

**UNIVERSIDAD DE SALAMANCA**  
**FACULTAD DE DERECHO**  
**DEPARTAMENTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, FINANCIERO Y**  
**PROCESAL**



**UNIVERSIDAD**  
**DE SALAMANCA**

**TESIS DOCTORAL**

**REALIDAD JURÍDICA Y SOCIAL DEL DERECHO A LA**  
**ORIENTACIÓN E IDENTIDAD DE GÉNERO**

**PROGRAMA DE DOCTORADO**

**PASADO Y PRESENTE DE LOS DERECHOS HUMANOS**

**DOCTORANDO**

**ALEJANDRO ALDER IZQUIERDO**

**DIRECTORA: Dr<sup>a</sup>. M<sup>a</sup> ÁNGELES GONZÁLEZ BUSTOS**

**SALAMANCA, 2013**

**UNIVERSIDAD DE SALAMANCA**  
**FACULTAD DE DERECHO**  
**DEPARTAMENTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, FINANCIERO Y  
PROCESAL**



**VNiVERSiDAD  
D SALAMANCA**

**TESIS DOCTORAL**

**REALIDAD JURÍDICA Y SOCIAL DEL DERECHO A LA  
ORIENTACIÓN E IDENTIDAD DE GÉNERO**

Tesis doctoral presentada por D. Alejandro Alder Izquierdo para obtener el grado de Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca, dirigida por la Dra. M<sup>a</sup> Ángeles González Bustos, Profesora Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Salamanca, habiendo obtenido la suficiencia investigadora en el Programa de Doctorado: Pasado y Presente de los Derechos Humanos.

**La Directora de Tesis**

**Fdo. Dra. M<sup>a</sup> Ángeles González Bustos**

**El Doctorando**

**Fdo. Alejandro Alder Izquierdo.**

**Salamanca 2013**



## **Agradecimiento y dedicatorias:**

Creo que cuando se realiza una Tesis Doctoral son muchos los aspectos que influyen en el doctorando para sacar a buen puerto un proyecto de tal magnitud el cual sólo dará su fruto en años. Algunos tienen que ver directamente con el tema de la investigación en curso, otros van más allá de lo tangible llegando a lo emocional, esa chispa que ilusiona y que hace posible finalizar y conseguir el objetivo planteado.

Soy de los que piensa que los momentos, las personas y los espacios influyen en las elecciones que una persona realiza en su vida. El tema de esta Tesis ha sido influenciado y fomentado por el espíritu de la libertad, la justicia y la igualdad que siempre me ha acompañado a lo largo de mi vida, y el cual ha sido alimentado e incrementado por personas que como no podía ser de otra manera han influido en mi forma de pensar, en mi ser emocional y por supuesto en mi discurso sobre la igualdad del ser por su forma de actuar. Por todo esto, quiero agradecer y dedicar a:

**M<sup>a</sup> Ángeles González Bustos**, mi Directora de Tesis, por su guía, su docencia, su paciencia, comprensión y ayuda para que hoy éste texto tenga vida y pueda ser leído por quien quiera conocer más sobre la realidad expuesta.

A mis padres, **Johnny Alder Thompson** y **Stella Izquierdo González**, por enseñarme los valores de igualdad, justicia y transparencia con los cuales nos criaron a mi hermano y a mí, valores que, desde luego influyeron en la realización de ésta investigación.

A mi hermano **Johnny Alder Izquierdo** por su ejemplo de justicia, coherencia y verdad.

A **Cristina Saavedra Izquierdo**, mi prima, la mayor, por haber sido y ser un oasis que me ha nutrido con su cariño para continuar sacando adelante con ilusión muchos proyectos, y en especial, éste mismo.

A mi tía, **Esperanza Izquierdo González**, por ser ese ejemplo de respeto a la libertad de credo de cada individuo.

A mis primas, las menores, **Jennifer Rodríguez Saavedra** por compartir ese discurso de la realización del individuo y a **Carolina Izquierdo Marchesi** porque para mí ella es el ejemplo encarnado del empoderamiento de la mujer. A ambas, os admiro.

### **A mi familia de elección:**

A **Arturo Sánchez**, porque gran parte de los momentos de la realización de esta Tesis los vivimos juntos y por ser el apoyo que fue, que es y que sé que seguirás siendo en mi vida. Sabes que para mi eres mi familia.

A **Consuelo Gómez**, por ser más que una hermana, una amiga, por ser una guía y la luz en las noches más oscuras de mi alma que potenció y potencia mi camino.

A **Laura Criado, Ana García y Esperanza Montero** por también ser mis hermanas de elección, y siempre sentirnos cerca en éste proceso y en muchos más.

A **Sylvia Jaén** por tener la bendición de tenerte como amiga y darme el ejemplo de un liderazgo sano y enseñarme sobre feminismo, igualdad, por hacerme creer en los movimientos sociales y de los cambios que se pueden lograr a través de ellos. Una gota más otra gota hace oleaje.

A **Ignacio Jaramillo y Federica Uribe**, por haberme impulsado a creer en mí, en mi capacidad y por vuestro ejemplo. Por ser mis hermanos de elección.

A **Iguales de Salamanca**: Por lo que me permitió vivir y aprender y porque fue gracias a ellos y su conferencia sobre el **matrimonio igualitario** en el año 2004 quienes impulsaron mi deseo de escribir sobre la igualdad de un colectivo al que le han sido vulnerados sus derechos desde los inicios de los tiempos. Me hace especial ilusión citar a mis grandes amigos y compañeros: **Miguel, Iñaki, Alberto, Arturo, Ismael (q.e.p.d), y Judith (q.e.p.d)**.

A **Bolo-Bolo en Toledo**: Porque también son parte de mi e influyeron en la continuación de esta investigación, por ese discurso de igualdad y del respeto de la diversidad en el ámbito rural y por la defensa de los **Derechos Humanos** y la igualdad. En especial a mis amigos y compañeros: **Antonio, Rebeca, Arturo, Pablo, Maribel y Elena**.

Y por último a **Beatriz Gimeno**, escritora y ex presidenta de la **FELGTB**, porque aunque tal vez ella no sepa cuanto ha influido en mi, en mi discurso, en mi concepción de hombre feminista, ha estado presente en mi mente en la realización de todo éste proyecto de una manera indirecta y directa con todo lo que me enseñó con su ejemplo, por cómo me formó, porque admiro su liderazgo, su discurso feminista y de igualdad, su manera de escribir y porque es justo decir que esta mujer desde los **Movimientos Sociales** fue la que lideró todo un proceso y llevó la portavocía del camino hacia la consecución de la igualdad legal a lesbianas, gays, transexuales y bisexuales y sus familias en el Estado español.

Gracias a todas y todos, por las experiencias que a lo largo de mi Doctorado y de mi vida, he podido compartir con vosotros, ayudándome éstas, a impregnar en un documento el que hoy puedo llamar, fruto de mi investigación sobre **La Realidad Jurídica y Social del Derecho a la Orientación Sexual e Identidad de Género.**



## Índice

	7
Abreviatura	
Introducción	9
CAPÍTULO I	
Análisis general de la evolución histórica jurídica y social de la libertad de orientación sexual e identidad de género.	13
1. Evolución histórica sobre las relaciones sexuales y afectivas entre personas del mismo sexo en Roma.	14
1.1. Sobre la legalidad de las relaciones entre personas del mismo sexo.	16
1.1.1. Conductas homosexuales lícitas.	16
1.1.2. Conductas homosexuales ilícitas.	18
2. Evolución histórica sobre las relaciones sexuales y afectivas entre personas del mismo sexo en Grecia.	31
2.1. Breve historia de la homosexualidad en Grecia.	33
2.2. Regulación jurídica de la pederastia en las ciudades Estado de Atenas y Macedonia.	37
2.3. Relaciones afectivo-sexuales entre adultos.	43
3. Uniones entre personas del mismo sexo en Grecia y Roma.	45
4. Legislación, religión y homosexualidad en los textos bíblicos.	49
4.1. Antiguo Testamento.	49
4.2. Nuevo testamento.	53
4.3. Ilegalización de las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo.	56
5. La Edad Media.	57



5.1.	Hispania.	74
6.	La Edad Moderna.	79
7.	Homosexualidad, bisexualidad e identidad de género en las Américas	.80
8.	Asia Imperial y las relaciones afectivo sexuales entre personas del mismo sexo.	83
9.	Avances y retrocesos sociales y legales en el Siglo XX en referencia a la orientación sexual y la identidad de género.	86.
9.1.	Aproximaciones de la realidad legal y social del colectivo LGTB en la segunda guerra mundial.	91
9.2.	La Posguerra en Europa.	96
9.3.	Realidad social y legal en referencia a la diversidad sexual en la España franquista.	96
10.	Transformación social, jurídica, política y social del reconocimiento de los Derechos de lesbianas, gays, transexuales y bisexuales.	106
CAPITULO II		
Derechos Fundamentales y Orientación e Identidad de Género.		113
1.	Orientación sexual e identidad de género en el Derecho Positivo actual.	114
1.1.	Concepto de igualdad.	116
1.1.1.	Igualdad legal de lesbianas, gays y bisexuales.	117
1.1.1.1.	Igualdad absoluta.	117
1.1.1.2.	Igualdad relativa.	131
1.1.1.3.	Reconocimiento de algunos derechos.	145

1.2.	Desigualdad.	153
2.	Principios de Igualdad y de No Discriminación en referencia a la orientación	161
3.	Definición de orientaciones e identidades sexuales.	164
3.1.	Orientación sexual.	164
3.2.	Identidad de género.	165
4.	Discriminación y rechazo.	165
5.	Estado de Derecho y Derechos Fundamentales del colectivo LGTB.	167
6.	Derechos Humanos y su conexión con el colectivo LGTB.	170
6.1.	Derecho de Igualdad.	173
6.1.1.	La Igualdad: Derecho o Principio.	181
6.1.1.	La Igualdad: Derecho o Principio.	189
6.1.2.	El Principio de Igualdad de Trato en referencia al acceso a la reproducción asistida por parte de Lesbianas y mujeres bisexuales en España.	189
6.2.	Principio de No Discriminación.	195
6.3.	Derecho de la Libertad.	200
6.3.1.	Derecho a la Libertad de Circulación.	204
6.3.2.	Derecho de Libertad de Expresión.	205

6.4.	Derecho a la Vida y a la Libertad.	206
6.5	Derecho a la Intimidad (Privacidad).	209
6.6	La Dignidad de la Persona.	212
6.7.	Derecho a la Integridad Física y Moral.	216
6.8	Derecho al Matrimonio.	217
6.8.1.	Constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo y la adopción en España y el reconocimiento de sus familias.	220
6.9.	Derecho a la Familia.	247
6.9.1.	Filiación directa en los matrimonio compuestos por dos mujeres.	253
6.9.2.	Régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por subrogación.	254
7.	Violencia intragénero y su regulación.	271
	Capítulo III Transexualidad y Derechos Fundamentales: La importancia de Políticas de Igualdad dentro del Ámbito de la Identidad de Género.	274
1.	Avances legales en materia del reconocimiento de los Derechos Fundamentales de las personas transexuales.	278
1.1.	España.	278
2.	Reconocimiento legal de los derechos de personas transexuales en otros Estados.	295
3.	Perspectiva legal de la transexualidad en Irán.	299
	Capítulo IV: Herramientas Jurídicas Internacionales contra la Homofobia, Transfobia y Bifobia.	301

1.	Principios de Yogyakarta de las Naciones Unidas.	302
1.1.	Principios que versan sobre los Derechos Fundamentales y las Libertades Públicas.	303
1.2.	Principio que versan sobre los derechos sociales, culturales y económicos.	336
1.3.	Conclusiones generales sobre la eficacia y cumplimiento de los principios de Yogyakarta.	349
2.	El Consejo Económico y Social de la ONU (ECOSOC) como organismo de tutela internacional de los Derechos Humanos en referencia a la diversidad sexual.	352
3.	Unión Europea.	354
3.1.	Instituciones de la Unión Europea.	356
3.2.	Normativas de la Unión Europea para la protección de los Derechos Humanos por razón de orientación sexual y/o identidad de género.	356
3.2.1.	Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y el Consejo de 29 de abril de 2004 relativa al Derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.	357
3.2.2.	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.	368
3.2.3.	Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional.	373
3.3.	Intergrupo LGTB del Parlamento Europeo.	374
3.4.	Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.	381

3.4.1.	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de abril de 2013. Caso Asociación Accept vs. Consejo Nacional Contra la Discriminación de Rumanía (CNCD).	381
4.	Jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos.	385
4.1.	Sentencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos de 21 de Diciembre de 1.999. Caso Salgueiro Da Silva Mouta vs. Portugal.	386
4.2.	Sentencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos de 22 de Febrero de 2002. Caso Fretté contra Francia.	388
4.3.	Sentencia de Tribunal Europeo de los Derechos Humanos de 22 de octubre de 1.981. Caso Dudgeon contra el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.	389
5.	Organización de Estados Americanos (OEA) y la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos (CIDH).	391
5.1.	Plan de acción 4.6.i para las personas LGTBI para el periodo de 2011-2012.	392
5.2.	Resolución de la Asamblea General de la OEA AG/RES 2653 (XLI-o/11).	394
	Conclusiones	396
	Bibliografía	402

## Abreviaturas

AAP: Academia americana de pediatría.

A.C.: Antes de Cristo.

APA: Asociación de psicólogos americana.

ATA: Asociación de Transexuales de Andalucía.

CCAA: Comunidades Autónomas.

C.C.: Código Civil

CE: Constitución Española.

CEE: Comunidad Económica Europea.

CEDH: Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos.

