín que se utiliza es el verbo *conocer* (Torres 1832: p. 43-44), pero por el contrario si nos vamos a otras versiones bíblicas como la editorial San Pablo 1989 con supervisión de la Conferencia Episcopal Española, en la misma se utiliza en el versículo 5 la expresión: “para que abusemos de ellos”, de la misma forma que seguidamente en relación a sus hijas explica que son “vírgenes”. De lo dicho hasta aquí, qué duda cabe que el significado del verbo *conocer* en el pasaje bíblico tiene contenido netamente sexual, es decir, implica tener sexo, pero no cualquier sexo, sino el forzado. Efectivamente, en el texto se habla de tener sexo pero no querido ni consentido, de ahí la traducción de la versión de la Editorial San Pablo que menciona el verbo abusar. Por tanto, el pasaje se refiere al abuso sexual sin lugar a dudas. Sirva de complemento a esta conclusión otro pasaje de la Biblia que lo avala y que es en Jueces, 19, 23, referido a un hecho semejante que se quería cometer con un levita, pero que el anfitrión no consiente, entregando a cambio a su concubina la cual fue violada toda la noche, muriendo posteriormente.

A mayor abundamiento, lo que subyace en la Biblia es el no entendimiento de las relaciones sexuales entre hombres como sinónimo de penetración. Efectivamente, el hombre y la mujer son igualmente válidos para el sexo, pero lo

que no es admisible en la cultura judía es la mezcla del hombre con hombre por medio de penetración, porque ello supone ir contra uno de los pilares de su cultura como lo es la pureza y el Código de la Santidad, para así distinguirse de otras culturas que sí permitían dichas prácticas sexuales. Y es que ultimadamente para los judíos en las relaciones sexuales entre hombres con penetración, uno de los componentes se degrada comportándose y asumiendo el papel de una mujer; tanto así, que en dicho pensamiento el “cuerpo del hombre era superior al de la mujer” (San Agustín citado en Helminiak, 2003, p. 78).

En cuanto al pecado cometido en el episodio de Sodoma, la respuesta está en otro episodio; concretamente en el Libro de la Sabiduría, como era el odio feroz contra los extranjeros (Sabiduría, 19, 13. Ed. San Pablo), o si se prefiere el ser inhóspito con los extranjeros y no darles morada, cobijo ni alimento, porque si Lot no les hubiera dado cobijo, cuando él también fue extranjero, habría violado dicho precepto sagrado como también se dice en el libro del profeta Ezequiel (16, 48-49). Precisamente éste es el sentido que hay que darle a dicho pasaje del Génesis, cuando además se clarifica en el Nuevo Testamento cuando Jesús dice:

“...**14.** Y si alguno no os recibiere, ni oyere vuestras palabras, salid de aquella casa o ciudad, y sacudid el polvo de vuestros pies./**15.** De cierto os digo que en el día del juicio, será más tolerable el castigo para la tierra de Sodoma y de Gomorra, que para aquella ciudad” (Mateo, 10, 14-15. *Dios habla hoy*).

A modo de conclusión, lo que se sanciona moralmente en la Biblia y en este pasaje es el ser inhóspito con un extranjero, empero sin olvidar que se pone el énfasis en la relaciones sexuales forzadas que no voluntarias incluyendo el sexo forzado entre hombres porque supondría una humillación, es decir, ser tratados como mujeres.

### **2.1.2 El término abominación del Levítico.**

El texto objeto de análisis es el Levítico, 18, 22 de la versión *Dios habla hoy* en el que se nos dice: “*No te echarás con varón como con mujer; es abominación*”. No obstante, en otras versiones bíblicas en vez de utilizar el término “echarás” se utiliza en su lugar “ayuntar” pero que en cualquier caso el

sentido se clarifica en el mismo Levítico 20, 13 de la misma versión bíblica referida cuando dice: *“Si alguno se ayuntare con varón como con mujer, abominación hicieron; ambos han de ser muertos; sobre ellos será su sangre”*. Estos versículos referidos deben ponerse a su vez en correlación con el Levítico, 18, 25-30 en el que se nos dice:

**25.** y la tierra fue contaminada; y yo visité su maldad sobre ella, y la tierra vomitó sus moradores.

**26.** Guardad, pues, vosotros mis estatutos y mis ordenanzas, y no hagáis ninguna de estas abominaciones, ni el natural ni el extranjero que mora entre vosotros

**27.** (porque todas estas abominaciones hicieron los hombres de aquella tierra que fueron antes de vosotros, y la tierra fue contaminada);

**28.** no sea que la tierra os vomite por haberla contaminado, como vomitó a la nación que la habitó antes de vosotros.

**29.** Porque cualquiera que hiciere alguna de todas estas abominaciones, las personas que las hicieren serán cortadas de entre su pueblo.

**30.** Guardad, pues, mi ordenanza, no haciendo las costumbres abominables que practicaron antes de vosotros, y no os contaminéis en ellas. Yo Jehová vuestro Dios.”

Como puede fácilmente desprenderse, en estos pasajes bíblicos referidos hay una constante que guarda conexión con el pasaje de Sodoma. Efectivamente, aquí de nuevo se pone el énfasis no en las relaciones sexuales entre hombres forzadas como sinónimo de humillación, sino en los actos sexuales entre hombres a los que se califica de “abominación”, término éste que en otras versiones es utilizado como sinónimo de “infamia”. Sobre el contenido de los textos referidos deberemos resolver dos cuestiones: a) se habla de castigo con la muerte pero qué es lo que realmente se estaba reprobando; b) qué es una abominación.

En cuanto a la primera cuestión, como ya expusimos en el anterior apartado a propósito de la historia de Sodoma, lo que se está reprobando es la impureza. Y es que en la cultura judía y en su Código de Santidad lo que se

perseguía era el mantenimiento de la pureza de dicha cultura y de dicha religión, de ahí el hincapié de la raza judía de mantenerse totalmente separada de todos los que no fueran judíos, y por ello la utilización del término “gentiles” pero entendido como un concepto que puede ser definido en sentido negativo como el que no es judío. Ya adelantábamos en el anterior apartado que lo que no era concebido en el mundo judío era la relación entre hombres con penetración, porque suponía degradar a uno de los miembros de ese contacto sexual a comportarse como una mujer. Y es aquí el fundamento o *ratio essendi* de por qué en el Antiguo Testamento no se recoge ni se sanciona de ninguna manera las relaciones sexuales entre mujeres, principalmente porque la relación sexual sin penetración no era considerada *per se* relación sexual, y de ahí que como las mujeres entre sí no podían penetrarse no se tuvieran en cuenta dichas prácticas sexuales. En definitiva, lo que se está sancionando es la práctica sexual entre hombres con penetración pero por razones religiosas o culturales, porque la penetración entre hombres supone atentar contra la pureza judía, contaminando dicha raza. Es más, se hace la reprobación a su vez como crítica del vecino pueblo de Canaán que sí las llevaba a cabo. A mayor abundamiento, debemos expresar que lo que sabemos del pueblo de Canaán es través de la Biblia y la obra de Filon de Biblos, importante fenicio del Siglo I de nuestra era, y que fue descubierta en Ugarit durante los años 1929 y 1937, y que ponen de manifiesto las características de la religión cananea. Dicha religión era de carácter politeísta y favorecía que en el culto de los dioses, tanto hombres como mujeres pudieran prostituirse de cualquier forma y con cualquier tipo de prácticas sexuales (Nelson, 1977: p. 96-97). Por ello, tanto en el Génesis 18, 25 como en el Levítico 20, 22 se habla de abominación como contaminación, o lo que es lo mismo, impureza, pero desde el punto de vista religioso-cultural que no sexual. Recordemos que tanto hombre como mujer son válidos para el sexo, salvo cuando las relaciones entre hombres llevan penetración, en cuyo caso se trasgrede la norma de pureza judía, y de ahí su rechazo desde el punto de vista cultural y religioso, pero no por razón ética de que en sí misma las relaciones sexuales expuestas sean buenas o malas, estén bien o estén mal.

En cuanto al significado de abominación ya lo hemos apuntado. Era la impureza desde el punto de vista de los preceptos y mandatos judíos. Era

contaminarse en contra del Código de Santidad como sinónimo de ser diferentes y santos.

## 2.2 Nuevo Testamento.

En el presente apartado analizaremos varios pasables bíblicos en los que reviste importancia capital ya no el aspecto de la pureza o no de las relaciones homogenitales entre hombres, sino qué significa en los versículos que seguidamente analizaremos, la expresión *para physin* a que se alude en la Septuaginta en relación a Romanos I, 18, 32, y las expresiones *malakoi* y *arsenokoitai* en I Corintios 6, 9-10 y I Timoteo 1, 9-10. Aquí ya debemos adelantar que las versiones propuestas por los distintos autores a la hora de traducir y de indicar el contenido de tales vocablos son muy diversas. De esta forma, de lo que se trata es de ver si en estos pasajes realmente existe un pronunciamiento ético o moral del contacto sexual entre hombres, llamando poderosamente la atención que ya en la primera Carta de San Pablo a los Corintios está haciéndose referencia en sentido estricto a las relaciones sexuales entre mujeres, concretamente en su versículo 26.

### 2.2.1 Romanos 1, 18-32.

El texto, siempre según la versión de *Dios habla hoy* dice así:

“18. Porque la ira de Dios se revela desde el cielo contra toda impiedad e injusticia de los hombres que detienen con injusticia la verdad;

19. porque lo que de Dios se conoce les es manifiesto, pues Dios se lo manifestó.

20. Porque las cosas invisibles de él, su eterno poder y deidad, se hacen claramente visibles desde la creación del mundo, siendo entendidas por medio de las cosas hechas, de modo que no tienen excusa.

21. Pues habiendo conocido a Dios, no le glorificaron como a Dios, ni le dieron gracias, sino que se envanecieron en sus razonamientos, y su necio corazón fue entenebrecido.

- 22.** Profesando ser sabios, se hicieron necios,
- 23.** y cambiaron la gloria del Dios incorruptible en semejanza de imagen de hombre corruptible, de aves, de cuadrúpedos y de reptiles.
- 24.** Por lo cual también Dios los entregó a la inmundicia, en las concupiscencias de sus corazones, de modo que deshonraron entre sí sus propios cuerpos,
- 25.** ya que cambiaron la verdad de Dios por la mentira, honrando y dando culto a las criaturas antes que al Creador, el cual es bendito por los siglos. Amén.
- 26.** Por esto Dios los entregó a pasiones vergonzosas; pues aun sus mujeres cambiaron el uso natural por el que es contra naturaleza,
- 27.** y de igual modo también los hombres, dejando el uso natural de la mujer, se encendieron en su lascivia unos con otros, cometiendo hechos vergonzosos hombres con hombres, y recibiendo en sí mismos la retribución debida a su extravío.
- 28.** Y como ellos no aprobaron tener en cuenta a Dios, Dios los entregó a una mente reprobada, para hacer cosas que no convienen;
- 29.** estando atestados de toda injusticia, fornicación, perversidad, avaricia, maldad; llenos de envidia, homicidios, contiendas, engaños y malignidades;
- 30.** murmuradores, detractores, aborrecedores de Dios, injuriosos, soberbios, altivos, inventores de males, desobedientes a los padres,
- 31.** necios, desleales, sin afecto natural, implacables, sin misericordia;
- 32.** quienes habiendo entendido el juicio de Dios, que los que practican tales cosas son dignos de muerte, no sólo las hacen, sino que también se complacen con los que las practican.”

Dos cuestiones son a nuestro entender las que se suscitan: a) en primer lugar analizar que significa la expresión cambiar uso natural que hicieron tanto



los hombres como las mujeres y la expresión *contra naturam*, siendo calificadas dichas prácticas de hechos “vergonzosos” y pasiones “vergonzosas”, hablándose además de “extravío”; b) si existen o no en el pasaje vocablos que impliquen una sanción de naturaleza ética o moral, más allá de una reprobación social.

El punto de partida es analizar la expresión *para physin* y si realmente la misma la podemos equipararla a la expresión “*contra natura*” expresiones que han sido llevadas a la Septuaginta y a la Vulgata respectivamente, y que en una primera aproximación podría ser traducida como contrario a las leyes de la naturaleza. En cualquier caso, para entender una correcta interpretación del vocablo utilizado en el episodio bíblico objeto de estudio debemos decir que cuando se mencionan las prácticas que no son naturales y se califican además de vergonzosas y hasta de extravío, debemos ya adelantar que, para una correcta fijación del significado de dichos términos, requiere mencionarse de la concurrencia de los siguientes elementos o factores a tener en cuenta; a) en primer lugar, no podemos olvidar que hay que partir de una distinción de lo que es el rechazo o reprobación social, del rechazo de contenido ético o moral ya que éste lleva ínsito la calificación de que dicho aspecto objeto de valoración es bueno o malo, o está bien o está mal; b) partiendo de la consideración anterior, no podemos olvidar que los sujetos que aparecen en la Biblia son personajes históricos, es decir, personas que están ubicadas en coordenadas de espacio y tiempo, y que indudablemente estuvieron influenciados en los distintos aspectos de la vida cotidiana en que se desenvolvían, es decir, Pablo y Jesús por ejemplo sabían lo común de tener esclavos, de la existencia de la prostitución, y estos aspectos podían ser valorados, a título de ejemplo, desde el punto de vista de la reprobación social y desde el punto de vista de la ética o moral; c) partiendo de lo expuesto en la letra inmediatamente anterior, no podemos olvidar que Pablo – el conocido Pablo de Tarso- no era un filósofo; d) así las cosas, lo cierto es que cuando utilizamos o intentamos indagar por qué Pablo utiliza la expresión *para physin*, hay dos maneras de interpretarla; ya sea en un sentido técnico preciso, ya sea en un sentido vulgar o popular; e) Pablo qué duda cabe que tuvo que recibir influencia de la filosofía estoica, pero no lo es menos que no era un estoico en sentido estricto, todo ello unido a que además estuvo rodeado de una vida cotidiana de muy variada naturaleza. La cuestión reviste suma importancia

máxime cuando uno de sus perseguidores, como lo fue Nerón, fue el que incluso contrajo matrimonio con hombres, supuesto paradigmático Sporus.

Así las cosas, ya hemos visto tanto en el Génesis como en el Levítico que las relaciones sexuales entre hombres llevaban consigo trasgredir normas de pureza del llamado Código de Santidad, pero que *per se* no se consideraban tales prácticas sexuales como algo éticamente reprobable. No obstante, en este pasaje bíblico se utiliza el término que llevaría ínsito de traducirse como “*contra natura*” una reprobación social por ir contra los más elementales principios de la naturaleza, es decir, llegar a esa conclusión sería tanto como decir que dicho pasaje lo considera algo malo y por tanto no bueno.

Nosotros, partiendo de las consideraciones anteriormente expuestas, debemos entender que Pablo no utiliza el sentido *para physin* como contrario a la naturaleza, sino que estaríamos ante algo que no es lo habitual, o que es diferente a lo acostumbrado. Dicho con otras palabras, serían prácticas distintas a lo culturalmente aceptado como la regla general. Pero es más, se utilizan expresiones como “vergonzosas” que apuntarían a la idea de *atimía*, concepto griego que hace referencia a algo rechazable, reprobable o deshonroso, expresión que, como vimos a propósito de Grecia, hunde sus raíces en el mundo griego y que suponía un rechazo social de tal naturaleza que llevaba consigo la consecuencia de ser tildado como no adecuado para el desempeño de funciones de personas honorables tales como funciones públicas o religiosas (Esquines, 2000: 49). También se utiliza la expresión pasiones “vergonzosas” y “extravío” que parece coincidir con la expresión griega de *aschemosyne* que precisamente significaría algo análogo a la expresión “vergonzoso”. En definitiva, expresiones ambas que implican reprobación social como algo contrario a lo que es costumbre o habitual, pero no palabras con contenido ético o moral desde el punto de vista terminológico en el mundo judío.

En cualquier caso y a efectos expositivos diremos que esta cuestión no es pacífica, de tal manera que difieren las posiciones de los autores sobre dicha interpretación. En este sentido no se puede ver el término *para physin* como contrario a *kata physin* es decir, que el sexo no procreativo es *contra natura* a diferencia del procreativo que sí está de acuerdo con las leyes de la naturaleza,

y por ello Boswell (1980: p. 7) adelanta que no se trata de defender las prácticas homosexuales frente a los que se oponen por considerar los actos de sexo entre hombres como antinatural y no reproductivo; criterio éste y posicionamiento de Boswell frente al que se alza Hays (1986: pp. 184-215) que entiende que las prácticas homosexuales en la Biblia sí pueden ser tildadas como contraria a las leyes de la naturaleza.

### **2.2.2 Los términos de *malakoi* y *arsenokotai* en I Corintios 6,9-10 y I Timoteo 1, 9-10.**

En primer lugar los textos objeto de análisis y siempre según la versión de la Biblia *Dios habla hoy* son:

**“9.** ¿No sabéis que los injustos no heredarán el reino de Dios? No erréis; ni los fornicarios, ni los idólatras, ni los adúlteros, ni los afeminados, ni los que se echan con varones,

**10.** ni los ladrones, ni los avaros, ni los borrachos, ni los maldicientes, ni los estafadores, heredarán el reino de Dios” (I Corintios 6,9-10).

**“9.** conociendo esto, que la ley no fue dada para el justo, sino para los transgresores y desobedientes, para los impíos y pecadores, para los irreverentes y profanos, para los parricidas y matricidas, para los homicidas,

**10.** para los fornicarios, para los sodomitas, para los secuestradores, para los mentirosos y perjuros, y para cuanto se oponga a la sana doctrina” (I Timoteo 1, 9-10).

A pesar de los distintos autores que han tratado de indagar qué es lo que quieren decir estos vocablos, nosotros para llegar a una respuesta debemos incidir nuevamente en el contexto al que nos estamos refiriendo y el paralelismo observado tanto en Pablo como en Timoteo. En *pro* de lo que se acaba de apuntar, no podemos olvidar que Pablo vivió un mundo en conexión con el mundo romano en el que al hombre libre romano le era dado practicar relaciones sexuales con hombres, si bien con más repercusiones en el ámbito privado que en relación al ámbito público como ocurría en el mundo griego. De este modo, el

hombre libre podía tener sexo con esclavos porque éste tenía la consideración jurídica de cosa, pero en modo alguno se permitía que el rol del ciudadano libre romano fuera el del pasivo porque lo acercaba a la posición de la mujer en el sexo y entonces se corría el riesgo del desprestigio social con el consiguiente calificativo de *catamita*. Si bien lo que se acaba de exponer eran las consideraciones básicas del sexo entre hombres en un primer momento de la evolución de Roma, no es menos cierto que posteriormente dichas relaciones cambian, trascienden a lo público, y qué mejor muestra que el matrimonio del emperador Nerón con hombres. Así las cosas, si desde el punto de vista terminológico la palabra *malakoi* significa suave (Helminiak, 2003: p. 192), a pesar de las distintas discusiones sobre el significado del término entre los autores, debemos entender que debe entenderse como sinónimo de afeminados. Llegamos a esta conclusión porque si bien hemos advertido que la postura ante lo sexual en el mundo romano se llega a expandir, lo que sí es cierto es que al ser considerado el hombre superior a la mujer, no era concebible que en las relaciones sexuales se comportara un hombre como tal asumiendo el rol de pasivo, y de ahí que si lo hacía se degradaba a ser como una mujer, a perder en suma su virilidad de hombre, o ser considerado menos hombre. Luego cobra fuerza la palabra “afeminados” o, bien como se ha traducido, en “catamitas” que encierra la misma idea, y que fue precisamente la sociedad romana que conoció el mismo Pablo de Tarso.

En cuanto al término *arsenokoitai*, entendido como sinónimo de acostamiento de hombres con hombres, entendemos que esa indicación de contenido es en sí pobre. Efectivamente, si hemos visto que en Sodoma lo que se reprobaba era la relación sexual con hombres pero forzada porque ello encerraba una humillación; que además el tener relaciones sexuales entre hombres con penetración suponía trasgredir la pureza judía o en suma el llamado Código de la Santidad; pasado el tiempo y hallándonos con una realidad y contexto histórico distinto como es el siglo I de nuestra era, la palabra que hace referencia a hombres yaciendo unos con otros no puede agotarse en parámetros antiguos puesto que tuvo que suponer algo más, pero qué era esa algo más. Pues bien, si bien es sabida la apertura sexual del Imperio Romano que en no pocos casos implicaba explotación, abuso o exceso de lujuria, concepto éste

difícil de discernir, podríamos entender y compartir con Helminiak (2003: p. 204) que a ese tipo de actos se refieren los pasajes referidos. Pero es más, podrá enumerarse en ambos pasajes bíblicos lo que se entienden pecados porque está bien o mal, pero en puridad, las relaciones sexuales entre hombres como tal no tienen por lo esgrimido contenido de reprobación ética que es lo importante a los efectos que nos interesan. Quizás por ello en algunas versiones se utilice el término “sodomita” como sinónimo de abuso en las relaciones sexuales y un ejemplo de dicho abuso serían las relaciones sexuales forzadas, o para concluir, y siguiendo el *iter* expuesto, el razonamiento que sostenemos que mantiene la Biblia es el siguiente: a) los gentiles son idólatras; b) sólo hay un Dios verdadero que es el del pueblo judío; c) como los gentiles son idólatras y politeístas como el ejemplo claro del pueblo de Canaán, por ello cometen muchas faltas entre ellas la mezcla entre personas del mismo sexo; d) en consecuencia, el pecado es la idolatría en sí, pero no las distintas consecuencias que se cometen por el hecho de ser idólatras.

### **2.3 La historia del centurión y el muchacho.**

Finalmente, y aunque existen otros pasajes bíblicos en los que quiere verse referencia, si no directa al menos indirecta, a relaciones sexuales entre hombres, debemos hacer al menos un análisis del episodio bíblico del centurión y el muchacho contenido en Mateo 8, 5-13 y Lucas 7,1-10, pero en esta ocasión seguiremos la versión de la Biblia *Septuaginta al español*.

Los textos dicen así respectivamente:

“5. Y yendo Él a Cafarnaúm acercósele un centurión, rogándole

6. y diciendo: «Señor, el niño(a) mío está postrado en la casa, parálítico, terriblemente atormentado».

7. Dícele: «Yo, viniendo, curaréle».

8. Y, respondiendo el centurión, dijo: «Señor, no soy digno de que entres bajo mi techo; pero solo di de palabra, y sanará el niño mío».

9. Pues también yo hombre soy bajo potestad constituido, teniendo debajo de mí soldados, y digo a éste: «Ve, y va»; y al otro: «Ven, y viene»; y a mi siervo: «Haz esto, y hace».

10. Y, oyendo Jesús, admiróse, y dijo a los que seguían: «En verdad digoos: en ninguno tanta fe en Israel he encontrado.

11. Y os digo que muchos de oriente y occidente vendrán y recostaránse(b) con Abraham e Isaac y Jacob, en el reino de los cielos;

12. pero los hijos del reino arrojados serán fuera, a las tinieblas las exteriores; allí será el llanto y el rechino de los dientes».

13. Y dijo Jesús al centurión: «Vete; cual has creído, hágasete». Y sanó el niño en aquella hora” (Mateo 8, 5-13).

“1. Cuando ya llenó(a) a todas sus palabras en los oídos del pueblo, entró en Cafarnaúm.

2. Y de cierto centurión el siervo mal estando, había de finar; que le era apreciado.

3. Y, oyendo acerca de Jesús, envió a él ancianos de los judíos, rogándole que, viniendo, salvase a su siervo.

4. Y ellos, acercándose a Jesús, pedíanle instantemente, diciendo: que, «digno es de que le otorgues esto;

5. pues ama nuestra gente, y la sinagoga él nos edificó».

6. Y Jesús iba con ellos. Y, cuando ya él no lejos estaba de la casa, mandó amigos el centurión, diciéndole: «Señor, no te mortifiques; que no digno soy de que bajo mi techo entres;

7. por lo cual ni a mí mismo he creído digno de a ti venir; mas di con una palabra, y ¡sane mi niño!

8. Que también yo hombre soy bajo potestad constituido teniendo bajo mí mismo soldados, y digo a éste: «Ve, y va», y a otro: «Ven, y viene»; y a mi siervo: «Haz esto, y hace».

9. Y oyendo esto Jesús, admiróle, y volviéndose, a la a él siguiente turba, dijo: «Dígoos, ni en Israel tanta fe he encontrado».

10. Y retornando a su casa los enviados, encontraron al siervo sano” (Lucas 7, 1-10).

En primer lugar debemos señalar que aunque realmente no sabemos el tipo de relación que podía tener el centurión con el muchacho esclavo, lo cierto es que la Biblia es una obra literaria y sin decir nada está diciendo mucho (Helminiak 2003: pp. 227-231). Efectivamente, en el texto se utiliza refiriéndose al enfermo la palabra niño, y la palabra siervo como sinónimo de esclavo. Pero es más, llama todavía más la atención cómo Mateo refiere al enfermo como niño, término éste diferente a cuando el centurión se refiere a sus otros siervos que sí califica de tales. Como puede fácilmente colegirse, aquí nos encontramos a efectos terminológicos dos palabras que tiene su origen en *pai* y *doulos* ésta última como sinónimo de siervo o esclavo. La utilización de ambas palabras tiene toda su razón de ser. No podemos olvidar que las palabras son lo que son, cada una de ellas tiene su significado, y si el escritor de los versículos ha distinguido es porque ha querido distinguir. A este respecto conviene puntualizar, tal y como se desprende del pasaje bíblico, que quien pide ayuda es un centurión, pero del que se presume su gran poder económico como lo denota que fue quien erigió una sinagoga, y es este centurión adinerado quien intercede por un muchacho que era a su vez esclavo, todo ello sin olvidar que ambos términos empleados en el pasaje no son contradictorios entre sí, sino que pueden ser perfectamente conciliables. Es más, como explicamos a propósito de Grecia, el término *pai*—en griego *παι*— hace referencia a un chico en edad púber, que no niño propiamente dicho, y que podía ser objeto de una relación bien sentimental, bien sexual, máxime cuando el contexto geográfico del que hablamos es Roma y las relaciones sexuales con esclavos era lo habitual. Pero es más, el propio escribano hace una distinción del vocablo muchacho o niño de los demás siervos o esclavos—*doulos*—, de lo que se desprende una diferencia entre ese muchacho esclavo de entre los demás esclavos. Si a ello unimos que el propio centurión, bien de forma directa, bien indirecta, habla del afecto que le tiene, todo ello además a que él mismo era gentil con lo que ello conllevaba si atendemos al

Antiguo Testamento, y que Jesús en cuanto personaje histórico estaba rodeado de su tiempo, podemos sacar meridianamente las siguientes conclusiones: a) el centurión pide ayuda a Jesús para un siervo que es su muchacho, es decir, su amado, relación amo-esclavo en la que podía comprenderse el sexo sin mayores problemas para la sociedad romana; b) recordemos en relación a los gentiles cómo ya desde el Antiguo Testamento, y refiriéndose a pueblos vecinos como Canaán, hablaban de una pureza de las relaciones sexuales en contra de las impuras que otros tenían; c) el centurión sabedor de que está pidiendo ayuda cuando no es judío y cuando no tiene la pureza en el sentido de dicho pueblo, a pesar de ello, por la relación de amor-afecto que tiene con el muchacho pide ayuda a Jesús, y de ahí que el centurión afirme que no es digno de que Jesús entre en su casa, y no lo es, según su pensamiento, porque ni es judío y porque trasgrede uno de los postulados de la cultura judía como lo era sexo con otro hombre; d) se ha venido diciendo que no podemos saber qué opinaba Jesús sobre las relaciones entre personas del mismo sexo, pero lo cierto es que Jesús vivió en un contexto en el que tenían lugar dichas relaciones. Por lo tanto, si partimos de lo excepcional de Jesús como hombre e hijo de Dios, de ahí sacamos la consecuencia de su respuesta, y no es otra que el amor.

Por tanto, aunque el comportamiento del centurión con el muchacho chocara culturalmente con los pilares judíos, el hecho de que el centurión acudiera a Jesús era reconocerlo como poderoso al ser hijo de Dios, y por ello el milagro de la sanación. Debemos entender por tanto, que aunque no podamos saber qué pensaba Jesús en sí de las relaciones sexuales entre hombres y mujeres, para una persona de su tiempo como es el Siglo I, y atendiendo a lo que predicó, sí podemos concluir, con independencia del aspecto sexual de los intervinientes de este pasaje, que lo importante era y es el amor. En el pasaje no hay ni puede haber contenido ético alguno por la sencilla razón de que Jesús no habla de la idea de perdón, y si no hay perdón es porque previamente no hay juicio valorativo previo de contenido ético o moral.

### **3. Conclusiones finales.**

Advertíamos al principio de este título la auténtica problemática con el que se encuentra el analista o estudioso de la Biblia empezando por la traducción



que se siga, pasando por el hecho del intento de esfuerzo de entender el contexto histórico y social en el que la misma se desarrolló, pero sin olvidar que lo importante era intentar vislumbrar si sobre los contactos sexuales entre personas del mismo sexo tenían un contenido sancionador o de reprobación desde el punto de vista ético o moral. Nosotros debemos entender que lo que subyace en la Biblia es algo cultural o religioso, pero realmente a la Biblia el contacto sexual entre personas del mismo sexo no es preocupación ética, y si en alguna ocasión pone acento en dichas relaciones lo hace para reprobar ciertas conductas pero socialmente o desde lo religioso, pero no desde la ética o moral. Sin embargo, desde este *iter* expuesto, hemos leído la Biblia, la hemos interiorizado y la hemos interpretado pero nos sigue sorprendiendo el posicionamiento de la Iglesia Católica que habla de algo *contra natura*, como fácilmente puede desprenderse del Catecismo de la Iglesia Católica cuando dice:

**“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” (Congregación para la Doctrina de la Fe, 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.”

Hemos proporcionado los datos, la interpretación de la misma, pero la Iglesia Católica mantiene este último posicionamiento de su catecismo. Nosotros insistimos, debemos distinguir la reprobación social de la reprobación ética, y ésta última no está presente en la Biblia.

## **V.- EL COMPORTAMIENTO SEXUAL: CLASES. ESPECIAL REFERENCIA AL PUNTO DE VISTA DE LA MEDICINA Y PSICOLOGÍA.**

### **1.- La diversidad en los comportamientos sexuales.**

En una primera aproximación debemos advertir que cuando analizamos el comportamiento sexual hacemos referencia a una expresión al frente de la cual nos encontramos el término sexo, que a su vez es un vocablo que debe ser diferenciado del de género. Tal y como pone de manifiesto Espín, el sexo es un término que es alusivo a las características biológicas de las personas y omnicomprendido de distintos factores tales como el cromosómico –que es el que ha trascendido como elemento determinante en la construcción jurídica de la transexualidad, tanto en la doctrina europea como en la doctrina de nuestro Tribunal Supremo-, la configuración genital, hasta llegar a factores o elementos de naturaleza neurológica (2008: p. 16-17). Por su parte, el término género haría referencia al elemento social del sexo y que englobaría los comportamientos, aptitudes y en general cualidades asociadas a lo masculino o a lo femenino (Espín 2008: p.17). Como puede verse, son términos que al menos conceptualmente pueden y deben distinguirse, aunque desde el punto de vista práctico suelen utilizarse intercambiados. A modo de resumen, y desde una postura eminentemente conceptual, el concepto de sexo es un concepto biológico, mientras que el concepto de género conectaría a su vez con lo que la sociedad espera de quien pertenece al ámbito masculino o al ámbito femenino, y que es la noción misma de rol.

Si tomamos como punto de referencia estas notas, debemos añadir que los comportamientos sexuales no pueden entenderse como encasillados en categorías estandarizadas; todo lo contrario. Como hemos tenido oportunidad de ver en anteriores títulos de este trabajo, no podemos hablar sólo de homosexualidad, sino que la realidad social se desborda porque los comportamientos sexuales pueden ser de muy variada naturaleza. Es más, si en perspectiva histórica se hablaba de la sodomía, a la que se refiere la Biblia y por irradiación de ésta el Código de las Siete Partidas, no es menos cierto que los comportamientos sexuales no pueden agotarse en actos de cópula genital entre hombres, sino que la sexualidad presenta muchísimos más matices como

lo son el concepto de homosexualidad, pasando por la bisexualidad, la intersexualidad, transexualidad, hasta llegar a lo que se ha dado en llamar identidad de género. Obsérvese que hablamos de homosexualidad, término éste que engloba tanto la homosexualidad masculina como la homosexualidad femenina. No obstante lo anterior, y como quiera que los matices son tantos, de ahí que algunos autores mantengan que nos encontramos con toda una catarata de variantes en las que se entrecruzan el género, el acto sexual, la forma de sociabilidad y amistad, por lo que entienden que sería más correcto, atendiendo a esa diversidad, hablar de homoerotismos (Vázquez 2012: p.16).

A mayor abundamiento, la variación de los comportamientos sexuales y los estereotipos de las personas asociados a ellos han cambiado sobremanera. A este respecto la evolución producida en el siglo XX es significativa. De esta forma, pasamos en un primer momento de la idea de inversión o perversión vinculada a la clase obrera y posteriormente a la clase media en la que aparecen conceptos tales como vicioso -para el que tenía relaciones con hombres afeminados- o el concepto de “*tribade* hembra” - a la mujer que se sentía atraída y tenía relaciones eróticas con mujeres lesbianas-, hasta llegar después de la segunda mitad del siglo XX y sobre todo a partir de la revolución acaecida a finales del mes de junio de 1969 en Stonewall Inn en New York, a una auténtica revolución e hito que marcaría un antes y un después. Dicha revolución supuso el fin de la opresión a la comunidad de hombres y mujeres que se sienten atraídos por el mismo sexo, surgiendo así el día del Orgullo Gay, produciéndose a su vez por tanto un cambio de las personas relacionadas siempre con ciertos trabajos y estereotipos –la llamada pluma- a una comunidad que se amplía, que está formada intelectualmente, y que sale en la conquista de sus derechos, generalizándose de este modo el concepto de *gay* para el homosexual masculino y lesbiana para el femenino (Ugarte, 2012: pp. 22-44). Debemos incidir que frente al término homosexual, francamente técnico, se erige el término *gay* como un concepto en el que el énfasis es ser un concepto social y que refleja a alguien que socialmente se siente orgulloso de ello. De forma correlativa y en idéntico sentido el término lesbiana para las mujeres (Baile, 2008: p. 31).

Nosotros, siguiendo el *iter* expositivo, analizaremos la homosexualidad – comprensiva de la masculina y femenina-, para analizar en segundo lugar la

bisexualidad, y llegar hasta a la intersexualidad, transexualidad e identidad de género.

## **2.- Concepto: Homosexualidad, bisexualidad, intersexualidad y transexualidad.**

En perspectiva general, y en lo que al concepto de homosexualidad se refiere, no son pocos los autores que en opinión del que suscribe, y poniendo el énfasis en el acto sexual así la definen, es decir, como todo lo relativo a contacto sexual o sexo entre personas que ostentan el mismo sexo. Como puede fácilmente comprenderse, asistimos más que a una definición a un aspecto de su contenido que entronca precisamente con la idea vetusta propugnada por la *Lex Scantinia*, así como también por la legislación pretérita castellana antes referida. Además, conviene añadir que dejaría fuera de ese concepto al homosexual que por el motivo que fuera; bien porque no quiere o no puede reconocerse ante sí mismo, bien porque no lo acepta, nunca pone en práctica ninguna relación sexual con otra persona de su mismo sexo. Pero es más, resta decir que también muchas personas han podido tener un contacto homosexual en ciertos ámbitos -el ejemplo claro sería un centro penitenciario- pero no por ello dicha práctica o prácticas sexuales lo convierten en homosexual, en el recto entendimiento de que busca simplemente una válvula de escape a una necesidad física, y que es lo que se ha dado en llamar por algunos autores impropriamente en nuestra opinión como homosexualidad episódica (Peña 2004: p. 65).

Podríamos preguntarnos entonces qué es la homosexualidad –insistimos tanto masculina como femenina-. La respuesta presenta dos matices: a) en primer lugar diremos qué no es la homosexualidad; b) para seguidamente responder qué es la homosexualidad.

En cuanto al primer aspecto, debemos ya adelantar que aunque lo veremos más detenidamente en el siguiente apartado, la homosexualidad no es una inversión sexual; no es una perversión; no es una práctica *contra natura* y no es una enfermedad (Pérez 1996: pp. 29-37).

Por tanto, como corolario de lo anterior, hemos de señalar que son varias las definiciones que se proponen por los distintos tratadistas y estudiosos de esta

temática, y existen tantas definiciones como autores la proponen. Es más, incluso autores ponen de manifiesto la ardua tarea en hacerlo y su dificultad (Corraze 1992: p. 7). No obstante, la Organización Mundial de la Salud la define como “la atracción sexual exclusiva o predominante hacia personas del mismo sexo, con o sin relación física”, definición que en nuestra opinión es bastante neutra, pero deja fuera una nota definitoria como lo es la orientación sexual o, en suma, la tendencia del homosexual que viene caracterizada por las notas de estabilidad y permanencia. Por su parte, Peña sobre la base de la definición ofertada por Vidal y Fernández-Martos la define como “aquella 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” (2004, p. 63). Sobre esta definición estamos de acuerdo en la nota de que la homosexualidad es constitucional pero deja fuera de la definición los términos “tendencia” u “orientación” que son conceptos más técnicos –apuntan a un aspecto médico-psiquiátrico o psicológico- y que presuponen la estabilidad y permanencia de esa tendencia como lo hacen autores como Crooks y Baur (citado en Baile 2008: p. 32).

Poniendo el énfasis en otras definiciones, entendemos desde nuestro posicionamiento que se ha de compartir la definición de la homosexualidad propuesta por el profesor Baile entendida como la “tendencia interna y estable a desear afectiva y sexualmente a personas de igual sexo, con independencia de su manifestación en prácticas sexuales” (2008, p. 34). Como acertadamente dice su autor hay que saber distinguir entre la orientación o tendencia sexual de las “prácticas sexuales” porque como expusimos anteriormente, puede ocurrir –sobre todo en determinados ámbitos geográficos- que el individuo sabe que es homosexual, no se atreve a decirlo, y nunca llega a materializar ningún contacto erótico o sexual con otra persona de su mismo sexo, con lo que el concepto referido lo incluiría. Por ello, es muy importante no proceder a una mezcla de conceptos. De forma gráfica diremos que la homosexualidad referida no es lo mismo que lo “homosexual” que hace referencia en sí al contacto o relación erótica o sexual. Por supuesto, la homosexualidad presupone la tendencia o la orientación sexual, y la persona homosexual es quien ostenta dicha tendencia u orientación.