CIDH: Comisión Interamericana de los Derechos Humanos.

CIS: Centro de Investigaciones Sociológicas.

CISNS: Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.

C.P: Código Penal.

CRS: Cirugía de reasignación de sexo.

D.C.: Después de Cristo.

DGRN: Dirección General de Registro y Notariado.

DOMA: Defense of Marriage Act (Defensa del acto de matrimonio).

DDHH: Derechos Humanos.

EEUU: Estados Unidos de América.

ECOSOC: Consejo Económico y Social de la ONU.

FALGTB: Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Transexuales y Bisexuales.

FAGC: Front d' Alliberament Gai de Catalunya.

FELGTB: Federación Estatal de de Lesbianas, Gays, Transexuales y Bisexuales.

FIV: Fecundación in Vitro.

FRA: European Union Agency for Fundamental Rights (Agencia Europea para los Derechos Fundamentales).

ILGA: International Organisation of Lesbians, Gays, Transgender and Bisexual (Organización Internacional de Lesbianas, Gays, Transexuales y Bisexuales).

ILGA LAC: Organización Internacional de Lesbianas, Gays, Transexuales y Bisexuales de Latinoamérica.

ILGA EUROPE: International European Organisation of Lesbians, Gays, Transgender and Bisexual (Organización Europea de Lesbianas, Gays, Transexuales y Bisexuales).

IU: Izquierda Unida.

LGTB: Lesbianas, gays, transexuales y bisexuales.

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

MEHL: Movimiento Español de Liberación Homosexual.

OEA: Organización de Estados Americanos.

ONU: Organización de Naciones Unidas.

OMS: Organización Mundial de la Salud.

PP: Partido Popular.

PSNH: Plataforma son Nuestros Hijos.

PSOE: Partido Socialista Obrero Español.

SAS: Servicio Andaluz de Salud.

SECA: Sistema Europeo Común de Asilo.

SESCAM: Servicio de Salud de Castilla-La Mancha.

STC: Sentencia.

TEDH: Tribunal Europeo de los Derechos Humanos.

T.C: Tribunal Constitucional.

TSJA: Tribunal Supremo de Justicia de Asturias.

UE: Unión Europea.

## Introducción

El presente estudio está enmarcado dentro del Programa interdisciplinar de Doctorado de Pasado y Presente de los Derechos Humanos y versa sobre la evolución de la realidad jurídica y social de los Derechos de Igualdad y Libertad desde el punto de vista de la orientación sexual e identidad de género.

El método utilizado para la realización de ésta investigación fue desarrollado bajo un planteamiento inductivo, deductivo y bibliográfico, centrándose en la investigación de la legislación a lo largo de la historia y la existente sobre el tema con el objetivo de plantear que cuando se habla de derechos de lesbianas, gays, transexuales y bisexuales se está hablando de Derechos Humanos.

Así entonces, las fuentes primarias de éste estudio han sido mayoritariamente las legislaciones que de una manera u otra han legislado sobre éste colectivo en aras de la protección de sus Derechos Fundamentales o por el contrario tipificando las relaciones sexuales y afectivas entre personas del mismo sexo y/o la transexualidad. Por otra parte también hemos contado con una metodología cualitativa en base a las entrevistas semi-estructuradas de actores clave sobre el tema en el Estado español. Como fuentes secundarias, se ha recurrido a bibliografía de autores que han escrito sobre acerca de la legalidad de la diversidad sexual así como también expertos en Derecho Administrativo, Derecho Civil, Derecho de Familia, Derecho Constitucional, Derecho Internacional Público, Derecho Penal, Sociología, Psicología entre otros.

El objetivo de éste trabajo es el de visibilizar, desde un punto de vista general, la realidad jurídica, legal y social de la diversidad sexual iniciando el recorrido desde las antiguas Roma y Grecia hasta la actualidad, citando y analizando la realidad del colectivo de una manera transversal desde el punto de vista jurídico, histórico y social.



Se trata pues de observar la evolución de los derechos del colectivo LGTB<sup>1</sup> y la percepción que se ha tenido y se tiene en referencia a la orientación sexual no heterosexual y las diversas identidades de género. Tal proceso ha sido relativamente estable en lo que a la visión de las mismas se refiere, imperando la penalización, tipificación, discriminación o el vacío legal y jurídico a través del tiempo, sólo materializando avances en la protección y el respeto de la diversidad sexual en el ámbito legal y social, prácticamente sólo a finales del siglo XX, los cambios más sustanciales y significativos se han gestado ya en el siglo XXI.

Se ha considerado importante iniciar éste estudio con las legislaciones romanas y griegas por varios motivos, primero porque es importante visibilizar que las relaciones sexuales y afectivas han existido siempre a través del tiempo y la historia así lo demuestra, por otra parte porque es interesante citar cómo se legislaron estas realidades y los conflictos que las mismas podrían generar dentro la sociedad así como la posible resolución de los mismos. Igualmente podremos observar cómo la percepción social y jurídica de las relaciones afectivo sexuales entre personas del mismo sexo del pasado ha influido en el presente de las mismas.

Posteriormente se conectan y explican los conceptos de orientación sexual y la identidad de género con los Derechos Fundamentales de la persona, intentando transmitir el por qué cuando se habla de los derechos del colectivo LGTB se está hablando de Derechos Humanos, explicando que los mismos han sido vulnerados constantemente en todas las civilizaciones y a través del tiempo en la sociedad, citando el inicio del proceso del cambio, el cómo los movimientos sociales y el asociacionismo, a través del activismo han influido en los avances en el respeto de los Derechos Humanos de este colectivo y en la creación de herramientas e instrumentos jurídicos para la protección de los Derechos Fundamental de lesbianas, gays, transexuales y bisexuales.

En el estudio se cita cómo se genera un efecto dominó en lo que respecta a la positivización de normativas en diferentes Estados que legislan el matrimonio entre personas del mismo sexo y la adopción por parte de las mismas, reconociendo dichos núcleos familiares, así como la protección legal de las personas transexuales, y cómo algunos de ellos, como por ejemplo España han

---

<sup>1</sup> Lesbianas, gays, transexuales y bisexuales.

influido notablemente en terceros Estados para que se legislara en materia de igualdad en referencia a la realidad del colectivo LGTB en 15 países y algunos Estados Federados de los Estados Unidos de América.

En lo que se refiere al concepto de igualdad, se explica el por qué sólo se considera que existe igualdad legal para este colectivo si las uniones entre personas del mismo sexo son consideradas dentro de los Códigos Civiles de los diferentes Estados bajo el concepto de matrimonio y el por qué éste Derecho debe de llevar intrínseco el Derecho de adopción, puesto de no ser así no podemos hablar de igualdad absoluta sino de relativa, matizando que desde el punto de vista jurídico y bajo la perspectiva del Código Civil, si todos los ciudadanos somos iguales ante la Ley, la norma civil debe contemplar el mismo término jurídico para denominar las uniones de sus ciudadanos ante el Registro Civil puesto que a lo igual se le llama igual y no se le puede llamar diferente pues de ser así no estaríamos hablando de igualdad, por lo tanto debe existir un concepto de "matrimonio igualitario" y no uniones civiles para un tipo de parejas y matrimonio para otras.

En lo que respecta al concepto de familia, se expone la diversidad de los diferentes núcleos familiares, centrándonos en la visibilización de las familias homoparentales y los derechos y obligaciones entre los componentes de las mismas.

En referencia al colectivo transexual se visibiliza su realidad legal y social, la cual es muy diferente a la de gays, lesbianas y bisexuales, explicando la importancia de legislaciones que reconozcan la identidad de género de los sujetos y el papel que juega la sanidad pública en la consecución de la igualdad real de este colectivo.

Se aborda igualmente la idea de que cuando se alcanza una conquista legal y social en lo que se refiere al ámbito de los Derechos Fundamentales de las personas, no existe una seguridad total que dicho avance se mantenga o se incremente en el tiempo, existiendo el riesgo de un posible retroceso desde el punto de vista de la protección legal de los Derechos Humanos de un colectivo.

Se analiza también el concepto de homofobia de Estado, el cual expone la institucionalización de normas discriminatorias y sus consecuencias legales y

sociales para el colectivo LGTB. Así mismo se puede observar durante todo el estudio la conexión entre la homofobia, la transfobia y la bifobia con el machismo como el origen social de muchas fobias y cómo éste afecta jurídica y socialmente tanto al colectivo LGTB como al heterosexual y la interacción legal y social entre los mismos dentro de la sociedad.

Por último, se analizarán la perspectiva de los instrumentos y organismos jurídicos internacionales para la protección de los Derechos Humanos del colectivo LGTB y la eficacia e influencia de los mismos en la comunidad internacional así como en diferentes Estados.

## **CAPITULO I**

### **ANÁLISIS GENERAL DE LA EVOLUCIÓN HISTORICA, JURÍDICA Y SOCIAL DE LA LIBERTAD DE ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO**

## 1. Evolución histórica sobre las relaciones sexuales y afectivas entre personas del mismo sexo en Roma

A lo largo de la historia de la civilización romana existieron diferentes normativas que rigieron las relaciones afectivo sexuales entre personas del mismo sexo, más específicamente las prácticas sexuales realizadas por los varones. En esta parte del estudio veremos de forma general como se desarrolló la evolución de esta normatividad, cuándo y cómo fueron estas prácticas permitidas social y legalmente, los sujetos que estaban legitimados para ejercerlas y con qué individuos estaba legalizado ejecutarlas. Igualmente, analizaremos las penas impuestas a las personas que mantenían relaciones sexuales con miembros de su mismo sexo en los tiempos de mayor represión de la homosexualidad en la civilización romana, haciendo un recorrido general de cómo se vivió cultural, social y jurídicamente éste tipo de relaciones en Roma.

Podemos empezar afirmando que en la época romana las relaciones sexuales entre varones fueron aceptadas y toleradas por la sociedad durante los periodos de la República y el Principado, pero dicha permisividad se encontraba acompañaba de un aspecto social y cultural que delimitaba estrictamente la aprobación de esta clase de relaciones. Solamente se encontraba permitido ante los ojos de un *civis romanus* que un hombre tuviera relaciones sexuales con otro hombre sí y sólo sí quien era el sujeto pasivo de la relación sexual no fuese un ciudadano romano, de hecho, la ética del romano era el dominio en todos los campos y aspectos posibles en los cuales lo pudiera manifestar, y el terreno sexual no era la excepción a esta regla, en este sentido se señala que *“para convertirse en un civis romanus digno de este nombre, entonces, se debía aprender desde la más tierna edad a no someterse nunca, y a imponer a todos su voluntad: también la sexual”*<sup>2</sup>. El aspecto social del conquistador y dominador por lo tanto era impregnado en su educación, se le enseñaba que su mayor virtud era la virilidad, educándosele para dominar, incluso entregándosele el estatus de virtud política y enfatizando que un hombre romano nunca se podía someter ante

---

<sup>2</sup> CANTARELLA, Eva. *Según Natura La Bisexualidad en el mundo Antiguo*. Ediciones Akal S.A. 1991. Pág. 132.

nadie y que debía imponer su voluntad sobre todos los demás incluso en el aspecto sexual, éste punto lo explica con más profundidad *Eva Cantarella*, afirmando que: “*como ya hemos señalado antes - sería un completo error pensar por esto que los romanos eran rigurosamente heterosexuales: para un romano, la expresión máxima de la virilidad consistía en someter a los hombres. Demasiado fácil y muy poca cosa es, para un verdadero hombre, someter a sus deseos a las mujeres. Para el macho romano potente e inagotable, las mujeres no podían ser suficientes. Su sexualidad exuberante e irrefutable debía expresarse sin límites: debía poseer todos los posibles objetos de su deseo, independientemente de su sexo*”<sup>3</sup>.

Por lo cual, es lógico pensar que si un ciudadano romano no podía socialmente tener relaciones sexuales con otro romano, al menos públicamente, la única opción de expresar sus deseos sexuales era imponiendo su poderío y dominio con sus esclavos teniendo relaciones sexuales con ellos. Observamos entonces que la conducta homosexual romana se manifestaba como la expresión social del poder personal sobre quienes no eran libres, aspecto que a la vez les permitía confirmar su potencial viril, incluso podemos hablar que, al menos socialmente, se vivía una bisexualidad social más que homosexualidad dentro de la civilización romana, pues el hombre romano muy comúnmente se encontraba unido ante Roma con otra mujer romana, pero a su vez mantenía relaciones sexuales con otros hombres que no fueran *civis romanus* para demostrar su absoluto poderío como conquistador de los más débiles pues recordemos que la mujer, independientemente que fuera romana, estaba considerada como un individuo de segunda, la cual también era dominada por el *pater familias* y, evidentemente hombres y mujeres esclavos en un estado más bajo del escalafón social que las mujeres romanas, eran dominados por el amo en todos los ámbitos imaginables. Así mismo, hablamos de homosexualidad y bisexualidad desde el punto de vista del entendimiento que actualmente tenemos a día de hoy, utilizando los términos que en nuestra época se utilizan para denominar a estas orientaciones sexuales pero hay que tener en cuenta que los romanos no les llamaban así, para ellos era sencillamente unas interacciones más dentro de su ámbito social y sus costumbres. Es importante recordar que el término

---

<sup>3</sup> Ídem. Pág. 132.

homosexual sólo se empieza a utilizar en el año de 1869 por Karl María Kertbeny, antropólogo húngaro precursor de los derechos del hombre.

De todos modos cabe aclarar que aunque las relaciones afectivo sexuales entre dos hombres romanos no estuvieron permitidas legalmente y no podían ser reconocidas en sociedad en algunos periodos de su historia, muchos romanos tenían contactos emocionales, afectivos y sexuales con otros hombres aunque en algunas épocas socialmente nunca se les permitiera expresarlo abiertamente y hacer alarde de ello pues estaban penadas por la Ley.