En lo que a la bisexualidad se refiere, y de forma paralela a la forma de definir *ab initio* la homosexualidad, existen no pocos autores que ponen el énfasis en el contacto u acto sexual. Así las cosas, lo cierto es que debemos advertir que la bisexualidad y el concepto de lo que se tiene por tal, constituye uno de los pendientes más atractivos para el estudioso o analista de este concepto. Tanto es así, que ya en un primer momento deberemos preguntarnos si realmente existe la bisexualidad *per se*. A este respecto, deberemos incidir en que la cuestión en modo alguno puede ser tildada de baladí desde el momento mismo en el que en puridad, y si partimos de una primera aproximación conceptual como pudiera ser la tendencia permanente de atracción de forma indistinta de personas del mismo o diferente sexo, la cuestión se complica porque realmente el bisexual o bisexual puro, como lo llaman algunos autores, implicaría que esa tendencia de atracción lo fuera por igual y en la misma proporción tanto hacia personas del mismo sexo como de diferente sexo. Por ello, y como postulan ciertos autores, muy difícilmente puede hablarse de la misma proporción en el bisexual en el gusto sexual por personas de mismo o diferente sexo, sino que siempre habrá una predilección o tendencia frente a un sexo más marcada. Como hemos dicho, la cuestión no es superflua, y no lo es desde el momento en que existen tratadistas que distinguen la bisexualidad *per se* de otro concepto que equivaldría a la bisexualidad pura y que es el concepto de ambisexual (Masters y Johnson 1979: p.145).

Por tanto, nosotros debemos entender, amén de la distinción de si la tendencia por la atracción a personas de mismo o diferente sexo es en la misma proporción, que la bisexualidad puede ser conceptualizada como la tendencia u orientación sexual de carácter innata en una persona que siente atracción o deseo hacia personas del mismo o diferente sexo. Obsérvese que para llegar a la conclusión de que una persona es bisexual sus manifestaciones o prácticas sexuales y su frecuencia revisten suma importancia, porque como la tendencia es algo que pertenece al fuero interno de las personas, difícilmente podremos establecer definitivamente que el sujeto es bisexual, máxime cuando se vuelve más problemático discernir si un *ab initio* heterosexual que tiene una o unas relaciones esporádicas con personas de su mismo sexo es o no bisexual. Quizás por este motivo es válida y compartimos, al menos conceptualmente, la

distinción entre bisexualidad y ambisexualidad para intentar responder a casos como el descrito.

No obstante todo lo expuesto hasta aquí, la cuestión de analizar la razón de ser de la bisexualidad es una materia de difícil análisis, empero la respuesta a la bisexualidad se le ha venido dando desde las llamadas teorías biológicas. Así, suele citarse a Freud que habla de una bisexualidad como camino desde la infancia hasta llegar a la edad adulta, y por ello este autor habla de una bisexualidad patológica de carácter universal entendida como un conjunto de etapas o fases (Peña, 2004: p.125); más específicamente, cada hombre y cada mujer tiene latente ambas orientaciones sexuales lo que supondría por tanto que todos *ab initio* seamos bisexuales, pero debido al transcurrir de ciertas etapas – oral, anal, castración, Edipo- finalmente supondría en ese tránsito la orientación sexual que cada persona tiene. Por lo tanto, y he aquí lo importante a los efectos que nos interesan, *ab initio* según esta corriente de pensamiento –psicoanalítica pero con marcado matiz biológico- todos somos bisexuales. En definitiva, he aquí el concepto de bisexualidad.

Mención especial merece Magnus Hirschfeld por su tremendo carácter humano en la defensa de los derechos de los que son diferentes por su comportamiento sexual y por el intento de explicar la diversidad sexual. A este autor debemos su *Jahrbuch für sexuelle Zwischenstufen* traducido como Anuario de estados sexuales intermedios. Al menos de una manera sintética debemos exponer las principales líneas de su pensamiento. Efectivamente para este autor, frente a auténticas categorías ideales tanto de hombres como de mujeres, se encuentran hombres y mujeres de a pie y reales. A la hora de explicar el porqué de sus variaciones sexuales acude a un método antropométrico llegando a establecer que tanto en los hombres como en las mujeres existen elementos biológicos, y a este respecto, baste citar cómo nos dirá que a nivel embrionario en todo feto existen dos núcleos de neuronales de los cuales cada uno de esos centros eran los encargados de encender la atracción sexual bien por los hombres, bien por las mujeres (Baile 2008: p: 83). Como fácilmente puede colegirse, al igual que como vimos anteriormente con Freud, se trata de una manera de explicar que biológicamente estamos determinados bien a ser homosexuales o heterosexuales, pero partiendo de una premisa de origen que

es que, en principio y en origen, somos desde la fase embrionaria bisexuales, es decir, aquí está en su posicionamiento la idea de la bisexualidad. A partir de aquí desarrollará su teoría de los estadios sexuales intermedios erigiéndose de este modo la Teoría de la Intersexualidad Humana donde expone nuestro autor que frente al concepto de hombre y de mujer se impone el concepto del valor de lo masculino y de lo femenino. Así, haciendo un estudio antropológico diseña cinco categorías-base de los caracteres tanto masculino como femenino, pero que provienen todos de una constitución primaria original para ambos sexos. De ello se desprende en forma muy simplista que todos tenemos un punto de partida neutro y dependiendo de cómo se desarrollen esos caracteres (somáticos o físicos, psíquicos, psicosexuales y genitales) en cada persona así será su variante sexual. De este modo, en función del desarrollo de los mismos sabremos los porcentajes de lo masculino y lo femenino en cada persona, y por ello esos estados intermedios serían las distintas variedades sexuales (Llorca 1996: pp. 59-67).

No obstante, a la hora de explicar la bisexualidad en su origen y desde el punto de vista biológico, qué duda cabe que ambos sexos participan de elementos comunes pues baste ver que tanto en hombres como en mujeres existen estrógenos y andrógenos, cuestión en la que incidiremos más adelante en lo que a las llamadas Teorías Biológicas se refiere y con sus puntos débiles.

Por su parte, la intersexualidad está haciendo referencia a todas aquellas personas que desde su nacimiento presentan caracteres tanto del sexo masculino como del sexo femenino, y a los que la medicina orienta finalmente a través de una intervención quirúrgica decantándose por uno de los dos sexos en los casos de divergencias más superlativas (Espín 2008: p. 25). Esa caracterización de elementos del sexo masculino y del sexo femenino presenta varios matices, de tal manera que se ha venido distinguiendo, siguiendo al esquema de un sector de la doctrina, hasta las siguientes formas de intersexualidad: a) la llamada disgenesia gonadal. Esta variante a su vez puede dividirse en disgenesia gonadal mixto y modelo Turner; b) hermafroditismo masculino o también llamado pseudohermafroditismo masculino, en el que lo discordante es a nivel interno que no externo, porque el individuo suele presentar trompa de Falopio y útero que puede variar en su desarrollo, y a su vez sistema



de feminización testicular incompleta; c) hermafroditismo femenino en el que de modo muy simplista presenta gónadas y sexo genético femenino, órganos internos y externos femeninos, pero en lo que a los órganos externos se refiere presenta pliegues labioescrotales e hipertrofia de clítoris ; d) hermafroditismo verdadero que presentarían tejido testicular y ovárico al unísono, presentando *in genere* a nivel cromosómico 2/3 de XX y 1/3 de XY (Elósegui y Marcuello 1999: pp. 111-115).

Conviene puntualizar que la Jurisprudencia no sólo de nuestro Tribunal Supremo sino también la impropia denominada jurisprudencia menor, en sus resoluciones judiciales a la hora de resolver los conflictos intersubjetivos que tenían lugar en la vida cotidiana y que se judicializaban, acuden a conceptos eminentemente médicos a la hora de entender qué debía ser entendido como un supuesto de intersexualidad, para distinguirlo a su vez de la transexualidad, todo ello por las consecuencias jurídicas a los efectos de la *litis* que podía tener una y otra consideración. En *pro* de lo que se acaba de exponer, estamos de acuerdo con la profesora Espín cuando esgrime que la intersexualidad ha sido analizada y estudiada por la medicina como un supuesto de problema físico, mientras que por el contrario la transexualidad se observa como un supuesto de enfermedad con matiz psíquico o mental que no somático, y de ahí la inclusión de la transexualidad como un supuesto insertado dentro del capítulo de enfermedades mentales (2008: p. 27). Pero quizás se ve dicha materia de manera muy gráfica cuando analizamos la intersexualidad y la transexualidad desde la óptica del Registro Civil como lo hace dicha autora. Efectivamente, cuando un individuo que se encuentra en el campo de la intersexualidad –o hermafrodita si se prefiere- finalmente ante la divergencia o desajuste entre rasgos somáticos o físicos masculinos y femeninos, de carácter interno y/o externo, dicho sujeto se decanta por quien es realmente, de lo que se tratará en el Registro es de acomodar la identidad real del sujeto a la realidad que el Registro Civil refleja; por el contrario, en los supuestos de transexualidad el individuo tiene sus atributos sexuales, tiene su sexo, pero tiene un sentimiento de pertenencia al sexo opuesto, dándose una ambigüedad entre lo que es y lo que quiere ser, pretendiendo huir de esa ambigüedad. Por ello, en el transexual no hablamos

de rectificar el Registro Civil sino de cambiar el contenido del asiento registral en cuestión (2008: p. 27-28).

A modo de conclusión, deberemos traer a colación nuestra Jurisprudencia. Sin ánimo de ser exhaustivo, de forma lineal y fragmentaria estableceremos distintos razonamientos judiciales para intentar –que no es poco- discernir la diferencia entre intersexualidad y transexualidad. En este sentido ya la Sala IV de nuestro Tribunal Supremo en Auto de 16 de abril de 2004 en rollo de recurso de casación número 1798/2003 estableció que:

"en el concepto de transexual al padecer una patología de carácter psiquiátrico o psíquico, por la que no acepta su sexo biológico ni su cuerpo, dándose un claro desajuste entre lo físico y lo psíquico, negando, correlativamente, su inclusión en el concepto de intersexualidad al no presentar ninguna de las patologías características que definen este concepto médico".

Siguiendo el *iter* expuesto, la jurisprudencia menor, por ejemplo la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección IV, de 23 de septiembre de 2005, sentencia número 510/2005, rollo de recurso de suplicación número 2190/2005 expone:

"Son hechos de los que debe partir esta resolución que el demandante es un transexual, es decir, un individuo que, según la definición contenida en el diccionario de la RAE, "se siente del otro sexo, y adopta sus atuendos y comportamientos". Según resulta del mismo diccionario, la intersexualidad es un concepto distinto, con el que se designa la cualidad por la que el individuo muestra, en grados variables, caracteres sexuales de ambos sexos.

Esta diferenciación se recoge también en el Diccionario Terminológico de Ciencia Médicas, en el que el transexualismo se caracteriza por la "identificación con sexo opuesto, con convicción de pertenecer a él y deseo de cambio de sexo morfológico"; mientras que la intersexualidad (término que se considera sinónimo de hermafroditismo) se define como "estado o cualidad en el que el individuo muestra caracteres sexuales de ambos sexos", es decir, que mientras la transexualidad -según

la definición más común hallada en diferentes diccionarios- es 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; en cambio, en la intersexualidad, el aspecto de los órganos sexuales externos de una persona afectada es generalmente una combinación de varón y de mujer, y los elementos que conforman el sexo biológico no concuerdan entre sí, es decir, cuando se presenta una mezcla de caracteres femeninos y masculinos. Aunque generalmente la intersexualidad se detecta desde el momento del nacimiento, al observar los genitales; a veces, se pone de manifiesto con el crecimiento y la llegada de la pubertad; pero, a diferencia de los transexuales, siempre es claramente observable físicamente o mediante alguna prueba médica.”

Como puede fácilmente comprenderse aquí está el concepto médico pero también el jurídico, porque el Derecho se apoya en ella y en las notas características de la intersexualidad.

En cuanto al concepto de transexualidad, ya hemos adelantado el concepto médico y también jurisprudencial de lo que debemos entender por tal. No obstante, para completar el abanico conceptual ofertado por la doctrina científica, diremos que se han enunciado muchos conceptos, tantos como autores y tratadistas. Así las cosas, desde el ámbito de la psicología ciertos autores ponen el énfasis de la transexualidad en lo referente a todas aquellas personas que llevan a cabo un cambio de su sexo externo (Baile 2008: p. 29). Otros autores por el contrario, más que hablar de transexualidad prefieren la expresión “síndrome transexual” como así lo hizo uno de los primeros tratadistas en nuestro país en esta materia como lo fue el profesor Diez del Corral (1981: p. 1079). Es más, este autor citado pone de manifiesto dos notas importantes a resaltar, y que se materializan en que no es un homosexual y no puede ser considerado un enfermo mental. Así las cosas, el sistema se completa cuando al ponerse la diferencia con la homosexualidad se hace eco de la idea de la

ambigüedad que parece estar en el homosexual, pero no en el transexual que pretende escapar de ella. Debemos significar también que sus derechos se limitaron en un primer momento a cambios en la realidad del Registro Civil en lo atinente a nombre y sexo, de la que fue un hito la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1987 de las que surge un voto particular que se basa exclusivamente en elementos biológicos que son los que siempre existirán en el transgénero de forma inconstestable por mucha operación que tenga lugar. Específicamente ese voto particular y compartido por un sector de la doctrina científica pone el énfasis en el sexo y en los cromosomas, añadiéndose por dicho sector doctrinal que no puede resolverse la *quaestio facti* con el artículo 10 de la Constitución por la importancia del principio de seguridad jurídica y los intereses generales que en no pocos casos se ponen de manifiesto (Diez y Gullón 1994: p. 252-253).

Nosotros no podemos compartir las consideraciones señaladas, todo ello por la concurrencia de los siguientes elementos: a) en primer lugar, la cuestión de la transexualidad y los derechos de los mismos, o mejor dicho sus limitaciones a determinados ámbitos como la realidad del Registro Civil, no podían basarse única y exclusivamente en elementos o posturas netamente biológicas, porque si bien es cierto que a nivel cromosómico se distingue entre XX y XY, lo cierto es que a nivel constitucional y por tanto biológico todos tenemos a nivel endocrino andrógenos y estrógenos. En definitiva y en cierta forma, siempre tenemos ínsito algo de los dos sexos en nosotros mismos. Pero es más, aunque se mantenga que reconocerles otras realidades sería una ficción porque el sujeto transgénero siempre tendría a nivel interno el sexo del que se pretende huir, lo cierto es que no podemos olvidar que los seres humanos son la realidad jurídica primera y el objeto del Derecho, por lo que en aras del respeto al mismo se han creado ficciones para hacerlas realidades jurídicas por exigencias del artículo 10 de la Constitución, y de ahí que deba reclamarse cualesquiera derechos para dicho colectivo; b) pero es más, se ha tildado por autores a la hora de diferenciar el homosexual del transexual que en aquél existe una ambigüedad de la que pretende huir el transexual. Ello no puede ser compartido, porque partir de la idea de ambigüedad sería tanto como partir de los comportamientos sexuales asimilándolos a la noción misma de sexo, y no olvidemos que la tendencia o la

orientación sexual son conceptos que tienen una importancia capital, máxime cuando son innatos y constitucionales de las personas; c) el transexual y la transexualidad se ha venido calificando como “síndrome” por Diez del Corral, y cuando realmente se utiliza dicho vocablo obedece a que realmente no se sabe por la medicina el origen y por qué esa persona quiere cambiar de sexo. Por tanto, hablar de síndrome implica incorporar un concepto de medicina; d) pero es más, y conectando con la letra inmediatamente anterior, la transexualidad se suele colocar en el capítulo relativo a enfermedades mentales porque desde el punto de vista psiquiátrico y psicológico el sentimiento de aversión por los genitales que se ostenta es de tal entidad que necesita de la medicina y de toda una terapia para culminar, en no pocos casos, en la operación. De este modo, el paciente puede y debe saber realmente a qué se enfrenta, y qué mejor muestra que la guía elaborada por la Sociedad Española de Endocrinología y Nutrición por el grupo de trabajo sobre trastornos de identidad de género, y que evidencia que en el transexual existe un auténtico conflicto entre la identidad de género y el sexo asignado por la naturaleza, explicándose distintos tipos de intervenciones psicológicas, psiquiátricas, hasta llegar a cirugía. Por ello y desde esta perspectiva, se le origina al sujeto trastornos de naturaleza psíquica en su vida, y de ahí el matiz de patología mental (Becerra et al.: 2003).

Por tanto y a modo de conclusión, podemos entender la transexualidad como el sentimiento de carácter estable, persistente y permanente de pertenecer al sexo opuesto y distinto al que biológicamente se ostenta, llegando a ser de tal entidad el sentimiento de angustia o aversión de dicha discordancia, que está dispuesto a someterse a terapias e incluso intervenciones quirúrgicas para evitar la divergencia entre lo que siente en su fuero interno y lo que aparenta externamente.

### **3.- Las distintas teorías sobre la homosexualidad y la bisexualidad.**

En primer lugar, una vez que hemos establecido una aproximación conceptual de los términos analizados en el título inmediatamente anterior de este trabajo, cuando además hemos establecido las notas características de la intersexualidad y su diferencia con la transexualidad, dándose una exposición de ambas materias desde el punto de vista biológico o médico si se quiere, el siguiente paso es analizar el origen -o al menos una explicación- de por qué las

personas son homosexuales, bisexuales o heterosexuales. Debemos proceder a dicho análisis porque dar una respuesta a ese interrogante implica analizar no ya el sexo en sí, sino también el concepto de orientación sexual e incluso lo que se ha dado en llamar por autores que estarían dentro de las llamadas “teorías biológicas” el denominado “sexo genético” (consistente en el sexo a nivel cromosómico y a partir de aquí a nivel hormonal). Ya debemos adelantar que establecer un estudio de tales teorías implica, de ante mano, una clasificación a efectos expositivos de las mismas. A saber, procederemos a un análisis de teorías que enunciaremos de la siguiente manera: a) Teorías de carácter o matiz biológico; b) Teorías psicológicas; c) Teorías antropológicas; d) Teorías eclécticas o intermedias.

### **3.1 Teorías biológicas.**

En lo que al particular de las teorías biológicas se refiere, deberemos entender por tales todo el conjunto de postulados, teorías e hipótesis que tratan de explicar la homosexualidad y la bisexualidad desde el punto de vista biológico, tal y como su nombre indica, o si se prefiere desde el punto de vista orgánico. Dentro de esta modalidad de teorías enunciativas, ha sido clásica la distinción entre las teorías de naturaleza endocrinológica, pasando por las teorías con matiz genético, hasta llegar a las teorías neuroanatómicas. Conviene advertir, antes de seguir adelante, que entre los autores y tratadistas de esta materia se han analizado los postulados sociobiológicos, bien como teorías autónomas y diferentes de las biológicas (Baile 2008: pp. 116-118), bien dentro de estas últimas (Peña 2004: pp. 100-102). A este respecto, nosotros tomamos el posicionamiento de entender los postulados sociobiológicos pero insertos dentro de las teorías biológicas, porque si bien es cierto que analizan la homosexualidad como un “fenómeno social”, y aunque se traiga por dichas teorías a colación el posicionamiento de Darwin, no podemos olvidar el componente biológico de la predisposición de la raza humana a la perpetuación de la especie por medio de la reproducción, y por ello esa tendencia sexual como sinónimo de orientación en la que consiste la homosexualidad y perteneciente al ámbito interno del sujeto implicaría que *ab initio* nos acerquemos más a las teorías biológicas.

### 3.1.1 Teorías con matiz genético.

Entre los principales valedores de estas teorías podemos citar Kallmann, Hamer, Pillard, entre otros. Como primera idea a exponer como significativo de esta teoría, debemos traer a colación el concepto de homosexualidad y bisexualidad que hemos mantenido en este trabajo, es decir, que la homosexualidad y la bisexualidad siempre hacen referencia a la tendencia u orientación sexual que es innata o constitutiva de quien es homosexual o bisexual. En este sentido, esta teoría en su forma más simplista nos dice que tanto homosexualidad como bisexualidad vendría condicionada por determinados elementos o factores que se encuentran a nivel genético.

Uno de los primeros autores en dar una explicación genética a la homosexualidad fue Kallmann que se fijó, en su intento de dar una explicación a la homosexualidad, en los hermanos gemelos llegando a conclusiones *ab initio* importantes en función de que estuviéramos en presencia de gemelos monocigóticos o dicigóticos. Efectivamente, según este autor en los gemelos monocigóticos, es decir, aquéllos que presentan y tienen los mismos genes porque provienen del mismo espermatozoide y del mismo óvulo, la orientación sexual en los gemelos era la misma en una proporción total. Por su parte, y en análisis comparativo con los gemelos dicigóticos, es decir, aquellos que suelen tener coincidencia en la mitad de los genes y que en su origen y en el momento de la fecundación son dos óvulos fecundados por dos espermatozoides, en estos gemelos la coincidencia de orientación sexual se reducía considerablemente hasta llegar a un porcentaje aproximado de veinticinco sobre cien (Kallmann 1952: pp. 283-298). En su momento tuvo importante predicamento esta enunciación, pero la principal debilidad en que incurre su posicionamiento es considerar que la orientación sexual o tendencia como lo es la homosexualidad o bisexualidad, depende única y exclusivamente del factor genético, cuando lo cierto es que la realidad de la vida cotidiana y científica nos demuestra que existe junto a los factores endógenos como serían los genéticos, importantes factores exógenos que en no pocas ocasiones influyen, en mayor o menor medida, en la exteriorización de la orientación sexual. A mayor abundamiento, existen casos de gemelos monocigóticos que aunque son monocigóticos, debido a factores tales como haberse criado en distintos entornos, a la personalidad de cada uno,

y a factores educativos, han dado lugar a que uno sea heterosexual y otro homosexual. En consecuencia, quiebra desde esta perspectiva dicho posicionamiento porque qué duda cabe que la sexualidad no es cuestión solamente de genética.

Por su parte, Hamer siguiendo en cierta medida el estudio llevado a cabo por su predecesor, pone de nuevo el énfasis en la cuestión genética y en los familiares del sujeto estudiado, pero teniendo en cuenta un amplio margen del círculo familiar; concretamente, ya no se centra sólo en los hermanos, sino que extiende su campo de visión a los familiares del individuo homosexual objeto de estudio dentro de la segunda generación, pero de la línea materna que no paterna, llegando a afirmar, atendiendo a los resultados obtenidos -mayor número de homosexuales en la línea materna que en la paterna-, la existencia de un gen que estaría en torno al cromosoma X conocido como Xq28 que sería el principal determinante de la homosexualidad (citado en Peña 2004: p. 91-92). Las principales críticas que se han vertido contra esta teoría es que todo depende de las personas que colaboran con el experimento y si dicen la verdad, es decir, que si los familiares del homosexual objeto de estudio no han sido totalmente sinceros o no lo han sido en su totalidad, ello repercutiría inexorablemente en las consecuencias a las que se llegaría, porque los datos que constituyen la premisa de partida sería errónea. Pero es más, realmente debemos preguntarnos si hay un gen de la homosexualidad con carácter exclusivo. Tampoco podemos afirmar si lo hay, y si se ha podido aislar. Pero es más, puede ocurrir que en la “región” del cromosoma X referida por este autor haya no sólo un gen, sino varios o multitud de ellos, máxime cuando el mapa genético humano –el llamado genoma humano- está todavía por descifrar. Por todo ello, y dada la concurrencia de todas estas dudas, tampoco puede entenderse cuál es el origen de la homosexualidad y la bisexualidad de forma determinante.

En cuanto autores como Pillard y Weinrich harán un estudio sobre el ámbito familiar que rodea al homosexual, centrándose en los hermanos, sin que tengan que ser gemelos, llegando a establecer que el que es homosexual suele tener más hermanos homosexuales. No por el contrario en lo relativo a hermanas lesbianas, por lo que entendería este autor que la tendencia homosexual se



movería más en el ámbito de la línea masculina que en la femenina (1986: pp. 808-812).

### 3.1.2 Teorías endocrinas.

Estas teorías en una visión muy simplista está haciendo referencia a la orientación sexual como dependiente de las hormonas presentes en cada individuo y arrojando dos matices posibles; bien a nivel de gestación, bien en la evolución posterior al nacimiento. Como expusimos al analizar la bisexualidad, es un hecho no controvertido que en todo cuerpo humano, ya sea hombre o mujer, es incontestable la presencia de hormonas masculinas o andrógenos y de hormonas femeninas o estrógenos, lo que llevaría como consecuencia y en una formulación simple, que en el homosexual habrá mayor número de estrógenos que andrógenos o, también siguiendo otra hipótesis, menor número de andrógenos de lo habitual que en una persona heterosexual. De forma correlativa a lo expuesto, en las mujeres lesbianas, habrá mayor número de andrógenos que estrógenos o menos número de estrógenos que una mujer heterosexual (Peña 2004: p. 92-93). Realmente, y en una primera aproximación, el sistema enunciado cae por su propio peso cuando a título de ejemplo nos encontramos, con independencia de la orientación sexual, distintos porcentajes de hormonas de uno y otro sexo en casos de trastorno hormonal, y ello no tendrá nada que ver con la tendencia sexual u orientación sexual de quien padeciera ese trastorno.

Precisamente por esa quiebra referida se tiene que reformular la explicación. A este respecto y siguiendo este *iter*, lo cierto es que si analizamos al hombre y a la mujer en sentido cromosómico, el hombre está constituido por el par cromosómico XY mientras que la mujer XX, lo que implicará que morfológicamente se vayan desarrollando con los atributos propios de hombre y mujer respectivamente, que dará lugar a que las gónadas testicular y ovárica respectivamente segreguen las hormonas sexuales de hombre y mujer. Ello lo estamos exponiendo a nivel morfológico o físico durante la época prenatal, ya que posteriormente el ya nacido cuando llega a la adolescencia y para terminar de formarse -en el caso del hombre por ejemplo- hará que los andrógenos y dentro de éstos la testosterona afloren los aspectos secundarios, como los llama

Baile, tales como distribución del vello en todo el cuerpo, voz grave, etcétera completándose de este modo ese hombre con todo lo anejo al sexo de hombre (2008: p. 81). Hasta aquí, y fusionando lo que se acaba de exponer con la explicación de la homosexualidad o bisexualidad a nivel de hormonas, el esquema planteado no es suficiente si lo dejamos únicamente en los aspectos morfológico-constitutivo y físico. Por ello, se erigen autores como Money y Döner que ponen el énfasis en que las hormonas sexuales antes del nacimiento y mientras el feto se está formando tienen que tener algún papel, o tienen que tener alguna incidencia dichas hormonas sexuales en el cerebro y su desarrollo.

Así las cosas, lo cierto es que todo se explica a nivel hormonal y sin olvidar que Döner llega a sus conclusiones pero a través de experimentos con roedores, por lo que no pueden extraerse dichas conclusiones y extrapolarlas de forma automática a la raza humana. Luego en consecuencia, y siguiendo a estos autores, a qué se debe la homosexualidad y cuándo se define. Para Döner por ejemplo la homosexualidad masculina se debe a una deficiencia de las hormonas masculinas cuando el feto se está desarrollando en fases críticas, y que llevará consigo a que en fases posteriores del hombre se desarrolle su orientación sexual en homosexual. Pero siguiendo el *iter* expuesto, cuándo se produce la deficiencia o descompensación que incide en la ulterior orientación sexual. Estos autores la conectan con el momento de la formación y configuración del cerebro; más concretamente cuando empieza a significarse el hipotálamo (citado en Baile, 2008: pp. 83-86). La conclusión implica que el individuo será homosexual si cuando se empieza a diferenciar o significar su hipotálamo se produce una descompensación hormonal, de tal manera que si hay un alto nivel de estrógenos el hombre será homosexual, y si es elevado el nivel de andrógenos en la mujer, ésta será lesbiana (citado en Peña 2004: p. 94-95).

Otras teorías de este enfoque ponen el énfasis en que el orden del nacimiento determina una mayor predisposición a la homosexualidad, pero la teoría pierde su rigor cuando puede ocurrir que el individuo sea hijo único y sea homosexual. Otras Teorías por su parte analizan el tamaño de los dedos de la mano índice y anular, poniéndose espacial hincapié en la mano derecha y en función de si están a mismo o distinto nivel, se sabrá si se es o no homosexual porque, según dicha teoría, ello está en función de la presencia en fase anterior

al nacimiento de las hormonas, y de ahí que se habla de la ratio –criterio científico- 2D:4D (McIntyre 2003: pp. 495-496). De igual forma, se ha postulado la mayor predisposición a la homosexualidad de la persona zurda, pero se habla de posibilidades que no de certezas en los estudios (Baile 2008: p. 87-88).

### **3.1.3 Teorías neuroanatómicas.**

Su principal precursor es Le Vay que analizando los cadáveres de varones homosexuales, heterosexuales y mujeres nota una diferencia de tamaño a nivel cerebral. Este autor llega a la conclusión de que el cerebro de los heterosexuales y más concretamente la región preóptica medial del hipotálamo denominada INAH-3 que está relacionada o asociada a la actividad y comportamiento sexual, tenía un tamaño superior y hasta casi el doble de los varones homosexuales y de las mujeres. La problemática, tal y como apunta el profesor Baile, es dilucidar si la diferencia de tamaño se produce antes del nacimiento o se va configurando durante el transcurso de la vida (2008: p. 92-93), máxime cuando además en el caso de Le Vay cómo se puede saber que los cadáveres fallecidos analizados realmente cuáles eran heterosexuales y cuáles homosexuales, y específicamente la orientación sexual de aquellos en los que se aprecia el distinto tamaño advertido. Además en no pocos casos estaban relacionadas muchas de esas muertes con el SIDA, empero además sin poder precisarse si la enfermedad pudo afectar al tamaño del cerebro y a la parte del mismo denominada INAH-3.

### **3.1.4 Teorías sociobiológicas.**

De forma esquemática, y siguiendo la exposición de la profesora Peña, estas teorías si bien parte del principio de que la naturaleza tiene por objeto el que las especies se perpetúen por medio de la reproducción, habrá que explicar el motivo por el que sobrevive la homosexualidad cuando por exigencias del principio de selección de la raza no deberían de haber sobrevivido. Por ello, surgen tres enfoques que se materializarían en: a) selección a favor de heterocigotos, porque un determinado grado de homosexualidad y que implica no reproducción, facilita o favorece la “adecuación reproductiva de la especie”; b) la selección familiar materializada en que un cierto grado de homosexualidad favorece, al no reproducirse el homosexual, la reproducción de sus hermanos en

pro de la estabilidad familiar de éstos; c) manipulación parental, o lo que es lo mismo y conectando en cierta forma con la selección familiar, los padres con el objeto de favorecer una sólida descendencia favorecen en cierto modo que algún hijo o hijos fueran homosexuales para así garantizar que los restantes hermanos heterosexuales tuvieran más descendencia (2004: pp. 100-102).

### **3.2 El psicoanálisis.**

El nacimiento de las teorías psicoanalíticas, cuyo principal valedor fue Sigmund Freud, supuso la diferencia de lo que había acaecido históricamente en el sentido de no poder hablarse de sexo, para pasar a intentar explicar la homosexualidad hasta al mismo nivel que la heterosexualidad, considerándose por el psicoanálisis que la orientación sexual era un concepto conectado con las variantes sexuales del que debía hablarse (Baile 2008: p. 96). De igual forma, y concurrente con el aspecto anterior, existía también un matiz negativo que se materializaba en que todo consistía en un proceso de desarrollo desde la infancia a la adolescencia, de tal manera que si el resultado final de la evolución daba un sujeto homosexual, lo era porque “se debía a <<problemas>> de relación psicosexual con uno mismo y con el padre y/o la madre” (Baile 2008: p. 96). No obstante lo anterior, y tal y como expusimos a propósito de la bisexualidad, Freud partió de la consideración de la bisexualidad en su inicio de la que partimos todos, y es a partir de experiencias vitales y relaciones con el padre y la madre a través de varias etapas, lo que determina que si se atraviesan con normalidad y sin haber alteración especial, lo habitual será la heterosexualidad. Si por el contrario se produce alteraciones que pueden ser debidos a varios mecanismos - fijación narcisista anal, no superación de complejo de castración y complejo de Edipo- harán que la bisexualidad innata en todos se decante no por la heterosexualidad, sino por la homosexualidad. Quizás lo muy desafortunado de sus teorías de la sexualidad es el empleo de conceptos eminentemente negativos, de las que es claro ejemplo la idea de “invertido” o “perversión” (Freud 2003: pp. 9-43).

Como puede fácilmente colegirse se parte de un presupuesto, presupuesto inicial de la bisexualidad, la misma a que hace referencia Magnus

Hirschfeld explicando las distintas variedades sexuales, y a que hicimos referencia anteriormente a propósito de la bisexualidad (Llorca 1996: pp. 59-67).

### **3.3 Teorías del aprendizaje.**

Estas teorías tratan de responder a un interrogante y que se puede enunciar, con influencia de la llamada psicología conductista (según la cual no sólo somos biología sino que también depende lo que cada uno sea como persona) que la tendencia u orientación sexual depende de lo que hemos aprendido. Efectivamente se hace referencia a un procedimiento de aprendizaje en el que constantemente todo estamos inmersos, procedimiento incluso de naturaleza no voluntaria, como es el sometimiento a estímulos e incluso patrones o modelos que hacen que finalmente seamos –también sexualmente- lo que somos finalmente.

### **3.4 Teorías antropológicas.**

Estos postulados analizan desde el punto de vista antropológico o cultural distintas culturas donde existen prácticas sexuales distintas de la heterosexual, como lo pudiera ser la homosexualidad o bisexualidad. No obstante, y como explica gráficamente el profesor Baile, más que establecer una explicación del origen de la homosexualidad en dichas culturas explica la justificación o función de comportamientos homosexuales cuando además- como advierte el autor referido- implicaría tener por homosexuales aquellos que asumen un rol (género) social distinto del genital y se encasilla a dichos sujetos en dichas culturas como homosexuales. Obviamente, y si partimos del concepto de homosexualidad que hemos definido en este trabajo, esa afirmación sería más que cuestionable (2008: p.116).

### **3.5 Teorías multidisciplinarias o eclécticas.**

Estas teorías predicen una postura intermedia, es decir, aquellas que tratan de explicar la homosexualidad y la bisexualidad no sólo con criterios eminentemente biológicos, ni tampoco agotándose en el aspecto psicoanalítico o aprendizaje, sino que realmente para una respuesta satisfactoria a nuestro interrogante se aboga por una combinación de los enfoques de las distintas teorías. Quizás, desde nuestro punto de vista, el principal problema es que

asistimos con estas teorías a una manera de intentar dar una explicación general pero sin producirse nunca resultados determinantes en sus conclusiones, y por ello la teoría ecléctica que pudiera formularse, partiendo por supuesto de su eminente rigor científico-social, debería establecer, al menos en forma aproximada, la cuota de participación tanto de los componentes biológicos como de los externos a estos para que una persona tenga orientación homosexual o bisexual. En puridad, ello no ha tenido todavía lugar.

### **3.6 Conclusiones.**

Hemos explicado las distintas teorías que tratan de dar una explicación a la homosexualidad y por extensión a la bisexualidad, pero lo cierto es que tal y como abordábamos en el título II de esta tesis doctoral, lo cierto es que en el momento presente no se puede saber de forma categórica por qué las personas son homosexuales o bisexuales. Sí hemos de significar que la constante búsqueda de explicaciones es positivo porque supone analizar cada vez más y en profundidad, y con nuevos elementos, las variantes sexuales. De lo dicho fácilmente se desprende que la cuestión en modo alguno es baladí; todo lo contrario. Pero lo que queda claro a quien suscribe, tras un repaso de los distintos postulados enunciados, es que en su origen y a nivel biológico en una proporción grande y nada desdeñable, nuestra tendencia sexual viene determinada o se forma *ab initio* antes del nacimiento. Posteriormente coadyuvarán elementos exógenos como nuestro entorno, el aprendizaje y la educación pero en menor proporción. Debemos llegar a esa conclusión por un análisis empírico. Y es que a pesar de los esfuerzos por los estudiosos en la materia, el ejemplo lo apuntamos anteriormente en los gemelos monocigóticos, porque la realidad nos demuestra que gemelos con un origen biológico y genético idéntico, a pesar de misma educación y entorno, uno es homosexual y otro heterosexual. Luego la conclusión con este ejemplo tan clarificador como válido, se colige que en la tendencia u orientación sexual predomina en mayor proporción el componente biológico interno y por ende cerebral, más que a elementos exógenos, que influyen pero en distinta proporción. Conviene advertir que nos referimos a una homosexualidad o bisexualidad manifestada sin ningún tipo de trauma psicológico, porque en éstos realmente no podemos hablar de

tendencia u orientación innata propia de la definición de homosexualidad y bisexualidad analizadas.

#### **4.- El diagnóstico como enfermedad de la homosexualidad y la bisexualidad.**

Abordar una cuestión tan importante como la que indica el nombre de este epígrafe supone adelantar ya de ante mano que la homosexualidad/bisexualidad no es que no deban considerarse enfermedades, sino que debemos afirmar rotundamente que tanto una como otra no son enfermedades *strictu sensu*. El intentar ver que las tendencias u orientaciones sexuales diferentes a lo heterosexual son patologías, proviene de convencionalismos que se han venido forjando en la conciencia de las personas, pasando de unos a otros, por indudables razones históricas. Si analizamos en perspectiva histórica las relaciones homoeróticas u homogenitales vemos cómo han ido pasando de configurarse como pecado, luego a infracción penal, hasta que con el paso de la Historia y con el destierro de los Ordenamientos Jurídicos de dichas conductas como desencadenantes de responsabilidad de tal naturaleza, pasan a considerarse un tipo de enfermedad. De este modo, en el catálogo de enfermedades mentales fue equiparada y considerada la homosexualidad en un primer momento en la medicina como un supuesto de locura, locura cuyo conocimiento de la misma se debe, según Foucault, a la observación ética que el neoclasicismo hizo de la misma, entendida como un desorden envuelto a su vez en la idea de culpabilidad, esa culpabilidad que impregna socialmente a la persona que se siente atraída por su mismo sexo (Díaz 2005: p. 59). Pero es más, podríamos preguntarnos cuál puede ser el motivo de que con vehemencia ciertos profesionales de la medicina y de la rama de psiquiatría y psicología, intenten ver la sexualidad que es diferente a la heterosexual como enfermedad. La respuesta puede tener muchos matices, porque lo cierto es que si es una enfermedad, qué es lo que está dañado; qué órgano está afectado; o más concretamente, qué parte del cerebro está afectado, y a su vez qué le impide al sujeto que la padece efectuar una vida con normalidad y a su vez en las relaciones con terceros de la sociedad. Quizás y precisamente por estos interrogantes, Foucault entendió que la homosexualidad se empezó a ver por ciertas áreas de la medicina como enfermedad o incluso como vicio por miedo a

lo diferente que había que reprimir (Pastor y Ovejero 2007: p. 33). Pero es más, es tan incorrecto e incoherente hablar de homosexualidad y bisexualidad como enfermedades, tanto como aquella primera afirmación que se hiciera sobre el particular de que el SIDA era una “enfermedad homosexual” (Miller 1996: p. 469). Como puede fácilmente comprenderse, la homosexualidad y la bisexualidad sólo en lo que es diferente a la heterosexualidad es precisamente en lo sexual, porque en todo lo demás no existe ningún tipo de anomalía, alienación, o como quiera llamarse. Llegados a este punto, existen autores que insisten en una psicopatología que es de tal entidad que, en no pocas ocasiones, tienen tendencias suicidas, pero este asunto reviste especial mención. Efectivamente, no es que los homosexuales tengan ínsito como un gen a la depresión o tendencia suicida; todo lo contrario. Se llega a dicha situación de suicidio por el contexto que lo envuelve y que no lo acepta; bien por miedo al rechazo, ya sea de su entorno más próximo empezando por el familiar, ya sea a nivel más general, es decir, por su barrio, por sus amigos, etcétera. Lo expuesto reviste importancia capital en la mentalidad colectiva, cuando además no hablamos de grandes urbes como Madrid o Barcelona, sino piénsese en el pequeño pueblecito convencional y fuertemente arraigado a lo tradicional. Como puede comprenderse, lo enunciado es difícilmente revocable en el recto entendimiento de que no es que constitucionalmente el homosexual tienda a la depresión o al suicidio, sino que es consecuencia de la no aceptación del mismo, y máxime cuando el término “gay” además lleva ínsito en su significado todo lo contrario. En cualquier caso, y como quiera verse, no podemos hablar de generalidades, porque todo depende de las personalidades de cada individuo.

Sirva de complemento a todo ello los estigmas por los que han tenido que pasar y siguen pasando, en no pocos casos, el homosexual sobre todo, pero también el bisexual –como el ejemplo del pequeño pueblo que antes explicábamos-, con calificativos tales como maricas para los hombres, y tortilleras o bolleras para las mujeres, y todo ello sin olvidar los estereotipos de activo o pasivo, presuponiéndose además como pasivo al afeminado. Es más, surgen conceptos de igual forma peyorativos como “vicioso” para el activo o “tríbade” hembra para la mujer que tiene relaciones con otra mujer llamada en forma despreciativa “machorra”. Lo que subyace en estos calificativos es la



inversión de roles que se presuponen de ambos géneros, o la idea misma de “inversión”, término acuñado por Freud, pero totalmente equivocados cuando realmente el afeminamiento no tiene que ser elemento unido a la homosexualidad masculina, de la misma forma que tampoco la masculinidad va unido a las mujeres lesbianas. De esta forma, el porcentaje de estos estereotipos es bajo, máxime cuando afortunadamente los estereotipos sexuales no se ven ahora como se veían antaño, al haberse producido una evolución significativa (Ugarte 2012: pp. 22-44). De ahí que cobre fuerza la afirmación de que la homosexualidad no es una inversión (Pérez 1996: pp. 29-32).

El matiz de enfermedad mental también ha venido siendo advertido por algunos por el hecho de asociarse la homosexualidad a conductas sexuales con menores desencadenante además de un delito, como lo es el llamado abuso sexual. El rigor en este sentido tiene que ser total, es decir, una afirmación de este tipo implica no hablar de conjeturas o indicios, sino de hechos ciertos. Como puede colegirse, no tiene nada que ver. Obviamente, habrá casos de abuso sexual a menores por personas homosexuales y así lo vemos en los medios de comunicación con demasiada frecuencia, pero en estos casos sí hay que hablar de enfermedad mental a parte de la existencia de delito. Debemos insistir en que no puede hablarse de generalidades, sino de casos concretos, porque los actos concretos no pueden servir para prejuzgar y con el calificativo de psicopatía o enfermos mentales a los que tienen una tendencia u orientación distinta de la heterosexual, que no tiene que ver además con el delito. Por ello, ciertos autores manifiestan que no puede equipararse en este sentido la homosexualidad con perversión (Pérez 1996: p. 32-33).

En cuanto a si los homosexuales son más promiscuos que los heterosexuales, debemos insistir nuevamente en que se trata de comentarios, enunciaciones genéricas, sin olvidar los pocos estudios llevados a cabo sobre este punto y que en no pocos casos siempre proporcionan datos y sólo eso. Siempre hay que estar al caso concreto, es decir, habrá gais y lesbianas muy promiscuos, de la misma forma que heterosexuales que también lo son. En este sentido, este doctorando ha realizado su propio análisis y estudio, procediendo a una encuesta en 2014 no sólo de personas de las que es perfectamente conocedor que tanto dichos hombres y mujeres son homosexuales, sino también

de personas extrañas. En este análisis, se procedió a la encuesta en tres ámbitos totalmente diferentes, es decir: a) en primer lugar se efectuó la encuesta-entrevista en una zona de Málaga capital y céntrica, sabedor además quien suscribe de que dicha cafetería era frecuentada por gente homosexual; b) de igual forma se procedió a la encuesta de personas conocidas bien por mí, bien por familiares o amigos de este doctorando sabiendo de su orientación homosexual; c) en tercer lugar, se procedió a la encuesta en fin de semana en una zona del municipio de Torremolinos conocida como “La Nogalera”, que presenta cierto paralelismo con la zona de Chueca en Madrid.

Debemos significar que en las entrevistas y por exigencias éticas de quien suscribe, los entrevistados eran concedores del motivo de mi entrevista, es decir, que tenía por objeto establecer a nivel estadístico y de estudio los gustos sexuales de personas homosexuales para confrontarlos con los de personas heterosexuales, todo ello unido además a la pregunta directa a los heterosexuales sobre si habían tenido algún tipo de práctica homosexual, y preguntándose de este modo para facilitar en el entrevistado una cierta libertad de contestación para que no se sintiera de esta forma etiquetado. Efectivamente, a los heterosexuales entrevistados cuando se les preguntó si habían tenido intimidad con otra persona de su mismo sexo, lo primero que esgrimen es que no son homosexuales. Por tanto, ya sólo con este dato, cada sujeto puede sacar sus propias conclusiones. Así las cosas, y a los efectos de valorar la promiscuidad tanto de homosexuales como heterosexuales, llama la atención la práctica coincidencia a nivel estadístico de los gustos de las personas entrevistadas en un tramo de edad de 25 a 40 años. Concretamente en relación a los hombres entrevistados, el 83% de los hombres homosexuales manifestaron haber tenido relaciones sexuales con más de una persona en una noche cuando además manifestaron, o haber tenido o que les gustaría tener sexo con más de una persona a la vez. Por su parte, y de forma paralela, los heterosexuales masculinos manifestaron el 80% que buscan sexo siempre que salen a divertirse, y que han tenido relaciones con más de una persona a la vez, o que es una de sus fijaciones que tarde o temprano llevarán a la práctica. Pero es más, dichos heterosexuales manifestaron que sin considerarse homosexuales han tenido contacto homosexual con otro chico en la proporción

de un 19%. Por su parte, en cuanto a las mujeres heterosexuales y mujeres lesbianas, éstas manifestaron que buscan la estabilidad, de las que sólo un 5% manifestaron buscar sexo pura y simplemente, habiendo manifestado sólo tres personas que habían tenido sexo en grupo. Por su parte las mujeres heterosexuales manifestaron que buscan estabilidad, que tienen deseos o sueños de sexo en grupo, pero ninguna afirmaron haberlos llevado a la práctica. Obsérvese el paralelismo de los resultados, y todo ello sin olvidar los riesgos que presentan las encuestas. Por ello en este aspecto difícilmente podemos hablar de generalidades; es más, en todo caso más que hablar de promiscuidad por tendencias sexuales sería más apropiado hablar por sexos, y atendiendo a lo expuesto, en todo caso sería más predicativo la promiscuidad del hombre que de la mujer. Insistimos, queríamos una aproximación en los gustos y como podemos observar son datos y sólo eso, cuando además hablamos de estadística. En cualquier caso, la experiencia de quien suscribe ha sido positiva con estas entrevistas porque es necesario hablar y seguir hablando de tendencias sexuales con total libertad, y sobre todo con naturalidad.

Finalmente, y a pesar de lo manifestado, sorprende cómo todavía en el 2005 aparezcan manifestaciones de profesionales del mundo de la psicología que manifiesten, y ante el Senado, que la homosexualidad es una patología, lo cual provocó que por parte de la comunidad de psicólogos se apartaran de dichas manifestaciones, entre otras razones, porque entre homosexuales y heterosexuales no hay diferencias médicas (Lantigua 2005).

A modo de conclusión, las tendencias u orientaciones sexuales como las estudiadas no son una enfermedad. La realidad jurídica además lo refuerza como el hecho de que la Organización Mundial de la Salud el 17 de mayo 1990 las excluyera de su Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y otros Problemas de Salud, y cuando además el Parlamento Europeo en Resolución de fecha 26 de abril de 2007 establece en su punto 4º como día internacional contra la homofobia el 17 de mayo de cada año. A su vez en dicha resolución el Parlamento Europeo insta a la Comisión a la revisión de directivas en la lucha contra la discriminación, para expresar en su punto 9º “la solidaridad con los activistas de los derechos fundamentales y los defensores de la igualdad de derechos del colectivo LGBT y les brinda su apoyo”.

## VI.- IDENTIDAD SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO. ¿SE PUEDE HABLAR DE TERCER SEXO O SEXO NO ESPECIFICADO?

### 1.- Planteamiento general.

El concepto de sexo es un concepto biológico, mientras que el concepto de género está haciendo referencia al concepto social de lo que culturalmente en cada tiempo y en cada momento se tiene por masculino en contraposición a lo femenino. En una primera aproximación general de los términos sexo y género, podemos afirmar en consonancia con lo que han puesto de manifiesto ciertos autores, que el sexo viene dado, mientras que por su parte el género es elegible, habida cuenta de que el sujeto frente a lo sexual tiene un importante margen de decisión y de elección de cómo vivir dicha sexualidad (Elósegui y Marcuello 1999: p. 91-92). En una visión simplista partimos de esta consideración, pero el planteamiento del sexo y su clasificación tradicional desde el punto de vista médico-biológico, y más concretamente una clasificación bipartita o binaria de los sexos en hombre y mujer, no es una cuestión que en modo alguno pueda resolverse de una manera simplista. Con ello queremos decir que partiendo de una concepción médica de cómo se forman los seres humanos, y específicamente su sexo, la calificación de una persona como hombre o mujer no puede ser entendida en un aspecto reduccionista; porque lo cierto es que la realidad de la vida cotidiana y científica nos demuestra que en no pocas ocasiones nos encontramos con personas que presentan características a nivel morfológico, constitucional o incluso de apariencia externa tanto de hombre como de mujer, dando lugar a lo que se ha dado en llamar como intersexualidad, o bien desde una concepción más clásica como hermafroditismo, aunque presente distintas variantes. La cuestión no es baladí, porque si bien es cierto que la intersexualidad, también llamada diferenciación sexual, ha dado lugar a enfermedades o patologías genéricamente nominadas como “intersexos”, no lo es menos que se han planteado por no pocos autores que realmente asistimos a un problema consistente en un defecto en la formación y por ende en la determinación de un sexo que es el que sólo tiene que tener un ser humano, de tal manera que desde esta perspectiva es un estadio temporal por así decirlo. Si partimos de estas dos premisas, debemos preguntarnos -en el esquema más tajante y dramático- qué ocurre si la persona

que presenta un cuadro de intersexualidad realmente no quiere someterse a ningún tratamiento o en su caso cirugía; cómo llamamos en lo que a sexo se refiere a esa persona, es decir, es hombre o es mujer. De este modo, ya no sólo asistimos a una problemática de denominación desde el punto de vista jurídico, sino también desde el punto de vista biológico. No podemos olvidar que tampoco se puede reducir el planteamiento al mayor número o porcentaje de rasgos físicos y morfológicos internos y externos que presente un individuo con un sexo más que otro, para calificarlo por el sexo en uno u otro sentido, porque no puede olvidarse que es la propia medicina la que reconoce no sólo el llamado sexo genético, sino también otros tipos de sexo como por ejemplo el sexo psicológico, tipología de sexo nada desdeñable como luego explicaremos.

Para poder llegar a una respuesta desde nuestro posicionamiento a la pregunta formulada en este epígrafe, se requiere dar una explicación biológica a cómo se forma un hombre y a cómo se forma una mujer. En definitiva, vamos a dar una explicación de cómo se forma el sexo en los seres humanos y que es el denominado sexo genético. Procedamos por tanto a su explicación.

Como punto de partida debemos aclarar que dar una respuesta genética de la formación del sexo es darla a nivel cromosómico. Para ello, debemos partir de la premisa de que todo hombre y toda mujer estamos compuestos a nivel cromosómico de 23 pares de cromosomas que hacen un total de 46 cromosomas. De los 23 pares de cromosomas- a los efectos que nos interesan- el par número 23 es el determinante del sexo de dicha persona recibiendo el nombre de gonosomas o heterocromosomas, de tal manera que si en el último par a nivel cromosómico nos encontramos el par XX estaremos ante una mujer y si el par está constituido por XY estaremos ante un hombre. Debemos aclarar, antes de seguir adelante, que cuando se produce la unión de la célula reproductora femenina (óvulo) y la masculina (espermatozoide) cada una aporta 23 cromosomas, resultando de la unión por fecundación los 46 cromosomas omnicomprendidos de los 23 cromosomas que aporta el progenitor paterno y los otros 23 cromosomas que aporta la progenitora materna. Así las cosas, en cada cromosoma pueden distinguirse cuatro partes materializadas en cromátida, brazo corto, brazo largo y centrómero. Pues bien, en la región denominada 1 del brazo corto del cromosoma Y que es el responsable de la formación de la gónada

testicular (en suma los testículos) se encuentran los genes encargados de la formación de las gónadas masculinas; específicamente de los llamados “*sex-determining region of the Y chromosome*” y “*testes determining factor*”. A partir de la sexta semana aproximadamente de gestación estos genes hacen que empiecen a formarse los testículos en el feto que se está desarrollando, y éstos a su vez empiezan a segregar testosterona que hace que el denominado conducto de Wolf o también llamado conducto mesonéfrico responsable del origen del sistema reproductor masculino se transforme en epidídimo, vasos deferentes y vesículas seminales; de igual forma el tubérculo genital influido por la dihidrotestosterona se modifica en pene así como tiene lugar la formación del escroto, comenzando de igual modo el descenso o viaje hace el exterior de los testículos. En este esquema, las células llamadas de “Sertoly” de los testículos producirán el factor denominado anti-Mülleriano que provoca que no se desarrollen los llamados conductos de Müller o conductos paramesonéfricos que son los que dan origen al sistema reproductor femenino, entrando, de este modo, en regresión (Herrero 1997: p. 1323). Con esta explicación –como luego veremos- no quiere decirse que la mujer se forme por defecto de que no haya logrado triunfar el sexo hombre –que es precisamente el primer modelo en la relación sexo-género de que nos habla Elósegui y Marcuello (1999: pp. 93-97)- sino que de forma paralela a como hemos visto con el hombre, en la mujer está en el brazo corto del cromosoma X (Xp21) el gen Od-1 (DSS) que es el que favorece la formación de las gónadas femeninas (ovarios), llevando ínsito el retroceso en la formación de los testículos.

Llegados a este punto, hemos intentado explicar genéticamente la formación del hombre y de la mujer. La siguiente pregunta que poníamos de manifiesto anteriormente consiste en qué ocurre cuando nos encontramos con la intersexualidad o hermafroditismo. A este respecto deberemos traer a colación y enunciar el tercer modelo en la relación sexo-género expuesto por Elósegui y Marcuello. Siguiendo a estas autoras en sentido expositivo, las mismas distinguen hasta cuatro formas posibles de intersexualidad, a saber:

a) La llamada disgenesia gonadal. En esta variante a su vez se distinguen principalmente dos como son la disgenesia gonodal mixta y modelo Turner.

b) Hermafroditismo masculino o también llamado pseudohermafroditismo masculino, en el que lo discordante es a nivel interno que no externo, porque el individuo suele presentar trompa de Falopio y útero que puede variar en su desarrollo, y a su vez sistema de feminización testicular incompleta.

c) Hermafroditismo femenino en el que de modo muy simplista presenta gónadas y sexo genético femenino, órganos internos y externos femeninos, pero en lo que a los órganos externos se refiere presenta pliegues labioescrotales e hipertrofia de clítoris.

d) Hermafroditismo verdadero que presentarían tejido testicular y ovárico al unísono, presentando *in genere* a nivel cromosómico 2/3 de XX y 1/3 de XY (Elósegui y Marcuello 1999: pp. 111-115).

Siguiendo este esquema, las autoras referidas exponen que en el caso de intersexos no hay problema de identidad de género, porque hay un género asumido por el sujeto que lo padece. Pero es más, las mismas manifiestan que no se habla de problema psicológico y no hay pertenencia a un tercer sexo ni siquiera en los casos de hermafroditas verdaderos ni en el caso de andróginos. A mayor abundamiento, llama poderosamente la atención la afirmación que hacen de que en los casos de “corrección de un error de asignación de sexo al llegar a la pubertad, hay que tener en cuenta siempre el sexo psicológico procurando la corrección en el sentido en que ese sujeto tenga mejores posibilidades de desarrollarse..” (Elósegui y Marcuello 1999: p.115). También debemos traer a colación las referencias que hacen las mismas autoras al explicar la intersexualidad como anomalía en la determinación biológica del sexo, para seguidamente y a propósito del llamado sexo psicológico esgrimir que “suele coincidir con el sexo anatómico” (1999: p. 93).

Junto a estas manifestaciones, debemos traer a colación la interesante sentencia de la Corte Constitucional Colombiana SU 337/99 que en su apartado de antecedentes de hecho, apartado “d”, punto 10.1 nos dice que:

"en medicina se consideran varias clases de sexo", a saber, el sexo cromosómico o genotipo, que es "dado por los cromosomas sexuales: 46 XY para el varón y 46 XX para la mujer", el fenotípico, que es "dado por el aspecto de los genitales externos", el gonadal que es el "dado por el tipo de las gónadas: Testículos u Ovario", el legal, que es el que "aparece en los Registros Notariales con el respectivo nombre o identificación", el de crianza, que es el que "inducen los Padres y el entorno Familiar y Social", y el psicológico, que es "el que se adquiere en función de todo lo anterior o bajo el influjo de algunas condiciones genéticas, anatómicas o sociales." Por su parte, la Academia Nacional de Medicina, señala que el sexo de un individuo "puede ser descrito en seis características: genético, gonadal, endocrinológico, anatómico, psicológico y social".

Si conjugamos lo expuesto hasta el momento, desde nuestro posicionamiento no compartimos la mayoría de las posturas establecidas por la doctrina científica, no sólo médica sino también jurídica, en lo relativo a negar la existencia de un tercer sexo o también denominado sexo no identificado o sexo neutro, todo ello por la concurrencia de los siguientes elementos o factores: a) en primer lugar, no podemos olvidar que el sexo de una persona no puede determinarse única y exclusivamente en lo que al aspecto cromosómico se refiere, máxime cuando la propia medicina reconoce la existencia de distintas clases de sexo en función de distintos parámetros, como lo hemos podido comprobar en cuanto se expone en la Sentencia de la Corte Constitucional colombiana antes referida y transcrita a los efectos que nos interesan. Pero es más, no podemos olvidar que una de la Teorías Biológicas que analizamos para intentar explicar el porqué de la homosexualidad/bisexualidad frente a la heterosexualidad, eran las llamadas Teorías Endocrinológicas que ponen de manifiesto la existencia en el hombre y en la mujer tanto de andrógenos como estrógenos; andrógenos, categoría dentro de la cual encontramos una variedad de la mismas como es la testosterona. La cuestión reviste una importancia capital porque ya desde tiempos remotos como el caso de Freud e incluso Hirschfeld ponían de manifiesto cómo la configuración sexual del individuo *ab initio* era bisexual y a partir de esa sexualidad neutra y a determinados factores, se hablaba en palabras de éste de estadios



sexuales intermedios; b) partiendo de lo expuesto en la letra inmediatamente anterior, y sin olvidar las reclamaciones de una cierta parte de la comunidad científica, específicamente de la psicología, no se puede agotar la clasificación de los sexos en hombre y mujer en un sentido netamente binario, sino que como apunta el Dr. Tiger Howard Devore en un documental de “La Noche Temática”, hay “una amplia gama de identidades sexuales entre ser un hombre y ser una mujer” (Rtve, 2014). Si analizamos el contenido del propio documental se comprueban casos totalmente verídicos; concretamente se menciona el caso de una chica que cuando nace presenta una combinación de hombre y mujer, configuración de tal entidad que dado el cuadro que presentaba, finalmente se le sometió a operación para acomodarla al patrón de hombre, y llegada a su pubertad le suministraron hormonas masculinas, pero lo cierto es que ella – o él por decisión médica- siempre se sintió mujer; c) de lo dicho hasta el momento, se vislumbra claramente que incluso en los supuestos de hermafroditismo puro a que hacíamos referencia anteriormente, la temática no se vuelve tan simple, porque el sexo a nivel mental o psicológico jugará en no pocos casos un papel de importancia capital a la hora de calificar a ese sujeto, bien como hombre, bien como mujer, tal y como en esa clasificación bifronte insiste la medicina; d) no podemos olvidar que cuando la medicina no puede explicar qué ha ocurrido cuando se produce una situación anómala, habla de “síndrome”, tanto así que incluso el propio Díez del Corral hablaba de “síndrome” para el transexual, pero lo cierto es que cuando nos encontramos con clasificaciones que pudieran llamarse puristas, cuando algo que acaece en la vida cotidiana y por ende en la vida científica no puede encuadrarse en esa categoría es porque de forma inexorable debemos entender que es porque no pertenece a ella; e) efectivamente, si una persona está entre dos sexos, es decir, presenta caracteres de hombre pero también presenta caracteres de mujer es porque sencillamente no es ni hombre ni mujer, o que incluso partiendo de que participa de ambas categorías, en todo caso no podemos decir de manera forzada blanco o negro, sino que estaremos en una zona intermedia. Como quiera que el intersexo *ab initio* no puede ser catalogado de hombre ni tampoco de mujer, es prius indispensable hablar de un tercer concepto porque hay que distinguir lo que es distinguible, por la sencilla razón de que no puede ser incluido por la realidad científica aquello que según ésta no responde a lo normal o habitual, y de ahí que deba hablarse de tercer sexo o si se prefiere sexo no especificado, concepto éste

que es el que ha elaborado recientemente la Alta Corte Australiana en el llamado “caso Norrie” como sexo “no específico” en su Sentencia de 2 de abril de 2014; f) no estamos de acuerdo en que en los intersexos no haya problema de identidad de género; todo lo contrario. En el intersexo puede haber problema no sólo de identidad de género sino también de identidad sexual porque no podemos olvidar que normalmente cuando se detecta el problema acaecido, sus padres y los médicos lo “reconducen” al sexo que se entiende que es al que pertenece, pero como expusimos anteriormente puede sentir el intersexo que pertenece al sexo que en potencia también tenía, y totalmente discordante con el sexo que por la medicina se le impuso. Ciertamente es que en caso de error de asignación deberá en la pubertad corregirse teniendo en cuenta el sexo psicológico y la posibilidad de desarrollarse el mismo, pero lo cierto es que esos daños de naturaleza psíquica que puede ocasionársele al sujeto en cuestión pueden llegar a ser a veces de imposible o difícil reparación. Precisamente por ello y para evitar decidir en algo tan trascendental para el intersexo, lo correcto es la posibilidad de entenderlo como un sexo no específico o neutro sin perjuicio de que incluso llegado el momento pudiera optarse por la rectificación del Registro Civil a los efectos oportunos por el propio interesado; g) finalmente, y creo que aquí es donde yerra el posicionamiento de ciertas corrientes doctrinales, es que afirman que el género es elegible por el comportamiento de cada uno, pero no se puede perder la perspectiva consistente en que no puede hablarse de opciones sexuales en la mayoría de los casos porque frente a lo sexual finalmente se lleva la vida que se quiere porque forma parte de la esencia de uno mismo –el llamado sexo psicológico porque no olvidemos que en la psique o en la mente está todo- e intentar cambiar aquello que forma parte de uno mismo sería tanto como vivir contra sí mismo. Por ello, en este contexto, y al menos en el caso del intersexo, la cuestión todavía presenta mayor matiz porque ya no sólo se pone de manifiesto un sexo biológico a nivel genético sino también el psicológico.

Por tanto y a modo de conclusión, si bien es cierto que *in genere* se suele mantener la clasificación del sexo en una forma binaria, y de ahí que para hablar de los distintos comportamientos sexuales y de quienes los ponen en práctica, se menciona el concepto de identidad de género y el respeto al mismo, nosotros en un paso adelante entendemos –y claramente lo observamos en el caso de la

intersexualidad- que hay que dar un concepto y un contenido diferente a lo que es diferente, hablándose de este modo del respeto a la identidad sexual, y de ahí que por ello desde el punto de vista jurídico deba ofrecerse soluciones, máxime cuando la identidad sexual incide y conecta con la propia identidad personal (Polaino-Lorente 1997: p. 1306). Ahora bien, la pregunta que debemos hacernos es si esa protección que se hace, es porque para proteger al hombre que es la esencia del Derecho tiene que partirse de ficciones jurídicas, o por el contrario cabe la posibilidad de la tutela jurídica de la intersexualidad pero también de la transexualidad, con fundamento en otro criterio legitimador. A este respecto, nosotros vamos un paso adelante en nuestro *iter* expositivo y de la misma forma que hablamos de identidad sexual que no se agota en la clasificación binaria de hombre y mujer, completamos el estudio de forma inexorable con el reconocimiento a su vez en paralelo de una identidad de género plural, que tampoco puede agotarse en masculino y femenino. Por ello y para terminar el análisis y llegar a la solución que proponemos, deberemos analizar la Jurisprudencia española, con incidencia en la internacional cuando ello lo amerite, para finalmente analizar la Sentencia Norrie de la Alta Corte de Australia. Realmente deberemos preguntarnos en el reconocimiento del cambio de sexo si realmente partimos de una ficción jurídica por exigencias de dignidad, o por el contrario ante una realidad jurídica digna de protección.

## **2. Análisis de la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo y de la Sentencia de la Alta Corte de Australia de 2 de abril de 2014.**

Aunque en los textos normativos internacionales y por influencia de éstos se habla de identidad de género, como seguidamente veremos, nosotros compartimos que lo correcto es hablar del concepto unívoco de identidad sexual, atendiendo a la doctrina de la realidad jurídica, máxime con la importante Sentencia de la Alta Corte de Australia en el caso “Norrie” que reconoce el tercer sexo o como exactamente dice la misma “sexo no especificado”, o en paralelo sentido el Derecho alemán, rompiéndose de esta manera la clasificación de los seres humanos en un sentido netamente binario de hombre y mujer. No olvidemos que entre hombre y mujer, podemos hablar de más supuestos de identidad sexual que no de género, máxime cuando al Derecho como seguidamente veremos, supuesto paradigmático el Registro Civil, le interesa el

sexo, que no el concepto de rol que es lo que informa al llamado género. La cuestión no es irrelevante, máxime cuando nuestra legislación y en los textos normativos –ejemplo el Código Penal- se menciona en unas ocasiones la identidad de género y en otras la identidad sexual, con la repercusión que ello tiene a efectos del artículo 4 del Código Penal.

Sentadas las premisas previas, con la regulación del matrimonio reconocido a las parejas homosexuales y que constituye un pilar fundamental de los derechos de las personas que tienen un comportamiento sexual diferente al heterosexual - y que con ello estamos haciendo referencia a la homosexualidad, bisexualidad, transexualidad e intersexualidad-, asistimos al último eslabón en el respeto a la orientación sexual y a la identidad sexual y de género. La cuestión no es baladí, porque realmente el perfil de los derechos de este colectivo a nivel legal y jurisprudencial siempre de quedó incompleto. A este respecto, podemos traer a colación la importante Sentencia de la Sala I de nuestro Tribunal Supremo de 2 de julio de 1987 que ordena la rectificación del sexo y el derecho al cambio de nombre en los supuestos de transexualidad, acudiendo como criterio de *ratio decidendi* a la doctrina de la ficción jurídica, señalando como ejemplos de ficciones los artículos 29, 124, 357, 440 y 446 todos del Código Civil. En la referida sentencia se esgrime que debido al cambio de sexo operado y materializado en un cambio morfológico a hembra, viviendo y comportándose como tal el interesado, debe acomodarse el contenido del Registro Civil a la nueva realidad. Sin embargo la sentencia aclara que sí reconoce el cambio registral antes referido, pero “sin que tal modificación registral suponga una equiparación absoluta con la del sexo femenino para realizar determinados actos o negocios jurídicos, toda vez que cada uno de éstos exigiría la plena capacidad y aptitud en cada supuesto”.

En esta sentencia existe un voto particular que se basa en un criterio biológico; más concretamente en las llamadas teorías genéticas que dan lugar al denominado “sexo genético”, del que hemos hablado en el capítulo V de esta tesis doctoral y que es un criterio puramente biológico, cuya postura puede resumirse en que el hombre aunque cambie de sexo siempre a nivel interno será hombre. Lo mismo en el caso de la mujer.

No obstante lo anterior, el sistema se completa con la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 1988 que sigue el mismo criterio que la anterior citada, pero ampliando su argumentación a un principio de primer orden a la hora de fijar su *ratio decidendi* como lo es el respeto a la dignidad humana, y de ahí la mención expresa al artículo 10.1 del texto constitucional.

Sobre estas bases, se alza un importante sector de la doctrina científica encabezada por Yágüez, Díez y Gullón que vienen a compartir el voto particular de la sentencia, teniendo en cuenta una postura axiológica y de ponderación de “valores sociales”. En este sentido, Díez y Gullón manifiestan que el artículo 10 no ampara situaciones como las analizadas en ambas sentencias, todo ello sin olvidar la contradicción que manifiestan ambos autores en dicha sentencia, porque por una parte se habla de la posibilidad de cambio de nombre y rectificación del sexo, pero por otra parte no reconoce “una equiparación absoluta con el sexo femenino” para ciertos actos o negocios de carácter jurídico, porque habrá de estar a lo regulado para cada supuesto. Por ello, estos autores mencionan esa discordancia cuando el sexo es lo determinante en instituciones como el matrimonio (1994: pp. 252-253).

En nuestra opinión, la mencionada jurisprudencia, en modo alguno, adolece de imprecisión técnica y jurídica, todo ello por la concurrencia de los siguientes elementos o factores: a) en primer lugar, no podemos olvidar que partiendo de una postura axiológica del Derecho, es decir, entender el Ordenamiento Jurídico no sólo como un mero conglomerado o conjunto de normas que responden a una idea de sistema, el Derecho también está formado por valores y principios, entre ellos la dignidad humana; b) no podemos olvidar que el propio Tribunal Constitucional ha dicho que la dignidad humana junto al compañero del libre desarrollo de la personalidad, además de ser el fundamento del orden político y de la paz social, se erige además en “fundamento lógico y ontológico” de todos y cada uno de los derechos fundamentales –Sentencia del Tribunal Constitucional 53/85 de 11 de abril-; e) la dignidad humana reviste tal carácter porque está en la esencia del ser humano por el hecho de serlo, y que conecta con la idea de respeto (Torres 2000: pp. 47-49); f) esa dignidad humana está en la esencia misma del hombre y en su fuero interno como titular de todos los derechos humanos naturales que al constitucionalizarse se transforman en fundamentales, y de ahí que la dignidad deba ser vista en esencia desde dentro.

Por ello, estamos de acuerdo con el profesor Polo cuando dice que “el hombre es desde dentro” (1993, p.48); g) nada más con las anteriores consideraciones se vislumbra la importancia capital en relación con los derechos fundamentales del respeto a la dignidad humana, que si bien es cierto que *per se* no tiene entidad suficiente como para provocar por ejemplo en el Tribunal Constitucional un pronunciamiento de tal carácter porque no tiene autonomía propia si no se pone en correlación con un derecho concreto y determinado, no podemos olvidar que el propio Tribunal Constitucional sí ha manifestado que la dignidad humana es y debe ser criterio de *ratio decidendi* de la resolución constitucional cuando el objeto del pronunciamiento constitucional es una resolución judicial que no respeta la dignidad humana que es elemento *prius indispensable* para que pueda considerarse que está fundada en Derecho (Jiménez y De la Cueva 2007). Por ello el Tribunal Constitucional en Sentencia 192/2003, de 27 de octubre expone que “no consiente respuestas judiciales como las que son objeto del presente recurso de amparo por desconocer la dignidad personal del trabajador y su libre desarrollo, que es fundamento del orden político y de la paz social (art. 10.1 CE)”; g) como fácilmente puede colegirse, claramente los órganos judiciales pueden y deben tener en cuenta siempre la dignidad humana y basarse en ella, como criterio de *ratio decidendi*, para resolver los conflictos intersubjetivos, máxime cuando se parte en la crítica de consideraciones axiológicas; h) tampoco podemos compartir con estos autores que la sentencia incurra en contradicciones; todo lo contrario. Efectivamente en aras del respeto a la dignidad humana se parte de una equiparación jurídica, pero habrá de estarse a los distintos casos y situaciones que acaecen en la vida cotidiana y por ende en la vida jurídica. Es más, si nos fijamos en aquel contexto y en la institución matrimonial por ejemplo, la jurisprudencia, tal y como preceptúa el título preliminar del Código Civil, complementa e interpreta, pero no puede innovar o crear derechos, máxime cuando el matrimonio no es sólo un derecho, sino también una garantía institucional como veremos posteriormente. Por tanto, la Constitución enuncia esa garantía pero con una remisión al legislador ordinario para que establezca los contornos de esa institución. De ahí que sea el legislador quien deba establecer la regulación de conformidad con el artículo 32 del texto constitucional, empero no haciendo innovaciones vía judicial, o decir lo que no dice la ley. Por ello, las sentencias comentadas acertadamente resuelven el

concreto *petitum* solicitado por exigencias de congruencia de la sentencia, para a renglón seguido establecer que habrá que estar ante casos concretos e instituciones concretas, porque no podemos olvidar además que en el matrimonio, sea cual fuere la forma de regulación, es a efectos jurídicos también una situación jurídica porque en ella se entremezclan varias relaciones jurídicas, y cuando además las mismas irradian hasta terceros. Por ello, no hay contradicción, porque dichas resoluciones del Tribunal Supremo dicen una obviedad jurídica.

Seguidamente y en conexión a si en el transexual existe un problema de identidad sexual o de género, veamos la importante Sentencia de la Alta Corte de Australia de 2 de abril de 2014. El supuesto de hecho de la mencionada Sentencia se refiere a Norrie, persona que nació con órganos reproductivos masculinos, pero que en el año 1989 se sometió a un proceso de reasignación de sexo porque adolecía la misma de ambigüedad sexual. Dicha cirugía no resolvió dicha ambigüedad al no haber quedado satisfecha con dicha intervención quirúrgica, motivo por el cual solicitó al Registro de nacimientos, sexo y matrimonios de Nueva Gales del Sur que su sexo fuera registrado, a efectos de dicha institución registral, como “sexo no específico”. De conformidad con lo dispuesto por la legislación vigente, la solicitud de Norrie vino acompañada de las declaraciones de dos médicos ejercientes. Cada médico declaró que Norrie había padecido un proceso de reafirmación de sexo y que lo pertinente a las circunstancias del caso de Norrie era que en el Registro apareciera la misma como persona de sexo no específico. Así las cosas, los acontecimientos se precipitan en un primer momento a la decisión del Registrador que emite dos certificados, esto es, el Registrador adopta su decisión el 24 de febrero de 2010 acompañándose de dos certificados, tanto el de nombre como el de sexo en los que se especificaban además que el sexo de la solicitante era no específico. Posteriormente el mismo Registrador manifiesta que el particular consistente al certificado relativo al sexo había quedado anulado; y de igual forma en el certificado relativo al nombre, y en lo que al sexo que en el mismo se refiere, se expone que el sexo es “no indicado”. A partir de aquí empiezan los correspondientes medios de impugnación, hasta llegar a la presente sentencia de la Alta Corte de Australia, la cual establece una argumentación que podemos

resumir del modo siguiente: a) si bien es cierto que ha sido clásica la distinción, atendiendo al sexo, en hombre y mujer, no se puede obviar la modificación legislativa operada en Australia. Concretamente no se puede olvidar la Ley de 1996 que incide directamente en lo que a la transexualidad se refiere, y que además reconoce el denominado "sexo indeterminado"; b) partiendo de la premisa anterior, la Alta Corte expone que si bien es cierto que la realidad registral en principio responde a la clasificación genérica de hombre y mujer, no es menos cierto que lo realmente importante y relevante es lo que exprese y sienta el sujeto solicitante junto con la documentación que acompaña a la solicitud, porque a partir de aquí tiene el fundamento o razón de ser la inscripción registral. Es más, la disposición de la Ley reconoce "ambigüedades", tanto así que la propia Ley de reforma de 1996 se refiere a las personas de "sexo indeterminado", indicación suficientemente reconocida a nivel legal, como también lo hizo dicha Corte en *AB v Australia Occidental*, al aseverar rotundamente que "el sexo de una persona no es ... en todos los casos de manera inequívoca hombre o mujer."; c) pero es más, incide en que el Registrador se excedió de su cometido en el momento en el que se califica por segunda vez la mención del sexo como no indicada, porque qué duda cabe que la solicitante procedió de buena fe y además con la documentación médica acreditativa de haberse sometido a un proceso de reasignación de sexo, por lo que difícilmente puede decirse que no indicó su pretensión en lo que al sexo se refiere; d) a mayor abundamiento, expone que sólo tiene sentido lo que expone el Registrador cuando lo acontecido entre en colisión con otras normas como pudiera ocurrir con el matrimonio, pero que fuera de estos casos en los que no es necesario distinguir entre hombre y mujer, lo acontecido hace real y efectivo que los sujetos no se queden legalmente en "tierra de nadie".

Llegados a este punto, desde el posicionamiento de este doctorando es claro que no podemos hablar y reducir la conquista de derechos de los intersexos y además de los transgéneros a identidad de género. Efectivamente debemos entender que la materia incide sobremanera sobre la identidad sexual. Como hemos visto a lo largo de este epígrafe nunca podemos perder de vista que los conceptos son elaborados por los seres humanos, pero todos sin excepción son conceptos relativos. No podemos olvidar que el Derecho no puede depender de la medicina en su totalidad, aunque sí le influya la realidad médica, entre otras



razones porque la propia bioética se nutre del principio más álgido e importante del ser humano como es el respeto a la dignidad. Así las cosas, el Derecho debe estar siempre pensando en su realidad jurídica de primer orden como lo es el ser humano. Por ello, el hombre no puede ser reducido a clasificaciones tajantes de hombre o mujer, porque como dijimos anteriormente, existen estados sexuales intermedios. Pero es más, el género es un concepto social de lo que en cada momento la sociedad quiere que sea con ese contenido, y que es el concepto mismo de rol. La persona en sus derechos individuales, no puede ser reducida a lo que la sociedad quiere y espera de ella; todo lo contrario. La grandeza de un sistema legal que hace de la dignidad su principal sentido, debe responder y proteger el pluralismo como sinónimo de pluralidad. Como expusimos anteriormente, no se trata de ficciones jurídicas sino de realidades jurídicas como expuso Ferrara. Si el Derecho ha sido capaz de recoger instituciones que realmente eran forzadas como el concepto mismo de persona jurídica, cuanto más deberá hacerse real y efectivo el respeto a la identidad sexual de las personas. A modo de conclusión, ya es obligado decir que identidad sexual es el género y la identidad de género su especie.