Igualmente es importante recordar que aunque era una norma social el hecho que entre hombres libres no se podían mantener relaciones sexuales, no era tanto por ser prohibidas sino por la amenaza que para la virilidad romana representaba, es por eso que los romanos legislaron ciertas disposiciones sobre la ética sexual en la *civitas*, las cuales abarcaban todo, no solamente el ámbito de las relaciones homosexuales sino también las de los heterosexuales.

## **1.1. Sobre la legalidad de las relaciones entre personas del mismo sexo**

### **1.1.1. Conductas homosexuales lícitas**

En la ética normativa romana **un *civis romanus* podía tener relaciones sexuales con sus esclavos** calificando este comportamiento como lícito ya que dichos sujetos eran considerados un bien mueble, una cosa más de pertenencia del *pater familias*, eran su propiedad, por lo cual, ejecutar dicha práctica era completamente legal y abiertamente aceptada por la *civis*. *“Las pautas de comportamiento sexual adoptadas por la elite que gobernaba el Imperio profundizaron en la expropiación de los cuerpos de individuos de rango inferior desarrollada por las oligarquías urbanas de época helenística. Amos y patronos no dudaban en utilizar como objeto de placer sexual a sus esclavos, libertos y clientes. Las prácticas eróticas entre varones gozaban de amplia tolerancia social, siempre y cuando se tratase de la relación entre un hombre libre, que actuara*

como penetrador en el coito, un joven esclavo o un liberto que asumiera el papel del penetrado”<sup>4</sup>.

Para el *Pater familias* romano, amo absoluto que disfrutaba de poderes ilimitados sobre todo lo que le perteneciera, los esclavos eran una cosa o bien más dentro de su patrimonio, con los cuales podía hacer lo que quisiera, incluso desde la más temprana edad de los pequeños esclavos, sobre lo anteriormente expuesto, *Eva Cantarella* nos deja éste reflexivo interrogante: “¿Por qué entonces, en esta situación, no debería sodomizar a los pequeños esclavos de la casa, para los cuales sufrir al amo era parte integrante del deber de servirlo?”<sup>5</sup>. Por lo cual, para los romanos la manifestación social de su poder personal como *pater familias* y dueño y señor sobre los esclavos era una confirmación de su potencial viril y conquistador, hecho que les permitía hacer uso de ellos hasta en el ámbito de la satisfacción sexual.

También era lícito tener relaciones sexuales con **los Scortum**, éste término hace referencia a los hombres que conformaban la segunda categoría de varones con los que los romanos podían mantener lícitamente relaciones sexuales<sup>6</sup>. Eran varones que usualmente, como esclavos, eran prostituidos por sus amos vendiendo sus servicios corporales a otros romanos, así nos lo confirma *Craig A. Williams*: “Estos prostitutas a menudo fueron esclavos y sus dueños (*Lenones*, “*Padrotes*”) vendían sus servicios a otros hombres”<sup>7</sup>. Tal práctica parece ser era muy común en Roma, hasta el punto que los romanos en su calendario adjudicaron un día en el cual celebraban la fiesta de los Scortum, *Eva Cantarella* lo menciona afirmando que la fecha se festejaba un día antes de la dedicada a las mujeres prostitutas<sup>8</sup>. *Craig Williams* también nos habla de la existencia de éste día, los romanos tenían un día festivo para celebrar los servicios de los chicos padrotes (*Pueri leltonni*) coincidiendo en que este era una

---

<sup>4</sup>FUENTES, Pablo. *En Clave Gay todo lo que deberíamos saber*. Editorial Egales. Barcelona-Madrid. 2001. Pág. 28.

<sup>5</sup>CANTARELLA, Eva. *Según Natura La Bisexualidad en el mundo Antiguo*. Ediciones Akal S.A. Madrid 1991. Pág.133.

<sup>6</sup> Ídem. Pág. 136.

<sup>7</sup>COMEDY, Plautiny, citada por Craig A. Williams. *Roman Homosexuality Ideologies of Masculinity in Clasical Antiquity*. Oxford University Press. New York –1999. Pág. 38. *These prostitutes were often themselves slaves owned by masters (lenones, “pimps”) who sold their services to others”*.

<sup>8</sup>CANTARELLA, Eva. *Según Natura La Bisexualidad en el mundo Antiguo*. Ediciones Akal S.A. Madrid 1991. Pág. 137.



día previo al celebrado para las meretrices o mujeres que vendían su cuerpo<sup>9</sup>. Tal información sirve como prueba de la existencia de la prostitución masculina y que la misma, en cierta forma estaba legalizada en beneficio del Pater Familia en el imperio romano.

### 1.1.2. Conductas homosexuales ilícitas

Una de las conductas que la sociedad romana consideraba como ilícitas dentro del ámbito sexual eran las relaciones sexuales realizadas con los hijos varones de los romanos. Lo más preocupante era vulnerar la *pudicitia romana* o *sangre romana*, debido a esto, Roma decidió legislar Leyes que protegieran jurídicamente a sus hijos en la etapa de la niñez y la adolescencia. El objetivo era prevenir que por accidente, debido a que la práctica era comúnmente realizada, los menores romanos, tuvieran que soportar el contacto sexual con otro hombre. Jurídicamente lo que se pretendía proteger era que un púber romano fuera confundido con un púber esclavo y que éste pudiera ser objeto de deseos sexuales por otro hombre. Para lograr diferenciar entre púberes libres, llamados *praetextati*<sup>10</sup> y los no libres, los hijos de los romanos debían vestir una *bullae de oro* en sus cuellos con el objetivo que al jugar desnudos no fuesen confundidos como esclavos y pudieran ser objetos de seducción de otros hombres. Lo anteriormente expuesto, no sólo estaba encaminado a proteger la *pudicitia*<sup>11</sup> de los *praetextati*, sino también a las *materfamilias* o mujeres honestas fueran *sui uiris*<sup>12</sup> ó *uxor in manu*<sup>13</sup>. En éste sentido se afirma que “en la época republicana sirve una disposición del pretor urbano encaminada a proteger la *pudicitia* no sólo de las mujeres, sino también de los *praetextati*, es decir, de los muchachos que, no habiendo alcanzado la pubertad, llevaban la *toga praetexta*”<sup>14</sup>. El legislador romano ante esta problemática plantea una protección jurídica que permitió la posibilidad de diferenciar a simple vista quien era romano y quien no lo era, como lo podemos leer en el *Digesto 47, 10 del Corpus Juris Romanus*, para así poder

<sup>9</sup>WILLIAMS, Craig A. *Roman Homosexuality Ideologies of Masculinity in Classical Antiquity*. New York – Oxford University Press 1999. Pág. 39.

<sup>10</sup> Quienes usaban la toga praetexta.

<sup>11</sup> La honorabilidad de la sangre romana.

<sup>12</sup> Es decir que no tenía ascendentes masculinos.

<sup>13</sup> Esposa sometida a al poder personal del marido o del paterfamilias de éste, llamado Manus.

<sup>14</sup> CANTARELLA, Eva. *Según Natura La Bisexualidad en el mundo Antiguo*. Ediciones Akal S.A. Madrid 1991. Pág. 135.

evitar las usuales seducciones de las cuales los jóvenes romanos y las *materfamilias* pudieran ser víctimas.

Se entiende entonces que el hecho de ser el sujeto receptivo de una relación sexual significaba para el romano, individuo dominante en todos los terrenos, que en lugar de aprender a imponerse se tendría que someter a los deseos ajenos, razón suficiente para que la sociedad de la época buscara formas legales que pudieran proteger a los *praetextati*.

También es importante resaltar que para los romanos social y legalmente estaba prohibido someter a otro varón romano ya que su objetivo era no vulnerar la *pudicitia* de los ciudadanos y que la sangre romana estuviese protegida, protección que directamente se encontraba enfocaba a no permitir que un hombre romano perdiera su virilidad siendo sometido por otro hombre. Sin embargo, la protección jurídica abarcaba incluso a aquellos hombres romanos que por estar arruinados económicamente se vieron obligados a venderse como esclavos, no importando el hecho de haber cambiado su estatus social dentro de Roma, lo importante era que si se había nacido romano el amo no podía someterlo a sus deseos sexuales, una diferencia de clases, de estirpe de nacimiento protegida de por vida por la Ley. De esta situación tenemos algunos ejemplos citados por *Eva Cantarella*, como es el caso del hijo de un magistrado que por estar arruinado se encuentra forzado a venderse como esclavo para poder pagar sus deudas: *“Relata Valerio Máximo que en la época de las guerras samnitas alrededor del 330 a.c., Tito Veturio, hijo de un magistrado arruinado, se vio obligado, para pagar sus deudas, a venderse como esclavo a Publio Plocio, que intentó estuprarlo”*<sup>15</sup>. *“Incluso tras haber sido azotado por Plocio, Tito Veturio no cedió a sus deseos y denunció a su amo a los cónsules, que informaron al senado de comportamiento: así que Plocio fue encarcelado”*<sup>16</sup>. Hacemos referencia que en éste caso no estamos citando un abuso sexual o acceso carnal violento, sin embargo la decisión del senado fue proteger a quien ha nacido en Roma, ya que para los romanos el *“strupum”* no significaba lo que para nosotros significa en nuestros días. *“Struprare”* a una persona significaba, de una manera más genérica, tener con otra persona relaciones sexuales ilícitas, pudiendo ser fuera del matrimonio

---

<sup>15</sup> Ídem, Pág.140.

<sup>16</sup> Ídem Pág.141.

con una mujer libre, una viuda, una virgen, un niño, un adolescente o un hombre romano.

Otro ejemplo de estos hechos, es igualmente citado por *Cantarella*, en donde expone el caso de un ciudadano romano que decidió vender su libertad con el objetivo de pagar sus deudas y habiendo su amo intentado abusar sexualmente de él, el esclavo decide asesinarlo. *“Para confirmar esta regla sirve un relato de Tito Livio: un joven, que se había vendido como esclavo para pagar sus deudas, había matado a su amo, que quería estuprarlo. Y los romanos, para impedir que se repitiesen episodios análogos, abolieron la esclavitud por deudas”*<sup>17</sup>. Por lo visto para evitar que otros romanos pasaran la pena de ser forzados, cortejados o seducidos por otro hombre, cuando por su propia elección se vendieran para pagar sus deudas, los romanos propusieron y aprobaron una Ley que abolió la esclavitud por deudas a la que denominaron *Lex Poetelia Papiria* la cual solucionaría el problema de ver en peligro la *pudicitia* ente ciudadanos de Roma. Para evitar que situaciones como la anteriormente expuesta se pudieran volver a generar en Roma, se decidió dejar jurídicamente claro éste hecho en concreto, pese a que más adelante se señalara que dicha decisión fue una de las causas que más incidió negativamente en la historia económica y social de los primeros siglos de la historia de Roma.

Otro ejemplo de este proceder de la Ley lo podemos traer a colación en el ámbito militar, espacio en donde se castigaba el intento de seducción de un romano a otro romano sin importar su éxito: *“Cayo Lucio, entonces (estamos en el año 102 a.c.), se enamoró del soldado trebonio y, tras haberlo cortejado largamente, una tarde lo invitó a su tienda, donde pasó a los hechos. Pero Trebonio, para no sufrir el ultraje, lo mata. En el campamento se extiende el pánico: ¿Cómo contarle al general lo sucedido? Ninguno se presentó espontáneamente a declarar a favor de Trebonio, que por otra parte y sin perder el ánimo, indicó a Mario los nombres de los que habían tenido ocasión de asistir a los reiterados intentos de seducción de que había sido objeto. Aclarada la realidad de los hechos, Mario demostró su imparcialidad, y no solo absolvió a Trebonio de la acusación de homicidio, sino que lo honró con una corona, para que su virtud fuese un ejemplo para todos”*<sup>18</sup>. Aquí observamos claramente que lo que era

---

<sup>17</sup> Liv. 3 VIII, 27.

<sup>18</sup> Idem. Pág.142

castigado no era el *stuprum* en sí, sino, que el intento de seducción se culminara o no. Por otra parte vemos como el Derecho común y no sólo el Derecho que regulaba la conducta de los soldados protegía a los *hombres ingenui* o nacidos libres, castigando a todos quienes atentaran contra su *pudicitia*.

Ahora bien, en lo que respecta a los esclavos ajenos, en la época Arcaica y Republicana, el tener relaciones sexuales con dichos individuos fue entendido como un hecho problemático y sus fundamentos se encontraban en la disminución de la productividad del esclavo. Las relaciones sexuales podían comprometer su rendimiento como el bien mueble objeto de trabajo que era considerado. Así lo expone *Eva Cantarella* en el siguiente párrafo: “*Está claramente señalado en las fuentes que tener una relación con el esclavo de otro era algo que no se aprobaba*”<sup>19</sup>. Hacer del esclavo su propio amante era elección del amo, pero que lo fuera de otros romanos no estaba bien visto ni aceptado por Roma, ni por los amos; éstos vigilaban atentamente la vida sexual de sus esclavos, sólo se les permitía tener relaciones sexuales con sus dueños y con las esclavas de la casa, ya que los hijos que eventualmente nacieran de estas relaciones aumentarían el patrimonio y la fuerza de trabajo del *pater familias*; pero más allá de ello, los esclavos no debían malgastar sus energías fuera de otras relaciones sexuales diferentes a las señaladas.