## VII.- DIGNIDAD HUMANA, ORIENTACIÓN SEXUAL, IDENTIDAD DE GÉNERO Y SU PROTECCIÓN INTERNACIONAL Y NACIONAL.

### 1.- Consideraciones previas. Dignidad Humana y Derechos Fundamentales.

Proceder al estudio y análisis de la dignidad humana, máxime cuando se pone en correlación con la orientación sexual, identidad sexual e identidad de género, es cuestión obligada en este trabajo por la necesidad capital de procederse a una redefinición de lo que debemos entender por dignidad humana, pero siempre procediendo a su estudio con el compañero ineludible del libre desarrollo de la personalidad, cuando además se analiza la idea del respeto a las personas por el comportamiento sexual que desplieguen. Esta perspectiva procede y debe imperar siempre, ya asistamos a un comportamiento sexual distinto del heterosexual puntual o esporádico, ya sea un comportamiento sexual como forma de vivir el sexo con las notas de estabilidad y permanencia que apuntaría a la noción misma de orientación sexual.

Como punto de partida de nuestra exposición, la defensa de los derechos fundamentales de cualquier persona, pero específicamente proyectado a personas por su comportamiento sexual, presenta su esencia cuando se pone en correlación el respeto a su dignidad con el derecho concreto y determinado que le puede ser conculcado; supuesto paradigmático el derecho a la igualdad en la vertiente de no ser discriminado por dicho comportamiento sexual. En este sentido, nuestra Constitución establece en el artículo 1.1 la consagración de nuestro modelo de Estado como un modelo de Estado Social y Democrático de Derecho en el que se propugnan o persiguen la consecución de cuatro valores superiores de nuestro Ordenamiento Jurídico como lo son la Libertad, la Justicia, la Igualdad y el Pluralismo Político. El establecimiento en el artículo primero de la Constitución de la tipificación expresa de cuatro valores superiores no puede ser entendido en sentido abstracto, sino que la etiología y razón de ser del precepto tiene que ser estudiado en correlación con lo predeterminado en el apartado primero del artículo 10 de dicha *norma normarum* que establece que la “dignidad de la persona humana, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son el fundamento del orden político y de

la paz social”; dignidad humana que se erige en el “fundamento lógico y ontológico” de todos y cada uno de los derechos fundamentales a que se refiere la Constitución, tal y como estableció nuestro Tribunal Constitucional en Sentencia 53/1985 de 11 de abril.

La referencia a la dignidad humana no es arbitraria; todo lo contrario. De hecho cuando hablamos de derechos fundamentales y sin olvidar el fundamento de la dignidad humana, realmente es el eslabón final de una evolución histórica de los derechos que siguiendo al profesor Lorca implicaría la existencia de cuatro etapas o fases: a) una primera fase llamada de maduración ideológica en la que el énfasis se ha de poner en la dignidad humana para reivindicar intentos de liberación constatados; b) la fase de las grandes Declaraciones de Derechos; c) una tercera fase en la que los derechos naturales se constitucionalizan; d) una fase de universalización de los mismos (1993: p. 427-428).

Realmente y en su origen, asistimos a derechos naturales porque tienen su fundamento o *ratio essendi* en la naturaleza humana, es decir, por el hecho de ser persona, pero en su consideración de naturaleza “racional y libre”. Por ello como afirma el profesor Lorca “los derechos naturales surgen a la historia como derechos fundamentales de la persona en cuanto traducen en logros de libertad, justicia e igualdad, el natural anhelo de elevar un palmo más la dignidad del hombre...” (1993, p. 450-451).

Obsérvese que hablamos de valores superiores, hablamos de derechos fundamentales y todo ello sin olvidar el postulado del respeto a la dignidad humana. Por tanto, lo que debemos preguntarnos, tras la conjugación de esos tres aspectos, es si en nuestro sistema jurídico hablamos de positivismo normativista, hablamos de concepción iusnaturalista o finalmente de un modelo integrador. La cuestión presenta importantes matices puesto que el profesor Peces Barba, y uno de los padres de nuestra Constitución, pone de manifiesto que el artículo 1º y la consagración de dichos valores superiores con ese *nomen iuris* que no de principios, constituye el pórtico de nuestro sistema jurídico, pero sin estar ante un positivismo normativista *strictu sensu* y superando a la vez la vieja concepción iusnaturalista (Peces-Barba 1984). Podemos decir, que el profesor Peces Barba quería superar una concepción iusnaturalista del Derecho

pero tampoco entender nuestro sistema como un mero conglomerado de normas jurídicas, porque aunque dicho autor mencione valores que no principios, no quiere decir que éstos no existan, puesto que de lo contrario sería tanto como desconocer la realidad positiva “de los principios rectores de política social y económica” a que se refiere el Capítulo III del Título I de nuestra Carta Magna (Lorca, 1991: p. 12-13). Por ello el profesor Lorca menciona un cotejo comparativo-complementador de los artículos 1.1 y 10.1 de la Constitución.

A modo de conclusión, en nuestro sistema debemos seguir un modelo axiológico del derecho, en el recto entendimiento de que nuestro Ordenamiento Jurídico no puede ser entendido como un mero conglomerado de normas jurídicas que responden a la idea de sistema sin más. Nuestro Derecho está integrado también por un conjunto de valores superiores y de principios, entre ellos la dignidad humana a que está orientado de forma finalista nuestro modelo de Estado, principios que son a los que precisamente el constituyente remite al legislador ordinario para el desarrollo de los derechos fundamentales de protección máxima, al decir que en dicho desarrollo legislativo habrá de respetarse en todo caso su contenido “esencial”. Sirva de complemento a todo ello que la esencia del Derecho es el hombre por exigencias de su dignidad, y por ello asistimos a un nuevo modelo de Estado que hace referencia a los valores superiores, y que supone no tener precedente histórico en el constitucionalismo español y comparado, así como también supone una toma de postura constitucional que se acerca más a la Filosofía del Derecho que al propio Derecho Constitucional (Peces-Barba 1984: p.12).

Con ello queremos decir que para llegar a la concepción del Derecho que tenemos, y con un elenco de derechos fundamentales a lo largo de toda la Constitución, empero entre los que se encuentran los artículos 14 a 29 y 30.2 que son los llamados derechos fundamentales de “protección máxima”, lo cierto es que para la consecución de los mismos y su disfrute con la positivización constitucional, y siempre con el fundamento de la dignidad humana, hacemos referencia a una evolución histórica en la conquista de la positivización y disfrute de esos “derechos naturales”. A este respecto, debemos traer a colación al profesor Pérez-Luño que preocupado por la búsqueda de la fundamentación del sistema de los derechos y libertades constitucionales aborda en el capítulo III de

su obra *Los derechos fundamentales* la figura del “hombre-topo”, hombre éste ávido de saber cuál es el fundamento de los derechos fundamentales positivizados en nuestra Constitución, tras dejar atrás un tiempo de dictadura con el advenimiento de un proceso de transición democrática. En este sentido, ese hombre-topo se presenta muchos interrogantes, y para resolverlos acudirá a un párroco de su pueblo; a un empresario liberal y a un joven abogado, encarnando cada uno de esos tres personajes la concepción iusnaturalista, iuspositivista y “alternativa” respectivamente, en la explicación del fundamento de los derechos fundamentales anhelados (1986: pp. 105 ss).

Por ello, y partiendo de estas consideraciones previas, aunque posteriormente analizaremos en capítulo aparte el concepto de dignidad humana, no podemos perder el punto de partida de los derechos humanos-fundamentales que conectan directamente con el principio del respeto a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad como ser humano. Dicho con otras palabras, el hombre *per se* y en su esencia solamente puede ser analizado en los derechos de los que está investido en una postura axiológica del Derecho de una realidad interna, es decir, y siguiendo al profesor Polo, “el hombre es desde dentro” (1993, p.48). Pues bien, desde esa interioridad del ser humano, en él está implícito la dignidad humana que lleva ínsito a la vez la idea de respeto, respeto al que estamos llamados todos desde una doble perspectiva, esto es, respeto a uno mismo y respeto a los demás por exigencias de dignidad humana que es el fundamento del ser humano por el hecho de serlo, y de ahí la plasmación positiva de todos los derechos que en su esencia conectan con el respeto a esa dignidad humana predicativa del hombre por el hecho de serlo (Torres 2000: pp. 47-49).

## **2.- El reconocimiento internacional de la orientación sexual y la identidad de género como atributos de la persona objeto de tutela y protección.**

Tal y como exponíamos anteriormente, en el proceso de formación de los derechos fundamentales como exigencias de la dignidad humana, podíamos distinguir hasta cuatro fases o etapas, siendo la última un proceso de generalización e internacionalización de los mismos, ya no sólo en las

organizaciones internacionales de carácter general, sino también en las llamadas organizaciones internacionales de carácter regional. De igual forma, se ha venido discutiendo sobremanera y desde el punto de vista jurídico si la dignidad humana *per se* puede ser entendida como una especie de “derecho”, en el recto entendimiento de que si apreciada una posible vulneración de la misma puede constituir un supuesto de *quaestio facti* y también *quaestio iuris* con autonomía propia como para provocar una reacción de tutela ante el intérprete supremo de la Constitución, y que en nuestro Derecho es el Tribunal Constitucional. Dicha cuestión será dilucidada en el capítulo inmediatamente posterior, pero en este momento al menos debemos advertir que la dignidad humana siempre será la esencia que constituye cualquier derecho fundamental, y dignidad humana de que está investida la persona humana por el hecho de serlo. Así las cosas, lo cierto es que con independencia de que la dignidad humana sea el fundamento lógico y ontológico de todos y cada uno de los derechos fundamentales, en aras de esa dignidad no han sido pocos, y lo siguen siendo, los ataques a las personas sin respeto alguno a la misma cuando lo que acaece es un comportamiento sexual distinto al que impera en una comunidad organizada políticamente en forma de Estado, o cuando no es dable admitir la existencia de distintas tendencias u orientaciones sexuales, y por tanto asistimos al rechazo a lo diferente como diría Foucault.

Sin olvidar los grandes logros que se produjeron en textos constitucionales del siglo XIX y XX, tales como la Declaración de 27 de diciembre de 1848 de la Asamblea Nacional de Fráncfort que reconoce unos derechos fundamentales del pueblo alemán, pasando por la Constitución de Weimar de 11 de agosto de 1919 que contenía una parte relativa a derechos y deberes fundamentales de los alemanes, hasta llegar a la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 8 de mayo de 1949, en cuyo artículo 1º se establece como base del sistema el respeto y protección de los poderes públicos a la dignidad del pueblo, calificando a ésta de intangible (Bundestag 2010: p. 17), nos encontramos sin solución de continuidad y de manera inexorable ya no sólo a reconocimientos de la protección de la dignidad humana en textos constitucionales particulares, sino que se tiende de manera general a

reconocerse dicha protección en la sociedad internacional y en el sistema normativo que aspira a regularla, es decir, el Derecho Internacional.

-En este sentido, el punto de partida en el origen y en la génesis de la protección de los derechos fundamentales de las personas y de los pueblos y naciones, pero siempre sin perder ni un atisbo la dignidad humana, es la Carta firmada en la Conferencia Internacional que tuvo lugar en San Francisco, concretamente el día 26 de junio de 1945 tiene lugar su firma y por la que se constituye la Organización de las Naciones Unidas (ONU), heredera de la antigua Sociedad de Naciones constituida también por el famoso Pacto de Sociedad de Naciones o Tratado de Versalles de 28 de junio de 1919. La Sociedad de Naciones surge para establecer las bases de la convivencia internacional tras el desastre bélico de la Primera Guerra Mundial, pero como quiera que no fue capaz de evitar la Segunda Guerra Mundial, tras ésta, surge la ONU y su instrumento jurídico que *ab initio* la regulaba. Lo importante del articulado de la Carta de San Francisco por el que se constituye la ONU, es el preámbulo; más concretamente la creencia siempre y la fe “en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas”, para luego añadir entre las finalidades el “practicar la tolerancia”. Conviene añadir además que el artículo 1º de la Carta establece como propósito “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”.

Esta declaración de propósito o de intenciones es una aseveración de importancia trascendental, porque gracias a ello tendrá lugar uno de los textos internacionales más significativos, porque establecen una base sólida de cómo debe ser entendida la dignidad humana y los derechos humanos que le son inherentes. Nos estamos refiriendo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, y en cuyo instrumento jurídico internacional a los efectos que nos interesan reconoce en el artículo 1º la salvaguarda de la dignidad

humana, porque todos los hombres han nacido libres e iguales en dignidad, para luego posteriormente en su artículo 7 consagrar la igualdad sin distinción entre los hombres; y todavía más, prohibiendo “toda discriminación”, aunque no establezca concreciones de tipos de discriminación, como de forma clara hace nuestra Constitución en lo que al sexo se refiere, o en general al referirse a cualquier otra circunstancia o condición.

La actividad de la Asamblea General de la ONU y con el apoyo normativo y habilitante del artículo 1º antes transcrito de la Carta de San Francisco, el 16 de diciembre de 1966 da lugar a que se aprueben dos Pactos Internacionales de importancia capital, como son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El artículo 26 del primer texto internacional de los citados establece que:

“Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

No obstante lo que se acaba de exponer, lo cierto es que ni en los textos que son presupuesto de la protección de los Derechos Humanos, ni en sus principales resoluciones se establecía ninguna mención concreta de la protección de la orientación sexual y la identidad de género, y lo cierto que han sido palmarios en la esfera internacional los ataques a los colectivos homosexuales, bisexuales, transgéneros e intersexos que han llegado hasta ejecuciones extrajudiciales, sumarias, e incluso con auténticos escollos por la orientación sexual para pedir el derecho de asilo. En este sentido, han sido trascendentales las distintas misiones especiales enviadas por la ONU a través de la figura de las “relatorías especiales”; entre ellas la Relatoría Especial de las Naciones Unidas sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias. Así por ejemplo, baste citar cómo en año 2010 el Relator Especial en la misión a



Colombia sobre desapariciones extrajudiciales, sumarias o forzadas, asunto A/HRC/14/24/Add.2, establece como grupos especialmente vulnerables:

“Tradicionalmente entre las personas elegidas como blanco de homicidios por las fuerzas estatales y los grupos armados ilegales de Colombia figuran de manera prominente defensores de los derechos humanos; sindicalistas; defensores de los derechos de las mujeres, las víctimas y las minorías; lesbianas, gays, bisexuales y transexuales; o personas con discapacidad física o mental. Si bien las estadísticas varían en cuanto al número de homicidios de personas de cada una de estas categorías”.

Más dramático todavía son las conclusiones a que llega el mismo relator en su misión a Nigeria, asunto E/CN.4/2006/53/Add.4, en el que expone que:

“En relación con la pena de muerte, existen tres inquietudes fundamentales: las irregularidades de procedimiento, que están extendidas y que incluyen el uso de tortura por parte de la policía para extraer confesiones, la falta de representación legal en casos de pena de muerte, y las sentencias de muerte impuestas por tribunales militares establecidos bajo el anterior régimen; las atroces condiciones en el corredor de la muerte y la inaceptable media de estancia en él a la espera de ejecución, que es de 20 años; y la aplicación en 12 Estados de la pena de muerte mediante lapidación por adulterio o sodomía, en contravención de las leyes de Nigeria y el derecho internacional. El Gobierno Federal debería reiterar que la imposición de la pena de muerte por delitos de adulterio y por la práctica de la sodomía es contraria a la Constitución. Todas las personas sentenciadas a muerte o a cadena perpetua en virtud de la ley marcial deberían beneficiarse de una revisión de sus condenas, como reconocimiento de las muy deficientes garantías del derecho al debido proceso que se aplicaban entonces”.

De obligado cumplimiento era una respuesta de la Comunidad Internacional y de la Organización de Naciones Unidas, zanjando de este modo y con carácter definitivo la materia de la protección expresa de las personas en

cualquier variante sexual, es decir, ya sea la protección de las personas por su orientación sexual, bien por razones de identidad de género. En *pro* de ello y en un paso más de la cadena de la protección de la orientación sexual e identidad de género, debemos traer a colación la Declaración de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, para la Conferencia Internacional sobre los Derechos Humanos de las personas lesbianas, gays, bisexuales y Transexuales (LGBT), Montreal, 26 de julio de 2006, que establece un principio general de Derecho Internacional proyectado en la orientación sexual e identidad de género consistente en:

“Neither the existence of national laws, nor the prevalence of custom can ever justify the abuse, attacks, torture and indeed killings that gay, lesbian, bisexual, and transgender persons are subjected to because of who they are or are perceived to be. Because of the stigma attached to issues surrounding sexual orientation and gender identity, violence against LGBT persons is frequently unreported, undocumented and goes ultimately unpunished. Rarely does it provoke public debate and outrage. This shameful silence is the ultimate rejection of the fundamental principle of universality of rights”.

O lo que es lo mismo, según la traducción ofertada por la página del Consejo de Europa, y más concretamente el informe del Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa, Thomas Hammarberg, que lo refiere dice:

“Ni la existencia de leyes nacionales, ni la prevalencia de la costumbre pueden justificar jamás el abuso, los ataques, la tortura e incluso los asesinatos a los que se ven sometidos las personas gays, lesbianas, bisexuales y transgénero debido a quiénes son o a cómo se percibe que son. Debido al estigma asociado a las cuestiones relacionadas con la orientación sexual e identidad de género, la violencia contra las personas LGBT a menudo no se denuncia, quedando indocumentada y finalmente sin penalizar. Raras veces genera debate público o indignación. Este vergonzoso silencio es la negación máxima del

principio fundamental de universalidad de los derechos humanos”.

Finalmente, no debemos cerrar la exposición de la protección de los derechos humanos y la dignidad cuando el colectivo afectado lo es por su orientación sexual o identidad de género, sin traer a colación el escalofriante informe de la oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos de 4 de mayo de 2015 que a pesar de un anterior informe presentado en el año 2011, y en la que se expuso un cuadro de discriminación contra personas de todas las regiones por motivos de su orientación sexual o identidad de género – el informe A/HRC/19/41-, en el informe de 2015 se mencionan importantes logros tales como que al menos tres países han derogado sus legislaciones en el particular de la persecución con sanciones penales de las prácticas homosexuales; 14 estados han endurecido o aprobado leyes contra la discriminación haciéndose referencia en algunos a la orientación sexual y/o de género, e incluso dos estados han ampliado la protección específicamente de los intersexuales. No obstante lo anterior, desgraciadamente la realidad de la vida internacional nos demuestra que a pesar de esos logros, lo cierto es que al menos 76 países mantienen leyes que suponen una flagrante discriminación frente a las personas por su orientación sexual y/o identidad de género, llegando a castigarse las prácticas homosexuales consentidas entre adultos. Llamativas son dichas legislaciones y el nombre que emplean para estas conductas tales como “vagos” (obsérvese el paralelismo con nuestra legislación pretérita de 1933 sobre vagos y maleantes), “actos indecentes” o de “libertinaje” entre otros calificativos, llegando a un sistema de penas que pueden ir desde la flagelación, pasando por la cadena perpetua, y hasta llegar a la pena capital. Todo ello sin olvidar que en el contenido del informe se nos indica cómo Arabia Saudita, Mauritania, la República Islámica de Irán, el Sudán y el Yemen, y en partes de Nigeria y Somalia las relaciones homosexuales se castigan con pena de muerte. Del informe surgen recomendaciones que, tal y como su nombre indica, son recomendaciones que implican una invitación a actuar pero sin carácter vinculante. Si a ello unimos el hecho de que tal y como el propio informe menciona en su apartado de conclusiones, párrafo 76, que la Comunidad Internacional adolece de la falta de un mecanismo especializado a nivel

internacional “que aplique un enfoque sistemático e integral de la situación de los derechos humanos de las personas LGBT e intersexuales”, y a lo que añadiríamos su carácter vinculante, debemos advertir que queda muchísimo camino para hacer real y efectivo la igualdad sin distinción, aunque sin olvidar nunca el hecho objetivo consistente en que se van conquistando logros; y ello constituye un importante incentivo en la constante lucha de la defensa de los derechos humanos y de la dignidad de las personas del colectivo LGTB.

Exponíamos anteriormente que la dignidad humana se reconoce y protege no sólo por medio de organizaciones internacionales de carácter general, sino también por medio de organizaciones internacionales de carácter regional, es decir, aquellas cuyo ámbito de actuación geográfico es concreto y determinado. En este sentido, y en el marco del Consejo de Europa tuvo lugar el importante Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950 hecho en Roma, así como una sucesiva cadena de Protocolos dictados en aplicación y desarrollo del anterior Convenio, amén de la creación del denominado Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Del Convenio de Roma interesa a los efectos expositivos traer a colación los artículos 8 y 14, que hacen referencia respectivamente al derecho a la vida privada y familiar, así como el derecho a la igualdad y prohibición de toda discriminación “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”. Como primera discriminación en el trato, debemos traer a colación las distintas legislaciones que incluso todavía mantienen una persecución y castigo del contacto sexual entre hombres, o calificando dichas prácticas, por vestigios históricos, como sodomía. En *pro* de ello ya tuvo que pronunciarse el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el comportamiento de varios Estados como sujetos de Derecho Internacional que en sus respectivas legislaciones tenían un arraigado comportamiento contrario a la tendencia homosexual; sin ánimo de ser exhaustivo, el referido Tribunal dictó importantes sendas sentencias tales como la de 22 de octubre de 1981 en el caso Dudgeon contra El Reino Unido; Sentencia de 26 de octubre de 1988, Caso Norris contra Irlanda; Sentencia de 22 de abril de 1993, Caso Modinos contra Chipre, en la que siempre a la hora de establecer su fallo pone de manifiesto el llamado juicio de proporcionalidad, o como manifiesta el propio Tribunal Europeo el poner en

equilibrio el interés general y el interés particular del individuo que ante el tribunal demanda la tutela de su derecho. A este respecto, el Tribunal ya puso de manifiesto, esgrimiendo además que la gran mayoría de la Comunidad Internacional ha ido desterrando de sus Ordenamientos Jurídicos las normas que persiguen las prácticas homosexuales, que el mantenimiento por parte de los Estados y en sus sistemas jurídicos de normas como las referidas suponen un enjuiciamiento social constante del individuo que contradice el respeto a la vida privada reconocido en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. De igual forma, en el año 1992 Nick Toonen denunció la existencia de una ley similar de persecución de la homosexualidad en el Estado de Tasmania que supuso que el Comité de Derechos Humanos de la ONU emitiera el dictamen número 488/1992 emitido el 31 de marzo de 1994, documento U.N. Doc. CCPR/C/50/D/488/1992 (1994), en el que se pone de manifiesto que el contenido de dicha ley australiana y concretamente el artículo 122 y 123 del Código Penal de Tasmania vulneraba e iba en contra del artículo 8º del Convenio Europeo de Derechos Humanos, al entenderse una injerencia arbitraria con ese articulado en el derecho del solicitante al respeto a su vida privada, significando además que cuando el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en los artículos 2.1 y 26 hace referencia al sexo, debe entenderse que comprende la “inclinación sexual” (parágrafo 6.10) y que los derechos que dicho Pacto Internacional contiene supone e implica la prohibición de negar tales derechos a las personas por su orientación sexual.

Quizás, y aunque marcó un paso adelante el hecho de la inaplicación por parte del Tribunal de la normativa que entra en confrontación con el respeto a la vida privada de quien lleva una sexualidad diferente a la generalidad, debemos entender que dicho órgano no fue ambicioso en el postulado y resultado jurídico, porque no estableció quizás una visión de la vida privada global, es decir, no sólo hacia dentro sino también hacia fuera. Con ello queremos decir que habrá que esperar a una redefinición del derecho reconocido en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos como el derecho humano del respeto a la vida privada pero no sólo en lo íntimo de tal derecho, sino también en el derecho de dentro a fuera, es decir, que ese respeto del homosexual tiene repercusión en el mundo de lo público, y eso es precisamente lo que explica el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia de 27 de septiembre de 1999 en el caso

Lustig Prean y Beckett contra el Reino Unido a propósito de la exclusión del servicio militar a los homosexuales tanto de hombres como mujeres, y en concreto porque ambos demandantes habían sido licenciados por ser homosexuales. Palmaria violación a la vida privada quedó plasmada en la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso A.D.T. contra Reino Unido de 31 de julio de 2000 y que trae causa de Sentencia dictada por la justicia británica por la que se condenaba a un sujeto por mantener sexo en grupo en su esfera privada y con personas de su mismo sexo, de tal manera que en el presente caso –esgrimió el Tribunal Europeo de Derechos Humanos- el margen de apreciación de las autoridades nacionales es pequeño cuando se pone en correlación con actividades que corresponden a la vida netamente privada, como lo era sexo entre hombres y hasta grabadas en vídeo. Como quiera que era una actividad netamente privada y sin que hubiera razones de salud o moralidad públicas, se entiende la injerencia y vulneración del artículo 8º del Convenio sin que se justifique el mantenimiento de una legislación que penalice sin más las relaciones homosexuales en privado.

Cuestión realmente importante es la referida a los supuestos de puesta en correlación de la orientación sexual e identidad de género con instituciones que se erigen a su vez en auténticas situaciones jurídicas, porque se entremezclan a su vez varias relaciones jurídicas que pueden afectar a terceros, y en las que no puede hablarse única y exclusivamente de la denominada “autonomía privada”, al existir un importante interés público preponderante. Nos estamos refiriendo a esa rama del Derecho Privado que recibe el *nomen iuris* de Derecho de Familia. No podemos olvidar que en el llamado Derecho de Familia, una de sus principales características viene dada por la existencia de un importante contenido ético-jurídico, porque conectan con lo que se ha dado en llamar las potestades familiares, es decir, implica el otorgamiento de derechos pero para cumplir determinados deberes con terceros, ya sea la pareja –tal y como ocurre con la institución matrimonial- ya sea con los hijos- como ocurre con la filiación, ya sea por naturaleza o adoptiva-. Pues bien, llegados a este punto, también desde la óptica internacional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tenido la oportunidad de pronunciarse en una cuestión tan delicada como lo es la adopción, llegando a la conclusión de que si la legislación de un Estado permite a personas solteras acudir a la filiación adoptiva, partiendo de

esa premisa en el que no se exige la condición del vínculo jurídico matrimonial, no puede por tanto a los solteros evitarse acceder a la adopción poniendo hincapié única y exclusivamente en la orientación sexual, aunque ello siempre presentará el inconveniente de que desde el punto de vista de la legislación del Estado en cuestión puedan ponerse requisitos que veladamente impidan ese acceso sin que pueda hablarse ya de arbitrariedad en el acceso a la adopción. En lo que sí es categórico el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como no podía ser de otro modo y como así lo hacemos todos los miembros integrantes del Poder Judicial español, es no adoptarse decisiones que tengan que ver con los hijos en los supuestos de crisis matrimonial, basándose exclusivamente en la orientación sexual de los progenitores; es más, no debe tenerse en cuenta en modo alguno. Criterio éste que fue el acogido por el Tribunal Europeo –*videm* la Sentencia de 21 de diciembre de 1999, Caso Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal-. Sirva de complemento a dicho posicionamiento que lo que impera en las medidas en relación a los hijos es precisamente esto, y no las posiciones personales de los progenitores que en nada puede repercutir en los hijos como lo es la sexualidad de sus padres, porque basarse en ello sería tanto como partir de convencionalismos inaceptables y extrajurídicos. Por ello y como reiteradamente ha puesto de manifiesto quien suscribe, y sin ánimo de ser exhaustivo, sino meramente a título de ejemplo, en la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Estepona de 6 de noviembre de 2009 se dice:

“En cuanto a la temática de la guarda y custodia, la parte demandante solicita la guarda y custodia del menor. En este sentido, no podemos olvidar que en nuestro Ordenamiento Jurídico, aparece la Patria Potestad como lo que se ha dado en llamar un *officium* o función, esto es, estamos ante el fenómeno de las potestades familiares en el que los progenitores tienen unos derechos pero de cara a cumplir unos deberes inexorables, que son los establecidos en los artículos 154 en conexión con el 156 CC cuando nos dice que la patria potestad se ejercerá **“siempre en beneficio de los hijos”**. Cuestión que no es baladí, pues el beneficio o interés de los hijos, el llamado principio del *favor filii* aparece como un interés jurídicamente protegido en el artículo 39 de la Constitución, artículos 92, 94,

103, 110, 154 y 170 CC, pasando por los preceptos de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero; específicamente en su Exposición de Motivos establece que “debe primar siempre el interés superior de los menores sobre cualquier interés legítimo que pueda concurrir”. Aplicada esta doctrina a la presente cuestión de hecho, valorando el principio del interés superior del menor (*favor filii*); la situación de hecho que se estaba dando que es la convivencia del menor con su madre (*status quo*), qué duda cabe que en el caso de autos conviene mantener la situación que se estaba produciendo, por lo que lo más conveniente y prudente es la guarda y custodia del menor con su madre, sin perjuicio del derecho de visita del padre con el hijo en los términos que se exponen seguidamente. A mayor abundamiento, en autos y no rebatido de adverso, la madre ha estado ejerciendo las labores inherentes a la patria potestad, o para decirlo en términos arcaicos, ha estado desempeñando sus funciones como “una buena madre de familia”, sin que pueda afectar para nada la orientación sexual de ésta porque lo único relevante en la patria potestad es la relación progenitores-hijo y no factores exógenos a dicha relación que pertenecen única y exclusivamente a la progenitora demandante como lo es vivir su sexualidad con quien quiera, puesto que de lo contrario sería traer a colación dicho elemento como un prejuicio o convencionalismo totalmente carente de fundamento, que además repugnaría con los más elementales postulados de igualdad del artículo 14 de la Constitución. Al no concurrir circunstancias evidenciadoras de que la madre ha ejercido incorrectamente la patria potestad y su contenido (la guarda y custodia) no existe la concurrencia de ningún elemento que haga modificar la situación que de hecho se estaba produciendo - *status quo*.”

Hasta aquí hemos establecido la importancia de la dignidad, la igualdad en relación con la orientación sexual o identidad de género, pero lo cierto es que el principal problema jurídico con el que nos encontramos es que en todos los textos internacionales referidos se establecen los derechos humanos de que



dispone cualquier persona como manifestación del respeto a su dignidad, pero lo cierto es que en todos los textos analizados, ya no sólo de carácter universal sino también regional, no aparece plasmada ninguna referencia a la protección de la orientación sexual y la identidad de género, todo ello sin olvidar los *Principios de Yogyakarta* a la que nos referiremos posteriormente. Quizás por ello, siempre que se ha exigido tutela ante organismos internacionales, el primer esfuerzo jurídico aparente, y decimos aparente porque desde nuestro posicionamiento está rotundamente claro, es ver si en el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo está incluida la orientación sexual y la identidad de género. La cuestión no es baladí, porque si tenemos en cuenta las primeras resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de transexualidad, se pone de manifiesto el criterio biológico y la distinción médica de los sexos en la clasificación binaria de hombre y mujer. Por ello, existen autores que dicen que el sexo hace referencia al hombre y a la mujer, pero entonces qué ocurre con el intersexo o transgénero. En cualquier caso, entendemos que la interpretación es forzada, porque si bien es cierto que el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no menciona la orientación sexual y la identidad de género, qué duda cabe que la comprende por la concurrencia de tres elementos: a) porque el texto es rotundo cuando manifiesta la prohibición de toda discriminación, a lo que debemos añadir, toda discriminación y sin excepción; b) en cualquier caso, deja el precepto una cláusula genérica o de cierre en su inciso *in fine* al decir “.. o cualquier otra condición social”, de lo que se colige que no cabe otra manera de entender, conjugando ambos elementos, que se encuentra amparada la orientación sexual e identidad de género; c) por este motivo el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas en su Observación número 20 sobre “no discriminación” aclaró que:

“se reconoce la identidad de género como una de las razones de discriminación prohibidas; por ejemplo, las personas que son transgénero, transexuales o intersexuales se enfrentan a menudo a graves violaciones de los derechos humanos, como el acoso en la escuela o en el lugar de trabajo”.

En cualquier caso y quizás para dejar asentado definitivamente la inclusión de la orientación sexual y la identidad de género, se han dictado una

cadena más o menos larga de “recomendaciones” que van desde la discriminación en general de los homosexuales del año 1981 y específicamente la importante Recomendación 1117 /1989 relativa a la condición de los transexuales, hasta la discriminación de los gays y lesbianas en el deporte del año 2003.

En la Recomendación de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa 1117/1989 se insta a los Estados en los casos de transexualismo irreversible en un triple sentido: a) la referencia al sexo de la persona de que se trate debe ser modificado en los Registros de nacimientos así como en los documentos de identidad; b) el cambio de nombre debe ser autorizado así como la vida privada de dicha persona debe ser protegida; c) cualquier discriminación en el disfrute de los derechos y libertades fundamentales está prohibido de conformidad con lo previsto en el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Por su importancia en el análisis de los derechos humanos pero proyectados en la identidad de género, debemos traer a colación el importante informe elaborado por Don Thomas Hammarberg, Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa, de fecha 29 de julio de 2009 en el que, a grandes rasgos, podemos extraer las siguientes consideraciones y puntualizaciones:

1.- En primer lugar se explica a título de ejemplo la realidad de los países de la Unión Europea en pleno año 2009, de tal manera que ni siquiera desde el punto de vista de las legislaciones de dichos estados se precisa la naturaleza jurídica de las discriminaciones por razones de identidad de género, y si pertenecen a la esfera de la discriminación por razón de sexo, o por el contrario a discriminaciones por razón de orientación sexual, lo que ya el informe califica a esta última como errónea. Nosotros entendemos al igual que el informe referido, que la calificación de la identidad de género como un supuesto de discriminación por razón de orientación sexual es netamente equivocada, entre otras razones porque no podemos olvidar que en los supuestos de transexualidad existe, a diferencia de los supuestos de orientación sexual, una ambigüedad en el transgénero entre el sexo que ostenta y el sentimiento de

pertenencia a nivel psicológico al sexo opuesto, y precisamente por ello pretende huir de esa ambigüedad.

2.- La ausencia de reconocimiento expreso de la identidad de género como un supuesto específico de discriminación, y así lo hemos visto a lo largo de la exposición de los derechos humanos a nivel internacional, es un déficit que indudablemente afecta a la inclusión de esta materia en los trabajos que se aborden desde la óptica del Derecho Internacional, lo cual debe presuponer como lógica consecuencia que el encargado de esta materia tendrá que tener formación y conocimientos específicos en la misma, so pena, en caso negativo, de tener que llevar a cabo un proceso de aprendizaje previo para poder abordar su cometido.

3.- La problemática de la ausencia del reconocimiento expreso de tutela de los bienes jurídico-sociales de la orientación sexual y específicamente la identidad de género, no ha sido óbice para que esa falta de plasmación positiva se haya encontrado huérfana de su tutela jurídica internacional, gracias a la labor jurisprudencial llevada a cabo por las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El mismo ha puesto de manifiesto y no de forma esporádica, sino también reiterada, que los Estados que impidan con sus legislaciones que el certificado de nacimiento pueda ser modificado para que aparezca en el mismo el sexo elegido, supone una vulneración del derecho a la vida privada de la persona transexual, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 8º del Convenio de Derecho Humanos.

4.- A pesar de lo que se acaba de exponer y de la jurisprudencia estable y consolidada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, para algunas personas transexuales el hecho del cambio de sexo en los documentos oficiales, empezando por los registrales, constituye un auténtico reto, y hablamos de países integrantes del Consejo de Europa.

5.- De una manera clara, precisa, lineal y fragmentaria, el informe expresa que el procedimiento de cara a la modificación del nombre y del sexo en documentos oficiales empezando por el Registro Civil suele ser largo, de tal manera que en la mayoría de los casos se requiere de un auténtico peregrinaje como contacto médico previo y operación, para culminar con el fin deseado, es

decir, en ser realmente quien quiere ser. Por ello, el informe analiza tres grupos de países a la hora de exigir condiciones para el cambio registral pretendido. A saber: a) unos países que no tienen reconocimiento legal alguno de esta materia, lo que pugnaría con nuestro sistema internacional, tal y como hemos venido exponiendo; b) una categoría de países que no requieren del sometimiento previo a hormonas o cirugía, de tal manera que basta con probar la disforia de género ante la autoridad competente que puede ser el Ministerio de Salud en caso de Hungría, el Equipo de Reasignación de Género como ocurre en Reino Unido, o bien ante un psicólogo clínico o médico entre los que se encontraría nuestro país; c) otro grupo de países que exigen cirugía previa al cambio registral y que suelen requerir un seguimiento médico, acompañado de cirugía con esterilización y/o acompañado de tratamiento hormonal. Como puede fácilmente colegirse, exigir la esterilización implica la vulneración de derechos humanos, y entre ellos la integridad física o también llamada integridad corporal. Por ello, y como apunta el informe e incluso tribunales nacionales, y a título de ejemplo el Tribunal Constitucional Federal de Alemania en 2005, el requisito previo de la cirugía para “el cambio de sexo es problemática y no defendible”.

6.- El informe critica el hecho de que en determinadas legislaciones se exijan operaciones de cara a que dicha persona pueda ser calificado en cierta forma de “apto” para poder cambiar de sexo, citando además a la legislación española como supuesto en el que lo subyace es precisamente la no necesidad de cirugía. El informe acertadamente menciona nuestra legislación porque efectivamente nuestra Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, de forma determinante requiere de la concurrencia de los siguientes requisitos: a) que se haya diagnosticado disforia de género, la cual podrá acreditarse ante el Encargo del Registro Civil con la presentación de informe que así lo acredite emitido por médico o psicólogo clínico colegiado, o con título homologado o reconocido en España; b) ausencia de trastornos de personalidad que incidieran en lo que se acaba de exponer, lo cual es clara consecuencia y exigencia del principio de seguridad jurídica, que es lo que además pretende proporcionar la institución registral. Es más, en la letra “b” del subapartado 2 del artículo 4.1 menciona un

tratamiento de al menos dos años, tratamiento que podemos constatar que es orientativo, que no preceptivo, porque así se aclara en el apartado 2 del referido artículo; c) tal y como se acaba de exponer en la letra inmediatamente anterior, el legislador español aclara que no será necesario para el cambio de sexo desde el punto de vista registral “que el tratamiento médico haya incluido cirugía de reasignación sexual. Los tratamientos médicos a los que se refiere la letra b) del apartado anterior no serán un requisito necesario para la concesión de la rectificación registral...”.

7.- El informe pone de manifiesto las posibles repercusiones o condiciones que puede poner el legislador nacional para que opere el cambio de sexo si la persona transexual está casada, lo que implicaría para la consecución del objetivo un divorcio previo, lo cual es censurado sobremanera en el informe.

8.- En cuanto al acceso a la atención sanitaria, y estableciendo dentro del catálogo de patologías de que pueden hablarse en relación al transexual las dos corrientes doctrinales con mayor predicamento, el informe aclara que los transexuales han sido vistos por la realidad médica como pacientes con trastorno mental. Como quiera que al fin al cabo se habla de patología por el sentimiento de angustia constante que el transexual tiene al constatar la ambigüedad por razón del sexo que ostenta, y que es discordante con el que siente que debe ostentar, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos exige claramente que los estados establezcan la posibilidad real a quienes quieren cambiar de sexo de la cirugía tendente a tal fin, debiendo además cubrir los sistemas de seguros los tratamientos que sean necesarios desde el punto de vista médico, puesto que forman parte de todo el engranaje de la cirugía de reasignación de género.

9.- La necesidad de políticas que eviten la discriminación en el trabajo, y lógica consecuencia de ello es que: “la necesidad de una legislación nacional antidiscriminación en todos los Estados miembros del Consejo de Europa, que incluya la identidad de género como motivo de discriminación en el mercado laboral es, por tanto, evidente”.

10.- En el apartado 3.5 del informe se menciona la transfobia y violencia contra las personas transgénero, porque dependiendo del Estado concreto y determinado, de la región, y del conjunto poblacional que envuelva a la persona transexual, la situación de conflicto en que puede encontrarse el transgénero en el plano escolar-educativo y familiar puede ser muy hostil, y hasta con conductas hacia los mismos de “odio”. La cuestión que se plantea es el punto más espinoso e importante en el que se ha de incidir, en el recto entendimiento de que en primer lugar se ha de empezar con el comportamiento preventivo de discriminación, y ello empieza en estructuras básicas como son tanto la familia como los centros escolares. Así es, la educación y la formación es el único camino para que lo diferente sea respetado y respetable. Por ello, compartimos con el Comisario de Derechos Humanos la mención específica en los llamados “delitos de odio” a la orientación sexual y a la identidad de género para evitar, de este modo, importantes conflictos interpretativos, máxime cuando el Derecho Penal se caracteriza en cuanto disposición sancionadora por su sentido literal, para evitar que el precepto penal pudiera extenderse a un supuesto no especialmente previsto en el correspondiente tipo penal, y es precisamente lo que en nuestro Derecho prescribe el artículo 4 del Código Penal.

11.- Se pone de manifiesto la necesidad de instrucciones y protocolos cuyo objetivo sean refugiados y extranjeros que en no pocas ocasiones son blanco de discriminación a causa de su identidad de género, máxime cuando a título de ejemplo aparecen auténticos escollos interpretativos sobre si el colectivo transexual puede ser entendido como “grupo social” en el sentido de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de Naciones Unidas de 1951.

Finalmente, el informe cierra con unas recomendaciones que fácilmente se coligen de cuanto se ha expuesto, pero la problemática jurídica con el que nos encontramos nuevamente es que son recomendaciones que invitan a actuar pero sin fuerza vinculante obligatoria con todo lo que ello conlleva.

Por su parte y en lo que a la Unión Europea se refiere, han sido innumerables los actos normativos que velan por el principio de igualdad y no discriminación. A este respecto, la actividad normativa de las instituciones comunitarias ha sido muy significativa, y como punto de partida de nuestra

exposición podemos traer a colación el denominado derecho originario o primario de lo que antes denominábamos las Comunidades Europeas - porque eran tres las distintas Comunidades y los tratados constitutivos de las mismas- hoy Unión Europea. Así las cosas, por Derecho Originario siempre hemos de entender no sólo los tratados constitutivos sino los tratados que modifican el origen o base de la hoy Unión Europea. En este sentido, y remitiéndonos única y exclusivamente a lo relevante de nuestro estudio como lo es la protección, igualdad y prohibición de la discriminación de las personas por razón de sexo, más concretamente de la orientación sexual e identidad de género, debemos traer a colación determinados preceptos de los tratados que constituyen el derecho originario de la Unión Europea, y entre ellos el actual artículo 141 del Tratado de la Comunidad Europea –antiguo artículo 119 que fue analizado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las entonces Comunidades Europeas; supuesto paradigmático la Sentencia de 17 de febrero de 1988 de dicho Tribunal, cuya demandante era Lisa Jacqueline Grant, llamado por ello “Sentencia Grant”-, pasando por el artículo 13 del referido tratado, hasta llegar al artículo 6 del Tratado de la Unión Europea y artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Del artículo 13 del Tratado de la Comunidad Europea podemos decir que el punto de partida de las instituciones comunitarias y más concretamente del Consejo, Comisión y Parlamento europeo es que su papel no podemos calificarlo en modo alguno de estático; todo lo contrario. El papel de los mismos implica un dinamismo en la defensa de la igualdad y en la lucha contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. Obsérvese que ya en estricto derecho positivo de la Unión se menciona como bien jurídico a proteger la orientación sexual.

De igual forma, el artículo 141 del mismo tratado consagra una manifestación del principio de igualdad como lo es la igualdad pero en el ámbito laboral, concretamente:

“1. Cada Estado miembro garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor.

2. Se entiende por retribución, a tenor del presente artículo, el salario o sueldo normal de base o mínimo, y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo.

La igualdad de retribución, sin discriminación por razón de sexo, significa:

que la retribución establecida para un mismo trabajo remunerado por unidad de obra realizada se fija sobre la base de una misma unidad de medida;

que la retribución establecida para un trabajo remunerado por unidad de tiempo es igual para un mismo puesto de trabajo..”

Este precepto trascendió a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, dando lugar a la importante Sentencia que antes referíamos de 17 de febrero de 1988, y en la que se planteó cuestión prejudicial sobre la interpretación, entre otros preceptos, del extinto artículo 119 del Tratado de la Comunidad Europea, luego modificado en su numeración en el artículo 141 antes transcrito. En la referida sentencia la *quaestio facti* versaba sobre la igualdad de trato entre hombres y mujeres, pero materializado específicamente en la negativa por parte de un empresario que tenía contratada a la demandante, señora Grant, a conceder reducciones en el precio de los transportes a la compañera sentimental de la demandante que era también mujer, basándose el demandado-empresario en el hecho de que el reglamento adoptado por la empresa sólo establecía esa reducción cuando la convivencia era con persona pero del otro sexo. En el punto 33 de la sentencia se argumenta, citando para ello a la Comisión Europea de Derechos Humanos, que las relaciones homosexuales aunque sean duraderas no están protegidas por el respeto a la vida familiar a que se refiere el artículo 8º del Convenio Europeo de Derechos Humanos, de tal manera que si los distintos Estados a la hora de regular la familia dan un trato diferenciado a la familia asentada en el negocio jurídico matrimonial o a la convivencia marital entre personas de distinto sexo, pero de forma diferente en el tratamiento jurídico al que puedan establecer para las relaciones



estables entre personas del mismo sexo, no debe entenderse como una discriminación por razón del sexo del artículo 14 del referido Convenio. Además añade en el punto siguiente que cuando el Convenio Europeo hace referencia además al matrimonio –artículo 12- está pensando en la relación clásica formada entre hombre y mujer, reforzando de este modo su posicionamiento jurisprudencial. Este criterio de *ratio decidendi* fue el mismo que aplicó el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas –Sala II- de 28 de enero de 1999 en su punto 39 al supuesto de hecho planteado en la misma. Por su parte el Tratado de la Unión Europea establece en su artículo 6ª una remisión normativa importante en lo que a principios se refiere, y el ejemplo claro es la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que establece su artículo 21, como seguidamente veremos, un principio de primer orden en la convivencia humana como es el principio de igualdad y no discriminación, que con el importante precedente del artículo 13 antes referido, supone una ampliación en su contenido. Así las cosas, y ciñéndonos en primer lugar al Tratado de la Unión Europea, éste establece en su artículo 6 unas concreciones que podemos resumir del siguiente modo: a) en primer lugar una remisión a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en el sentido de que reconoce los principios, derechos y libertades consagrados en la Carta, pero aclarando – y que no es poco- que tienen la consideración jurídica idéntica que los tratados constitutivos, es decir, que asistimos a un bloque o conjunto normativo de primer orden, o lo que es lo mismo, estamos ante derecho originario que no derivado; b) se establece la interpretación conforme establece la propia carta; c) lo más importante, asume como propio los postulados del Convenio Europeo de Derechos Humanos, como no podía ser de otro modo, máxime cuando el primer requisito de antesala para acceder a la Unión Europea es ser miembro del Consejo de Europa, y cuando a su amparo se gestó el Convenio Europeo de Derechos Humanos y con dicho Convenio el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; c) es más, existe un acopio de cuanto se asienta en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, formando parte del Derecho de la Unión como principios generales, y ya debemos adelantar que el primero de ellos que inaugura la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea es la DIGNIDAD HUMANA y el respeto a la misma (artículo 1º). Por ello, y sin olvidar el artículo 1º y como lógica consecuencia del respeto a la

dignidad humana, el artículo 21 de la Carta prohíbe taxativamente y sin excepción toda discriminación, mencionando además la discriminación por orientación sexual, y expresando exactamente en su apartado 1º 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”

De la lectura atenta del precepto vemos cómo realmente el mismo puede integrarse de dos partes, es decir, contiene la prohibición de cualquier discriminación, de ahí la utilización del término “toda”, pero a su vez establece *ad exemplum* tipos de discriminación que son además los tipos más frecuentes y los más graves de discriminación en la esfera internacional.

En lo que al derecho secundario o derivado se refiere, nos encontramos con sendas directivas significativas que pueden incidir de forma directa o indirecta en nuestra materia objeto de estudio, y que son:

-Directiva 79/7/CEE, de 19 de diciembre de 1978, que obliga a los Estados miembros a aplicar progresivamente el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social. Esta norma ha trascendido a la jurisprudencia de nuestro Tribunal de Justicia, Sala I, asunto C-423/04, en lo relativo a la negativa del reconocimiento de una pensión de jubilación a una mujer que en su origen nació hombre pero se sometió a una operación de cambio de sexo siendo mujer. Así las cosas y de acuerdo con el sistema jurídico al llegar a los 60 años como mujer solicitó su pensión de jubilación, pero le fue negada puesto que en su origen era hombre, y en la resolución dictada en Reino Unido por el *Secretary of State* se manifestó que la solicitud se presentó a más de 4 meses de que el solicitante cumpliera 65 años, es decir, se le trataba a tales efectos como hombre. El Tribunal entendió en su parágrafo 31 que “una legislación nacional que, al no reconocer a los transexuales su nueva identidad sexual, impide que un transexual reúna uno de los requisitos necesarios para disfrutar de un derecho protegido por el Derecho comunitario debe considerarse,

en principio, incompatible con las exigencias de este Derecho”. Concluye de igual forma en el parágrafo 38 que:

“De lo anterior resulta que el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una legislación que no reconoce la pensión de jubilación, por no haber alcanzado aún la edad de 65 años, a una persona que, con arreglo a los requisitos que establece el Derecho nacional, cambia de sexo masculino a sexo femenino, cuando esa misma persona habría tenido derecho a tal pensión a la edad de 60 años si se hubiera considerado que, según el Derecho nacional, era mujer.”

- DIRECTIVA 2000/78/CE DEL CONSEJO de 27 de noviembre de 2000 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. La importancia de la Directiva es tal en lo que a igualdad se refiere, que incluso en lo relativo a orientación sexual dio lugar a un importante informe por la Agencia Europea para los Derechos Fundamentales *Homophobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation* compuesto de dos partes relativas al análisis legal y a la situación social. En este sentido, y en lo que se refiere a España se hace todo un recorrido por su sistema legal mencionándose normas que protegen y cuidan el principio de igualdad para hacerlo real y efectivo, mencionando desde la Ley 13/2005 de modificación del Código Civil en materia de matrimonio, pasando por la Ley 3/07 de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas hasta llegar incluso al artículo 35 del Estatuto de Autonomía de Andalucía que reconoce el respeto a la orientación sexual e identidad de género. A mayor abundamiento, ese artículo 35 de la ley autonómica andaluza de importancia capital por cuanto regula, experimentará su desarrollo legislativo en la Ley 2/2014, de 8 de julio, integral para la no discriminación por motivos de identidad de género y reconocimiento de los derechos de las personas transexuales de Andalucía en cuyo articulado se asientan tres realidades fundamentales: a) derecho a la autodeterminación e identidad de género (artículos 2 y 3 de la ley); b) principio de no discriminación por motivos de identidad de género (artículo 6); c) medidas contra la transfobia (artículo 7).

-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.

-DIRECTIVA 2006/54/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 5 de julio de 2006 relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), que implicó la derogación de las Directivas 75/117/CEE, 76/207/CEE, 86/378/CEE y 97/80/CE. Antes de seguir adelante, conviene puntualizar que la Directiva 75/117/CEE de 10 de febrero de 1975 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores masculinos y femeninos, y la Directiva 76/207/CEE de 9 de febrero de 1976 sobre 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, así como a las condiciones de trabajo, han trascendido a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea –antes de las Comunidades Europeas– en virtud de demanda planteada por persona transexual y que dio lugar a la importante sentencia de 30 de abril de 1996, asunto C-13/5, P contra S y Cornwall County Council. Lo más llamativo de la Directiva de 2006, y que deroga a las anteriores es que establece en un cuerpo único conceptos dispersos en las directivas pretéritas. Así, establece el principio genérico de prohibición de discriminación por razón de sexo en su artículo 4, todo ello sin olvidar lo que ha de entenderse a efectos de la Directiva y del Derecho de la Unión como discriminación directa, discriminación indirecta, acoso, acoso sexual, retribución y regímenes profesionales de seguridad social (artículo 2).

Se ha de significar que sobre dicha Directiva se ha dictado recientemente la Resolución del Parlamento Europeo 2014/2160(INI), de 8 de octubre de 2015, sobre la aplicación de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación y que recomienda-pide en su punto 33 a la Comisión que “revise la Directiva 2006/54/CE refundida, como ya solicitó el Parlamento en su Resolución de 24

de mayo de 2012, que contiene recomendaciones claras y específicas”, lo cual implica las deficiencias de la consecución de los objetivos.

Por estar directamente relacionado con nuestra materia y puesto en conexión con las directivas que la propia Directiva 2006/54/CE deroga, pero que supone por tanto con ésta el seguimiento de los mismos principios contenidos en aquéllas, debemos proceder a un estudio de la importante Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 30 de abril, P contra S y Cornwall County Council, asunto C-13/94, que analiza el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo en relación con un transexual que había sido despedido de su lugar de trabajo por el hecho de cambiar de sexo. Si son muy importantes las consideraciones vertidas por el tribunal sentenciador, más importantes a juicio de quien suscribe son las conclusiones del abogado general SR. GIUSEPPE TESAURO.

A este respecto y siguiendo las conclusiones del abogado general, en su informe expone determinadas cuestiones de importancia trascendental, porque supone realmente la clave de distinciones conceptuales que no pueden pasar desapercibidas. En este sentido, de dichas conclusiones es priusindispensable resaltar:

1.- La Directiva 76/207/CEE de 9 de febrero de 1976 versaba sobre 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. A este respecto y en lo que a derecho y normativa comunitaria de aplicación se refiere, el abogado general la sintetiza en el punto 2 de las mismas. Más concretamente nos dice que:

“2. Según el apartado 1 del artículo 1, el objeto de la Directiva es «la aplicación, en los Estados miembros, del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, incluida la promoción, y a la formación profesional, así como a las condiciones de trabajo y, en las condiciones previstas en el apartado 2, a la Seguridad Social. Este principio se llamará en lo sucesivo "principio de igualdad de trato"».

Después, el apartado 1 del artículo 2 de la Directiva establece que «[la aplicación del] principio de igualdad de trato en el sentido de las disposiciones siguientes, supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente, en lo que se refiere, en particular, al estado matrimonial o familiar». La aplicación de este principio afecta, en especial, a «las condiciones de acceso, incluidos los criterios de selección, a los empleos o puestos de trabajo» (apartado 1 del artículo 3) y a las «condiciones de trabajo, comprendidas las condiciones de despido» (apartado 1 del artículo 5).”

Seguidamente y conectando con este punto de partida, y a los posibles preceptos conculcados por el despido del trabajador por cambiar de sexo, aclara en su punto 11 que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ya ha tenido la ocasión de pronunciarse sobre la temática de la transexualidad desde una doble perspectiva o punto de vista, es decir, y tal y como nosotros hemos apuntado a lo largo de este epígrafe, el derecho al respeto a la vida privada consagrado en el artículo 8º del Convenio Europeo de Derechos Humanos, así como también el derecho a contraer matrimonio con arreglo a la ley de conformidad con lo preceptuado en el artículo 12 del referido convenio.

2.- El abogado general centró desde el punto de vista jurídico la auténtica clave de arco de la *quaestio iuris*, cuando dice en el punto 16, segundo párrafo, que de lo que se trata es de dilucidar si la expresión “discriminación por razón de sexo” se refiere solamente a la discriminación entre hombre y mujeres o por el contrario debemos entender que se refiere a la discriminación pero como sinónimo de cualquier “trato desfavorable relacionado con el sexo” en el que estaría entonces *ab initio* incluido la discriminación contra los transexuales.

3.- El abogado general partiendo de las dos premisas que acabamos de exponer expone la problemática que hemos venido apuntando a lo largo de todo este trabajo si por sexo debemos entender el denominado sexo biológico, y más concretamente si realmente estamos ante la clasificación tradicional y binaria de hombre o mujer. Y es que el abogado general pone en su punto 17 del informe el énfasis en recordar:

“la tesis, cada vez más admitida en los círculos médicos y científicos, según la cual hay que dejar atrás la clasificación tradicional y reconocer que, junto a la dicotomía hombre/mujer, existe una serie de características, de comportamientos y de papeles compartidos por hombres y mujeres, de manera que el sexo *en sí* debería ser considerado como un *continuum*. Es evidente que, desde este punto de vista, no sería correcto seguir considerando ilegales únicamente los actos de discriminación por razón de sexo referidos a hombres y mujeres en el sentido clásico de dichos términos, y negar protección a aquellas personas que también reciben un trato menos favorable precisamente a causa de su sexo y/o identidad sexual....Dicho esto, considero desfasado mantener que el Derecho debería amparar a una mujer que ha sufrido una discriminación frente a un hombre, o viceversa, y negar tal protección a aquellos que son *discriminados*, también por razón de sexo, sólo porque no están comprendidos en la clasificación tradicional hombre/mujer.”

4.- Nada más con lo que se expone, junto al conjunto de argumentación que conforman sus conclusiones, fácilmente puede colegirse lo que propone el abogado general al Tribunal, y que no es otra cosa que entender, como desde esta posición no podía ser de otro modo, que la Directiva referida prohíbe el despido de un transexual cuando la causa es el cambio de su sexo.

Por su parte, y teniendo en consideración cuanto hemos expuesto, de los argumentos suministrados por el Tribunal de Justicia podemos resaltar los siguientes: a) el Tribunal parte del precepto cuya interpretación servirá para resolver la controversia y que no es otro que el apartado 1º del artículo 5 de la Directiva que establece “la aplicación del principio de igualdad de trato en lo que se refiere a las condiciones de trabajo, comprendidas las condiciones de despido, implica que se garanticen a hombres y mujeres las mismas condiciones, sin discriminación por razón de sexo.”; b) establece además una premisa de primer orden recordando que tanto en el título de la Directiva, pasando por la exposición de motivos, hasta llegar a los apartados número 1 de los artículos 2 y 3 de la Directiva, lo que se persigue es “toda discriminación por razón de sexo”; c) que la discriminación prohibida en la directiva no sólo se circunscribe a la

discriminación que se deriva de pertenecer a uno u otro sexo, sino que debe aplicarse también a las discriminaciones por cambio de sexo, porque discriminaciones como el caso enjuiciado se basan esencialmente, si no exclusivamente, en el sexo del interesado; d) concluye que tolerarse una discriminación sería tanto como atentar la dignidad y libertad de la persona que solicita la tutela -punto 22 de la sentencia.

Por su parte, el Reglamento (UE) nº 1381/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2013, por el que se establece el programa "Derechos, Igualdad y Ciudadanía" para el período de 2014 a 2020 reviste importancia capital por lo que se fija en su contenido, todo ello sin olvidar que dicho acto normativo en cuanto reglamento comunitario tiene alcance general y es directamente aplicable en cada Estado miembro. Lo significativo de su texto y siempre sin olvidar, como dice su exposición de motivos, el respeto y la protección de la dignidad humana es la consecución tanto de un objetivo general, como de objetivos específicos para la consecución del primero. Más concretamente, el artículo 3 establece como objetivo de dicho programa:

“contribuir, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 4, a seguir desarrollando un espacio en el que se promuevan, protejan y ejerzan de forma efectiva la igualdad y los derechos de las personas consagrados en el TUE, en el TFUE, en la Carta y en los convenios internacionales de derechos humanos a los que se ha adherido la Unión.”

No obstante para ello se fija en el artículo 4º del mismo objetivos específicos que a los efectos que nos interesan, debemos resaltar de forma esquemática los siguientes:

- “promover la aplicación efectiva del principio de no discriminación por motivos de sexo, origen racial o étnico, religión o creencias, discapacidad, edad u **orientación sexual**, y respetar el principio de no discriminación por los motivos contemplados en el artículo 21 de la Carta (4.1.a)”.



-“prevenir y combatir el racismo, la xenofobia, **la homofobia** y otras formas de intolerancia (4.1.b)”.

-**promover la igualdad entre mujeres y hombres** y avanzar en la integración de las cuestiones de género en las distintas políticas (4.1.d).

-prevenir y combatir **toda forma de violencia contra** menores, jóvenes y mujeres, así como la violencia contra otros grupos de riesgo, en particular los **grupos de riesgo** en relaciones de proximidad, así como proteger a las víctimas de este tipo de violencia (4.1.d).

De cuanto se acaba de exponer, llama poderosamente la atención los medios de que se harán valer los Estados miembros para la consecución de todos los objetivos formulados en los artículos 3 y 4 del citado Reglamento, porque señala cuatro medios o caminos que entendemos que de forma conjunta serían los pilares fundamentales para que el EDIFICIO DE LA IGUALDAD se haga efectivo. A saber: a) mediante la sensibilización a la opinión pública. A este respecto ya hemos mencionado anteriormente que todo proceso de concienciación comienza, de manera inexorable, por un proceso de educación y formación de transmisión de valores y principios, en suma, un aprendizaje y formación como tipo de acción a desempeñar, y que es al que se refiere acertadamente también el artículo 5 del citado reglamento. Efectivamente, a través de la educación se puede originar el cambio y la transformación de concepciones arraigadas que, en no pocos casos, son equivocadas con los postulados de un respeto a la dignidad humana; b) respaldar la aplicación y ejecución de instrumentos y políticas del Derechos de la Unión lo que implica por tanto reforzar más los distintos instrumentos de la Unión elevando un palmo más por así decirlo el compromiso con la igualdad sin dejar fuera –entendemos incluso las recomendaciones; c) fomentar la cooperación lo cual es lo deseable y lo necesario si queremos una uniformidad de la Comunidad Internacional en la respuesta a la discriminación frente los más elementales postulados de la igualdad; c) entre las finalidades del Reglamento se manifiesta como ambición mejorar el conocimiento y comprensión de los obstáculos, incluso potenciales o que pudieran surgir en la protección de los principios del Derecho de la Unión ( Diario Oficial de la Unión Europea. DOUE-L-2013-82978).

Todo ello debe ser entendido sin olvidar el importante REGLAMENTO (CE) No 1922/2006 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 20 de diciembre de 2006 por el que se crea un Instituto Europeo de la Igualdad de Género en la consecución de los objetivos de la defensa de la igualdad de género con la importante consecuencia jurídica de que fija entre sus objetivos –artículo 2-:

“contribuir a la promoción de la igualdad de género y reforzarla, incluida la incorporación de la perspectiva de género en todas las políticas comunitarias y en las políticas nacionales resultantes, luchar contra la discriminación por motivos de sexo y dar a conocer mejor las cuestiones relacionadas con la igualdad de género entre los ciudadanos de la UE, prestando asistencia técnica a las instituciones comunitarias, en particular a la Comisión, y a las autoridades de los Estados miembros, tal como se indica en el artículo 3”.

De igual forma se han dictado resoluciones por parte del Parlamento Europeo y otros órganos con incidencia en la identidad de género entre las que podemos traer a colación y citar la Resolución del Parlamento Europeo sobre la integración de la perspectiva de género en el Parlamento Europeo (2002/2025(INI)); Resolución del Parlamento Europeo, de 28 de septiembre de 2011, sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género en las Naciones Unidas; Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de noviembre de 2011, sobre la integración de la perspectiva de género en los trabajos del Parlamento Europeo (2011/2151(INI)) (2013/C 153 E/19) , hasta llegar Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema «Derechos de los grupos vulnerables en el lugar de trabajo y, en particular, las cuestiones de discriminación basada en la orientación sexual» (dictamen de iniciativa) (2012/C 351/03).

Por su parte, y en lo que al contexto africano se refiere, debemos traer a colación la CARTA AFRICANA SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS, conocida como CARTA DE BANJUL aprobada el 27 de julio de 1981 durante la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, reunida en Nairobi, Kenya. La misma surge al mundo del

Derecho con apoyatura en la Carta de la Organización de la Unidad Africana firmada ésta el 25 de mayo de 1963 en la ciudad de Addis-Abeba.

A mayor abundamiento, los Jefes de Estado y Gobierno de los Estados africanos se reúnen en el año 1963 para la firma de la Carta de la Organización de la Unidad Africana y en la que con carácter previo a su articulado, establecen una serie de consideraciones de capital importancia como lo son: a) el recordatorio del derecho de todo Estado como sujeto de Derecho Internacional a romper el yugo del colonialismo. Obsérvese a tal efecto que la referencia a que todo Estado pueda elegir su destino, es una manifestación de la libertad en grado superlativo, es decir, el derecho de autodeterminación de los pueblos, el mismo que ya había sido proclamado tres años antes en la importante Resolución 1514 de 1960 de la Asamblea General de la ONU, llamada “Carta Magna de la Descolonización”; b) se parte, sin olvidar lo que se acaba de exponer, de la consideración de la libertad, la igualdad, la justicia y la dignidad como “objetivos esenciales” de los Estados de África, constituyéndose a tales efectos la Organización de la Unidad Africana.

Sobre estas consideraciones previas, en la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, en consonancia a como también ocurre con los primeros textos internacionales adoptados en el seno de las Naciones Unidas, no se menciona de forma expresa en la protección de la igualdad y la prohibición de la discriminación a la “orientación sexual” ni a la “identidad de género”. No obstante, lo cierto es que el artículo 2 establece de forma general el derecho de todo individuo a disfrutar los derechos y libertades reconocidos en dicha carta “sin distinción de ningún tipo como raza, grupo étnico, color, sexo, lengua, religión, opinión política o de otra índole, origen social y nacional, fortuna, nacimiento u otro status”, pero enfatizando en el artículo 3 el derecho a la “igualdad ante la ley”. Significativo es el hecho de que se regula la igualdad en una doble perspectiva o punto de vista, es decir, por una parte se regula como manifestación de la dignidad humana el derecho a la igualdad en un sentido positivo, o lo que es lo mismo, el derecho de todo individuo igual a serlo frente a los demás también iguales en una comunidad organizada políticamente en forma de Estado; pero también se regula en su faz de “fuera a dentro”, es decir, el deber de cualquier sujeto a respetar y considerar esa igualdad en la faz negativa de no discriminar a nadie. Por ello el artículo 28 de la Carta Africana sobre los Derechos

Humanos y de los Pueblos preceptúa que “todo individuo tendrá el deber de respetar y considerar a sus semejantes sin discriminación, y de mantener relaciones encaminadas a promover, salvaguardar y fortalecer el respeto y la tolerancia mutuos.” El artículo 30 de la Carta crea la Comisión Africana sobre derechos humanos y de los pueblos en la defensa de los principios, derechos y libertades contenidos en la misma.

En lo que al contexto interamericano se refiere, debemos traer a colación los siguientes textos de protección de la igualdad y no discriminación: a) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre aprobada en 1948 en Bogotá (Colombia); b) CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS SUSCRITA EN LA CONFERENCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS de 1969 también llamada “Pacto de San José” porque tuvo lugar su firma en San José de Costa Rica; c) CARTA DEMOCRÁTICA INTERAMERICANA de 2001.

Los textos no mencionan específicamente, como antes hemos visto en otros supuestos, la orientación sexual y la identidad de género; no por el contrario en los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas del año 2008, en cuyo principio II se establece la prohibición de la discriminación “bajo ninguna circunstancia” a las personas que estuvieran privadas de libertad, mencionando entre los motivos el género y la orientación sexual. No obstante, la ausencia en los textos principales de referencia específica a la orientación sexual o de género no ha impedido que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se haya pronunciado en supuestos de orientación sexual, como el caso de Marta Lucía Álvarez Giraldo contra de la República de Colombia, en cuyo informe 71/99 de 4 de mayo de 1999, caso 11.656, a propósito de la petición de una interna en centro penitenciario a tener visita íntima con su pareja que era del mismo sexo, y ante la negativa a dicha petición, la Comisión estableció en su párrafo 21 que:

“considera que el reclamo de la peticionaria se refiere a hechos que podrían constituir *–inter alia–* violaciones al artículo 11(2) de la Convención Americana en cuanto hubiera injerencias abusivas o arbitrarias a su vida privada. En la fase sobre el fondo, la CIDH determinará en definitiva el ámbito del concepto

de la vida privada y la protección que debe acordársele en el caso de las personas privadas de su libertad.

De una forma genérica pero abordando de lleno la orientación sexual y la identidad de género, reviste importancia el informe y estudio elaborado en el marco de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a instancia de la Asamblea General de Estados Americanos (remitido a ésta en 2012), y en cuyo informe aborda el estudio de *Orientación Sexual, Identidad de Género y Expresión de Género: algunos términos y estándares relevantes*. La cuestión no es baladí porque la propia Asamblea General de la Organización de Estados Americanos en su resolución AG/RES. 2653, DERECHOS HUMANOS, ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO (Aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 7 de junio de 2011) de forma expresa condena:

“la discriminación contra personas por motivos de orientación sexual e identidad de género, e instar a los Estados dentro de los parámetros de las instituciones jurídicas de su ordenamiento interno, a adoptar las medidas necesarias para prevenir, sancionar y erradicar dicha discriminación”, y en consecuencia, como no podía ser de otro modo, “los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos contra personas a causa de su orientación sexual e identidad y de género”.

Finalmente, debemos culminar el desarrollo integral e internacional de la orientación sexual y la identidad de género con el texto denominado “*Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos en Relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género*” fruto de la reunión de importantes personalidades con conocimientos en la materia en la Universidad de Gadjah Mada en la capital de Indonesia en noviembre de 2006 y publicado en 2007, significando que la versión en Inglés es el texto autorizado, aunque se efectuaron traducciones oficiales al español, francés, árabe, chino y ruso. Del texto y a los efectos que nos interesan, debemos resaltar los siguientes puntos: a) en su preámbulo establece la definición de la orientación sexual como “la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas”; b) de igual forma define la identidad de

género entendida como “la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales”; c) por su importancia trascendental y capital debemos reproducir el tercer principio materializado en el reconocimiento universal de toda persona tal y como es, es decir:

“Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica. Las personas en toda su diversidad de orientaciones sexuales o identidades de género disfrutarán de capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida. 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 su autodeterminación, su dignidad y su libertad. Ninguna persona será obligada a someterse a procedimientos médicos, incluyendo la cirugía de reasignación de sexo, la esterilización o la terapia hormonal, como requisito para el reconocimiento legal de su identidad de género. Ninguna condición, como el matrimonio o la maternidad o paternidad, podrá ser invocada como tal con el fin de impedir el reconocimiento legal de la identidad de género de una persona. Ninguna persona será sometida a presiones para ocultar, suprimir o negar su orientación sexual o identidad de género.”

Tal y como su nombre indica se erigen en una formulación de principios que no pueden ser entendidos como normas de obligada observancia si bien debemos significar que cada vez son más frecuentes las remisiones de los actos normativos de la ONU a ellos, de tal manera que ya viene siendo más frecuentes cómo los tribunales nacionales y demás instituciones de ámbito internacional regional se van refiriendo a ellos. Sirva a título de ejemplo el propio informe-recomendación de 29 de julio de 2009 efectuado por el Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa menciona al mismo y explica “cómo el Comisario de Derechos Humanos aboga por los Principios de Yogyakarta,

considerándolos una importante herramienta para identificar la obligación de los estados de respetar, proteger y cumplir los derechos humanos de todas las personas, sea cual sea su identidad de género”.

Sobre la base de estos principios asistimos a la llamada Comisión Internacional de Juristas que se constituye como organización no gubernamental que elabora además una guía sobre orientación sexual, identidad de género así como del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (2009) y que tiene su sede en Ginebra (Suiza). La guía tal y como el texto reconoce se elabora sobre la base de los *Principios de Yogyakarta*.

### **3.- Los distintos comportamientos sexuales *in genere*. Su regulación y protección en España.**

En primer lugar, hemos de señalar que en la protección del comportamiento sexual de las personas, expresión ésta con la que queremos hacer referencia a la protección de los que tienen una orientación sexual distinta de la heterosexual, es decir, homosexuales y bisexuales, hasta llegar a la protección de la identidad sexual y de género, ha tenido una evolución legislativa muy acusada desde los primeros intentos de regulación insuficientes de las instituciones, teniendo en cuenta la orientación sexual. Cítese a modo de ejemplo y sin ánimo de ser exhaustivo, cómo en la legislación de arrendamientos urbanos española; concretamente la Ley 29/1994 de 24 de noviembre de arrendamientos urbanos, establece en su artículo 12 en los supuestos de desistimiento o vencimiento en caso de matrimonio o convivencia, y en su apartado 4º, que lo dispuesto en dicho artículo será de aplicación también en favor “de 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”, consagrándose además, y de conformidad con lo preceptuado en el artículo 16 en los supuestos de muerte del arrendatario, un derecho de subrogación a favor no sólo del cónyuge, sino también en favor de “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...”.

Si bien en un primer momento de la evolución histórica de nuestro derecho en lo que a orientación sexual o identidad de género se refiere fue escasa, lo cierto es que en los últimos años se ha producido toda una catarata normativa que incide precisamente en dichos aspectos, desde la modificación en materia fiscal de ciertos preceptos de la normativa financiera y tributaria, pasando por la modificación de sendos preceptos del Código Penal, hasta llegar a la modificación de la Ley del Registro Civil y culminando con el reconocimiento expreso a nivel legislativo del instituto del matrimonio con independencia del sexo de los que acceden a la institución matrimonial. Así las cosas, en la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, se modifican preceptos de muy variada naturaleza tales como por ejemplo el Estatuto de los Trabajadores o incluso la norma procesal del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, lo cual en no pocos casos son exigencias que vienen dadas por la pujanza del Derecho de la Unión Europea. Efectivamente, si atendemos a la Exposición de Motivos de la referida ley se nos dice:

“Con la base jurídica del artículo 13 del Tratado de la Comunidad Europea, se aprobaron en 2000 dos directivas: en primer lugar, la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, que aborda tal principio en diversos ámbitos; en segundo lugar, la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que pretende luchar contra las discriminaciones basadas en la religión o convicciones, la discapacidad, la edad y la **orientación sexual**.

Mediante las medidas incluidas en este Capítulo se adecua la legislación española a estas dos directivas procediendo a su transposición a nuestro derecho. Además, **se establece un marco legal general para combatir la discriminación por el origen racial o étnico de las personas en todos los ámbitos, se aborda la definición legal de la discriminación, directa e indirecta, y se moderniza la regulación de la igualdad de trato y la no discriminación en el trabajo**, modificándose,



entre otros, determinados preceptos del Estatuto de los Trabajadores, de la Ley de Integración Social de los Minusválidos, de la Ley de Procedimiento Laboral, de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social y de la legislación en materia de función pública, si bien estas últimas modificaciones por razones sistemáticas se integran en el título III.”

Por su parte y de forma implícita la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida no es ajena a los distintos modelos de familia que tienen lugar en la realidad española, y de ahí que sin perjuicio de lo preceptuado en las disposiciones del Código Civil, lo cierto es que en lo relativo a la determinación de la filiación hace referencia a las parejas formadas por personas del mismo sexo, y más concretamente entre mujeres. De este modo, señalar que la ley establece en su artículo 7.3 que:

“Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge” ( precepto redactado de conformidad con lo dispuesto en la la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil y vigentes desde el 15 de octubre del presente año).

Momento trascendental en el sistema legislativo español es la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Hemos de significar que nuestra Constitución establece la igualdad desde una triple perspectiva o punto de vista, esto es: a) como un valor superior de nuestro Ordenamiento Jurídico; b) como principio, piénsese por ejemplo en el apartado 2º del artículo 9 de la Carta Magna, entendido como mandato dirigido por el constituyente a los poderes públicos para remover cualquier obstáculo en el disfrute de los derechos, y teniendo en cuenta el principio de igualdad que deberá está presente e informar dichas actuaciones; c) como derecho, en la doble vertiente de igualdad ante la ley, y como reverso del mismo y en su faz del

derecho a no ser discriminado, como postula el artículo 14 de nuestra Constitución.

El constituyente era consciente de que la igualdad en esa triple variante era una obviedad. Así las cosas, jamás hubiéramos pensado que tras la promulgación de la Constitución, el legislador se dispusiera a redactar y aprobar una Ley Orgánica de igualdad, porque los perfiles de ese postulado y su contenido se colegían y desprendían fácilmente del texto constitucional. No obstante lo anterior, la intuición de los juristas falló, y tal y como establece la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica que regula el desarrollo legislativo de la igualdad:

“resulta necesaria, en efecto, una acción normativa dirigida a combatir todas las manifestaciones **aún subsistentes de discriminación**, directa o indirecta, por razón de sexo y a promover la igualdad real entre mujeres y hombres, con remoción de los obstáculos y estereotipos sociales que impiden alcanzarla. Esta exigencia se deriva de nuestro ordenamiento constitucional e integra un genuino derecho de las mujeres, pero es a la vez un elemento de enriquecimiento de la propia sociedad española, que contribuirá al desarrollo económico y al aumento del empleo”.

Obsérvese que el legislador menciona la igualdad de hombres y mujeres, pero tales preceptos deben extenderse, con solución inexorable de continuidad, a la “identidad de género”, pues así lo puso de manifiesto la Jurisprudencia Internacional – como vimos anteriormente- en el sentido de que la discriminación entre hombres y mujeres no puede agotarse en la discriminación comparativa en la clasificación tradicional binaria de hombre y mujer, sino que deberemos entender discriminación en el sentido de un trato menos favorable; por ejemplo, un trato desigual al transexual que el que se habría dispensado a quien ha tenido el mismo sexo desde su nacimiento ( sexo genético).