Por consiguiente se puede afirmar que las relaciones sexuales entre varones, no constituían en ese momento histórico ningún delito, al menos en estos periodos, y en las situaciones mencionadas, como tampoco se consideraban comportamientos socialmente reprochables, lo ilegal en ese tiempo era entonces mantener relaciones sexuales con un joven libre o con un esclavo que no fuese de la propiedad del ciudadano de la época.

En referencia a las prohibiciones mencionadas podemos encontrar su razón jurídica en antiguas legislaciones romanas, en concreto, aquellas que datan de de la época de la República. Una de ellas fue la ***Lex Scatinia***, a la que las fuentes del Derecho Romano se refieren a como una Ley que estaba dirigida a regular el comportamiento de las relaciones sexuales en Roma y más explícitamente las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo. La Ley no castigaba cualquier tipo de relación sexual entre dos hombres, pero sí

---

<sup>19</sup>Idem, Pág.138.

individualizaba algunas de ellas como reprochables sancionándolas penalmente. Estas eran las posibles causas de penalización:

1. En el caso en que un romano tuviera una relación sexual con un *pueri* o la tentativa de cometer el acto<sup>20</sup>. Aquí en dichas disposiciones, solamente era castigado el adulto, independientemente del rol sexual que asumiera.
2. En el caso que se diera una relación sexual entre adultos, siendo sólo castigado el adulto que era penetrado. Para los romanos, los hombres que asumían el rol receptivo en la relación sexual eran considerados *Molles*, término utilizado para definir a los hombres blandos. “Y <<*blandos*>>, para los romanos, no eran por cierto los homosexuales activos, sino sólo los pasivos”<sup>21</sup>. Entonces, eran sólo ellos los sujetos que violaban la *Lex Scatinia*, eran sólo ellos los sancionados por la acción, nótese el componente machista y sexista de la sociedad romana de la época en sus legislaciones en donde el *Molle* era quién recibía todo el peso jurídico legal y siendo el único sancionado penalmente puesto que era considerado blando por asumir, según su entendimiento, un rol sexual femenino por ser quienes representaban el rol sexual receptivo dentro del coito.

Sin embargo, si un *liberto* tuviese relaciones con su ex amo, dicho sujeto no estaría incurriendo en un delito, así lo confirma *Eva Cantarella* cuando cita a *Séneca* actuando en la defensa de un *liberto* por haber tenido relaciones sexuales homosexuales ejerciendo el sexual pasivo: “al defensor de un liberto, acusado de tener una relación con su ex patrón, Séneca le hace decir << *impudicitia in ingenuo crimen est, in servo necesitas, in liberto officium*>>. En el momento en que defiende al liberto de la acusación de *impudicitia* (e *impudicitia* en un hombre significa pasividad sexual), Séneca afirma sin ninguna duda que el mismo comportamiento en un hombre libre es un crimen”<sup>22</sup>.

La pasividad como rol sexual era castigada en Roma con el objetivo de prevenir que los ciudadanos romanos, auténticos dominantes, no se permitieran a otros dominarlos como a una mujer, *la pudicitia* estaba en juego y no podían ser expuestos a burlas y ridiculizaciones. Pero aunque existiera una sanción social y

---

<sup>20</sup>Idem. Pág. 153

<sup>21</sup>Idem. Pág. 150.

<sup>22</sup>Idem. Pág.151.

también una pena jurídica, el castigo se resumía al pago de una suma pecuniaria<sup>23</sup>. Si esta hipótesis es exacta, dio comienzo con la *Lex Scatinia* una serie de medidas destinadas a aplicar los criterios de una doble moral que permanece inmutable durante más de siete siglos: un varón romano que tenía relaciones sexuales con otro hombre (siempre que no fuera un *pueri*) merecía un castigo sólo si su rol sexual había sido receptivo.

La Ley tuvo como novedad fijar el monto de la multa por realizar el *strupum cum puero*; de esta forma ya no sería fijada a discreción del magistrado sino que se establecía una suma fija a pagar para quienes incurrieran en este delito.

Es importante resaltar que sí la *Lex Scatinia* castigaba a los hombres que implicaban a los muchachos en relaciones sexuales homosexuales, siendo estos últimos los sujetos pasivos de éstas, el **Edicto Adtemptata Pudicitia** vendría a castigar a quienes los acosaban por las calles romanas. A decir verdad, la realidad social en Roma era que la *Lex Scatinia* era poco respetada. Los romanos, siguiendo una doble moral pese a la realidad legal, siguieron abiertamente cortejando a los jóvenes varones libres por las calles de la *civitas* y en teoría, aunque para la Ley en cuestión eran intocables, “*indiferentes ante la Ley, los varones adultos no tenían escrúpulos en mostrar abiertamente sus intenciones, y ponían en acción todas sus artes para conquistar a los adolescentes más jóvenes y más hermosos*”<sup>24</sup>. Debido a la realidad de los hechos, aceptando la ineficacia de la aplicación de la Ley y teniendo en sus mentes el objetivo por parte de los romanos de no perder la *pudicitia*<sup>25</sup> entre los hijos de Roma, el *pretor urbano*, en aras de proteger a los jóvenes de posibles molestias de dicha índole, establece ésta sanción en la que protege a mujeres honestas y a jóvenes libres de que se diese dicha situación, sin embargo en la actualidad no se tiene conocimiento que pena exactamente era aplicada a quienes incurrieran en lo expuesto en éste Edicto<sup>26</sup>. El mismo castigo recibiría el que tratase de alejar de los jóvenes romanos o *praetextati* de sus comités de

---

<sup>23</sup>Idem. Pág.151.

<sup>24</sup>Idem. Pág.154.

<sup>25</sup>Para los romanos era muy importante no perder la virginidad, tanto en mujeres como en hombres, de una manera violenta pues los hacía impúdicos. En el caso de los hombres, sólo pasaba esto sí y sólo sí, el *praetextati* era el sujeto pasivo en la relación sexual, en caso de ser el activo no tenía ningún prejuicio social ya que era quien se estaba imponiendo y no el sometido.

<sup>26</sup>CANTARELLA, Eva, Según Natura La Bisexualidad en el mundo Antiguo. P.154. Ediciones Akal S.A. Madrid 199P. Tanto la clase de pena como el nombre del pretor que la legisló son desconocidos.

acompañantes<sup>27</sup> ya que como lo cita *Cantarella*, “igual que las mujeres honestas, también los muchachos de bien en Roma no podían salir solos: debían ser acompañados por los comités (entre los cuales, escribe *Ulpiano*, en el caso de los muchachos, estaban los pedagogos)”<sup>28</sup>. Igualmente, recibía igual castigo quien se refiriera al muchacho en *blada oratorie* o con palabras suaves<sup>29</sup>.

Concretamente, tutelar la *pudicitia* de un *praetextatus* significaba evitar que fuese involucrado en una relación de carácter sexual pasiva entre dos hombres, ya que su edad lo podía posicionar al lado del *impúdicus* y era ese aspecto el cual el pretor con la *Lex Scatinia* quería proteger jurídicamente para evitar que fuera perjudicado en su *pudicitia* y siguiera siendo un digno miembro de sangre romana.

Posteriormente nos encontramos con las **Leyes Iulias** que datan de la época de la República Tardía y el Principado, en éste periodo la expresión sexual y afectiva entre dos hombres pasó de ser una experiencia de total e incontrolable masculinidad, agresiva y virilmente desfogada sobre los esclavos, a la manifestación del deseo de seducir, “no sólo sexualmente”, sino también afectiva y emocionalmente a los muchachos y hombres libres, siendo una realidad cada vez más que tal deseo era igualmente provocado y respondido de la misma forma en la mayoría de los casos por los jóvenes libres. “Una situación nueva que el Derecho no aprobaba y que las autoridades ciudadanas habían intentado controlar: pero en vano”<sup>30</sup>. Por más que los ciudadanos romanos hubieran creado leyes para evitar las relaciones afectivas sexuales entre varones, sus intentos fueron ineficaces, la sociedad romana seguía desarrollando estas prácticas sin importarle las sanciones que hasta el momento se habían impuesto al respecto convirtiendo el amor hacia los *pueri* en algo progresivamente normal.

En la época de Úlpiano el estupro violento fue llevado al campo de aplicación de las disposiciones de la **Lex Iulia de vi publica**<sup>31</sup>. En referencia al marco de la Ley que nos interesa, podemos encontrar que esta *Lex* expresaba que la pena impuesta para quienes realizaran la violencia pública recibiría como

---

<sup>27</sup> Digesto. 47, 10, 15, 16, -18.

<sup>28</sup> CANTARELLA, Eva. *Según Natura La Bisexualidad en el mundo Antiguo*. Ediciones Akal S.A. Madrid 1991. Pág.155.

<sup>29</sup> Digesto. 47, 10, 15, 20.

<sup>30</sup> CANTARELLA, Eva. *Según Natura La Bisexualidad en el mundo Antiguo*. Ediciones Akal S.A. Madrid 1991. Pág. 159.

<sup>31</sup> Digeto. , 48, 5, 3 – 30.

castigo la pena capital. Transportándolo a nuestro caso, todo varón que estrujara sin su voluntad a otro varón libre era castigado con la pena de muerte.

Más tarde, en el siglo 18 A.C se aprueba la **Lex Iulia de Adulteris Coercendis** a propuesta de Augusto en ésta, está completamente influenciada por la moralidad familiar y la alarmante carencia de hijos romanos, por lo cual cualquier relación sexual fuera del matrimonio y con prostitutas (debido a la clase de profesión ejercida) o mujeres equiparadas a ellas, era perseguida a iniciativa de cualquier ciudadano romano.

Observamos entonces un marco moralizante y político sociológico respecto a la situación de la familia, motivos por los cuales Augusto decide entrar a intervenir en la vida privada de los ciudadanos tomando su poder gubernamental para sanear la moral pública y las relaciones que internamente rigen a la familia romana.

No podemos asegurar que esta *Lex Iulia* recogiera también en su seno la prohibición de las relaciones sexuales entre varones, sin embargo hay textos que así lo insinúan y que sirven de referencia para demostrar éste hecho, un pasaje de *Papiniano* el cual afirma que los que hayan prestado su casa para la consumación de un adulterio o *estrupe* (considerándose así las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo) será castigado como adúltero, así lo confirma<sup>32</sup>.

El comportamiento general de la sociedad romana a finales del periodo republicano y durante el principado de Augusto fue el de seguir viendo las relaciones sexuales entre hombres como un comportamiento socialmente aceptado aunque teóricamente debía ser castigado como lo estipulaba en concreto la *Lex Scatinia* pero la realidad social es que durante **el periodo imperial** la pasividad viril se empieza a difundir cada vez más dentro de las costumbres de los varones romanos, hecho que empieza a generar preocupaciones en el entorno de los legisladores romanos induciéndoles a promulgar y ejecutar medidas políticas represivas mucho más severas que las existentes para hacer un alto en esta realidad social que iba en contra de los ideales de los romanos como conquistadores y dominadores. *“La homosexualidad*

---

<sup>32</sup>CANTARELLA, Eva. *Según Natura La Bisexualidad en el mundo Antiguo*. Ediciones Akal S.A. Madrid 1991. Pág. 186.



*aumentó notablemente durante el imperio y las prácticas homosexuales entre ciudadanos romanos, que antes se debían mantener en riguroso secreto, no tenían que ser ocultadas. En el ejército, por ejemplo, estas relaciones eran tan frecuentes que Nerva y Trajano tuvieron que prohibir que un oficial superior fuera sodomizado por un subalterno; pero no lo contrario está*<sup>33</sup>.

Es en esta época en la que Roma empieza a gestar una nueva política influenciada por el cristianismo, cambio que ayuda a una progresiva e imparable difusión de una costumbre rechazada desde todos los tiempos en la *civitas* pero que nunca se logró erradicar por quienes la dirigían.

El tema de las relaciones sexuales entre hombres empieza a ser tratado poco a poco a medida que se desarrolla la época imperial en Roma, ejemplo de ello es el edicto del Pretor en el cual se expone que los hombres que asuman el rol sexual receptivo en una relación sexual no pueden ser *postulare por aliis*, lo que significa que no pueden representar a otros ciudadanos romanos en un juicio<sup>34</sup>. Para el pensamiento social de la época el hombre que ejerciera ésta práctica en el rol de pasivo o *molle*<sup>35</sup> se asemejaba analógicamente a una mujer, y si ellas no tenían la capacidad de representar a otros sujetos en un juicio, los hombres que se comportaran como tal, a su entender como mujeres en una relación sexual, tampoco debían poseer dicha capacidad y derecho.

La hostilidad hacia este tipo de relaciones se fue intensificando a medida que el imperio avanzaba, ya en el año 438 D.C; en la constitución de *Teodosio el Grande* se incluye el **Código Teodosiano** incorporando artículos que castigaban fuertemente las relaciones sexuales entre dos hombres, ya no eran penas sociales o pecuniarias, en este caso el castigo para quienes ejercieran “*la homosexualidad pasiva*” era la muerte en la hoguera. “*Todos los que acostumbran a condenar a su propio cuerpo viril transformando en femenino, a sufrir prácticas sexuales reservadas al otro sexo, y que no son en nada diferentes de las mujeres, expiarán un crimen semejante entre las llamas vengadoras ante el pueblo*”<sup>36</sup>. Entendemos entonces que los legisladores estuvieron interesados en imponer a través de una Ley una moralidad sexual más estricta que la que había prevalecido

---

<sup>33</sup> CUATRECASAS, Alfonso. *Eros en Roma*. Ediciones Temas de Hoy. Madrid 1993. Pág. 126.

<sup>34</sup> Idem. Pág. 223.

<sup>35</sup> El que se dejaba someter como una mujer por lo cual era indigno de ser un ciudadano romano.