También en el ámbito de la función pública se reconoce de forma expresa como derecho del empleado público la igualdad y no discriminación por razón de sexo, y concretando también la “orientación sexual”. Así por ejemplo, el artículo

14 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público reconoce entre sus derechos:

“Al respeto de su intimidad, orientación sexual, propia imagen y dignidad en el trabajo, especialmente frente al acoso sexual y por razón de sexo, moral y laboral (letra h)”.

“A la no discriminación por razón de nacimiento, origen racial o étnico, género, sexo u orientación sexual, religión o convicciones, opinión, discapacidad, edad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social (letra j).”

La protección referida no se agota en el trabajador o en el empleado público, sino que también se reconoce en sendas leyes especiales referidas al Instituto Armado de carácter militar como lo es la Guardia Civil. En este sentido, la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, del régimen disciplinario de la Guardia Civil establece como falta muy grave en su artículo 7.4:

“Toda actuación que suponga discriminación o acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad, orientación sexual, sexo, lengua, opinión, lugar de nacimiento o vecindad, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.”

Como fácilmente puede colegirse, qué duda cabe que la tipificación de la falta en sí engloba cualquier persona, ya no sólo cualquier ciudadano sino también a los integrantes del propio colectivo o compañeros.

Hemos de significar la reciente derogación de esta Ley con la aprobación, publicación y entrada en vigor del recién Real Decreto Legislativo 5/2015 de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público en cuyo artículo 14 consagra como derechos individuales del empleado público el no ser discriminado por razón de sexo u orientación sexual, derecho que a su vez presenta el matiz de principio de naturaleza ética, tal y como se desprende del apartado 4º del artículo 53 del referido texto de 2015.

- LEY 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte. El título de esta normativa lo dice todo. Si bien es

cierto que el conjunto de su articulado es lo que constituye *per se* el contenido normativo, lo cierto es que la Exposición de Motivos aunque no tenga tal carácter, constituye un importante elemento interpretativo de la norma en cuestión, tal y como se infiere de los postulados hermenéuticos contenidos en el artículo 3.1 en sede del Título Preliminar del Código Civil. Por ello, sólo leyendo dos párrafos de la exposición de motivos se infiere la postura del legislador español sobre la intolerancia que, además, está absolutamente sancionada. Todo ello por la concurrencia de dos elementos que se conjugan en la Exposición de Motivos y que son:

“Existe una radical incompatibilidad entre deporte y violencia, cualquier forma de violencia, incluida la verbal o aquella otra más sutil, fundamentada en la trampa, el engaño y el desprecio del juego limpio. Desde hace décadas esta idea central orienta el trabajo que, de forma concertada, vienen desarrollando la Unión Europea y sus instituciones, los poderes públicos competentes en materia de deporte de cada uno de sus países miembros, así como el Comité Olímpico Internacional y las distintas organizaciones que conforman el sistema deportivo internacional. El objetivo central que cohesiona la acción diversificada de tan amplio espectro de actores públicos y privados es erradicar la violencia del deporte, además de prevenir, controlar y sancionar con rigor cualquier manifestación violenta en el ámbito de la actividad deportiva, muy especialmente cuando adquiere connotaciones de signo racista, xenófobo o intolerante.

... En España y en Europa, el deporte, en suma, es una actividad de personas libres, en una sociedad abierta, basada en el respeto de la diversidad e igualdad entre las personas. Por esta razón, y de modo singular, el marco deportivo de la competición profesional en el marco del deporte profesional y de alta competición está obligado a ser un referente ético en valores y en comportamientos para el conjunto de la sociedad. En este terreno de la educación en valores –especialmente el olimpismo como filosofía de vida– el ejemplo personal es lo que más cuenta e influye en jóvenes deportistas y en el conjunto de la sociedad. La potencialidad del deporte en su dimensión formativa es

enorme: por su carácter lúdico y atractivo, pero también por su condición de experiencia vital, en la que sus practicantes se sienten protagonistas, al mismo tiempo que refuerzan sus relaciones interpersonales y ponen en juego afectos, sentimientos, emociones e identidades, con mucha más facilidad que en otras disciplinas.

Por estas razones, la práctica deportiva es un recurso educativo, que genera un contexto de aprendizaje excepcionalmente idóneo para el desarrollo de competencias y cualidades intelectuales, afectivas, motrices y éticas, que permite a los más jóvenes transferir lo aprendido en el deporte a otros ámbitos de la vida cotidiana. Esta dimensión contrastada del deporte hace de él una herramienta educativa particularmente útil para hacer frente a fenómenos inquietantes y amenazas comunitarias, como son el aumento de las conductas antisociales; la existencia de

actitudes vandálicas y gamberrismo entre jóvenes; el incremento de actitudes y de comportamientos racistas y xenófobos; la marginación académica y el fracaso escolar; el consumo de drogas y alcohol; o el avance preocupante del sedentarismo y de la obesidad a edades cada vez más tempranas.

“...Tal y como recogió el programa de acción aprobado en la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las formas conexas de Intolerancia, celebrada el año 2001 en Sudáfrica, convocada por Naciones Unidas bajo los auspicios del Comité Olímpico Internacional, se «urge a los Estados a que, en cooperación con las organizaciones intergubernamentales, con el Comité Olímpico Internacional y las federaciones deportivas internacionales y nacionales, intensifiquen su lucha contra el racismo en el deporte, educando a la juventud del mundo a través del deporte practicado sin discriminaciones de ningún tipo y dentro del espíritu olímpico que requiere comprensión humana, tolerancia, juego limpio y solidaridad».”

- LEY 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura. A este respecto, si realmente se quiere purgar, limpiar o reparar las consecuencias del acontecimiento más penoso de España, a juicio de quien suscribe, es necesario no olvidar; todo lo contrario, porque ello sería tanto como olvidar, a título de ejemplo, a todos aquellos que en el normal desarrollo de su vida, la misma se vio de forma abrupta interrumpida. La cuestión reviste un matiz especial cuando no sólo hacemos referencia a quienes militaron en uno u otro bando en el conflicto bélico, sino a los ciudadanos de a pie que durante la Guerra Civil o durante el largo período de dictadura vieron conculcados en forma superlativa los derechos que en esencia tiene cualquier persona, porque son auténticas manifestaciones del respeto a la dignidad humana.

La ley establece en su artículo 2, apartados 1 y 2:

“1. Como expresión del derecho de todos los ciudadanos a la reparación moral y a la recuperación de su memoria personal y familiar, se reconoce y declara el carácter radicalmente injusto de todas las condenas, sanciones y cualesquiera formas de violencia personal producidas por razones políticas, ideológicas o de creencia religiosa, durante la Guerra Civil, así como las sufridas por las mismas causas durante la Dictadura.

2. Las razones a que se refiere el apartado anterior incluyen la pertenencia, colaboración o relación con partidos políticos, sindicatos, organizaciones religiosas o militares, minorías étnicas, sociedades secretas, logias masónicas y grupos de resistencia, así como el ejercicio de conductas vinculadas con opciones culturales, lingüísticas o de orientación sexual.”

En lo que a nosotros nos interesa, y así lo apuntábamos en la introducción de esta tesis doctoral, si establecemos en perspectiva histórica las persecuciones que a lo largo de los tiempos han tenido las personas que adoptaban un rol frente a lo sexual que no era lo llevado a la práctica por la

generalidad, podemos concluir que han sido blanco de los más lamentables atentados a su dignidad. Tanto así, que ya en Roma vimos el trinomio de prohibición-reconocimiento-prohibición. Efectivamente, en una primera evolución histórica del Derecho Romano no se permitía las relaciones sexuales entre hombres libres, pero de esta premisa genérica sí se podía establecer como consecuencias que sí era dable poder tener relaciones sexuales de tal carácter entre hombre libre y su esclavo, siempre y cuando aquél no adoptara el llamado rol de pasivo, porque lo asemejaba al comportamiento de la mujer, que implicaría el rechazo social al ser catalogado como catamita (Corraze 1992, p. 27). Siguiendo en la evolución de tal Derecho, y sobre todo en tiempos de Nerón, la mentalidad cambia hasta el punto de éste contraer matrimonio con hombres, supuesto paradigmático con Sporus. No obstante lo anterior, en la normal prosecución de la Historia de Roma se produce un cambio de mentalidad de signo opuesto a la anterior, de tal manera que asistimos a la vigencia de la llamada Lex Scantinia con la redacción del Código Teodosiano, que aunque tuvo poca vigencia en el Imperio Romano de Oriente porque fue derogado por el llamado *Codex Vetus*, no por el contrario en lo que se refiere al Imperio Romano de Occidente, porque con la invasión bárbara se asume la influencia del derecho romano en los textos visigodos, de los que es un claro ejemplo el llamado *Breviario de Alarico*. Por tanto, desde el siglo V después de Cristo asistimos a una prohibición generalizada del sexo entre hombres. La influencia de este Derecho llegará a perdurar en la Edad Media en España y el supuesto viene dado por el castigo de la sodomía en la Partida VII del Código de las Siete Partidas de Alfonso X El Sabio. A partir de aquí y luego con el poder de la Iglesia Católica con el Tribunal del Santo Oficio o Inquisición a la cabeza, tendrá una persecución de igual forma la sodomía. No obstante, y aunque en la Historia del Derecho Español paulatinamente van desapareciendo en los textos de los Códigos Penales la punición de las relaciones sexuales entre hombres, llamativo resulta que en pleno siglo XX la aprobación de la Ley de 4 de agosto de 1933 de Vagos y Maleantes, también llamada “La Gandula”, en la redacción originaria de su articulado no se hacía mención ni a los homosexuales ni a los actos de homosexualidad, pero sin embargo se vino aplicando a los mismos con la consecuencia de no ser pocos los detenidos por esta ley penal especial, cumpliendo sanciones a tal efecto. Habrá que esperar a la aprobación de la ley

de 15 de julio de 1954 que los calificará como un supuesto de sujetos “peligrosos”, tipificando en forma expresa el castigo de la homosexualidad. Si seguimos la evolución legislativa, nos encontraremos la llamada Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4 de agosto de 1970, que en el artículo 2 califica como un supuesto de estado peligroso los que “realicen actos de homosexualidad” (Olmeda 2004: pp. 33-49). Esta norma estuvo en vigor hasta la dición de la Ley 77/1978, de 26 de diciembre, de modificación de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social y de su Reglamento, que en su artículo primero deroga expresamente, entre otros, el particular a los “actos de homosexualidad” que estaba contemplado en el supuesto tercero del artículo segundo que con este última se deroga. En cuanto a la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 1970, señalar que habrá que esperar a su derogación íntegra con la entrada en vigor del actual Código Penal aprobado por la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre.

Estas premisas hacen que desde nuestra perspectiva, es decir, desde el respeto total a las personas por su orientación sexual e identidad de tal carácter, tengan que tener un reconocimiento legal de cuanto pasaron en otras etapas vergonzosas de la Historia de España, como fueron los continuos atropellos, detenciones y cumplimiento de sanciones, pura y simplemente por llevar una forma de vida y vivir el sexo de acuerdo a como cada uno lo sentía. En suma, y como diría Foucault, la sexualidad diferente tenía que verse forzosamente, o como enfermedad o como vicio por miedo a lo diferente (Martín y Ovejero 2007: p. 33).

Por ello, con esta ley de la Memoria Histórica se trata de reparar al menos moralmente las auténticas penurias que tuvieron que pasar personas por su orientación sexual; de ahí lo taxativo del texto de la ley cuando en su artículo 2 declara el carácter injusto de las sanciones y condenas impuestas bajo los auspicios de tal normativa. Obsérvese que la Ley parte de un concepto valorativo previo o de prejuicio que es reputar a los homosexuales como peligrosos, es decir, parte del presupuesto de castigar no hechos concretos y determinados que puedan ser punibles, sino que castigan “formas de ser” que apuntarían hacia un derecho penal preventivo, que no verdaderamente punitivo por haber realizado una acción típica (Jiménez 1934: p. 33).



En lo que al Derecho Penal se refiere se ha producido una modificación significativa en la mentalidad del legislador siendo consciente de la importancia y protección de los bienes jurídicos relevantes para dicha disciplina jurídica, cuando en la *quaestio facti* o supuesto de hecho concurre el elemento o móvil de cometer el hecho por la orientación sexual o por motivo de discriminación de sexo en el sujeto pasivo del delito. En este sentido podemos traer a colación la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros que da una nueva redacción a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal; más concretamente en la circunstancia mixta de parentesco a que se refiere el artículo 23 del Código Penal al establecer que el parentesco “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”. Pero si nos vamos a las circunstancias que agravan la responsabilidad, a efectos penológicos de conformidad con lo previsto a la llamada individualidad de la pena, el artículo 66 del referido Código punitivo establece un plus penológico al aplicar la pena en su mitad superior a la prevista por la ley para el delito de que se trate. Pues bien, partiendo de este premisa principal, el legislador prevé dentro de su catálogo de agravantes del artículo 22, en su apartado 4º, cometer el delito por el sexo u orientación o identidad sexual de la víctima, redacción dada por la reciente Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo de modificación del Código Penal.

Obsérvese que el artículo 268 del Código Penal establece, conectando con la punibilidad como categoría del delito, la llamada excusa absolutoria de parentesco que ha sido recientemente reformado a la luz de la Ley Orgánica 1/2015. Llama la atención que cuando se refiere al matrimonio asistimos a una circunstancia que opera en los supuestos de negocio jurídico matrimonial, pero no habla de los supuestos de la relación de pareja que no se construye sobre la base del matrimonio, pero que indudablemente puede estar formada por personas del mismo sexo. El interrogante que debemos preguntarnos es si tiene ocasión de entrar dicha circunstancia cuando hablamos de parejas de hecho

inscritas o no. Desde nuestro posicionamiento debemos entender que sí, todo ello por la concurrencia de los siguientes elementos o factores:

1.- En primer lugar, cierto es que los preceptos penales en cuanto disposiciones sancionadoras son objeto de interpretación estricta que no analógica, porque de lo contrario se correría el riesgo de extender el precepto penal a un supuesto que acaece en la vida cotidiana y por ende en la vida jurídica no expresamente previsto por el legislador, lo cual pugnaría con lo preceptuado en el artículo 4º del Código Penal y por ende con el principio de tipicidad penal.

2.- No podemos olvidar que el Derecho Penal se caracteriza, como principio informador, por la vigencia del denominado principio de intervención mínima que se materializa en que el Derecho Penal debe responder única y exclusivamente a los ataques más graves, es decir, de cierta entidad y relevancia, al bien jurídico protegido en defecto de otros mecanismos menos lesivos. Por ello se habla del Derecho Penal como la última *ratio*. No obstante lo que acabamos de exponer, y si bien es cierto que el principio de intervención mínima contiene un mandato dirigido al legislador, no es menos cierto que para el aplicador del Derecho se constituye en un importante criterio hermenéutico y que ha cristalizado en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo en el denominado “principio de insignificancia jurídica”, que quiere decir que sólo deben sancionarse aquellos comportamientos que atendiendo al concepto social de acción sean de tal relevancia que merezcan un reproche penal.

3.- El *usus fori* de los tribunales han puesto de manifiesto que no podemos olvidar que ante la duda interpretativa que pudiera originarse sobre la aplicación de una institución al sujeto activo de un delito, en cuanto que le es favorable debe aplicársele porque, como acabamos de apuntar, en el Derecho Penal debe regir la interpretación *pro reo* o favorable al reo.

4.- Debemos entender que aunque el legislador no dice nada sobre pareja de hecho o convivientes distintos de los cónyuges, debemos entender que lo comprende porque en la idea de igualdad *per se* también está presente la idea de “equiparación”, y por ende habrá que equiparar situaciones que de *facto* presentan una equivalencia. A mayor abundamiento, y sin olvidar que el Derecho Penal se caracteriza por la búsqueda de la llamada “verdad” y por ende de la

“justicia material, apelando a esa justicia debe llegarse a dicha solución como uno de los postulados de la justicia entendida como dar a cada uno lo suyo (Lorca 1993: pp. 324-325).

En la parte especial del Código Penal, se menciona tras la reforma por Ley Orgánica 1/2015 en el artículo 314 un tipo penal consistente en la discriminación grave en el empleo público o privado cuando se basa en el sexo u orientación sexual. Concretamente se típica la siguiente conducta:

“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 discapacidad, 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.”

Por su parte y en sede “De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución”, establece una tutela multidimensional en el recto entendimiento de que lo que subyace en todos los apartados es el respeto a la dignidad en tanto en cuanto la misma es la base de los derechos fundamentales de la persona. Por ello incluso menciona a la dignidad cuando la misma es humillada, y en *pro* de ello menciona muchas variantes de ataque a la dignidad humana como lo puede ser el promover el odio – de ahí la calificación de delitos de odio- ya no sólo de grupos sino de personas individuales por motivos tales como, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género. Obsérvese que el precepto habla de “identidad sexual” para referirse también a razones de “género”. Qué ha querido decir el legislador con ello. Sobre dicho extremo nos remitimos a lo expuesto en el capítulo VI de este trabajo. Aquí simplemente debemos anunciarlo.

El artículo 510 del Código Penal establece:

“1. Serán castigados con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses:

a) Quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, **su sexo, orientación o identidad sexual**, por razones de género, enfermedad o discapacidad.

b) Quienes produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para fomentar, promover, o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, **su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género**, enfermedad o discapacidad.

c) Públicamente nieguen, trivialicen gravemente o enaltezcan los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, o enaltezcan a sus autores, cuando se hubieran cometido contra un grupo o una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia al mismo, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, la situación familiar o la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, **su sexo, orientación o identidad sexual**, por razones de género, enfermedad o discapacidad, cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos.

2. Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses:

a) Quienes **lesionen la dignidad de las personas** mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos a que se refiere el apartado anterior, o de una parte de los mismos, o de cualquier persona determinada **por razón de su pertenencia a ellos por motivos** racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, **su sexo, orientación o identidad sexual**, por razones de género, enfermedad o discapacidad, o produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para lesionar la dignidad de las personas por representar una grave humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos mencionados, de una parte de ellos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a los mismos.

b) Quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de **expresión pública o de difusión** los **delitos que hubieran sido cometidos contra un grupo**, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, **su sexo, orientación o identidad sexual**, por razones de género, enfermedad o discapacidad, o a quienes hayan participado en su ejecución.

Los hechos serán castigados con una pena de uno a cuatro años de prisión y multa de seis a doce meses cuando de ese modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, **odio o discriminación contra los mencionados grupos**.

3. Las penas previstas en los apartados anteriores se impondrán en su mitad superior cuando los hechos se hubieran llevado a cabo a través de un medio de comunicación social, por medio de internet o mediante el uso de tecnologías de la información, de modo que, aquel se hiciera accesible a un elevado número de personas.

4. Cuando los hechos, a la vista de sus circunstancias, resulten idóneos para alterar la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes del grupo, se impondrá la pena en su mitad superior, que podrá elevarse hasta la superior en grado.

5. En todos los casos, se impondrá además la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre, por un tiempo superior entre tres y diez años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los cometidos y a las circunstancias que concurren en el delincuente.

6. El juez o tribunal acordará la destrucción, borrado o inutilización de los libros, archivos, documentos, artículos y cualquier clase de soporte objeto del delito a que se refieren los apartados anteriores o por medio de los cuales se hubiera cometido. Cuando el delito se hubiera cometido a través de tecnologías de la información y la comunicación, se acordará la retirada de los contenidos.

En los casos en los que, a través de un portal de acceso a internet o servicio de la sociedad de la información, se difundan exclusiva o preponderantemente los contenidos a que se refiere el apartado anterior, se ordenará el bloqueo del acceso o la interrupción de la prestación del mismo.”

La protección es de tal naturaleza que la sanción se extiende no sólo a las personas físicas sino también a las jurídicas porque ya en nuestro Derecho al admitirse la imposición de pena a las personas jurídicas directamente, supone

abolir el principio clásico *societas delinquere non potest* y he aquí la ratio essendi del artículo 510 *bis* del Código Penal al establecer que:

“Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en los dos artículos anteriores, se le impondrá la pena de multa de dos a cinco años. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

En este caso será igualmente aplicable lo dispuesto en el número 3 del artículo 510 del Código Penal.”

De igual forma se extiende el castigo cuando la discriminación o las conductas descritas tienen lugar en el marco de actividades empresariales o profesionales denegando una prestación a la que se tenga derecho por razón de esos elementos como lo pudiera ser el sexo u orientación sexual tal y como postula el artículo 512 del referido código sustantivo.

Finalmente, como no podía ser de otro modo, en sede de los delitos contra la Comunidad Internacional, amén de regular el delito de genocidio, entre los delitos de lesa humanidad castiga el ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella por motivos tales como la pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo perseguido por motivos de género (artículo 607 bis del Código Penal) según la redacción dada por la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio.

Obsérvese que con la descripción de los elementos constitutivos del tipo se está asumiendo como propio el Derecho Internacional al Derecho Interno, cuando el legislador se refiere a cualquier motivo universalmente reconocido como inaceptable por el Derecho Internacional. En definitiva, el legislador español ha querido plasmar y castigar cualquier atentado y persecución por cualquier motivo que universalmente no sea aceptable, lo cual es lógica consecuencia porque hablamos de delitos contra la Comunidad Internacional en los que además el sujeto pasivo de las conductas penales es precisamente la propia Comunidad Internacional. Supone por tanto una recepción de todo cuanto

hemos venido explicando en la esfera internacional de la persecución o castigo por motivos de sexo, orientación sexual y de género.

#### **4.- Estudio de la Ley 3/2007 de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas.**

Efectuar comentarios sobre la referida ley constituye una tarea ardua y complicada, máxime cuando no son pocos los autores que además creen ver en esta normativa una Ley reguladora de la identidad de género, lo cual es un manifiesto y craso error. En este sentido, hemos visto cómo en la esfera internacional cuando se analizan las legislaciones de los distintos países se ha calificado a esta norma española como “ley de identidad de género”, cuando claramente se colige que no es correcta dicha aseveración. Así ha ocurrido con el informe emitido por el Comisario de Derechos de Humanos del Consejo de Europa Thomas Hammarberg que al proceder al análisis de la “condiciones para el cambio de sexo y nombre” mencionaba el caso español y la ley de “identidad de género”. A este respecto, y tal y como pone de manifiesto la doctrina científica en España, se trata de una ley que regula la rectificación en el Registro Civil en los supuestos de disforia de sexo, o como diría el profesor Lloveras:

“Nos encontramos, pues, ante una ley especial, al quedar fuera del Código civil, que modifica y excepciona en algunos aspectos la Ley del Registro civil, que pasará a ser una especie de apéndice a la Ley del Registro Civil al ser éste el ámbito que le es propio, pues éste es su destinatario como aplicador de la ley en el marco del procedimiento gubernativo.

Destaca, pues, que la nueva regulación sitúa ahora este tipo de rectificación dentro del procedimiento gubernativo, superando así la doctrina de la DGRN que, invariablemente, aplicaba el art. 92 LRC y, con ello, exigía sentencia firme para la rectificación, cosa que en su momento originó la doctrina del TS sobre la transexualidad (2008, p. 6)”.

No podemos entender, entre otras razones, que estemos en presencia de una ley de identidad de género, porque solamente se refiere a un aspecto de la



identidad de género como lo es la rectificación de los asientos del Registro Civil, y en el particular del sexo que anteriormente se ostentaba, pero sin regular ningún aspecto más y de forma global el cambio de sexo del transgénero. Ciertamente es que el destino último de la persona transexual es que el cambio llevado a cabo en algunas ocasiones, con operación de hasta “reasignación de género”, se refleje en el Registro Civil y por ende en los documentos oficiales para garantizar de este modo su libre desarrollo de la personalidad, pero la transexualidad o identidad de género no se agota en este aspecto, perdiéndose de este modo la oportunidad, como afirma la profesora Sillero, de abordar el tema de manera integral (2014: p. 28). Y es que esta ley, como acertadamente dice en su Exposición de Motivos:

“tiene por objeto 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. Contempla también el cambio del nombre propio para que no resulte discordante con el sexo reclamado.”

Tal y como estamos analizando, asistimos a un procedimiento de rectificación registral lo cual debe ser conectado con la Ley de Registro Civil que menciona la rectificación en el Registro Civil del “sexo” y estableciendo como requisitos para poder efectuarse, la concurrencia de tres elementos o requisitos: a) persona de nacionalidad española; b) ser mayor de edad; c) y plenamente capaz.

No obstante lo anterior, dicha normativa sufre una modulación significativa porque el legislador de 2007 menciona en el artículo 1 de nuestra ley objeto de estudio que el interesado y legitimado tenga “capacidad suficiente para ello”. Si analizamos el contenido de los requisitos exigidos por el legislador, el primero de ellos es que el sujeto que solicita la rectificación sea nacional español, lo cual ha sido criticado por algunos autores de la doctrina científica y entre ellos por la profesora Bustos sobre todo si se pone en correlación con la ley de asilo (2008: pp. 236-238). No le falta razón a la autora referida máxime cuando en la nueva normativa del Derecho de Asilo aprobada por Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, establece como

motivos de persecución en el artículo 7 que “en función de las circunstancias imperantes en el país de origen, se incluye en el concepto de grupo social determinado un grupo basado en una característica común de orientación sexual o identidad sexual..” y que dio lugar al amparo de la anterior normativa, pero que claramente sería de aplicación a la actual, la concesión de tal beneficio a mujeres transexuales. Por ello se observa una cierta contradicción, que por otros no es compartida. No obstante, hay una realidad incontestable y que se materializa en que de acuerdo con la nueva normativa si no se ostenta *ab initio* nacionalidad española, necesariamente el transgénero no podrá acudir al procedimiento registral correspondiente, sino que necesariamente deberá entablar el correspondiente procedimiento declarativo antes los órganos judiciales civiles, con la consiguiente dificultad añadida de la prolongación en el tiempo en la tutela de su derecho.

Se requiere de igual forma la mayoría de edad, de lo que se colige que el español y mayor de edad es quien ostenta la auténtica legitimación entendida como el único que tiene el interés legítimo y directo en provocar la rectificación registral que interesa, en tanto en cuanto es una cuestión que le afecta directamente por exigencias de dignidad, y de hacer real y efectivo el libre desarrollo de su personalidad en conexión con el sexo que siente que debe ostentar. Mayores problemas se plantean en relación a la exigencia de “capacidad suficiente”, pero qué se ha de entender por capacidad suficiente y cómo se acredita la misma. En cuanto al primer aspecto, ya debemos apuntar que la capacidad suficiente será traducida en la inexistencia de trastornos de personalidad que “pudieran influir, de forma determinante, en la existencia” de la disforia de género que presenta el legitimado y por lo que interesa la rectificación registral. No obstante si el sujeto solicitante está incapacitado de conformidad con lo preceptuado en el artículo 200 y siguientes del Código Civil, así como los preceptos concordantes de aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil, habrá que estar al alcance y límites de la incapacitación establecida. En cualquier otro caso, cabe acreditar en opinión del que suscribe dicha capacidad en tres formas posibles que pueden a su vez ser concomitantes: a) en primer lugar, por el informe a que se refiere el artículo 4º de la ley, es decir, informe de médico o psicólogo clínico que en no pocos casos incluyen, según ha podido comprobar quien suscribe, que suelen llevar para reforzar el dictamen el llamado “test de la

vida real”, pero ello ha sido criticado porque supondría dejar en manos de la medicina el hecho de que pudiera prosperar o no la petición de rectificación solicitada, pero esa postura olvida que el encargado del Registro Civil tiene y puede, en cuanto materia de *ius cogens* o de orden público, reconocer y entrevistar al solicitante, sin perjuicio además de las diligencias de prueba que pueda solicitar el Ministerio Fiscal siempre parte en las cuestiones de estado civil, entre ellas hasta dictamen forense; b) mediante reconocimiento del Encargado del Registro Civil para un pleno convencimiento; c) con las pruebas que el Ministerio Fiscal entendiere necesarias a la luz del dictamen incorporado por el solicitante.

De igual forma conviene añadir, para una visión global de la materia, que el sistema se completa porque junto con el dictamen médico que atestigüe la realidad de la disforia de género, el artículo 4.2.b requiere que se acredite que ha sido tratado “médicamente durante al menos dos años para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado”, y que podrá acreditarse por informe del “médico colegiado bajo cuya dirección se haya realizado el tratamiento o, en su defecto, mediante informe de un médico forense especializado”. Conviene advertir, lo cual ha sido elogiado por la esfera internacional, la no necesidad de cara a que prospere el cambio registral que el solicitante se haya sometido a un proceso o tratamiento que necesariamente haya desembocado en una intervención quirúrgica de reasignación de género. Incluso es más, los tratamientos a que se refiere el artículo 4.2.b no serán preceptivo cuando concurren razones de salud o edad, siempre que se aporte certificación médica de dichas circunstancias concurrentes, pero en estos casos debemos advertir que lo correcto será siempre, en cuanto materia de orden público, recabar el informe del Instituto de Medicina Legal, materializado en dictamen de un médico forense que analice además la documentación presentada.

No podemos olvidar que a diferencia de esta ley que establece requisitos registrales, muy importante en cuanto a su contenido es la Ley Foral Navarra 12/2009, de 19 de noviembre, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales, así como también la Ley 14/2012, de 28 de junio, de no discriminación por motivos

de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales de la Comunidad Autónoma del País Vasco. Las principales características de estos textos por lo positivo que aportan es: a) en primer lugar las Exposiciones de Motivos hacen referencia a la historia de la transexualidad, la consideración del transexual como un supuesto de trastorno mental, pero poniéndose el énfasis de forma análoga a como lo hace la ley nacional, en la disforia de género; b) en segundo lugar, ya dijimos que los *Principios de Yogyakarta* aunque no tenían carácter vinculante sí tenían un valor de primer orden por la forma en que se elaboraron y la gran cantidad de expertos que intervinieron en la misma, lo cual ha hecho que cada vez se tengan más presentes en la Comunidad Internacional en los actos normativos que se van sucediendo. De este modo, estas leyes autonómicas no olvidando dichos principios se inspiran en ellos y por ende en su regulación; c) las leyes pretenden contribuir al desarrollo del principio de no discriminación y del libre desarrollo de la personalidad; d) la aseveración de importancia trascendental “de la identidad de género, como parte integrante de los derechos de la personalidad” que además “entronca con el derecho a la dignidad de la persona”; e) el texto normativo de ambas recuerdan el concepto de dignidad humana como “un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás” tal y como así lo enunció el Tribunal Constitucional en su importante sentencia 53/1985, de 11 de abril, como también lo hace la ley estatal; f) el reconocimiento de los transexuales como un colectivo no uniforme, porque no “todas las personas viven su transexualidad de la misma forma”; g) establecen en sus articulados bases de la política pública en materia de transexualidad, pasando por normas de asistencia sanitaria de dichas personas, hasta llegar a normas para evitar la discriminación en el ámbito laboral y de tratamiento en el sistema educativo.

Por ello y a modo de conclusión, en el ámbito competencial de estas Comunidades Autónomas sí podemos decir que aquí asistimos a un supuesto de tratamiento integral a grandes rasgos de la transexualidad, y por ello desde esta perspectiva sí podemos hablar de una normativa en materia de identidad de género desde la óptica de la normativa internacional. De igual forma en el ámbito autonómico recientemente se incorpora al elenco de normas sobre dicha materia

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

En análogo sentido, en la Comunidad Autónoma de Canarias encontramos la Ley 8/2014, de 28 de octubre, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales que da cobertura a distintos ámbitos de la vida y realidad de las personas transexuales y que puede ser calificada de igual forma como un conjunto normativo sobre identidad de género como la propia ley se autodenomina. De igual forma, debemos traer a colación en el bloque autonómico a la Ley 12/2015, de 8 de abril, de igualdad social de lesbianas, gais, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de Extremadura. Todo ello sin olvidar la iniciativa autonómica en movimiento de la que es claro ejemplo la anunciada remisión en octubre de 2015 por parte de la Presidenta del Ejecutivo de la Comunidad Autónoma de Madrid a la Asamblea Legislativa de dicha Comunidad Autónoma de un proyecto de ley de identidad de género y de lucha contra la discriminación por diversidad sexual y de género.

#### **5.- Análisis de la Sentencia del Tribunal Constitucional número 176/2008 de 22 de diciembre.**

La referida sentencia resuelve “el recurso de amparo 4595-2005 promovido por don Alex P.V. frente a las Sentencias de la Audiencia Provincial y de un Juzgado de Primera Instancia de Lugo que, en litigio de separación matrimonial, modificaron el régimen de visitas a su hijo menor de edad. Supuesta vulneración del derecho a no ser discriminado por razón de la orientación sexual: restricción temporal de los derechos de visita de un padre transexual que no se debe a su condición, sino que se justifica con pruebas periciales psicológicas sobre riesgos relevantes para su hijo menor de edad.”

El supuesto de hecho que resuelve el recurso de amparo planteado puede ser resumido de la siguiente forma: a) en primer lugar, el demandante de amparo

estaba casado y fruto de esa relación nació un hijo. Los hechos se remontan al proceso de separación promovido por su esposa, y que culminó con sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Lugo de 2 de abril de 2002 por el que se decretó judicialmente la separación, así como también se aprobó la propuesta de convenio regulador acordado por ambos de fecha 27 de febrero de 2002, que establecía entre otros pronunciamientos un determinado régimen de visitas del padre – progenitor no custodio- respecto a su hijo menor; b) así las cosas, el 24 de mayo de 2004 nuevamente la madre presenta demanda de modificación de medidas en el sentido de interesar la privación del oficio protector de la patria potestad del padre y la suspensión del régimen de visitas con su hijo, esgrimiendo entre otros argumentos cierto desinterés del padre por su hijo e impago de la pensión alimenticia establecida en la sentencia en beneficio de su hijo, y además alegando como motivo de la modificación que el padre se estaba sometiendo a un tratamiento de cambio de sexo, unido al hecho de que se vestía y maquillaba como mujer; c) El procedimiento de modificación de medidas fue resuelto por Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Lugo de 18 de octubre de 2004 que supuso jurídicamente que el padre no fuera privado de la patria potestad, pero sí una modificación de un régimen de visitas más limitado y controlado en los términos propuestos por la psicóloga autora del informe pericial obrante en las actuaciones. El fundamento o *ratio essendi* de la resolución judicial se basaba en la inestabilidad emocional del padre y su proyección sobre la evolución educativa y emocional del menor; d) la sentencia fue recurrida en apelación y la Audiencia Provincial, tras la celebración de vista con declaración del psicólogo que trataba al demandante de amparo, el cual esgrimió que no presentaba ningún trastorno de identidad sexual, conllevó a la desestimación del recurso de apelación, confirmándose por ende la resolución recurrida.

Como motivo del recurso de amparo, se establece que el motivo de haberse accedido a una reducción del contenido del régimen de visitas y además controlado que el padre tenía con su hijo obedece a una discriminación por razón de orientación sexual, lo cual está prohibido en el artículo 14 de la Constitución; principalmente por la reserva de los órganos judiciales a su condición de transexual. El motivo del recurso fue compartido por el representante del Ministerio Fiscal.

El Tribunal Constitucional procede a analizar en primer lugar si el demandante puede ser entendido como transexual de acuerdo con la legislación vigente, y lo cierto es que en el momento de la resolución del recurso de amparo ya había tenido lugar la dicción en nuestro Ordenamiento Jurídico de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas. Lo cierto es que tal y como menciona la propia sentencia, el demandante cumplía los requisitos para ser calificado como transexual, máxime cuando la nueva ley no exige que el tratamiento de la persona transgénero haya culminado con un proceso de resignación de género, lo cual se colige del artículo 4 de la citada ley, extremo éste que como sabemos ha sido hasta elogiado en la esfera internacional; concretamente por el Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa en informe-recomendación de 29 de julio de 2009 sobre Derechos Humanos e Identidad de Género.

Entrando de lleno en el estudio de la igualdad, debemos significar que la igualdad en nuestro Ordenamiento Jurídico, específicamente en nuestra Constitución, presenta una triple perspectiva a saber: a) en primer lugar como valor superior de nuestro Ordenamiento Jurídico e imperante en nuestra modalidad de Estado, tal y como propugna el artículo 1.1 de nuestra Constitución; b) como principio o mandato dirigido a los poderes públicos de promover cuantas condiciones sean necesarias para hacer real y efectivo la igualdad, y de ahí que con base jurídica en el artículo 9.2 de la Constitución Española puedan adoptar medidas de trato diferenciado de “ciertos colectivos en aras de la consecución de fines constitucionalmente legítimos, promoviendo las condiciones que posibiliten que la igualdad de los miembros que se integran en dichos colectivos sean reales y efectivas o removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud”, tal y como explica la Sentencia del Tribunal Constitucional número 69/2007, de 16 de abril, en su fundamento jurídico 4º; c) al mismo tiempo nos encontramos con la concepción de un derecho subjetivo de todos los ciudadanos de cara a tener un trato igualitario de los poderes públicos empezando por la igualdad ante la ley, pero “siempre que concurren supuestos idénticos y no existan razones que objetivamente justifiquen la diferenciación, y la segunda vertiente del mismo derecho fundamental ... contenida en el inciso segundo del mismo art. 14 CE y que prohíbe la práctica de comportamientos

discriminatorios basados en alguno de los factores que allí se mencionan a modo de listado enunciativo y no cerrado”, tal y como explica la Sentencia del Tribunal Constitucional número 75/1983, de 3 de agosto, en su fundamento jurídico 6º.

Precisamente y partiendo de la concepción de la igualdad como derecho subjetivo analizado en la vertiente del derecho a no ser discriminado, la Sentencia analizada afirma que la discriminación por motivo de orientación sexual o más correctamente en este caso por razones de identidad sexual o de género – como analizaremos en el capítulo siguiente- entra dentro de la discriminación que prohíbe el artículo 14 del texto constitucional. Ciertamente es que en estricto derecho positivo en la enumeración *ad exemplum* de dicho artículo no se contiene la referencia a orientación sexual o género, pero qué duda cabe que la comprende por la cláusula abierta que la Constitución menciona al hablar de “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”, y así lo afirma claramente esta sentencia. En definitiva, lo que viene a decir el Tribunal Constitucional es que si la resolución judicial establece como motivo de la modificación del régimen de visitas el hecho único, exclusivo y determinante de que el demandante de amparo es transexual sin concurrir ningún elemento adicional, entonces estaremos ante un supuesto de discriminación prohibido en el artículo 14 del texto constitucional. Es más, la propia sentencia reconoce que los distintos tipos de discriminación que se recogen en el inciso segundo del artículo 14 del texto constitucional y en el caso concreto a los transexuales, han estado, y baste ver la historia, tanto desde el punto de vista de los poderes públicos como desde el punto de vista social en una situación de “desventaja”, contrario al postulado de la dignidad humana y contrario a su vez a la realidad internacional, tal y como se infiere del artículo 10.2 de la Constitución.