<sup>36</sup> Código. Theodosiano., IX. 7. 6.

en Roma haciendo énfasis en la prohibición de las manifestaciones de cualquier muestra de sexualidad entre dos personas del mismo género, específicamente entre hombres ya que en Roma por su realidad y cultura social el machismo genera una invisibilidad a las mujeres en general por lo tanto las manifestaciones lésbicas en los textos romanos no existen puesto que fueron ignoradas por quienes escribían el testigo histórico legislativo y en todo lo referente al desarrollo social de la mujer romana.

Podemos decir que hasta el siglo V la política imperial respetó los principios de la ética sexual antigua, con esto nos referimos que si dos varones tuvieran relaciones sexuales eran penados como ya hemos explicado con anterioridad. En los primeros años del reinado de **Justiniano**, justo antes de la publicación del **Copus Iuris Civiles**, la pena impuesta para quien desarrollara prácticas sexuales entre hombres era la castración, en aquel tiempo se acostumbraba a realizar amputaciones en las partes del cuerpo que simbolizaban el delito cometido, por lo cual al *“igual que el corte de la lengua previsto para los delatores reenvía simbólicamente al delito cometido y golpea la parte del cuerpo que ha actuado, igual que el plomo fundido en la boca de las nodrizas castiga un delito cometido por la palabra, igual que el corte del pie castiga al esclavo privándolo de la parte del cuerpo con la cual ha intentado la fuga, así la castración priva al homosexual activo del órgano que ha cometido el delito”*<sup>37</sup>.

Nos encontramos entonces que en la **época Justiniana** la situación dio un giro radical, ya que en las instituciones publicadas en el año 533 D.C. observamos que se incluye una disposición que expone que el que desahogue su infame deseo con un hombre será castigado por la *Lex Iulia*, aunque esto no correspondía con la realidad, dado que dicha Ley no castigaba directamente a los hombres que desempeñaban el rol activo en la relación sexual entre dos varones.

Esta disposición fue útil para Justiniano pues pudo transformar la Ley bajo un nuevo punto de vista sobre las relaciones sexuales entre hombres, contrastándolo con la antigua tradición romana, la pena impuesta por éste emperador incluía también todo hombre que ejerciera un rol activo en la relación sexual<sup>38</sup>. De hecho, su intención fue la de confirmar la pena y la persecución a

---

<sup>37</sup>CANTARELLA, Eva. *Según Natura La Bisexualidad en el mundo Antiguo*. Ediciones Akal S.A. Madrid 1991. Pág. 237.

<sup>38</sup>Idem. Pág. 232.

quienes cometieran el delito, dos años después de la publicación de las Instituciones vuelve a mencionar el tema confirmando la pena de muerte para todos aquellos hombres que tuvieran relaciones sexuales con personas de su mismo sexo independientemente del rol que desempeñasen en el coito sin importar que estuvieran casados con una mujer. En la primera constitución del 538 A.C. se hace referencia a los actos contrarios a la naturaleza, y estos son exactamente las relaciones sexuales entre varones, pero ya aquí hay otra connotación, y ese es el papel que aporta la religión que en el momento se practica en el imperio, es por esto que las relaciones sexuales entre varones pasan a ser de delito social a un crimen de carácter religioso castigado por disposición divina. *“El emperador ordena a los que cometen estos actos <<acoger en su ánimo el temor de Dios y el juicio venidero, y abstenerse de estas lujurias diabólicas e ilícitas>> para que la ira divina provocada por hechos semejantes no caiga sobre ellos y las ciudades no sean destruidas con sus habitantes”*<sup>39</sup>. Ahora, aparte del rechazo social y legal se suma el concepto moral de la culpabilidad de la religión, estas personas son indignas de la misericordia divina, y es por ello que en el nuevo imperio incluso se llega a afirmar que son los hombres que tienen relaciones sexuales con otros hombres los que con sus prácticas provocan los terremotos, las carestías y las pestes en Roma<sup>40</sup>, por lo que entonces, se les debe de obligar a abandonar tal comportamiento delictivo y las autoridades de la época debían ser incitadas a aplicar con dureza las penas impuestas para quienes incurrieran en la falta: *“Hemos ordenado al gloriosísimo prefecto de la capital arrestar a los que persisten en realizar dichos actos ilícitos e impíos, incluso tras nuestra admonición, y someterlos a los suplicios extremos (eschatais timarais = ultimis suppliciis) para que, por no haberse preocupado de estas culpas, la ciudad y el Estado no sean puestos en peligro por estos actos impíos. Y sí, tras nuestra advertencia, encontrando todavía que estos individuos los esconden, serán condenados también por Dios. Y si el gloriosísimo prefecto encuentra a quien comete estos crímenes y no lo castiga según las leyes, en primer lugar será sometido al juicio divino, y en segundo lugar incurrirá en nuestra indignación”*<sup>41</sup>.

---

<sup>39</sup>Nov., LXXVII.

<sup>40</sup>CANTARELLA, Eva. *Según Natura La Bisexualidad en el mundo Antiguo*. Ediciones Akal S.A. Madrid 199. Pág. 234.

<sup>41</sup>Nov., LXXVII, Capítulo 1,2.

Observemos que ya son traspasadas las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo al campo de los delitos que ofenden la divinidad, por lo que la sanción ya es doble, divina y humana, mezclando los ámbitos, sociales, legales y morales del individuo. El castigo de lo sobrenatural empieza a jugar un papel importante dentro del ámbito social en Roma, el Derecho empieza a convertirse en el brazo armado de la iglesia defendiendo los preceptos de la voluntad divina de la figura de su Dios pues el no hacerlo provocaría que los ciudadanos y la *civitas* estuvieran expuestos a posibles catástrofes naturales fruto de una ira divina, por lo cual se debe someter a los pecadores, ya que son criminales pues también van en contra de la Ley humana a la pena de muerte y según su perspectiva así Roma estaría doblemente a salvo.

Pero aunque ya estaba establecida la pena de muerte para todos los varones que tuvieran relaciones sexuales entre ellos, la Ley no había tenido los efectos anhelados, por ello en el año de 529 Justiniano promulga una nueva disposición y en esta ocasión se dirige específicamente a quienes cometen actos lujuriosos contra natura (*aseligantones o lujuriantes contra naturum*). Así lo expone en la Novella: *“La clemencia y la benevolencia de Dios, que es siempre necesaria, es especialmente necesaria en este momento, en el que hemos provocado de muchas maneras su ira, a causa de la multitud de nuestros pecados. Ha amenazado y mostrado las penas que merecemos por nuestras culpas, pero ha actuado con clemencia y contenido su ira esperando nuestra penitencia, demostrando no querer la muerte de nosotros pecadores, sino nuestra conversión y nuestra vida. No es justo, entonces, que despreciemos la benevolencia, la paciencia y la indulgencia de Dios clemente, atrayendo sobre nosotros la ira en el día de la ira a causa de nuestra alma dura y ajena al arrepentimiento. Todos nosotros debemos cesar en todo hábito y acción malvados, es particular los que están contaminados del abominable e impío comportamiento odioso de Dios: hablamos del estupro de los hombres, actuando torpe y nefandamente se abandonan, hombres con hombres”*<sup>42</sup>. *“Todos deben abstenerse de la impía y nefanda acción que ni siquiera los animales cometen. Los que no hayan cometido nunca estas acciones que sigan absteniéndose en el futuro. Los que están contaminados por este comportamiento que no sólo se abstengan de ello en el futuro, sino que hagan la debida penitencia, se sometan a*

---

<sup>42</sup>Nov., CXLI.

*Dios denunciando la enfermedad al beatísimo patriarca, reciban la razón de la salvación, y según todo lo que está escrito sientan la utilidad de la penitencia, para que Dios misericordioso, en su gran piedad, nos haga dignos de su clemencia. Proclamamos entonces que todos los que sean conscientes de haber cometido este pecado, si no dejan de pecar y no denuncian la enfermedad ante el patriarca pensando en la propia salvación, aplacando a Dios por estas impías acciones dentro de los días festivos, sufran las penas más severas (pikroteras timorias = poemas acerbiores), en cuanto que no sean más dignos en el futuro de algún perdón*<sup>43</sup>.

Aparte de las legislaciones anteriormente explicadas, Roma legisló la penalización para los ciudadanos que mantuviera relaciones sexuales con la esposa de otro romano, situación en la que se imponía como castigo diferentes actos en los que se destacaban múltiples conductas o actos homosexuales, siendo éstas las sanciones que podía recibir el autor del delito<sup>44</sup>:

1. Pena del rábano y el mújol: El marido de la mujer podía someter al amante de esta a una violencia sexual infringida con la raíz picante o un pez voraz. Estas penas tenían un carácter doméstico por lo cual la *civitas* no intervenía en la imposición de estas.
2. Entregar al amante a uno de los esclavos del esposo para que éste fuera sodomizado.
3. Sodomizarlo personalmente.
4. Cortarle la nariz y las orejas.
5. Someterlo a la *Felatio*, acto más odioso y ultrajante carácter de humillación para un ciudadano romano pues se le despojaba de su virilidad.
6. Homicidio: Podía causarle la muerte sin incurrir en las sanciones previstas por la Ley para éste delito. Esta disposición estuvo vigente hasta que se promulgó la *Lex Iulia de Adulteriis*.

Por último, en un mundo en el que quienes tenían el poder absoluto eran los hombres, los cuales constantemente demostraban sus cualidades de dominio

---

<sup>43</sup>Nov., CXLI, Capítulo 1.

<sup>44</sup>CANTARELLA, Eva. *Según Natura La Bisexualidad en el mundo Antiguo*. Ediciones Akal S.A. Madrid 1991. Pág.139.

y representaban su virilidad en todos los momentos que pudieran, tenemos que hacer mención que las mujeres en general, independientemente de la orientación sexual que tuvieran se encontraban en un segundo plano.

No existen fuentes sobre la existencia de legislaciones en Roma sobre la represión de la bisexualidad en las mujeres o el lesbianismo u homosexualidad femenina. La situación de la mujer siempre estuvo reservada a un segundo plano social, por lo cual no es de extrañar que la existencia de relaciones sexuales entre mujeres en la época romana no fuera tomada en cuenta legalmente, no es que no existiera, es que su realidad se hacía invisible por parte del patriarcado y el dominio masculino. Sin embargo, en los primeros tiempos de Roma el lesbianismo fue visto como una depravación femenina, por el contrario, se ve el contraste social con los hombres homosexuales y bisexuales masculinos que sí fueron aceptados en la sociedad en determinados momentos históricos de Roma debido a su actitud de dominio con el sujeto pasivo tal como se ha expuesto anteriormente.

A pesar de la ausencia del lesbianismo en la norma positiva del Derecho Público Romano, *Eva Cantarella* comenta que el tener relaciones lésbicas si era considerado como un crimen; *“el amor entre dos mujeres es en primer lugar contra natura, y en segundo lugar criminal. Si bien ninguna Ley lo toma en consideración, es de todas maneras considerado un delito: La mujer casada que tiene una relación homosexual comete adulterio”*<sup>45</sup>.

Es importante de todos modos visibilizar que ya en los tiempos del Imperio cualquier práctica entre personas del mismo sexo fuese entre dos mujeres o entre dos hombres, no se encontraba bien vista, y ambas prácticas pasan a ser un pecado *“contra natura”* en la época justiniana debido a la alta influencia religiosa, por lo tanto este acto también era considerado como un delito en el Imperio.

## **2. Evolución histórica sobre las relaciones sexuales y afectivas entre personas del mismo sexo en Grecia**

---

<sup>45</sup>CANTARELLA, Eva. *Según Natura La Bisexualidad en el mundo Antiguo*. Ediciones Akal S.A. Madrid 1991. Pág. 216.

Para la sociedad griega las prácticas homosexuales estaban interiorizadas dentro de su cultura y éste tipo de relaciones eran una costumbre en sus ciudades Estado, además, su legislación especificaba cómo, cuándo, con qué fin y con quiénes se podían practicar las relaciones sexuales entre varones, por lo que la situación legal de las prácticas sexuales entre hombres en Grecia presenta unos juicios de valor que las equiparaban como iguales a las heterosexuales según el contexto social que se practique.

En los Estados helénicos las conductas sexuales entre hombres eran permitidas pero sólo como pederastia, dentro del concepto griego que en ese momento se entendía de dicho término. El objetivo de estas relaciones era que fruto de ellas naciera una relación con vínculos positivos emocionalmente fuertes entre un hombre adulto y un menor adolescente. Así el joven podía tener una formación moral y política adecuada necesaria para desenvolverse dentro de las Ciudades Estado. Para la sociedad griega significaba el desarrollo de un proceso cultural y educativo. El menor entonces aprendería de su tutor todas sus virtudes y este aprendizaje le ayudaría a convertirse en un buen ciudadano griego. En la mayoría de los casos el tutor ejercía el papel de amante de su pupilo. Uno de los primeros puntos a aprender, era el saber cómo comportarse con una mujer, y el papel que ellas representaban en la sociedad helénica, por lo cual, el adulto instruía al menor para hacerle saber que las mujeres en Grecia existían *sólo para el mero hecho de la reproducción del Estado*. Otra misión del tutor era enseñar al menor que el amor y la expresión de los sentimientos más puros, elevados y la posibilidad de manifestar la parte más noble del ser, eran sólo posible en una relación entre dos hombres, paradójicamente debido también al machismo existente en la sociedad griega éste sistema educativo no era igualmente aplicado para las mujeres helenas.