La referencia al artículo 10.1 de la Constitución no es baladí. No podemos olvidar que la consagración en nuestra Constitución de los derechos fundamentales es fruto de una evolución histórica. Por ello, el Derecho no puede ser entendido como un mero conjunto de normas que responden a la idea de sistema, sino un conjunto de normas, valores y principios. Pero es más, dentro del reconocimiento de los derechos fundamentales, empero sin olvidar los derechos naturales que se constitucionalizan convirtiéndose en derechos fundamentales, existe en todos ellos y en su esencia, que es el respeto mismo



al hombre racional y libre, la dignidad humana. Por ello el Tribunal Constitucional al proceder al análisis de los principios formulados en el artículo 10.1 de la *norma normarum* que la misma califica de fundamento de orden político y de la paz social, aclara que la dignidad humana y el respeto a la misma junto al compañero ineludible del libre desarrollo de la personalidad son el “fundamento lógico y ontológico” de todos los derechos fundamentales, tal y como expresa la Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985 de 11 de abril (Llamazares 1995: pp. 8-9).

Precisamente por respeto a la dignidad humana que está en la esencia de todos los derechos fundamentales y entre ellos en la igualdad, pugna con la misma toda discriminación sin más, y por ende por razón de identidad sexual que sería el caso.

El Tribunal Constitucional refuerza su posicionamiento ya no sólo desde la óptica interna sino desde la óptica internacional, porque si bien en los textos internacionales originarios de defensa de derechos humanos no se mencionan específicamente bienes jurídicos autónomos como la orientación sexual, identidad sexual o género, lo cierto es que sí se comprenden implícitamente en los textos internacionales cuando prohíben la discriminación. A tal efecto cita el caso *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal* en la que se manifiesta por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos sin lugar a dudas comprende la discriminación por razón de orientación sexual, aunque debemos decir que la transexualidad no es un supuesto de orientación sexual, tal y como claramente se dice en la reunión de importantes expertos en la materia, y que dieron lugar a la formulación de los llamados *Principios de Yogyakarta*. En cualquier caso, y hecha dicha puntualización, en lo que sí es categórico el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como no podía ser de otro modo y como así lo hacemos todos los miembros integrantes del Poder Judicial español, es no adoptarse decisiones que tengan que ver con los hijos en los supuestos de crisis matrimonial, basándose exclusivamente en la orientación sexual de los progenitores; es más, no debe tenerse en cuenta en modo alguno. Criterio éste que fue el acogido por el Tribunal Europeo en el caso referido –*videm* la Sentencia de 21 de diciembre de 1999, Caso *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*-. Sirva de complemento a

dicho posicionamiento que lo que debe imperar en las medidas en relación a los hijos es precisamente esto, y no las posiciones personales de los progenitores que en nada puede repercutir en los hijos como lo es la sexualidad de sus padres sin que concurra ningún elemento adicional que incida en el interés superior del menor o *favor filii*, porque basarse en ello exclusivamente sería tanto como partir de convencionalismos inaceptables y extrajurídicos.

Tras un análisis de los principales textos en materia de derechos fundamentales de ámbito internacional y que hemos analizado en este capítulo, el tribunal empieza a analizar lo que debe imperar en toda resolución judicial que verse sobre las relaciones paternofiliales, haciendo especial hincapié al interés prevalente del menor, debiendo a su vez ponderarse con el de los progenitores, de tal manera que la resolución judicial en materia de relaciones paternofiliales deberá ser un producto de ponderación y proporcionalidad. No obstante lo anterior, en caso de colisión entre ambos, el interés de los progenitores deberá siempre ceder ante el superior interés del menor, porque acertadamente deberá prevalecer el llamado *favor filii*.

Partiendo de estas consideraciones el Tribunal constitucional establece un argumento que puede ser resumido en dos puntos: a) si la resolución judicial como criterio de *ratio decidendi* se basa “de manera decisiva, expresa o implícitamente, en la orientación sexual de dicho progenitor supone una diferenciación discriminatoria proscrita por el art. 14 CE, pues en ningún caso el mero dato de la orientación sexual o, más específicamente, de la disforia de género puede erigirse en justificación objetiva y razonable para dispensar un trato discriminatorio en perjuicio de ese progenitor en el marco de sus relaciones paternofiliales”; b) por el contrario, cuando el criterio de *ratio decidendi* no es *per se* la transexualidad sino que concurren elementos adicionales que fundamenten la resolución judicial entonces no habrá discriminación del artículo 14. En el presente caso y como quiera que de la prueba practicada; concretamente el dictamen pericial psicológico por la que el demandante de amparo atraviesa y que “supone la existencia de un riesgo relevante de alteración efectiva de la salud emocional y del desarrollo de la personalidad del menor, dada su edad (de seis años en el momento de producirse la exploración judicial) y la etapa evolutiva en la que se encuentra.”

Como quiera que las resoluciones judiciales establecen la concurrencia de elementos adicionales como un “riesgo relevante” para el menor y por tanto el interés de éste es el que ha de prevalecer, no puede entenderse una discriminación del artículo 14 por la concurrencia de esos elementos adicionales puestos de manifiesto.

### VIII.- ESPECIAL ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL NÚMERO 198/2012, DE 6 DE NOVIEMBRE DE 2012 RELATIVA A LA CONSTITUCIONALIDAD DEL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO.

#### 1.- La conquista por el derecho a contraer matrimonio por exigencias de dignidad.

En el presente epígrafe vamos a analizar la referida sentencia por la que se resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Popular en el Congreso de los Diputados, como consecuencia de la aprobación de la Ley 13/2005 de 1 de julio de modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, dando lugar a partir de aquí a la modificación principal de lo que hasta el momento se encontraba regulado en el artículo 44 del referido Código sustantivo, y que con la nueva regulación permite el matrimonio entre personas del mismo sexo. El resto de artículos modificados lo son como consecuencia o irradiación de aquél, tratándose por tanto de una modificación a efectos terminológicos, en conexión también con la modificación, de igual forma, del artículo 175 en lo que a adopción se refiere. Tal y como pone de manifiesto el encabezamiento de la sentencia analizada, y en una visión simplista, se analiza la: “Garantía institucional del matrimonio y protección de la familia: constitucionalidad de la regulación legal del matrimonio entre personas del mismo sexo”.

Como punto de partida de nuestra exposición, debemos significar el gran número de leyes dictadas por los sendos parlamentos autonómicos por las que se regularon modos de convivencia *more uxorio* materializadas en las actuales leyes de parejas de hecho, pasando por la jurisprudencia no sólo de nuestro Tribunal Supremo sino también de la llamada “jurisprudencia menor”, que han venido abordando jurisprudencialmente determinados aspectos de la tutela de derechos de los que forman pareja de convivencia del mismo sexo, y que pedían una equiparación de efectos jurídicos de forma paralela a las personas unidas por el vínculo jurídico matrimonial (Llamazares 2008). Todo ello sin olvidar los primeros intentos de regulación, desde el punto de vista legal, del reconocimiento de situaciones y de derechos de las personas que estaban unidas por un vínculo

afectivo, siendo personas del mismo sexo, pero obviamente no casadas. Sin ánimo de ser exhaustivo, y como vimos anteriormente, podemos traer a colación la Ley 29/1994 de 24 de noviembre de arrendamientos urbanos, que establece en su artículo 12 en los supuestos de desistimiento o vencimiento en caso de matrimonio o convivencia, y en su apartado 4º, que lo dispuesto en dicho artículo será de aplicación también en favor “de 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”, consagrándose además, y de conformidad con lo preceptuado en el artículo 16 en los supuestos de muerte del arrendatario, un derecho de subrogación a favor no sólo del cónyuge, sino también en favor de “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...”. Asistíamos por tanto a reconocimientos de la realidad de la diversidad de convivencias con comportamientos sexuales distintos del heterosexual, pero insuficientes desde el punto de vista jurídico. De este modo, si en un primer momento de la evolución histórica de nuestro derecho en lo que a orientación sexual o identidad de género se refiere fue escasa, lo cierto es que en los últimos años se ha producido todo un aluvión normativo que incide precisamente en dichos aspectos, desde la modificación en materia fiscal de ciertos preceptos de la normativa financiera y tributaria, de la que es claro ejemplo Ley 62/2003, de 30 de diciembre de medidas fiscales, administrativas y del orden social, pasando por la modificación de sendos preceptos del Código Penal, no sólo de la parte general como la circunstancia mixta de parentesco o la circunstancia agravante de cometer el hecho por el sexo u orientación o identidad sexual de la víctima - redacción dada por la reciente Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo de modificación del Código Penal-, sino también en la parte especial del Código Penal, de la que es claro ejemplo el delito de odio de los artículo 510 y 510 *bis* del referido Código punitivo. De igual forma, llegamos a la Ley 3/2007 de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, la cual no exige que el tratamiento del transgénero culmine necesariamente en una operación de reasignación de género, tal y como se desprende de su artículo 4, y todo ello culminando con el reconocimiento expreso

a nivel legislativo del instituto del matrimonio, con independencia del sexo de los que acceden a la institución matrimonial.

Todo ello se completa con la jurisprudencia cada vez más aperturista en el respeto a los derechos de las personas, con independencia de su orientación o identidad sexual. Proceder al análisis de la Ley 13/2005 de 1 de julio de modificación del Código Civil en materia de matrimonio, y por la que se prevé la institución del matrimonio ya no sólo sobre la base tradicional de hombre y mujer casados entre sí, sino que procede a su apertura con independencia del sexo de los cónyuges, reviste una labor de importancia capital porque ultimadamente se trata del resultado de una larga evolución histórica en la conquista de derechos de las personas que viven una sexualidad distinta de la heterosexual. De esta premisa que se acaba de exponer, realmente lo que subyace es la exigencia del respeto de dicho colectivo por razones de dignidad humana. Realmente la introducción en nuestro sistema jurídico del matrimonio entre personas del mismo sexo ha provocado la reacción de ciertos sectores sociales y de la doctrina científica que ponen de manifiesto que la nueva regulación destruye en esencia el concepto de matrimonio, que ultimadamente es una institución que ni siquiera tiene fundamento en la libertad religiosa y de conciencia porque surge antes que las mismas. Es más según una parte de este enfoque entiende que asistimos a una institución natural (Pizano, 2010, pp. 10-12). De igual forma, llama poderosamente la atención ese sector de la doctrina científica que partiendo del concepto tradicional del matrimonio y de su contenido hasta la entrada en vigor de la nueva ley, pone el énfasis en que si bien el legislador quiso regular una institución porque muchas personas que hasta entonces no podían casarse querían hacerlo, realmente los datos estadísticos demostraban la cantidad poco significativa de matrimonios homosexuales llevados a cabo en relación a lo esperado (Martínez, 2012). Se ha señalado también como argumento en contra de la nueva ley la modificación sustancial del matrimonio y su irradiación en otros aspectos del Derecho de familia. No obstante lo que se acaba de apuntar, no podemos olvidar, como luego veremos, que existen varios tipos de familia que no tienen que asentarse necesariamente sobre la base tradicional de marido y esposa y por tanto pareja heterosexual, sino que nos encontramos con un auténtico extenso campo de tipos de familia, incluso son

varios los núcleos familiares en algunas, o bien solamente existe un progenitor (Acedo, 2013, p. 23). Por ello, ese amplio abanico de tipos de familia son realidades a la que el derecho debe dar cobertura jurídica plena. Pero es más, la institución matrimonial aunque en su seno presenta un interés público relevante, y cuando además de ella puede derivarse un tipo concreto de familia, son materias que pertenecen al ámbito del Derecho de Familia y por tanto al Derecho Civil (Díez-Picazo y Gullón, 2001, p. 38). Sirva de complemento a ello que no se deja de resaltar por ciertos autores de la doctrina que la Ley es producto de un momento concreto y determinado, tiene un componente de carácter ideológico incuestionable, pero no obstante se defiende su constitucionalidad aunque el Constituyente en su origen no estuviera pensando precisamente cuando se redactó el artículo 32 de la Carta Magna en un matrimonio con base homosexual (Linacero, 2005, p. 423). Otro elemento a tener en cuenta es que en cualquier juicio de constitucionalidad de una ley, y más concretamente de los derechos fundamentales o constitucionales cuya vulneración pueda cuestionarse, el hecho de la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad aunque no tengan autonomía propia, sí se convierten en un elemento de importancia capital porque se erigen en elemento de ponderación con otros valores constitucionales, siendo el ejemplo claro los derechos fundamentales, en tanto que aquélla es esencia de éstos, y de ahí el fundamento que señala el artículo 10.1 de la Constitución (Jiménez y De la Cueva, 2007).

De lo expuesto hasta al momento, lo cierto es que cualquier juicio sobre la Constitucionalidad deberá tener presente los siguientes aspectos: a) en primer lugar, nuestro sistema jurídico proclama un modelo de Estado que es aconfesional, y de ello debe colegirse, como consecuencia, el hecho de no poder traer a colación argumentos que no sean estrictamente jurídicos; es más, los argumentos que se pongan de manifiesto deberán formar parte del propio sistema y no acudir a factores o realidades exógenas al propio sistema, como consideraciones religiosas que vienen influida por la concepción del matrimonio como sacramento; b) podrán traerse a colación elementos históricos, pero no podrán agotarse en lo que tradicionalmente se ha regulado de la misma desde el punto de vista histórico, como pudiera ser la definición del matrimonio contenida en las Instituta de la Compilación de Justiniano entendida como la

unión de hombre y mujer, porque sería tanto como entender que esta institución no puede evolucionar, cuando ello es dable en cualquier otra institución jurídica, lo cual se colige claramente del criterio hermenéutico contenido en el artículo 3.1 del Código Civil en lo relativo a tener en cuenta la realidad social del tiempo que se procede a interpretar (Matia 2013: pp. 541-554); c) no se puede partir de valoraciones o prejuicios sobre las instituciones poniéndose el énfasis única y exclusivamente en la orientación o identidad sexual de los miembros de la pareja, porque ello es de todo punto de vista inaceptable y supone ir en contra a su vez de los más elementales postulados de justicia e igualdad que han de respetarse por exigencias mismas de dignidad; d) pudiera pensarse en problemáticas que pudieran originarse en otros sectores del Ordenamiento Jurídico como en el ámbito del Derecho Internacional Privado o Teoría del Conflicto de Leyes cuando en los miembros de la pareja contrayente aparece el componente extranjero, pero cualquier problemática al respecto se dilucida con la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de julio de 2005 que afirma que sí es posible matrimonio homosexual en España siempre que sea competente la autoridad española (Álvarez, 2006, pp. 51 ss.); e) finalmente, aquí no se trata de datos estadísticos y si las parejas homosexuales han accedido en mucho o en poco a la institución matrimonial. Lo priusindispensable es que quien quiera casarse pueda hacerlo y a la inversa, que es en definitiva las dos caras del derecho al matrimonio como derecho subjetivo que analiza el propio Tribunal Constitucional en la sentencia objeto de estudio en el presente trabajo.

## **2.- Motivos de inconstitucionalidad esgrimidos en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto.**

La sentencia del Tribunal Constitucional expone en el apartado de antecedentes los motivos de inconstitucionalidad argumentados por los recurrentes, y que pueden ser expuestos del modo siguiente:

1. La vulneración del artículo 32 de la Constitución española, todo ello sin olvidar el matrimonio desde la doble perspectiva o punto de vista de ser un derecho constitucional, pero también se constituye en una auténtica institución, y de ahí que se hable de garantía



institucional. Obsérvese que la parte recurrente se centra en lo que a la institución matrimonial se refiere al carácter básico de la institución y a su carácter teleológico o finalista, como lo es la necesidad natural y social de la perpetuación de la especie, centrándose además en el aspecto etimológico y en la idea de engendramiento. Todo ello unido además a la base de que el texto constitucional se refiere realmente a pareja heterosexual, y que la expresión plena igualdad jurídica se refiere a etapas anteriores en la que los miembros del matrimonio no tenían los mismos derechos y obligaciones.

2. La vulneración del artículo 10.2 del mismo texto constitucional. A este respecto se esgrime el establecer una regulación contraria a la generalidad de dicha institución en la esfera internacional.
3. La vulneración de la igualdad consagrada en el artículo 14 del texto constitucional en conexión con los artículos 1.1 y 9.2 del mismo cuerpo normativo. De igual forma se trae a colación la regulación contenida en el artículo 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.
4. Se alega como cuarto motivo la vulneración del artículo 39.1 de la Constitución relativo a la familia y su protección, concretamente los números 2 y 4, todo ello además por su incidencia en la modificación operada en el artículo 175.4 relativo a la posibilidad de acudir a la adopción parejas formadas por personas del mismo sexo.
5. Como quinto motivo se alega la vulneración del artículo 53.1 de la Constitución, en el particular consistente en que toda regulación del derecho al matrimonio, en cuanto derecho constitucional, tiene que respetar y tener en cuenta el contenido esencial de tal derecho consagrado constitucionalmente.

6. Infracción del artículo 9.3 en lo que se refiere el principio de jerarquía normativa.
7. La vulneración del artículo 9.3 al entenderse que se ha procedido por el legislador a conformar una norma pero de forma arbitraria.
8. Se alega como último motivo de vicio de inconstitucionalidad la infracción del artículo 167 de la Constitución en sede de reforma constitucional, al entenderse que si se quería modificar la institución matrimonial, ello no podía abordarse desde el punto de vista de la legislación ordinaria, llegándose a la conclusión de que el cauce para conseguir tal propósito como lo es el matrimonio entre personas del mismo sexo sólo podía jurídicamente conseguirse mediante el correspondiente procedimiento de reforma constitucional.

En cuanto al estado de alegaciones formulado por el Abogado del Estado, hemos de significar que tras establecer tres modelos o posturas que pueden establecerse en el tratamiento jurídico del matrimonio, teniendo en cuenta la orientación sexual de los miembros de la pareja y por tanto la existencia de miembros de la pareja del mismo sexo, perfila que caben tres opciones posibles. A saber: a) por razones de igualdad, el matrimonio heterosexual y el matrimonio homosexual tienen igualdad jurídica; b) el segundo modelo precisamente, y partiendo de la confrontación de ambos modelos de pareja de cara al matrimonio, parte de la inconstitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo; c) y una tercera postura que podría calificarse de intermedia.

No obstante, siempre estaremos ante una opción libre del legislador.

El Abogado del Estado hace una referencia al tratamiento internacional en la tutela de la orientación sexual de las personas, y analiza cómo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en aras del respeto a los mismos se ha basado en el respeto a la vida privada del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, bien en el principio de igualdad jurídica, bien en el artículo 14 del mismo texto normativo, teniendo su correspondencia en nuestro derecho interno en el artículo 18.1 y 14 respectivamente del texto constitucional. Todo ello sin

olvidar la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como en el caso *Salgueiro da Silva c. Portugal*, de 21 de marzo de 2000 y en la que – debemos añadir– se puso de manifiesto que una resolución judicial basada exclusivamente en la orientación sexual, siendo la misma desfavorable para el que ostenta dicha orientación es contraria al artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En este *iter* jurídico, y quizás lo llamativo de su posicionamiento es que considera que el matrimonio es una institución que ha evolucionado y que no se puede circunscribir la constitucionalidad o no del matrimonio homosexual acudiendo a posturas etimológicas, porque se ha producido con el matrimonio una evolución social de su percepción. Resta decir – y que nosotros compartimos– que el juicio de constitucionalidad no puede descansar en un criterio histórico, porque no se puede olvidar que las instituciones responden a la imagen que en la conciencia social se tiene en un contexto histórico determinado, o dicho de otro modo, en concretas coordenadas de tiempo y lugar. Por ello dada esa evolución y sin olvidar, como luego recordará el Tribunal en su propia fundamentación jurídica al traer los posicionamientos del Abogado del Estado, asistimos a un “árbol vivo” que por ende evoluciona.

### **3.- Análisis de *iter* jurídico del Tribunal Constitucional sobre el matrimonio homosexual.**

Una vez fijadas dichas posiciones de las partes, el siguiente paso es analizar la argumentación jurídica vertida por nuestro Tribunal Constitucional. Así las cosas, en primer lugar el Tribunal Constitucional de cara a centrar el recurso de inconstitucionalidad presentado, sin olvidar que como apuntábamos anteriormente, realmente se deberá dilucidar el artículo 44, párrafo segundo, a que se refiere el artículo primero de la ley impugnada, porque los demás preceptos de la Ley 13/2005 si se ven afectados lo será por irradiación, porque son modificaciones terminológicas y consecuencias obvias del cambio normativo de la literalidad del artículo antes referido. Tras ello, compartimos con el Tribunal Constitucional que el elenco de artículos alegados como motivos de inconstitucionalidad, alguno de ellos no tienen efectivamente autonomía propia, porque están directamente relacionados con el artículo objeto de análisis y que no es otro que el artículo 32 de nuestra Constitución. Por ello, los preceptos que

no tienen autonomía propia y que han de ser puestos en correlación con el artículo 32 son los artículos 9.3, 10.2, 53.1 y 167 de referido texto constitucional, de tal manera que sólo resultarían vulnerados si se entiende conculcado el artículo 32. El resto de preceptos alegados, y que *ab initio* son desvinculados del artículo 32 (9.3 en su modalidad de interdicción de la arbitrariedad, 14 y 39.1, 2 y 4) son de igual forma descartados. En este sentido, la auténtica clave de arco del juicio de constitucionalidad presente se basa en el artículo 32 de la Constitución española relativa al matrimonio.

No obstante lo anterior, conviene puntualizar antes de seguir adelante, que el Tribunal Constitucional en su argumentación en el “descarte” de los preceptos aludidos recuerda la doctrina constitucional sobre la igualdad consagrada en el artículo 14 de nuestra *norma normarum*. De una manera simplista, pero con fuerte contenido a la vez, el Tribunal Constitucional recuerda que el artículo 14 impide las distinciones infundadas o carentes de fundamento, y por ende discriminatorias. Se asevera, como no podía ser de otro modo, que no se consagra un derecho de desigualdad ni se ampara la falta de distinción entre supuestos desiguales, por lo que no existe un derecho subjetivo de trato normativo desigual. Cuestión distinta será la doctrina del llamado “trato diferenciado” que tiene su fundamento o *ratio essendi* cuando la misma tiene por finalidad la “consecución de fines constitucionalmente legítimos. De este modo recuerda que no puede censurarse y criticarse la denominada “desigualdad por exceso de igualdad” asentado en la Sentencia de dicho Tribunal con número 135/1992, de 5 de octubre.

Llama poderosamente la atención cómo la parte recurrente alega preceptos de familia en su recurso de inconstitucionalidad, porque lo cierto es que tanto “matrimonio” como “familia” son bienes constitucionalmente diferentes, por ello es también descartada dicha alegación sin perjuicio de que posteriormente analice la incidencia del reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo en la adopción y en los términos del artículo 175 del Código Civil. Pero es más, parece olvidarse la parte recurrente que esa rama del Ordenamiento Jurídico y privado que se llama Derecho de Familia no sólo se refiere a una familia que responda al modelo tradicional compuesto de padre y madre, sino que existe una auténtica variedad de tipos de familia, desde la monoparental en que sólo existe hijos y figura paterna, familia monoparental con

una madre e hijos, una familia con varios núcleos que forman parte de la unidad familiar como son los abuelos juntos a sus hijos y a su vez sus nietos, y así un largo etcétera; diversidad de familias a que se refiere el fundamento jurídico 5º de la sentencia analizada (Rodríguez 2011: pp. 69-99).

Por tanto, el Tribunal se centra en el auténtico motivo de inconstitucionalidad que no es otro que la posible vulneración con la Ley 13/2005 del artículo 32 del texto constitucional. A este respecto, el propio Tribunal analiza tal derecho pero sin olvidar que presenta un doble matiz, es decir, el matrimonio como garantía institucional y el matrimonio como derecho fundamental. En cuanto a lo primero, cuando hablamos de una auténtica institución nos referimos, tal y como establece la Sentencia del Tribunal Constitucional número 32/81 de 28 de julio, a la protección de determinadas instituciones constitucionalmente reconocidas frente a la acción legislativa que pueda intentar suprimirlas o desnaturalizarlas. Concretamente se explica que “nuestra jurisprudencia reserva la noción de garantía institucional a la protección de aquellas instituciones que, encontrando reflejo constitucional y siendo fundamentales dentro del orden constitucional, no han sido más que enunciadas en la Constitución, sin encontrar en ella el imprescindible desarrollo”. Por tanto, el legislador ordinario tiene un amplio margen para regular la institución matrimonial dentro de las distintas opciones legislativas pero sin olvidar dos principios que le vinculan: a) no puede eliminar la institución regulada constitucionalmente; b) tampoco puede regularse de tal manera que prácticamente deje vacía de contenido a la misma o la haga irreconocible, y por ende desnaturalizarla.

Los recurrentes entienden que la expresión del reconocimiento del derecho “al hombre y a la mujer” se refiere a un matrimonio construido sobre la heterosexualidad, excluyendo por tanto el matrimonio entre personas del mismo sexo. Ciertamente es -como también se dice en la Sentencia- que nuestra Constitución es fruto de un tiempo y momento, y que en aquel entonces se pensaba en matrimonio, al igual que en la generalidad de la esfera internacional, pero asentado sobre la base de la heterosexualidad, pero no lo es menos que todo texto normativo ha de ser adaptado a la realidad social, y por ello deberá ser objeto de una interpretación evolutiva. A este respecto, debemos señalar que en definitiva estamos haciendo referencia a los criterios de interpretación de las normas jurídicas contenidos en el apartado primero del artículo 3º en sede del

Título Preliminar de nuestro Código Civil. La problemática que encierra interpretar el texto constitucional de acuerdo con normas establecidas por una norma de rango inferior a la Constitución, como lo es el Código Civil, sería desde el punto de vista jurídico harto discutible, porque iría en contra de lo estipulado en el artículo 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional cuando dice que el Tribunal Constitucional está sólo sometido a la Constitución y a su propia ley orgánica. Quizás por ello en buena técnica jurídica no se menciona expresamente el artículo 3.1 en el particular de la “realidad social del tiempo” como criterio hermenéutico para acomodar un texto normativo a las realidades sociales cambiantes. No obstante lo anterior, qué duda cabe que cuando el Tribunal Constitucional asume el argumento del Abogado del Estado que menciona a la Constitución como “un árbol vivo”, y por ello se habla en el fundamento jurídico 9º del “Derecho como un fenómeno social vinculado a la realidad en que se desarrolla” y por tanto de una interpretación evolutiva, se está haciendo real y efectivo lo preceptuado en el artículo 10.2 y con apoyo constitucional en éste, también se da cumplimiento a la jurisprudencia de los Tribunales Internacionales a los que por Tratados Internacionales está vinculado España, y que dan validez a cualquier modelo seguido por el legislador entre los posibles. Así las cosas, y fijándose en la perspectiva internacional, pone de ejemplos países que tienen reconocido el matrimonio entre personas del mismo sexo - hoy ya 20 países- para llegar a la conclusión consistente en que lo cierto es que el legislador tiene un amplio margen de decisión a la hora de regular la institución matrimonial sin hacerla irreconocible, máxime cuando el acceso de la institución a personas del mismo sexo no provoca disfunciones a ningún aspecto colateral del matrimonio.

En cuanto derecho constitucional, el matrimonio por su ubicación sistemática no está dentro de los llamados derechos fundamentales de protección máxima como puede ser a través del llamado recurso de amparo, pero sí en cuanto derecho constitucional-fundamental goza de la garantía de preservación en el respeto de que todo desarrollo legislativo del mismo deberá respetar su “contenido esencial”. Y a este respecto, sin olvidar cuanto se ha dicho del matrimonio como garantía institucional, podemos extraer las siguientes consideraciones: a) que el matrimonio como derecho debe garantizar la igualdad jurídica de los cónyuges, lo cual no es más que una manifestación concreta de

la igualdad del artículo 14 en el ámbito de la convivencia matrimonial; b) el matrimonio es un derecho de titularidad individual pero no de ejercicio individual porque para su existencia se requiere como *conditio sine que non* el consentimiento mutuo; c) teniendo en cuenta el inciso del artículo 32 de la remisión al legislador de las formalidades de tal derecho, éste ha regulado también no sólo el matrimonio sino también las llamadas convivencias *more uxorio*; d) cuando se accede a la institución matrimonial, de ella se desprenden por ministerio de la ley, que es tanto como decir *ope legis*, una pluralidad para ambos cónyuges de derechos y deberes; e) el matrimonio comporta una doble libertad, es decir, en el aspecto positivo como sinónimo del derecho a contraerlo, pero también en su faz negativa de no contraer matrimonio alguno.

De todo ello se colige el amplio margen del legislador y su libertad para regular y establecer regímenes de convivencia más allá del matrimonio con un régimen jurídico diferenciado, y es ello permitido y aclarado por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ejemplo *Rees*, de 17 de octubre de 1986 y *Cossey*, de 27 de septiembre de 1990.

Por su parte, y cuando analiza el matrimonio en su aspecto de derecho fundamental, teniendo en cuenta el concepto y contenido del matrimonio, explica que en este sentido coincide la garantía institucional con la dimensión objetiva del derecho al matrimonio, luego en consecuencia, debe analizarse el aspecto subjetivo. A mayor abundamiento la garantía institucional y la dimensión objetiva del derecho al matrimonio, que es tanto como decir su contenido esencial, se solapan para entender y definir al matrimonio. Como corolario de lo que se acaba de exponer, se pone el énfasis en la dimensión subjetiva y específicamente en la modificación legislativa que incide en el ejercicio del derecho a contraer matrimonio.

Entendemos que el matrimonio como cualquier otra institución es una creación humana a la que se recoge y se le da cobertura jurídica, es decir, de realidades sociales pasamos de este modo a realidades jurídicas. Pues bien, la problemática interpretativa en el ejercicio del derecho al matrimonio, en el recto entendimiento de si se basa única y exclusivamente en la heterosexualidad, o por el contrario pueda extenderse a las parejas del mismo sexo, implica una mirada de la evolución de la institución a nivel global y por ende internacional. Pero es más, realmente debemos preguntarnos si la orientación sexual debe

incidir o no en dicho reconocimiento. La respuesta debe ser negativa por la concurrencia, desde nuestra perspectiva, de los siguientes elementos:

En primer lugar por la evolución que se ha producido en la esfera internacional de la tutela de la orientación sexual. En este sentido, conviene recordar que dicho aspecto ha sido analizado bien desde la perspectiva del respeto a la vida privada protegida de conformidad con lo preceptuado en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos; bien desde la igualdad del artículo 14 del mismo texto internacional, entre otras razones porque no aparecía regulada la orientación sexual como bien jurídico propio en los primeros tratados internacionales. No obstante lo anterior, ese escollo jurídico resultó solventado por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuando, sin ánimo de ser exhaustivo, en el caso *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su Sentencia de 21 de diciembre de 1999, afirmó rotundamente que el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos sin lugar a dudas comprende la discriminación por razón de orientación sexual.

No podemos olvidar la incidencia que el Derecho Internacional ha tenido en la legislación nacional de los distintos Estados, y que supuso la derogación de leyes que hasta hace relativamente poco tiempo castigaban la sodomía o relaciones sexuales entre hombres. En *pro* de ello - y aunque se mencionó anteriormente en otro capítulo de la tesis debemos traerlo a colación para completar el *iter* expositivo-, debemos significar que ya tuvo que pronunciarse el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el comportamiento de varios Estados como sujetos de Derecho Internacional que en sus respectivas legislaciones tenían un arraigado comportamiento contrario a la tendencia homosexual. El referido Tribunal dictó importantes sendas sentencias tales como la de 22 de octubre de 1981 en el caso *Dudgeon* contra El Reino Unido; Sentencia de 26 de octubre de 1988, Caso *Norris* contra Irlanda; Sentencia de 22 de abril de 1993, Caso *Modinos* contra Chipre, en la que a la hora de analizar la *quaestio facti* se pone de manifiesto el llamado juicio de proporcionalidad, o como manifiesta el propio Tribunal Europeo el poner en equilibrio el interés general y el interés particular del individuo que ante el tribunal demanda la tutela de su derecho. A este respecto, el Tribunal ya puso de manifiesto, esgrimiendo además que la gran mayoría de la Comunidad Internacional ha ido desterrando



de sus Ordenamientos Jurídicos las normas que persiguen las prácticas homosexuales, que el mantenimiento por parte de los Estados y en sus sistemas jurídicos de normas como las referidas suponen un enjuiciamiento social constante del individuo que contradice el respeto a la vida privada reconocido en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. De igual forma, en el año 1992 Nick Toonen denunció la existencia de una ley similar de persecución de la homosexualidad en el Estado de Tasmania y que supuso que el Comité de Derechos Humanos de la ONU emitiera el dictamen número 488/1992 emitido el 31 de marzo de 1994, documento U.N. Doc. CCPR/C/50/D/488/1992 (1994), en el que se ponía de manifiesto que el contenido de dicha ley australiana y concretamente el artículo 122 y 123 del Código Penal de Tasmania vulneraban e iban en contra del artículo 8º del Convenio Europeo de Derechos Humanos, al entenderse una injerencia arbitraria con ese articulado en el derecho del solicitante al respeto a su vida privada, significando además que cuando el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en los artículos 2.1 y 26 hacen referencia al sexo, debe entenderse que comprende la “inclinación sexual” (parágrafo 6.10), y que los derechos que dicho Pacto Internacional contiene, implican la prohibición de negar tales derechos a las personas por su orientación sexual.

El Tribunal Constitucional en esta sentencia al analizar la dimensión subjetiva del derecho al matrimonio lo circunscribe en su faz negativa a que el legislador no puede vulnerar “la esfera de libertad que contiene el derecho”, tal y como lo expone en su fundamento jurídico 11. Si partimos de la evolución internacional de los derechos de las personas por su orientación sexual – lo cual es corresponder a las exigencias del artículo 10.2 de la Constitución- la clave de arco a dilucidar consiste en si la modificación operada limita las facultades de los heterosexuales en su derecho al matrimonio. La respuesta evidentemente es negativa. A modo simplista se trata de ver si el reconocimiento de más derechos para unos y que no tenían, implica a su vez menos derechos para otros que sí lo tenían. En definitiva, “el reconocimiento del derecho al matrimonio a todas las personas, independientemente de su orientación sexual, implica la posibilidad para cada individuo de contraer matrimonio con personas de su mismo sexo o de diferente sexo, de manera que ese ejercicio reconozca plenamente la orientación sexual de cada uno. Ello no afecta al contenido esencial del derecho.

porque el que puedan contraer matrimonio entre sí personas del mismo sexo ni lo desnaturaliza, ni lo convierte en otro derecho, ni impide a las parejas heterosexuales casarse libremente, o no casarse”.

De todo ello se colige una lógica consecuencia advertida en la sentencia y consistente en que con tal reconocimiento se da un paso más en la garantía de la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad que debe estar orientada a la plenitud de los derechos fundamentales.

Al respetarse la dignidad humana reconociéndose una institución como el matrimonio a todos, ya no sólo a los heterosexuales, se hace real y efectivo tanto el principio de igualdad del artículo 9.2, como también la cláusula antidiscriminatoria del artículo 14.

Con respecto al acceso a la adopción por la modificación del artículo 175.4 del Código Civil, el Tribunal Constitucional hace suyo la argumentación del Abogado del Estado, consistente en que la idoneidad del adoptante deberá observarse en cada caso sin que se deba partir, analizado lo anterior, del supuesto de la orientación sexual que no podrá ser elemento a tener en cuenta cuando lo relevante es la protección de los hijos. Como se vislumbra de dicho posicionamiento, de lo que se trata es de traer al campo de la adopción todo cuanto se ha dicho por el Derecho Internacional y también por el Tribunal Constitucional materializado en la justicia del caso concreto, es decir, se deben analizar cada uno de los supuestos o casos concretos. En definitiva, no puede partirse de la orientación sexual *per se* como criterio determinante para un no reconocimiento *in genere* en el mundo del Derecho. A este respecto, y como apuntamos anteriormente, no pueden adoptarse decisiones que tengan que ver con los hijos en los supuestos de crisis matrimonial, basándose exclusivamente en la orientación sexual de los progenitores; es más, no debe tenerse en cuenta en modo alguno. Criterio éste que fue el acogido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso referido –*videm* la Sentencia de 21 de diciembre de 1999, Caso Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal-. Sirva de complemento a dicho posicionamiento que lo que debe imperar en las medidas en relación a los hijos es precisamente esto, y no las posiciones personales de los progenitores que en nada puede repercutir en los hijos como lo es la sexualidad de sus padres, sin que concurra ningún elemento adicional que incida en el interés superior del menor o *favor filii*, porque basarse en ello exclusivamente sería tanto como partir

de convencionalismos inaceptables y extrajurídicos. Pues bien, ello es lo que subyace en el tratamiento por el Tribunal Constitucional de la adopción, es decir, lo que prima es la protección de los hijos y la valoración de la idoneidad del adoptante pero al margen de la orientación sexual. Es más, deberá imperar, en cuanto a idoneidad de los adoptantes, si éstos pueden ser capaces de garantizar al adoptado una escala de principios y de valores, empezando por una educación que sea capaz de integrar a dicho sujeto en la sociedad. Sería algo así como ser capaz de ajustarse al esquema de derechos-deberes a que se refiere el artículo 142, 154 y concordantes del Código Civil.

La presente sentencia ha sido compartida por buena parte de la doctrina científica, pero algunos autores aunque están de acuerdo con el dictamen de constitucionalidad, no comparten la forma de argumentación utilizada para ello; concretamente autores han referido que el Tribunal Constitucional otorga validez constitucional a la ley referida pero poniendo el énfasis principalmente en la nota de la “garantía institucional”, cuando lo cierto es que debería de haberse profundizado en la nota de ser un derecho constitucional en el sentido de ser un derecho de libertad, elemento éste en que debió incidirse más (Presno, 2013, pp. 425-432).

Nosotros debemos matizar que como en todo razonamiento jurídico lo importante es la motivación que al menos sea suficiente, y en el caso analizado lo es. Debemos recordar que el Tribunal ya deja sentado que la garantía institucional y dimensión objetiva del derecho a contraer matrimonio coinciden, y se basa en el aspecto o dimensión subjetiva. A este respecto lo importante es que el Tribunal Constitucional, sin olvidar su análisis en toda la sentencia de la perspectiva internacional, parte de las dos facetas en el derecho al matrimonio, esto es, tanto en la libertad de contraer matrimonio como en la libertad de no hacerlo, y lo cierto es que la nueva regulación, sin alterar la institución del matrimonio, responde a la exigencia del derecho al matrimonio entendido en su dimensión de libertad de acceso al mismo por el colectivo homosexual, cuando además dicho aperturismo no impide ni daña el derecho de los heterosexuales. Pero es más, completa su argumentación al reconocer que la existencia por tanto de un matrimonio igualitario tanto para homosexuales como para heterosexuales, conecta obviamente con el artículo 14 de la Constitución y de forma inexorable con el artículo 10.1, como no podía ser de otro modo, porque

es el fundamento de todos los derechos fundamentales y, entre éstos, el derecho al matrimonio. A mayor abundamiento, hay distintos argumentos sobre la constitucionalidad o no de la ley, y toda la argumentación depende o está en función de poner el énfasis en la nota de “garantía institucional” o en la nota de “derecho fundamental” subjetivo. Es más, como dice Díez-Picazo, en la reivindicación del matrimonio entre personas del mismo sexo no hay sólo pluralismo de formas de vida o de costumbres liberales sino que debe haber algo más (2007, p. 12). Nosotros debemos apostillar que sí hay algo más, y no es otra cosa que la evolución de la sociedad, de la Constitución con ella, y todo por exigencias del respeto a una dignidad humana que es la que hace a los hombres más iguales y más libres.