De esta manera, los pueblos helénicos regularon las relaciones de los hombres jóvenes con los ya considerados adultos, *Antonio Blanco Freijeiro* nos lo confirma, citándonos el ejemplo del pueblo espartano: *“Pederastia, amor de un hombre adulto y de un adolescente. Como abanderado del dórico Esparta adoptó, legalizó e impuso la pederastia a sus ciudadanos bajo pena de castigo y deshonor para aquel que se resistiese a practicarla. El joven espartano, una vez aceptado por su tutor y amante, iniciaba su servicio militar como amigo y compañero de éste. El veterano transmitía a su amante su hombría, su valor guerrero y su*

*experiencia militar, dedicados ambos al servicio del Estado; el veterano se hacía además responsable de las faltas cometidas por su amigo. Amén de convivir, ambos formaban juntos en el campo de batalla y no era raro que juntos muriesen combatiendo*<sup>46</sup>. Es interesante ver el énfasis de esta norma, aquí, quien incurre en un delito es quien se atreviese a restringir las relaciones homosexuales educativas entre un hombre adulto y un joven griego, muy distinto a lo que pasaba en el Imperio Romano, especialmente en la etapa justiniana, y al posterior desarrollo de las normativas penales y civiles que se darían en la historia de la evolución de la sociedad humana.

## **2.1. Breve historia de la homosexualidad en Grecia**

La antigua Grecia desde sus orígenes presentó en la composición de su sociedad una división por clases basada en la edad. La organización de su comunidad se basó en la señalización de etapas, en ellas, se enseñaba al menor el comportamiento de un ciudadano griego. Al finalizar el proceso, el menor renace a una nueva vida como miembro de una clase superior más avanzada, el escalamiento social se ha dado, y da permiso al inicio de la nueva vida como miembro activo de la comunidad. Es importante tener en cuenta que Grecia no era la entidad política que conocemos en la actualidad, las Ciudades Estado que la conformaban, eran instituciones independientes con sus propios gobiernos, leyes y costumbres, por lo tanto aunque la mayoría de ellas tenían un común denominador en lo que respecta a cómo vivían las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo, dichas costumbres variaban de una ciudad Estado a otra.

Sabemos que desde tiempos inmemorables, siempre han existido referencias de la intimidad emocional y física de las personas del mismo sexo, en lo que refiere a la cultura griega por ejemplo, en la *Ilíada*, escrita en Siglo VIII A.C. Homero habla de la relación íntima entre Aquiles y Patroclo, en donde la intensidad de su amistad deja en evidencia una relación emocional y de pareja existente entre ambos personajes. Por otro lado, centrándonos en testigos femeninas, encontramos a Safo, poetisa lírica del siglo VI A.C. que refleja las

---

<sup>46</sup>FREIJEIRO BLANCO, Antonio. *Eros y Psique en Historia* 16, especial "Amor y Sexualidad en España". No 124. Madrid 1986. Pág. 23.



múltiples relaciones entre mujeres en la isla griega de Lesbos, la cual ha dado lugar al término lesbianismo.

En el caso del hombre griego adulto, éste aceptaba al adolescente, le acompañaba en un periodo de segregación y vivía con él ejerciendo las funciones de educador, tutor y amante. Éste proceso era considerado como una etapa muy normal, más bien de tipo iniciación y de carácter “esencial” para la formación de un hombre adulto en Grecia. Dicha costumbre era considerada como una pederastia institucionalizada, de acuerdo con *Pablo Fuentes* ésta práctica tiene sus orígenes en los cambios económicos, sociales y políticos que afectaron en el siglo VII A.C. a la Grecia antigua, nos explica cuales fueron los factores sociales que llevaron a asimilar e institucionalizar en las civilizaciones griegas éste procedimiento: *“El fuerte crecimiento demográfico y la consiguiente presión sobre los recursos materiales, obligó a las distintas comunidades a buscar soluciones prácticas. La emigración y la colonización de nuevas tierras se mostró como una medida insuficiente. Hacia 650 A.C., la excesiva fragmentación de los patrimonios aristocráticos entre los herederos impedía a los hijos de numerosos caballeros cretenses costearse la montura y el equipo militar necesario para mantener su estatus social. Este problema favoreció el desarrollo de un sistema de instituciones interrelacionadas que incluían la formación de grupos segregados de hombres y mujeres, la organización de los adolescentes en << bandas >> paramilitares, la desnudez de los varones en los ejercicios gimnásticos, el retraso del matrimonio masculino hasta los 30 años, las reuniones para la celebración de banquetes de confraternidad en las llamadas <<casas de los hombres y la pederastia pedagógica>>”<sup>47</sup>.*

El menor, al momento de haber cumplido todo el proceso estaba preparado para asumir la vida adulta y nacer como individuo, pudiendo experimentar su papel viril en toda su plenitud, abandonando el papel pasivo de la relación homosexual para asumir el rol de marido de una mujer, y de amante y educador de un nuevo adolescente a quien tendría que educar.

Sin embargo, aunque este comportamiento se generó en la isla de Creta, las otras civilizaciones helenísticas empezaron a incorporar el mismo modelo de

---

<sup>47</sup>FUENTES, Pablo y otros. *En Clave Gay, Todo lo que deberíamos saber*. Editorial Egales Madrid-Barcelona 2001. Pág. 17 y 18.

educación. *Pablo Fuentes* explica en su libro *En Clave Gay* que: “No obstante, los gobernantes, de distintas comunidades – Estado- de la Grecia continental lo importaron, adaptándolo a sus propias circunstancias<sup>48</sup>. Por lo tanto, éste aspecto antropológico diferencia a la civilización griega de otros pueblos y culturas; así lo expone *Juan A. Herrero Brasas* en su libro *La Sociedad Gay Una invisible minoría*: “Las relaciones homosexuales entre hombres eran un fenómeno no frecuente, si es que no general, en las culturas antiguas. Lo que en este aspecto distingue de otras culturas a la Grecia clásica es el papel casi institucional y la estima pública que este tipo de relaciones llegaron a alcanzar allí<sup>49</sup>. Para los hombres griegos, la formación de su pueblo se basaba en la formación cultural del trato entre hombres en el ámbito afectivo y emocional, en la pederastia institucionalizada, en las otras culturas y civilizaciones de la época no existía este mismo vínculo.

Otro ejemplo de ello es la Ciudad Estado de Esparta, una comunidad dórica como la isla de Creta que encontraba la homosexualidad fuertemente relacionada con el carácter militar del Estado. Era Ley en Esparta que los varones abandonaran sus familias a la edad de siete años, y que cuando llegaran a adultos vivieran separados de sus mujeres en tiendas y cuarteles, pasando sólo cortos periodos de tiempo con ellas antes de regresar a dormir en las tiendas con sus compañeros.

Por lo que se entiende que en la sociedad griega no se distinguió los conceptos de homosexualidad, bisexualidad y heterosexualidad, de hecho no existía en la lengua griega una palabra para distinguirlos, tenemos que recordar que estas definiciones o conceptos se empezaron a utilizar en el año de 1869, por lo que más que una homosexualidad o heterosexualidad entendemos que en Grecia, al menos en lo que respecta a la población masculina había una bisexualidad social normalizada entre los varones de las Ciudades Estado, otra cosa era el sentido que para los griegos tenía en sí el acto sexual como tal, pues aunque en la práctica hay constancia de que no ocurriera así, la costumbre era que los varones adultos siempre asumían el rol activo en una relación sexual, el

---

<sup>48</sup> Ídem, Pág. 18.

<sup>49</sup> HERREROS BRASAS, Juan A. *La sociedad Gay, Una invisible minoría*. Foca ediciones y distribuciones generales. Madrid. 2001. Pág. 110.

hacer lo contrario era entendido ante el público griego como un acto de debilidad del hombre adulto.

Otro punto importante de relevancia es que para los Estados Griegos el sexo no se consideraba exclusivamente relacionado con la procreación sino también como una función del ser humano que generaba placer y disfrute, comportamiento como tal que no era entendido como un acto negativo, sucio, prohibido o pecaminoso más que nada porque la consciencia griega no había entrado aún en contacto con la moral cristiana, en donde su filosofía instaba a creer que lo físico y lo sexual era directamente relacionado con la vergüenza, el castigo, la abstinencia y el pecado motivos por los cuales todo acto que conllevara a esta direcciones debían de ser por la Ley sancionados.

Aunque básicamente hemos expuesto que las relaciones sexuales y afectivas entre personas del mismo sexo se vivían en Grecia como una relación pedagógica entre un hombre adulto y un joven, tal como citamos con anterioridad, encontramos que no era la única forma de conducta homosexual experimentada, y prueba de ello, es la existencia de vasijas con pinturas en donde se ilustra claramente el cortejo entre hombres de edad similar.

Sí que es digno de resaltar que en el periodo clásico griego se consideraba aceptable y socialmente apreciado que un muchacho o *"pais"* tuviera relaciones sexuales con un hombre adulto, sin embargo, los requisitos legales para poder ejercerlas dictaminaba que éste debía ser un hombre libre y nunca un esclavo. Ejemplo de ello es la interpretación que nos da *Eva Cantarella* en su libro *Según Natura Bisexualidad en el Mundo Antiguo*: *"En efecto leemos que en el párrafo 139 de la oración de Esquines contra Timarlo que las leyes de la ciudad prohíben a un esclavo ser el amante de un pais libre: Un esclavo no podrá ser el amante de un pais libre, ni cortejarlo. Si lo hace será castigado con cincuenta latigazos"*<sup>50</sup>. Claramente se puede observar que la prohibición no incluye a los hombres libres, aquí se limita sólo a prohibir que los jóvenes varones se relacionen sexualmente con los esclavos y tal como lo expresa la autora, dado el hipotético caso que esta situación se llegara a dar, al esclavo se le impondría una pena física. Se observa entonces que en los Estados helénicos se presentaba una especie de código de

---

<sup>50</sup>CANTARELLA, Eva. *Según Natura la Bisexualidad en el Mundo Antiguo*. Ediciones Akal. Madrid 1991. Pág. 35.

urbanidad en el que el cortejo se regulaba por estrictas leyes sociales que dictaban que quien amaba a un menor no podía prescindir de él. Estas directrices se encontraban en el interior de la sociedad, de las leyes de urbanidad y de la vida social cotidiana, dicho comportamiento era su costumbre y reclamaba la atención en el mundo helénico, por lo cual, las leyes lo adoptaron al modo que la colectividad lo consideró más justo.

Ahora, así como para los amantes u hombres adultos existía un código que comprendía determinadas leyes de comportamiento, los “pais” también tenían que cumplir con ciertas directrices a seguir: *“También para ellos existen reglas bien precisas. El amado, en primer lugar, debía en un primer momento resistirse al galanteo, debía huir al amante, mostrarse retraído, difícil de conquistar, casi incorruptible. ¿Hasta qué punto, sin embargo, debía alargar este juego? Según algunos, resistiendo a ultranza, sin someterse al antojo del amante”*<sup>51</sup>. *“El pais, entonces, al término del cortejo, cedía al amante, estableciendo con él una relación espiritual, intelectual y pedagógica”*<sup>52</sup>. Ambas partes entonces tenían que mantener un procedimiento a seguir, sus papeles se debían cumplir pues era una parte del proceso de educación que los adultos ejercían hacia los “pais”.

## **2.2. Regulación jurídica de la pederastia en las ciudades Estado de Atenas y Macedonia**

Una de las legislaciones más importantes sobre el tema es la **Ley de Solón de Atenas**. Esta Ley ateniense buscaba la protección de los “pais o paides” dentro de los gimnasios de la ciudad de Atenas. El Derecho de la Ciudad Estado ateniense permitía las relaciones entre hombres adultos que fueran dignos de sus jóvenes. Contrariamente, lo que sí se castigaba eran las relaciones de jóvenes con mercenarios y las relaciones sexuales entre varones impuestas a la fuerza<sup>53</sup>, en éste caso la sanción impuesta era una pena pecuniaria, ya que tales relaciones afectarían la formación del pais.

Atenas se preocupó entonces por garantizar que en lo posible los paides desarrollaran una vida según las reglas legisladas por el Estado, normativas que

---

<sup>51</sup> Ídem, Pág. 36.

<sup>52</sup> Ídem, Pág. 42.

<sup>53</sup> Ídem, Pág. 57.

impedían los amores vulgares y no educativos; la Ley de Solón también prohibía las relaciones sexuales entre hombres esclavos y muchachos libres, la explicación a dicha restricción era que no se debilitara el sentimiento de superioridad característico de los hombres y jóvenes libres del país helénico<sup>54</sup>, los esclavos eran una casta inferior en el escalafón de la sociedad, al igual que desde el punto de vista legal, la formación de los futuros griegos no podía verse afectada de tal manera. La Ley también obligaba a los padres de los jóvenes a enviar a sus hijos a la escuela antes de la salida del sol y llevarles de regreso a casa previamente de la puesta del sol, todo ello con el objetivo que no se encontraran fuera de casa y pudieran encontrarse en una situación de riesgo. Igualmente prohibía a las escuelas el ingreso de personas desconocidas, de esta forma los jóvenes griegos podían estar más protegidos de posibles peligros sociales<sup>55</sup>.

Analizamos por lo tanto que el Derecho ateniense se preocupó por dar una protección legal a las relaciones homosexuales lícitas. También, podemos ver claramente que Atenas se encargó de legislar los instrumentos jurídicos necesarios para evitar que quienes eran considerados indignos pudieran acercarse con toda libertad a acortejar a los jóvenes atenienses. Igualmente, *Eva Cantarella* en su interpretación así lo expone: *"En conclusión: el Derecho ateniense, ciertamente, no dejaba de lado el problema de la pederastia. Considerándola un hecho que podía ser, según los casos, altamente formativo o extremadamente peligroso para los jóvenes."*<sup>56</sup> Por otro lado, siguiendo a *Xavier Lizarraga* encontramos que para él *"ya en el año 600 A.C, Solón estableció leyes que prohibían toda relación sexual entre un esclavo y un joven libre, limitación que inmoviliza, en ese sentido, tanto al primero como al segundo"*<sup>57</sup>. *Pablo Fuentes* nos fundamenta de nuevo este hecho, afirmándonos que en Grecia la pederastia se enfocaba con un carácter intelectual y atlético, al igual que como un medio para preparar a los jóvenes atenienses para ejercer los derechos y deberes que estaban asociados a la ciudadanía de los primeros sistemas democráticos de la

---

<sup>54</sup>GARCÍA VALDÉS, Alberto. *Historia y Presente de la Homosexualidad*. Akal Editor. Madrid. 1981. Pág. 20.

<sup>55</sup>SOULI A, Sofia. *Vida Erotica de los Griegos Antiguos*. Editorial Michalis Toubis A.E. Atenas 1997. Pág. 70.

<sup>56</sup>CANTARELLA, Eva. *Según Natura la Bisexualidad en el Mundo Antiguo*. Ediciones Akal. Madrid 1991. Pág. 58.

<sup>57</sup>LIZARRAGA CRUCHAGA, Xavier. *Una historia socio cultural de la homosexualidad*. Ediciones Paidós Ibérica S.A. Barcelona 2003. Pág. 37.

sociedad griega y el mundo occidental<sup>58</sup>. Por lo que, si el padre entregaba su hijo a una persona indigna, éste sería castigado por el Estado, así lo cita *Sofía Souli*: "Si algún padre entregaba su hijo a una persona viciosa a cambio de dinero, no era el joven quien era perseguido y condenado sino el padre. Al mismo tiempo el hijo de tal padre, se liberaba de ahí en adelante de cuidar a un padre que no lo merecía por haberse aprovechado de su hijo de tal manera. Sólo mantenía el deber de enterrar al padre el día de su muerte, porque así mandaba la Ley religiosa que nadie podía quebrantar. Según las leyes de Solón todo hombre que intentaba aprovecharse de algún niño, mujer o joven, libre o esclavo para satisfacer sus vicios sexuales, era perseguido y severamente castigado"<sup>59</sup>.

En conclusión las relaciones entre un soldado adulto y un joven recluta se consideraba dentro de la Ciudad Estado de Atenas como propicia para el desarrollo social del más joven, de hecho no era extraño encontrar a estas parejas de hombres uno al lado del otro en los campos de batallas, tal como cita *Robert Aldrich* en *Gays y Lesbianas, Vida y Cultura, Un Legado Universal*, donde explica cómo, "la ciudad de Tebas, situada al norte de Atenas, acogía una unidad militar especial de trescientos hombres, la llamada Cohorte Sagrada, compuesta en su totalidad por parejas de enamorados. La estrecha amistad y el sentido mutuo de honor ante el compañero aseguraban que los amantes no se iban a abandonar. La división permaneció invisible durante mucho tiempo hasta que en el año 338 A.C. Filipo II de Macedonia, padre de Alejandro Magno, dividió la compañía matando a todos sus hombres"<sup>60</sup>.

Así mismo, encontramos que la **Ley Berea de Macedonia**, que data del siglo II A.C. contenía unas disposiciones que al igual que la **Ley de Solón**, estaban dirigidas a especificar a aquellos que no podían frecuentar los gimnasios locales de la ciudad en donde se instruían y ejercitaban los jóvenes macedonios. La limitación tenía el propósito de protegerlos de un grupo de personas de las cuales su compañía podía ser especialmente peligrosa para los *pais*. Para los macedonios igual que los atenienses, veían el peligro en que los hombres no honorables pudieran cortejar a los chicos y darles una formación vulgar y no

---

<sup>58</sup>FUENTES, Pablo y otros. *En Clave Gay, Todo lo que deberíamos saber*. Editorial Egales Madrid-Barcelona 2001. Pág. 20.

<sup>59</sup>SOULI A. Sofía. *Vida Erótica de los Griegos Antiguos*. Editorial Michalis Toubis A.E. Atenas 1997. Pág. 71.

<sup>60</sup>ALDRICH, Robert. *Gays y Lesbianas, Vida y Cultura, Un Legado Universal*. Editorial Nera 2006. Pág. 31. San Sebastián.

educativa debido a su condición y orígenes sociales, es por ello que se les calificaba de amantes indignos. Dentro de esta clasificación se encontraban los esclavos, *los apeleotheroi*<sup>61</sup>, sus hijos, *los apalaistroi*<sup>62</sup>, *los hetrireukotes*<sup>63</sup>, los locos, los borrachos y quienes fuesen considerados que ejercían actividades que los calificara de personas de una clase inferior. Siguiendo a *Sofia Souli*, “*en Berea, se suma, la preocupación era impedir solamente aquellas relaciones que, a causa de la indignidad del amante, hubiesen supuesto la pederastia vulgar y no educativa*”<sup>64</sup>; por lo que el Estado debía velar para que las protecciones establecidas para los jóvenes *país* se cumplieran.

También podemos citar la **Ley Nomos Hybreos**, aunque no se ha encontrado muchos datos sobre ésta sí se sabe que unifica una serie de ofensas que castigan a quienes por el deseo, a través de actos ofensivos, lesionan el honor de la víctima y disminuyen su prestigio social frente al resto de los ciudadanos. Así, la Ley manifestaba una preocupación por evitar, dentro de lo posible, que los jóvenes tuvieran la posibilidad de tener la compañía o experimentar encuentros peligrosos con hombres que estuvieran en su mismo nivel social.

Por último es interesante citar la **Ley sobre la hetairisis** que trataba el tema de la prostitución masculina en Grecia. El Estado especificaba que un hombre no debía prostituirse con otro hombre, sin importar cual fuera su clase social o su cultura, el ciudadano ateniense tenía que guardar ciertos modales sociales dignos de su calidad de ciudadano, entre esos no vender su cuerpo a uno de sus iguales. En el caso en que un hombre incurriera en la prostitución, el Estado lo toleraba, pero guardaba una posición crítica que tenía repercusiones sociales independiente que se practicara casualmente o como un oficio, *Eva Cantarella* explica cómo se denominaban y calificaban en la sociedad griega a ambas clases de prostitución: “*Ciertamente, hetairisis es la prostitución. Pero, ¿Qué tipo de prostitución? Lo mismo que la femenina, la prostitución masculina era de dos tipos: la hetairisis y la porneia*”<sup>65</sup>.

---

<sup>61</sup>Libertos o esclavos liberados. Ídem, Pág. 49.

<sup>62</sup>Probablemente a los que no se les permitía ingresar por estar enfermos o presentar una enfermedad física o que no podían realizar ejercicio. Ídem. Pág. 49.

<sup>63</sup>Prostitutos. Ídem, Pág. 49.

<sup>64</sup>Ídem, Pág. 49.

<sup>65</sup>Ídem, Pág. 74.

La hetairisis era una prostitución dirigida a un sólo amante. Para ser más exactos el *hetairekotes*<sup>66</sup> era el hombre que se hacía mantener o vendía sus servicios a un amante más o menos fijo. La *porneia*, por el contrario, era una prostitución dirigida a una variedad de encuentros con múltiples hombres en los cuales el  *pornos*<sup>67</sup> se vendía para relaciones ocasionales y con un contenido puramente sexual y no sentimental. Sin embargo, siguiendo a *Eva Cantarella*, de esta clase de prostitución el Estado sacaba provecho: *“El pornos y sólo él, estaba inscrito en listas expresas, y debía pagar una tasa, llamada pornikon telos. En cierto sentido entonces el pornos era el único prostituto cuya profesionalidad reconocía oficialmente la ciudad*<sup>68</sup>. De todos modos ambas clases de prostitución estaban sancionadas, quienes la ejerciesen perdían sus derechos cívicos, por lo que en términos penales no había diferencia alguna, el único punto en el cual no eran vistos de diferente manera, era que quienes estaban inscritos como pornos ante el Estado estaban de cierta manera protegidos por una reglamentación diferente ya que se les permitía ejercer su oficio aunque esto representara la pérdida del estatus en el Estado y los derechos de un ciudadano griego. De acuerdo con *Eva Cantarella* la situación jurídica de los pornos se reglamentaba de esta manera: *“Para el Derecho Civil, el contrato era válido. El hecho de que la actividad de los pornoi estuviese sometida a una tasa significaba evidentemente que su actividad era consentida: el que quería, en suma, podía prostituirse libremente, y recabar la ganancia estipulada*<sup>69</sup>.

Claro está que el hecho que se permitiera la prostitución no significaba que quedara afuera del Derecho Penal pues *“el ciudadano ateniense, entonces, era castigado si se prostituía, cualquiera que fuese el modo en el que ejercía la prostitución*<sup>70</sup>. El comportamiento estaba tipificado y quien incurriese en éste debía recibir la correspondiente sanción. En primera instancia la pena era social, si el prostituto era ciudadano perdía sus derechos civiles como ejercer el sacerdocio, las funciones de abogado público, la magistratura, el gozar de la ciudadanía fuera de la ciudad, el no poder ser enviado como heraldo, el no exponer su opinión dentro de las ciudades Estado, el no poder participar en los

---

<sup>66</sup> Palabra utilizada en la Antigua Grecia para designar a los prostitutos con amante estable.

<sup>67</sup> Palabra utilizada en la Antigua Grecia para designar a los prostitutos de profesión.

<sup>68</sup> CANTARELLA, Eva. *Según Natura la Bisexualidad en el Mundo Antiguo*. Ediciones Akal. Madrid 1991. Pág. 74.

<sup>69</sup> Idem, Pág. 78.

<sup>70</sup> Idem Pág. 75.



sacrificios públicos y no llevar públicamente la corona<sup>71</sup>. Ya impuesta la sanción social, si quien ejerciese la prostitución llegase a participar de alguno de estos actos sociales, serían castigados con la pena de muerte<sup>72</sup>.

En referencia, al campo legal y social del lesbianismo en la antigua Grecia no es muy amplio al igual como ocurre en Roma, de hecho los pocos datos que pudieran visibilizar a las mujeres en general en esta época de la historia hace evidente el desequilibrio de género existente dentro de las fuentes escritas. Los amores entre mujeres al no ser un instrumento formador para el ciudadano no eran de interés para el Estado, por consecuencia de ello, no existía un espacio en las normativas de la época que legislaran sobre las relaciones homosexuales femeninas, a diferencia de relaciones sexuales entre varones que sí se encontraban dentro de las normatividades de las diferentes ciudades Estado de la antigua Grecia.

Lo poco que se tiene conocimiento sobre las relaciones sexuales entre mujeres lo sabemos por *Safo*<sup>73</sup>, mujer que estaba a cargo en la isla griega de Lesbos de grupos femeninos a los cuales se les enseñaba música, canto, danza y “las artes de amar”, sin embargo, no podemos decir que el lesbianismo fuera desconocido o un comportamiento extraño en las Ciudades Estado de Grecia, sino que simplemente la mayoría de las fuentes escritas estaban dirigidas a lectores masculinos debido al alto grado de machismo interiorizado no sólo en la cultura griega sino en todas las culturas antiguas de la humanidad. Hay varios casos que evidencian las relaciones entre mujeres como algo normalizado dentro de la sociedad griega admitiendo una interpretación lésbica. Igualmente, Platón hace explícita mención al lesbianismo en la literatura clásica griega en el *Banquete de Platón*, durante el discurso de *Aristófanes*. Ahora, regresando a *Safo*, encontramos que los grupos de los cuales estaba encargada en la isla de Lesbos eran denominados *thiasoi*, siendo éstos espacios en los cuales comunidades de jóvenes mujeres rendían culto a divinidades y realizaban ceremonias propias antes de contraer matrimonio. En cierta forma tal comportamiento era análogo a la experiencia que tenían los hombres griegos y la

---

<sup>71</sup>Idem, Pág. 74.

<sup>72</sup>RAINER, J.M. *Zum Problem der Atimie als Verlust der Bürgerlichen Rechte Insbesondere Bei Männlichen Homosexuellen Prostituierten*. Editorial Rida. 1986. Pág. 106 y 114.

<sup>73</sup>Poetisa Griega nacida en Mitilene, en la isla de Lesbos en torno al 612 A.C. De familia aristocrática fue maestra de una de tantas asociaciones de mujeres jóvenes llamadas Thiasoi.

formación institucionalizada entre un adulto y un *paides*. Sin embargo, parece ser que, como indica *Eva Cantarella* citando a *Duby* “*La función pedagógica, que en las iniciaciones masculinas estaba confiada directamente a la relación de amor, en las femeninas parece resultar en primer lugar del complejo de la vida comunitaria, en el interior de la cual la relación homosexual, incluso institucionalizada por un matrimonio ritual (como en el caso de Agido y Hagesícora) parece – más que relación pedagógica – la libre expresión de un sentimiento bilateral, que daba vida a una relación paritaria entre dos personas que se escogían recíprocamente, ninguna de las cuales tenía autoridad sobre la otra, o cúmulo de experiencias que transmitirle*”<sup>74</sup>. Aquí las mujeres podían decidir a qué mujer amar, de igual a igual, por lo que sentían y decidían, no porque tuvieran que tener dar inicio a una cultura de educación social, no había una supeditación de una para con otra, sin embargo, no se puede comparar nunca la situación de la mujer griega con la del varón, ya que ellas sólo eran consideradas apenas más que un mero objeto para el mundo helénico, por lo cual, lo anteriormente expresado no se puede interpretar como si las mujeres lesbianas o bisexuales griegas pudieran ser lesbianas o bisexuales abiertamente, lo que pasa es que, al poder tener un espacio de acción mínimo en lugares como los *thiasoi*, estas mujeres podían llegar a escoger por voluntad propia con que otra *igual* compartir su cuerpo y algunos momentos de su vida, más no la totalidad de ésta, ya que hay que tener en cuenta que nunca las mujeres en las Ciudades Estado pudieron escoger el modelo de vida de vivir permanentemente con otra mujer o durante un largo periodo de tiempo.