Una vez expuesta de una manera global la regulación del matrimonio en la nueva ley y las distintas posiciones de la doctrina, del Tribunal Constitucional, y por remisiones a los Tribunales y órganos internacionales, todo ello sin olvidar ni un atisbo el respeto a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad, podemos extraer unas conclusiones que pueden resumirse de la siguiente manera: a) el matrimonio no puede ser entendido como una institución de orbe cerrado; todo lo contrario. El matrimonio como cualquier institución jurídica puede y deber ser objeto de interpretación de la realidad social, que hace que la institución que se observaba desde el punto de vista social y jurídico haya sufrido una transformación por el decurso del tiempo. En definitiva, también el matrimonio debe ser objeto de una interpretación “evolutiva”; b) el matrimonio desde las distintas perspectivas de las que puede ser observado y analizado, siempre deberá ser objeto de estudio pero partiendo de elementos que formen parte del propio Ordenamiento Jurídico, y de ahí la concepción del Derecho como sistema; c) directamente relacionado con lo manifestado en la letra inmediatamente anterior, en el análisis de instituciones a nivel constitucional no pueden acudir a factores exógenos o externos, y ni mucho menos a elementos tales como “orientación sexual” o “identidad sexual/género” porque tal y como ha tenido ocasión de pronunciarse el Tribunal Europeo de Derechos Humanos pugnaría con lo preceptuado en el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos; d) no puede en modo alguno hablarse de “desigualdad por exceso de igualdad” o bien como hemos expuesto, dentro de las distintas posibilidades que el legislador tenía para regular el matrimonio, éste ha optado por el matrimonio

igualitario en relación al sexo de los cónyuges, lo cual se traduce en un matrimonio que hace real y efectivo el artículo 9.2 y 14 del texto constitucional; e) no es dable esgrimirse situaciones de desigualdad cuando la presente regulación permite el acceso a la institución matrimonial a los que antes no tenían dicho acceso, pero sin perjudicar o limitar en modo alguno los derechos de los que sí tenían el matrimonio como derecho reconocido; f) a modo de conclusión, valorando todo lo expuesto, dicha regulación se corresponde con la exigencia del respeto a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad del colectivo distinto al heterosexual.

## IX.- LA REDEFINICIÓN DE LA DIGNIDAD HUMANA ANTE LO SEXUAL.

A lo largo de todo este trabajo hemos estado constantemente haciendo remisiones a la exigencia de dignidad humana pero lo cierto es que no podemos decir de una manera clara cuál es el contenido de la dignidad humana y un concepto de lo que debe entenderse por tal. Es más, no han sido pocos los autores que a la hora de establecer el concepto de lo que puede entenderse por dignidad llegan a la conclusión de estar abordando el intento de definir lo indefinible (Torres, 2000: pp. 47-49). No obstante, llegados a este momento debemos establecer un esfuerzo para intentar ver el contenido de la dignidad y cuáles son las notas que van ínsito en la dignidad humana. En el IX Encuentro de los Tribunales Constitucionales de España, Italia y Portugal, se establece un análisis de la dignidad humana muy importante, y donde se expone la trayectoria constitucional de la dignidad humana en las sentencias de nuestro Tribunal Constitucional. Como corolario de lo anterior, lo primero en lo que se incide es que si bien el artículo 10.1 de la Constitución española es incuestionable, y que además, tal y como dice el Tribunal Constitucional, la dignidad humana es el “fundamento lógico y ontológico” de los derechos fundamentales, sin embargo en nuestro Ordenamiento Jurídico el principio de la dignidad humana no tiene autonomía propia para hacer reaccionar y provocar una sentencia del Tribunal Constitucional por medio de un recurso de amparo; dicho con otras palabras, será a través de un derecho fundamental concreto y determinado cuando deberá analizarse si en el juicio de constitucionalidad se ha atentado o quebrantado el respeto a la dignidad humana. Sentada esta premisa previa, dentro del principio de la dignidad humana podemos advertir dos aspectos; uno negativo materializado en que la dignidad humana se erige:

“como un límite a las injerencias ajenas al afirmar que: “la regla del art. 10.1 CE, proyectada sobre los derechos individuales, implica que la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre, constituyendo, en consecuencia, un *minimum* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos

individuales no conlleven un menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona” (STC 57/1994, de 28 de febrero).

Desde el punto de vista positivo, la dignidad es:

“valor jurídico fundamental, al afirmarse en la importante STC 53/1985, de 11 de abril, que “junto al valor de la vida humana y sustancialmente relacionado con la dimensión moral de ésta, nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10) y los derechos a la integridad física y moral (art. 15), a la libertad de ideas y creencias (art. 16), al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1).”

Una vez sentadas las características de la dignidad desde el punto de vista constitucional, vamos a intentar abordar el concepto de la misma. Como punto de partida debemos traer a colación dicho intento realizado por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 53/1985 de 11 de abril en la que expone que “la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás”. Esta definición incide en la idea que debe imperar en un modelo de Estado de constitucionalismo material, y que no es otro que la idea de respeto en mayúsculas. Obsérvese que la noción del respeto en nuestra materia objeto de análisis reviste una importancia capital, porque si curiosamente analizamos desde el punto de vista del estricto derecho positivo textos normativos internacionales que se refieren a la dignidad humana hablan de “tolerancia”, “aceptación”, pero realmente el concepto que forma parte del contenido de la dignidad es el del respeto. A mayor abundamiento, desde el punto de vista terminológico la palabra latina *tolerancia* proviene del verbo o locución latina “*tolerare*” que significa tanto como “soportar”. De igual forma, la palabra *aceptación* implica un juicio valorativo previo, es decir, implica un esfuerzo de intentar asumir o comprender aquello que previamente y desde el fuero interno no se comparte. Dicho con otras palabras, y como dice el profesor Carmelo

Vázquez en el prólogo a la obra del profesor Baile, es equivocado pensar que nuestra sociedad tiene que aceptar la homosexualidad “pues a fin de cuentas estaríamos suponiendo algo intrínsecamente anormal” (Baile, 2008, p. 14). Aquí y en la materia objeto de estudio nadie tiene que tolerar ni aceptar la orientación sexual o la identidad sexual con la que cada individuo se identifica. De la misma manera, tampoco se trata de ver dichos extremos como opciones de los individuos que como su nombre indica implica una posibilidad sexual entre otras elegibles. Lo único y realmente importante de la noción de dignidad es el respeto en sentido de que la dignidad que hace a la persona libre en los distintos aspectos de la vida cotidiana y por ende de la vida jurídica tenga que ser objeto de una mirada que no comporte nunca un juicio valorativo ético previo, de ahí ese aspecto moral de la dignidad del hombre. Ese respeto, en su formulación original, implica que han de ser desterrados desde todo punto de vista expresiones que atentan contra dicha dignidad, y que no es otra cosa que la descalificación o el insulto ante quien vive su sexualidad como quiere. En esta ocasión, quien suscribe ha tenido ocasión de pronunciarse de forma reiterada en supuestos en los que el bien jurídico protegido por el derecho era el respeto a la orientación sexual o identidad sexual. No podemos olvidar que el hombre debe ser respetado en lo que, quien suscribe, califica como respeto en su fuero interno y en su realidad externa, que es tanto como decir, respecto en cómo piensa y respeto en cómo obra en el mundo exterior, y que implica claramente su comportamiento sexual. Sin ánimo de ser exhaustivo, en el Código Penal aprobado por Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre hasta la reciente Ley Orgánica 1/2015 incluía dentro de las infracciones constitutivas de falta las injurias y vejaciones injustas de carácter leve que cumplían una importante función social y jurídica, porque se sancionaban el desvalor de acción y el desvalor de resultado de conductas inaceptables tales como insultos atendiendo a la orientación sexual. Y es que no podemos olvidar que cada persona – como no podía ser de otro modo- puede pensar como quiere, pero en modo alguno puede exteriorizar opiniones que impliquen la descalificación o el insulto hacia el destinatario de ese pensamiento que se verbaliza, y por el mero hecho de vivir su sexualidad como quiera.

Por ello, y a modo de conclusión, podemos decir que la dignidad, partiendo como punto de partida del concepto de nuestro Tribunal Constitucional



y aplicándolo al comportamiento sexual, es el concepto espiritualista, pero con una incuestionable aplicación real y efectiva al ser un valor jurídico fundamental de la persona que conecta de forma inexorable con la esencia del ser humano; y un concepto moral que el Ordenamiento Jurídico lo convierte en jurídico en cuanto es la esencia de la persona que es la realidad jurídica primaria objeto del Derecho, y que implica el derecho de autodeterminación consciente y libre de respetar y hacer respetar a los demás la libertad de la persona en los distintos aspectos de la vida cotidiana y por ende jurídica, tales como libertad de pensamiento, ideas, creencias, libertad de obrar externa, intimidad, integridad física y corporal, y con expresa mención a la libertad sexual, puesto que no podemos olvidar que cuando se respeta y se hace respetar dichos elementos, los hombres de una comunidad organizada políticamente en forma de Estado son más libres. A mayor abundamiento, el respeto a uno mismo de esas libertades y el hacerlas respetar por los demás, empezando por el propio sistema jurídico, es tanto como hacer real y efectivo el respeto a la dignidad humana que es la esencia misma de los derechos de la persona y de la propia persona misma.

## X.- CONCLUSIONES.

Al principio de este trabajo, poníamos de manifiesto tanto en la parte relativa a la introducción, como en la parte relativa a cuestiones preliminares, que la única forma de entender desde el punto de vista jurídico esta tesis doctoral era analizando distintos aspectos que iban desde un estudio histórico de los distintos comportamientos sexuales en la cultura clásica, pasando por lo que la Biblia católica dice sobre la homosexualidad, todo ello unido al análisis de los distintos comportamientos sexuales desde el punto de vista psiquiátrico/psicológico, hasta finalmente llegar a lo jurídico. Como puede fácilmente desprenderse de la lectura de la presente tesis doctoral, ya desde tiempos remotos los distintos comportamientos sexuales fueron observados, y sobre todo desde el punto de vista social y cotidiano, sin ningún tipo de connotaciones negativas - supuesto paradigmático el mundo griego-. De igual forma, la Biblia, con independencia de seguidores o detractores en las conclusiones a que llegamos en este trabajo, lo cierto es que de forma categórica no podemos decir que la Biblia contenga pronunciamientos de contenido ético-valorativo en contra de la sexualidad distinta a una relación heterosexual. Pero es más, tampoco podemos tratar de ver la sexualidad diferente como algo que ha de ser reprimido como si de una enfermedad se tratase.

Así las cosas, este doctorando por medio de este estudio llevado a cabo, en todos y cada uno de los capítulos, ha tomado postura ante todas y cada una de las cuestiones que se planteaban, como no podía ser de otro modo. La materia abordada en esta tesis es de las que, de manera obligada, el doctorando tiene el deber de tomar una postura frente a lo que constituye el objeto del análisis. Si esta tesis doctoral la observamos, como si se tratase de un libro cerrado y de forma lineal y fragmentario, la originalidad de la misma reside en que por mucho que aparentemente haya evolucionado la sociedad en muchos aspectos, y en lo que a sexualidad se refiere, falta mucho camino por recorrer, pero lo importante es que lo que se dice en esta tesis y la tantas veces mencionada palabra “respeto”, ha sido la inquietud que ha movido a este doctorando a elaborar este trabajo; inquietud y obligación a que está llamado el sistema jurídico para tutelar y proteger a todos aquellos que al vivir su sexualidad

quieren hacer valer el respeto a su dignidad, entendida ésta como el derecho de autodeterminación a vivir la sexualidad como cada uno quiere, y con el respeto obligado de los demás en su conjunto.

Como corolario de lo expuesto en los dos párrafos inmediatamente anteriores, hemos constatado, con indudable apoyo en textos históricos e imágenes pictóricas, que la sexualidad vivida en el mundo griego, principalmente, y también en el mundo romano ha sido vista con un aperturismo de mente que contrasta con todas las persecuciones que durante siglos han sufrido quienes vivían una sexualidad diferente a la heterosexual, y que en algunos contextos geográficos hoy día perviven. De igual forma, también hemos constatado que quienes sean católicos no tienen que sentirse menos católicos por vivir una sexualidad diferente a la heterosexual, simplemente porque la Biblia no muestra interés alguno en componente ético o valorativo sobre relaciones homosexuales o lésbicas. Pero es más, ni siquiera todavía ha sido capaz el mundo de la medicina o de la psicología en responder al interrogante de por qué una persona es homosexual o bisexual; a qué se debe la intersexualidad, o por qué una persona siente necesidad de pertenecer al sexo opuesto que es la noción misma de la transexualidad.

Llegados a este punto, y sobre las consideraciones expuestas anteriormente, desde el punto de vista jurídico podemos extraer de este trabajo las siguientes conclusiones:

1.- En primer lugar no podemos olvidar que Grecia y Roma demostraron que la libertad en las formas de vida del sexo podía ser posible, para luego sufrir un retroceso por la influencia de las ideas cristianas, y agudizado por los primeros pensamientos desde el punto de vista psiquiátrico y psicológico. Estos tres pilares eran fundamentales para abordar la temática jurídica. La idea es simple; si en la cuna de la civilización, como es Grecia y Roma, la diversidad de comportamientos sexuales no presentaba mayor problema, seguido al hecho de que la Biblia no contiene ningún pronunciamiento de contenido ético o moral contra las relaciones homosexuales, unido además a que hemos demostrado que quienes viven una sexualidad diferente a la heterosexual no presentan matiz de enfermedad alguna, la siguiente pregunta es concretar si realmente el Derecho puede y debe mostrar limitaciones a las libertades de quienes quieren

y sienten una sexualidad diferente, empezando por su libertad sexual. La respuesta, como hemos demostrado, es absolutamente negativa.

2.- Como corolario de lo expuesto en el punto inmediatamente anterior, hemos establecido que la auténtica clave de arco de las libertades y derechos de quienes tienen un comportamiento sexual distinto del heterosexual es el respeto a la dignidad humana, y partiendo de este principio no existe ningún motivo o razón para que el Derecho establezca diferencias para lo que no es diferente; dicho con otras palabras, a salvo del comportamiento sexual, entre heterosexuales y cualquier otro colectivo no existe otra diferencia que la forma de vivir la sexualidad y de sentirla.

3.- La principal dificultad con que se encuentra el jurista es que en la normativa interna y en la normativa internacional los bienes jurídicos de las orientación sexual y la identidad sexual/género adolecía de un reconocimiento expreso, principalmente cuando se regulaba la igualdad y no discriminación. La problemática en España se resolvió pronto por la cláusula genérica del artículo 14 de la Constitución Española identificada como “cualquier otra condición o circunstancia”, cuando además así lo expuso el Tribunal Constitucional. Ciertamente que se retrasó más en la esfera internacional, pero cualquier duda al respecto se dilucida con los *Principios de Yogyakarta*. Quizás el problema es que la mayoría de las normas internacionales en materia de orientación sexual e identidad sexual/género son recomendaciones que por definición no tienen carácter vinculante. No obstante lo anterior, siempre ello es positivo porque gracias a ello, las instituciones mencionan el respeto a esos bienes jurídicos que constituyen un importante mensaje a los Estados para sus regulaciones internas, de las que es un claro ejemplo la nueva regulación de los delitos de odio en el Código Penal, operado a través de la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo. Lo mismo se ha de decir del recién Real Decreto Legislativo 5/2015 de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, en cuyo artículo 14 consagra como derechos individuales del empleado público el no ser discriminado por razón de sexo u orientación sexual, derecho que a su vez presenta el matiz de principio de naturaleza ética, tal y como se desprende del apartado 4º del artículo 53 del referido texto de 2015.

4.- De igual forma, y a la luz de la nueva jurisprudencia extranjera, como es el caso de la Sentencia de la Alta Corte de Australia en el caso Norrie, asistimos de una manera tajante y con una argumentación que compartimos y además completamos, con la ruptura de una clasificación meramente binaria de los seres humanos en hombres y mujeres, porque existen una variedad de estadios intermedios que hacen que podamos hablar de sexo neutro o no especificado. Debemos insistir, como hemos hecho en este trabajo, que no hablamos de identidad de género. Hablamos de identidad sexual que además a veces en nuestra legislación son conceptos intercambiables. En cualquier caso, para nosotros lo relevante es que podemos hablar a efectos de sexo, y desde el punto de vista legal, de identidad sexual más que de género, porque es lo que trasciende a las instituciones jurídicas, supuesto paradigmático el Registro Civil, y porque, como hemos demostrado, en los supuestos de intersexualidad y de transexualidad sí puede haber y lo hay, trastornos de identidad sexual que no de género, porque el género es la percepción social del sexo o concepto de rol, y el concepto de sexo es más ambicioso, porque dentro del sexo está el llamado sexo psicológico, categoría de importancia capital y nada desdeñable.

5.- Hemos de significar que el hecho de reconocer el tercer sexo o un cambio registral del sexo biológico al jurídico, más de fondo que de la forma – y que siempre se ha abordado como una ficción jurídica- implica una realidad que el derecho reconoce por exigencias de dignidad, y por ello esas realidades sociales que no ficciones, se convierten en realidades jurídicas. Este reconocimiento implica, máxime con la Sentencia del Tribunal Constitucional 198/2012, de 6 de noviembre a propósito del matrimonio entre personas del mismo sexo, un último eslabón que hacen que cada vez no tenga razón de ser ya la distinción de regulaciones a nivel de sexo, porque realmente se incide en exigencias de dignidad humana que se tienen que respetar, idea de respeto que implica una legislación que aborde y proteja el aspecto sexual, tanto tiempo censurado de una forma integral.

6.- Finalmente y en cuanto a lo original de este trabajo se ha de señalar que hemos analizado el comportamiento sexual y la sexualidad desde un enfoque

totalmente multidisciplinar, desvirtuando cuanto se ha dicho de la intersexualidad y transexualidad, y su incidencia en la llamada identidad sexual que no de género. Desde nuestro posicionamiento sí es posible, por ser una realidad jurídica, hablarse de tercer sexo o sexo neutro, sin agotarse las clases de sexo en una mera clasificación binaria de hombre y mujer. Pero es más, hemos demostrado, como nunca se había abordado, el aperturismo de las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo en Grecia enfatizando en el contenido de dicha relación y con un análisis exhaustivo de los textos históricos, pasando por lo que realmente dice la Biblia católica sobre las relaciones homosexuales o lésbicas con planteamiento original de pasajes bíblicos como la historia del centurión y el muchacho, pero partiendo de los propios principios que inspiran la Biblia; todo ello hasta proponer nuestras definiciones de qué debemos entender, a título de ejemplo, por bisexualidad, así como las características y perfiles de dicha forma de vivir la sexualidad. Quizás lo relevante de nuestra exposición es que, partiendo de todo ello, hemos analizado la evolución legislativa y jurisprudencial, tanto a nivel nacional como internacional hasta el mes de octubre del presente año de los bienes jurídicos de la orientación sexual e identidad sexual/género, en el que se han producido textos normativos internacionales y nacionales de importancia trascendental en nuestra materia, y todo ello sin olvidar nuestra proposición de redefinición de la dignidad humana. A modo de conclusión, el único sistema jurídico que realmente se legitima, es aquel sistema que apuesta por el respeto a la dignidad, porque es ese respeto el que hace que el propio Derecho haga a todos los seres humanos más iguales y por ende más libres.

## XI.- BIBLIOGRAFÍA

Acedo Penco, A., *Derecho de Familia*, Dykinson, Madrid, 2013.

Álvarez González, S., "El impacto de la admisión del matrimonio entre personas del mismo sexo en el Derecho Español: Perspectiva internacional", *Matrimonio y adopción homosexual*, Reus, Madrid, 2006.

Baile Ayensa, J.I., *Estudiando la homosexualidad. Teoría e investigación*, Pirámide, Madrid, 2008.

Barcia Salorio, D y Nieto Bunuera, J., Teorías psicosociológicas acerca de la génesis de la homosexualidad, en *Cuadernos de Bioética Homosexualidad y Bioética*, nº 32, 1997. Disponible en <http://aebioetica.org/revistas/1997/4/32/1344.pdf> (última consulta 2 de noviembre de 2015).

Becerra Fernández, A. et al. , Trastornos de identidad de género: guía clínica para el diagnóstico y tratamiento, en *Revista Endocrinología y Nutrición*, 2003- Disponible en: <http://www.elsevier.es/es-revista-endocrinologia-nutricion-12-articulo-trastornos-identidad-genero-guia-clinica-13042311> (última visita el 10 de noviembre de 2015).

Boswell, J., *Cristianismo, tolerancia social y homosexualidad: los gays en Europa occidental desde el comienzo de la era cristiana hasta el siglo XIV*, Muchnik Editores, Barcelona, 1980/1992.

Bundestag, *Ley Fundamental de la República Federal de Alemania*, octubre 2010. Disponible en <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf> (última consulta 1 de noviembre de 2015). Traducción de Ricardo García Macho y Karl-Peter Sommermann.

Bustor Moreno, Y.B., *La transexualidad*, Dykinson, Madrid, 2008.

Cantarella, E., *Secondo Natura. La bisessualità nel mundo antico*, Editorial Runiti, Roma, 1988. Traducción al castellano de María del Mar Llinares García.

Corraze, J., *¿Qué sé? La homosexualidad*. Cruz O.S.A., México, D.F., 1992, p. 27-.

Díaz, E., *La filosofía de Michael Foucault*. Editorial Biblos, Buenos Aires 2005.

Díez del Corral, J., La Transexualidad y el Estado Civil. *Anuario de Derecho Civil*, 1981. Disponible en [https://www.boe.es/publicaciones/anuarios\\_derecho/abrir\\_pdf.php?id=ANU-C-1981-40107701088](https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1981-40107701088) (última consulta 10 de octubre de 2015).

Díez-Picazo, L.M., “En torno al matrimonio entre personas del mismo sexo”, *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, nº 2/07, Barcelona, 2007. Disponible en [http://www.indret.com/pdf/420\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/420_es.pdf) (última consulta 22/10/ 2015).

Díez-Picazo L.M. y Gullón Ballesteros, A., *Sistema de Derecho Civil I*, Tecnos, Madrid, 1994.

Díez-Picazo L.M. y Gullón Ballesteros, A., *Sistema de Derecho Civil IV*, Tecnos, Madrid, 2001.

Durán y Lalaguna, P., Homosexualidad: equiparación o diferencia, en *Cuadernos de Bioética. Homosexualidad y Bioética*, nº 32, 1997. Disponible en <http://aebioetica.org/revistas/1997/4/32/1363.pdf> (última consulta el 2 de noviembre de 2015).

El Sabio, A., *Siete Partidas. Alfonso X Rey de Castilla* [en línea]. Biblioteca Nacional de España. Disponible en web: <http://bdh.bne.es/bnearch/detalle/bdh0000008374-> (última consulta 26 septiembre de 2015).

Elósegui Itxaso, M., *La Transexualidad. Jurisprudencia y Argumentación Jurídica*, Comares, Granada, 1999.

Espín Alba, I., *Transexualidad y tutela civil de la persona*, Reus, Madrid, 2008.

Esquines. *Contra Timarco*, Ediciones Clásicas, Madrid, 2000. Introducción, traducción y notas de José Miguel García Ruiz.

Felgtb, *Estudio 2013 sobre discriminación por orientación sexual y/o identidad de género en España*, octubre 2013. Disponible en [www.felgtb.org](http://www.felgtb.org) (última consulta 30 de octubre de 2015).

Fessía, R., Santa Fe, *Breve síntesis histórica de Roma y su Derecho*, Centro de Publicaciones U.N.L., Santa fe, 1996.

Foucault, M., *Historia de la Sexualidad, Volumen I. La voluntad de saber*, Siglo Veintiuno, Madrid, 2005.



Foucault, M., *Historia de la Sexualidad, Volumen II. El uso de los placeres*, Siglo Veintiuno, Madrid, 2011.

Foucault, M., *Historia de la Sexualidad, Volumen III, La voluntad de sí*, Siglo Veintiuno, Madrid, 2010.

Foucault, M., *La hermenéutica del sujeto*, Akal, Madrid, 2005. Traducción de Horacio Pons.

Freud, S., *Tres ensayos sobre la teoría sexual*, Alianza Editorial, Madrid, 2003. Traducción de Luis López-Ballesteros y de Torres.

García Valdés, A., *Historia y presente de la homosexualidad*, Akal, Madrid 1981.

Genep, A.V., Les rites de passage. Review by Frederick Starr. *American Journal of Sociology*. Published by The University of Chicago Press, vol. 15, nº 5, mayo 1910.

Gómez Iglesias, M.R., *El logos enamorado. Homosexualidad y filosofía en la Grecia antigua*, Evohé, Madrid, 2012.

Halperin, D.M., *One Hundred Years of homosexuality And Other Essays on Greek Love*, Routledge, New York, 1990.

Hays, R.B., Relations Natural and Unnatural: A Response to John Boswell's Exegesis of Romans 1. *The Journal of Religious Ethics*, Vol. 14, No. 1, 1986.

Helminiak, D.A., *Lo que la Biblia realmente dice sobre la homosexualidad*, Egales, Madrid-Barcelona, 2003. Traducción de Patricio Camacho Posada: *What the Bible really says about homosexuality*.

Herrero, M.T., Teorías neurobiológicas sobre el origen de la homosexualidad, en *Cuadernos de Bioética. Homosexualidad y Bioética*, nº 32, 1997. Disponible en <http://aebioetica.org/revistas/1997/4/32/1322.pdf> (última visita 2 de noviembre de 2015).

Iglesia Católica, *Catecismo de la Iglesia Católica*. Disponible en [http://www.vatican.va/archive/catechism\\_sp/index\\_sp.html](http://www.vatican.va/archive/catechism_sp/index_sp.html) (última consulta 12 de noviembre de 2015).

Jacobelli, L., *Le pitture erotiche delle Terme Suburbane di Pompei*, Roma 1995.

Jiménez de Asúa, L., *Ley de vagos y maleantes: Un ensayo legislativo sobre*

*peligrosidad sin delito*, Reus, Madrid, 1934.

Jiménez Sánchez G. y De la Cueva Aleu, I., *La dignidad humana en la jurisprudencia constitucional española*, Madrid-Roma, 2007. Ponencia en el IX Encuentro de los Tribunales Constitucionales de España, Italia y Portugal. Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.es/es/actividades/Paginas/artic046.aspx> (última consulta 24/10/2015).

Justiniano, *Corpus Iuris Civilis* [en línea]. Biblioteca Nacional de España. Disponible en web: <http://bdh-rd.bne.es/viewer.vm?id=0000011081&page=1> – (última consulta 10 octubre 2015).

Kallmann, F.J., Comparative twin study on the genetic aspects of male homosexuality. *Journal of Nervous and Mental Disease*, 115, 1952.

Keuls, Eva C. *The Reign of the Phallus: Sexual Politics in Ancient Athens*, University California Press, Berkeley-Los Angeles-London, 1985.

La Biblia, *La Biblia en línea*. Disponible *on line* las distintas versiones en: <https://www.bibliatodo.com> (últimas consultas 12 de noviembre de 2015).

Lantigua, I.F., Los psicólogos niegan que la homosexualidad sea una enfermedad, en *elmundo.es*. *SALUD*, 2005. Disponible en: <http://www.elmundo.es/elmundosalud/2005/06/21/neuropsiquiatria/1119356356.html> (última consulta el 10 de noviembre de 2015).

Linacero De la Fuente, M., “Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el código civil en materia de derecho a contraer matrimonio”, *Revista Foro, Nueva época*, Madrid, 2005. Disponible en: <http://revistas.ucm.es/index.php/FORO/article/viewFile/FORO0505210411A/13750> (última consulta 1/11/2015).

Llamazares Fernández, D., El matrimonio homosexual, en *El nuevo régimen legal del matrimonio civil en España: estudios en honor del profesor Víctor Reina Bernáldez*, Guadalupe Souto Nieves (coord.), Comares, Granada, 2008.

Llamazares Fernández, D., *El sistema matrimonial español. Matrimonio civil, matrimonio religioso y matrimonio de hecho*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, Madrid, 1995.

Llorca Díaz, A., La teoría de intersexualidad de Magnus Hirschfeld: los estudios sexuales intermedios. En *Anuario de Sexología*, nº 2, 1996. Disponible en <https://sexologiaenredessociales.files.wordpress.com/2013/08/a2-4-llorca.pdf> (última consulta 10 de noviembre de 2015).

Lloveras Ferrer, M-R., Una ley civil para la transexualidad, *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, nº 1/08, Barcelona, 2008. Disponible en: [http://www.indret.com/pdf/510\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/510_es.pdf) (última consulta 31 de octubre de 2015).

Lorca Navarrete, J.F., *Introducción al Derecho II*, Pirámide, Madrid, 1991.

Lorca Navarrete, J.F., *Temas de Teoría y Filosofía del Derecho*, Pirámide, Madrid, 1993.

Martín Nieto, E., *La Santa Biblia*, San Pablo, Madrid, 1989.

Martínez de Aguirre Aldaz, J.G., *El matrimonio invertido*, Rialp, Madrid, 2012.

Masters, W.H. y Johnson, V.E., *Homosexualidad en perspectiva*, Inter-médica, Buenos Aires, 1979.

Matia Portilla, F.J., Interpretación evolutiva de la constitución y legitimidad del matrimonio formado por personas del mismo sexo, en *Teoría y realidad constitucional*, nº 31, 2013. Disponible en <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:TeoriayRealidadConstitucional-2013-31-6090/Documento.pdf> (última consulta el 1 de noviembre de 2015)

McIntyre, M.H., Digit radios, childhood gender role behaviour, and erotic role preferences of gay man, en *Archives of Sexual Behaviour*, 2003.

Miller, J., *La pasión de Michael Foucault*, Editorial Andrés Bello, Barcelona, 1996. Traducción Oscar Luis Molina.

Nelson, William M. *Diccionario Ilustrado de la Biblia*. Editorial Caribe Inc, Miami 1977.

Olmeda, F., *El látigo y la pluma: homosexuales en la España de Franco*, Oberón, Madrid, 2004.

Ovidio, *Metamorfosis*, Biblioteca Virtual Universal, 2003. Traducción de Ana Pérez Vega. Disponible en <http://www.biblioteca.org.ar/libros/89549.pdf> (última consulta 2 de noviembre de 2015)

Padgug, R.A., Sexual Matters. On Conceptualizing Sexuality in History. En Peiss, Kathy, *et alii*, Part. I. *Sexuality and Historical Meaning. Passion and Power: Sexuality in History*. Temple University Press, Philadelphia, 1989.

Pastor Martín J. y Ovejero Bernal A., *Michael Foucault, caja de herramientas contra la dominación*. Universidad de Oviedo, Oviedo, 2007.

Peces-Barba, G., *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984.

Peña García, C., *Homosexualidad y matrimonio. Estudio sobre la jurisprudencia y la doctrina canónica*, Comillas, Madrid, 2004.

Pérez Cánovas, N., *Homosexualidad. Homosexuales y uniones homosexuales en el Derecho español*, Comares, Granada, 1996.

Pérez Luño, A.E., *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1986.

Pillard, R.C. y Weinrich, J.D., Evidence of familial nature of male homosexuality, *Archives of General Psychiatry* 43, 1986.

Pizano Salinas, C., Matrimonio: institución natural, *Revista Bien Común*, México D.F., 2010. Disponible en [http://frph.org.mx/bdigital/uploads/902\\_bc182.pdf](http://frph.org.mx/bdigital/uploads/902_bc182.pdf) (última consulta 30/10/2015).

Platón. *El Banquete*, Taurus, Madrid, 2014. Traducida por Patricio de Azcárate.

Plutarco. *Vidas Paralelas*, vol. I, Amazon, Madrid, 2014. Traducción Antonio Ranz Romanillos.

Plutarco. *Vidas Paralelas*, vol. II, Amazon, Madrid, 2014. Traducción Antonio Ranz Romanillos.

Plutarco. *Vidas Paralelas*, vol. IV, Amazon, Madrid, 2014. Traducción Antonio Ranz Romanillos.

Polaino-Lorente, A., Bioética y etiología de la homosexualidad, en *Cuadernos de Bioética. Homosexualidad y bioética*, nº 32, 1997. Disponible en: <http://aebioetica.org/revistas/1997/4/32/1275.pdf> (última consulta 2 de noviembre de 2015).

Polo, L., *Quién es el hombre. Un espíritu en el mundo*, Rialp, Madrid, 1993.

Presno Linera, M.A., “El matrimonio: ¿garantía institucional o esfera vital? A propósito de la STC 198/2012, de 6 de noviembre, sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo y la jurisprudencia comparada”, *ReDCE*, núm. 19, Granada, 2013. Disponible en <http://www.ugr.es/~redce/REDCE19pdf/ReDCE19.pdf> (última consulta 30/10/2015).

Renault, M., *El Muchacho Persa*, Edhasa, Barcelona, 2011. Traducida por María Antonia Menini de la obra original: *The Persian Boy*.

Rodríguez Ruiz, B., Matrimonio, género y familia en la Constitución Española: Trascendiendo la familia nuclear, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año nº 31, nº 91, 2011. Disponible en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3622275> (última consulta 12 de noviembre de 2015).

Rtve, El tercer género, *La noche temática*, 2014. Disponible en <http://www.rtve.es/television/20140721/noche-tematica-tercer-genero/471002.shtml> (última visita 31 de octubre de 2015).

Sillero Crovetto, B., Del derecho a la identidad de género al tratamiento integral de la transexualidad (normativa estatal y autonómica), en *Boletín del Ministerio de Justicia*, año LXVIII, nº 2170, septiembre 2014.

Torres Amat, F., *Vulgata* [en línea]. Biblioteca Nacional de España, 1832. Disponible en <http://bdh-rd.bne.es/viewer.vm?id=0000014290&page=1> (última consulta 26 septiembre de 2015).

Torres Núñez, J., “Derechos Humanos en el Derecho en general y en España en particular”, *Revista Ágora*, nº 9, Pachuca, 2000.

Ugarte Pérez, J., La matriz del deseo del género a lo genital. *Revista de Historia Contemporánea*, Asociación de Historia Contemporánea y Marcial Pons, Madrid, 2012.

Vázquez García, F., *Foucault. La historia como crítica de la razón*. Montesinos, Barcelona, 1.995.

Vázquez García, F.J., De la historia de la homosexualidad a la historia de los homoerotismos. *Revista de Historia Contemporánea*, Asociación de Historia Contemporánea y Marcial Pons, Madrid, 2012.

Yourcernar, M., *Memorias de Adriano*, Círculo de Lectores, Barcelona, 1989. Traducida del original *Memoires d'Hadrien*, por Julio Cortázar e introducción de Joaquín Marco.

#### **Documentos jurídicos (legislación y jurisprudencia).**

Agencia Europea para los Derechos Fundamentales, *Homophobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation*. Disponible en: [http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra\\_uploads/321-FRA-hdgso-NR\\_ES.pdf](http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/321-FRA-hdgso-NR_ES.pdf)).

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Declaración para la Conferencia Internacional sobre los Derechos Humanos de las personas lesbianas, gais, bisexuales y Transexuales (LGBT)*, Montreal, 26 de julio de 2006. Disponible en versión original en: <http://www.unhchr.ch/hurricane/hurricane.nsf/0/B91AE52651D33F0DC12571BE002F172C?opendocument>. Versión en español disponible en: [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1621709&Site=COE#P75\\_15586](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1621709&Site=COE#P75_15586).

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos de 4 de mayo de 2015, *Informe sobre discriminación contra personas de todas las regiones por motivos de su orientación sexual o identidad de género*. Disponible en: <http://search.ohchr.org/results.aspx?k=A%2FHRC%2F29%2F23>.

Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>.

Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa Recomendación 1117/1989  
Disponible en: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewPDF.asp?FileID=15151&lang=en>.

Comisión de Derechos Humanos del Consejo de Europa, Informe de fecha 29 de julio de 2009 informe elaborado por Don Thomas Hammarberg. Disponible en: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1621709&Site=COE>.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe 71/99 de 4 de mayo de 1999, caso 11.656*, texto del informe referido disponible en <https://www.cidh.oas.org/annualrep/99span/Admisible/Colombia11656.htm>.

Comisión Interamericana de Derechos, *Informe-estudio de Orientación Sexual, Identidad de Género y Expresión de Género: algunos términos y estándares relevantes*, texto disponible [https://www.oas.org/dil/esp/AG-RES\\_2653\\_XLI-O-11\\_esp.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2653_XLI-O-11_esp.pdf).

Comité de Derechos Humanos de la ONU emitiera el dictamen número 488/1992 emitido el 31 de marzo de 1994, documento U.N. Doc. CCPR/C/50/D/488/1992 (1994). Disponible en: <https://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/spanish/488-1992.html>.

Organización Unidad Africana, *Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos*. Disponible en: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1297.pdf?view=1>.

Relatoría Especial de la Organización de las Naciones Unidas, *Informe relativo a la misión a Colombia sobre desapariciones extrajudiciales, sumarias o forzadas*, asunto A/HRC/14/24/Add.2. Disponible en:

[http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/14session/A.HRC.14.24.Add.2\\_sp.pdf](http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/14session/A.HRC.14.24.Add.2_sp.pdf).

Relatoría Especial de la Organización de las Naciones Unidas, *Informe relativo a la misión a Nigeria*, asunto e/cn.4/2006/53/add.4. Disponible en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/undoc/gen/g06/106/43/pdf/g0610643.pdf?openelement>).

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas:

Sentencia de 17 de febrero de 1988 de dicho Tribunal, cuya demandante era Lisa Jacqueline Grant, llamado por ello “*Sentencia Grant*”, <http://eurlex.europa.eu/legalcontent/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:61996CJ0249&from=ES>

Sentencia de 30 de abril, *P contra S y Cornwall County Council*, asunto C-13/94 (texto de la sentencia disponible *on line*: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:61994CJ0013&from=ES>. Conclusiones Abogado General de dicha sentencia disponible en español en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:61994CC0013&qid=1445924960260&from=ES>).

Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas –Sala II- de 28 de enero de 1999 <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=44399&pageIndex=0&doclang=fr&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=420837>.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *A.D.T. contra Reino Unido* de 31 de julio de 2000 *videm* en:



[http://www.echr.coe.int/Documents/Reports\\_Recueil\\_2000-IX.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Reports_Recueil_2000-IX.pdf)).

Sentencia de 22 de enero de 2008, Caso de *E.B. c. Francia* disponible en: [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-84571#{\"itemid\":\[\"001-84571\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-84571#{\)).