### **2.3. Relaciones afectivo-sexuales entre adultos**

Aunque en términos generales en la antigua Grecia se permitía abiertamente las relaciones sexuales entre hombres, tal como lo hemos explicado con anterioridad, para poder que se dieran, debían contar con las costumbres establecidas por las sociedades griegas de la época. Por consiguiente los amados o jóvenes debían tener una edad entre doce y diecisiete<sup>75</sup> años y los amantes o

---

<sup>74</sup>DUBY, citado por CANTARELLA, Eva. *Según Natura la Bisexualidad en el Mundo Antiguo*. Ediciones Akal. Madrid 1991. Pág. 114.

<sup>75</sup>CANTARELLA, Eva. *Según Natura la Bisexualidad en el Mundo Antiguo*. Ediciones Akal. Madrid 1991. Pág. 63.

tutores podían serlo pero sólo los primeros diez años de su vida adulta, después debían contraer matrimonio con una mujer. Así nos lo explica *Eva Cantarella*: “Se suele decir que los griegos no eran *erastai* toda la vida, sino solamente durante los diez primeros años de su edad adulta: más exactamente hasta la edad del matrimonio, época en la cual su norma de vida pasaba a ser la heterosexualidad, y las relaciones con *paides* eran una variante ocasional, que suponía la posibilidad de una alternativa respecto a una sexualidad orientada preferiblemente, sino exclusivamente, hacia las relaciones con las mujeres (ya fuesen esposas, concubinas, *hetairas* o *prostitutas*)”<sup>76</sup>. Independientemente del comportamiento real de las sociedades griegas, y apartándonos de la eficacia de la norma, la Ley establecía edades límites que designaban desde que edad y hasta cuando estaban permitidas las relaciones sexuales entre hombres, el propósito de ellas y el rol que cada uno de los componentes de la pareja debía de asumir según la edad correspondiente de cada uno de sus miembros. Ahora, dichas estipulaciones no se cumplían con absoluta cabalidad, en el mundo helenístico existieron encuentros sexuales y de pareja entre hombres adultos durante todo el desarrollo de su historia y su civilización. Sin embargo, éste hecho fue criticado social y moralmente en Grecia pero no para los dos miembros de la pareja sino sólo para quien ejercía el rol pasivo en la relación sexual, coincide un poco entonces por lo que podemos observar con el modelo instaurado en la sociedad romana, *Eva Cantarella* en su interpretación nos explica que: “sólo uno de los dos violaba formalmente las normas. Y la sociedad griega respondía a esta comprobación aplicando criterios típicos de una doble “moral”. Uno sólo de los dos era el vicioso, el indigno, el que se ridiculizaba: el que por lo general era definido como *Katapygon*”<sup>77</sup>.

Así, las normas de la moral sexual griega manifestaban que no se podían seguir manteniendo relaciones sexuales con un joven amado cuando éste superaba su mayoría de edad, al menos eso era lo que decía la norma aunque en la realidad como en el caso de *Alejandro Magno y su lugarteniente Ephastion*, estas relaciones continuaran con el paso del tiempo y los años incluso en algunos casos sólo terminaban con la muerte de uno de los miembros de la pareja.

---

<sup>76</sup>HENDERSOS, J. *The Maculate Muse. Obscene Language in attic Comedy*. New Heaven. London , 1975. Pág. 204 ss.

<sup>77</sup>CANTARELLA, Éva. *Según Natura la Bisexualidad en el Mundo Antiguo..* Ediciones Akal. Madrid 1991. Pág. 70.

Tampoco se permitía que un adulto amara a un *pais* menor de doce años. Cabe aclarar que de infringir la Ley era tolerado que se hiciese por lo alto tal como se cita en el caso de *Alejandro y Ephastion*, ambos criados por *Aristóteles*, y quienes mantuvieron una relación afectiva sexual durante el desarrollo de sus vidas, incluso después de que cada uno se hubiera casado. En este caso la relación era mantenida entre dos adultos pues hacer amante a un menor de doce años era considerado una infamia en las civilizaciones griegas. Sin embargo, el amor entre dos hombres adultos, de darse, no podía ser totalmente visible, aunque fuese una realidad que nunca se pudiera callar. Otro ejemplo de esto es la relación descrita por Homero en la *Ilíada* entre *Aquiles y Patroclo*, en donde su relación afectiva se encuentra bastante oculta para los terceros aunque abiertamente se supiera de su existencia.

### 3. Uniones entre personas del mismo sexo en Grecia y Roma

Dentro del periodo de tiempo del año 400 A.C. al 400 D.C. existieron términos muy amplios como anteriormente hemos citado para denominar a las diferentes clases de uniones entre personas del mismo sexo. La denominación evidentemente dependía del estatus de los miembros de la pareja en donde primaba el estatus social que tenían los sujetos que conformaban la unión.

Así entonces encontramos que muchos hombres griegos tenían como parejas a otros hombres, en algunas ocasiones estando casados con mujeres, pero que abiertamente los presentaban socialmente como sus concubinos. *Boswell*, nos cita por ejemplo que en Grecia, *Demóstenes* se llevó a su casa a *Cnosion*, un adolescente, y que éste tenía esposa; también expone el caso en que *Tebe*, esposa de *Alejandro Magno*, se quejaba que éste hubiera convertido a su hermano menor en su concubino<sup>78</sup>. De la misma manera en Roma la poesía de la época augusta pone en evidencia como los hombres romanos de un cierto estatus podían tener un esclavo al que le denominaban *concubinus*, individuo que tenía como función específica satisfacer las necesidades sexuales del amo antes de que éste contrajera matrimonio con una mujer romana.

---

<sup>78</sup>BOSWELL, John. *Las Bodas de la Semejanza*. Muchnik Editores, S.A. 1999. Pág. 121. Barcelona.

De todos modos, la clase de amor más común entre personas del mismo sexo en este periodo de la historia griega y romana era el de amantes, los cuales basaban su relación en pasión, amor y deseo sin necesidad de tener ninguna consecuencia legal para su estatus, la propiedad o cualquier otro aspecto de la vida de los ciudadanos. Mucho fueron los hombres de la misma clase social que tanto en Roma como en Grecia mantuvieron esta clase de unión, sin importar lo que legalmente estaba establecido por la sociedad de la época y que de una u otra forma las jurisdicciones de ambas sociedades terminaban limitando en menor o mayor grado la visibilidad de dichas relaciones.

Es importante citar que todo tipo de relación homosexual fue limitada legalmente más en Roma que en Grecia, aunque en muchas ocasiones fueran prohibidos estos comportamientos por la Ley romana y en la realidad poco se aplicara la misma. Lo que sí es claro, y es importante resaltar, es que la Ley y la costumbre griega entendieron las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo como un comportamiento más generalizado y las vieron como un acto común dentro de su civilización, de hecho, la percepción de la homosexualidad o bisexualidad tiene connotaciones de cortejo, de protección, de relaciones afectivas y emocionales que en Roma, al menos desde el punto de vista social externo y de lo legislado en su normativas, no tenemos referencia, ya que los romanos entendían el contacto entre dos hombres como un acto de dominación de uno hacia otro, en cambio la cultura, la legislación y la sociedad griega nunca lo vivió ni lo entendió de esta manera.

Otro punto importante para resaltar es que aunque la mujer por ser mujer siempre estuvo invisibilizada en el pasado, y aunque es poca la literatura o la documentación escrita o los testigos artísticos del amor entre mujeres, la sociedad griega sí que permitía y visibilizaba, a su manera, la afectividad y las relaciones sexuales entre dos mujeres. En Roma de lo contrario esto no ocurrió. La cultura romana nunca visibilizó a las lesbianas o mujeres bisexuales, aunque el hecho que no lo realizaran tampoco es prueba absoluta de que las relaciones entre mujeres no existieran en la *Civitas Romana*, otra cosa es que no tengamos pruebas contundentes que lo demuestren.

En la isla Estado de Creta, por ejemplo nos cita *Boswell* era comúnmente realizado el rito del rapto que establecía una relación legal entre dos amantes

masculinos<sup>79</sup>. Este acto, era una ceremonia completamente organizada en la cual quien era raptado era consciente de cuándo y cómo se realizaría y de quién sería su captor. De hecho, si el joven fuera apartado de la ceremonia, para él tal acto sería una deshonra pues se entendería como si el sujeto no fuese digno de un amante. Una vez ambos amantes se hubieran encontrado, con la presencia de testigos, se analiza por parte de estos si el raptor es igual o superior al joven en su clase social entre otros aspectos, superado el examen, al joven se le retiene un poco, tal como está dispuesto en cumplimiento de la Ley y luego es entregado al amante. Si de lo contrario el raptor parece indigno, entonces el joven se deja en libertad y el raptor y candidato a amante debía retirarse. El rapto no terminaba hasta que el joven no era trasladado a la morada del raptor y reciben el calificativo de pareja. La Ley disponía que el joven debía ser regresado unos meses después con un equipo militar, un buey y un cáliz e igualmente aún cuando fueran mayores vestirían con ropas distintivas que indicarían que eran especiales, pues denominaban especial a lo amado, al amigo, al amante. *Boswell* nos explica que en la sociedad de Creta, un joven de buena familia que no era raptado, suponía una desgracia social como si tal acto fuese consecuencia de su conducta<sup>80</sup>.

Entendemos que esta práctica del rapto, posee todas las cualidades de una tradición matrimonial: testigos, regalos, rituales, cáliz, vestimenta especial y cambio de estatus y un consentimiento de la unión. Tales uniones se pueden comparar con el mito del soberano de los Dioses griegos, Zeus, quién rapta al Príncipe Troyano Ganimedes, y tras raptarlo, lo lleva al Olimpo en donde fueron pareja del mismo sexo en la mitología del mundo antiguo griego. Es importante resaltar que los matrimonios heterosexuales eran exactamente iguales en el procedimiento y ceremonias en el mundo antiguo, o al menos en los Estados de Creta y en sus vecinos de Esparta, aunque en la práctica, más adelante la cultura griega en general dictó que los hombres que se encontraban casados debían vivir aparte en comunidad de sus mujeres<sup>81</sup>.

*Boswell* también cita en *Las Bodas de la Semejanza* que *Luciano* en el siglo I describe ceremonias de “*dos varones escitas*” en el norte del Mar Negro establecían relaciones entre sí de una manera formal y de por vida, afirmando que

---

<sup>79</sup>Idem. Pág. 174.

<sup>80</sup>Idem. Pág. 176.

<sup>81</sup>Idem. Pág. 180.

cuando un amigo es preferido entre todos los demás, existen contratos que lo estipulan y que se legitimaban con juramentos solemnes de vivir juntos y, si era necesario morir el uno por el otro. Explicado de esta forma se puede entender claramente como un contrato civil. Sin embargo, tales uniones no podían ser más de tres, ya que de hacer lo contrario, se entendería como promiscuo a un hombre que tiene muchas relaciones de ésta clase, comparándolo analógicamente con el rol social de una mujer adúltera<sup>82</sup>. Un ejemplo real de estas uniones es la relación vivida por *Aquiles* y *Patroclo*, demostrando un claro paralelismo entre las relaciones de personas del mismo sexo y el matrimonio heterosexual.

Otra forma de unión formal entre personas del mismo sexo era la práctica de la *adopción colateral celebrada en el Imperio Romano*. Ésta se basaba en que un hombre adoptaba a otro hombre como su hermano. A comienzos del Imperio los hombres empezaron a realizar adopciones de hermanos a personas con las cuales mantenían una relación especial. Una de las consecuencias legales de esta adopción era que los adoptados se convertían en herederos del adoptante quien siempre debía ser un *pater familias*. Tal contrato se realizaba sin más requisitos legales que una declaración ante testigos, sin embargo de no existir esta solemnidad, la adopción no era válida. El acto revela una clara y contundente similitud y semejanza con el matrimonio heterosexual romano. *Boswell* da un ejemplo de estas uniones cuando cita a *Julio Paulo*, “*Nadie duda --- escribió el jurista Julio Paulo (específicamente en el contexto de la adopción fraternal) – de que puede designarse a alguien como mediante la sencilla fórmula, que éste hombre sea mi heredero, con tal de que la persona designada esté presente*”<sup>83</sup>. “*A una persona que no es un hermano --- observaba Julio Paulo---, pero que es amada con afecto fraterno, es justo heredarla con su nombre propio y bajo designación de hermano*”<sup>84</sup>. Así entonces, el adoptado adquiere el derecho de propiedad y los bienes inmuebles del adoptante siendo importante resaltar que eran derechos más amplios que los que le correspondían a un hermano biológico, ya que estos eran uno más entre varios herederos y de no tener hijos el adoptante, el amigo/hermano heredaría más que los otros herederos ubicándole en una situación de privilegio.

---

<sup>82</sup>Idem. Pág. 182.

<sup>83</sup>Idem. Pág. 188.

<sup>84</sup>Idem. Pág. 190.

Ahora bien, los romanos entendían el matrimonio heterosexual como una especie de adopción colateral en el cual la esposa se convertía esencialmente en una hermana bajo el mandato del *pater familias*. La unión de adopción de hermanos por lo que anteriormente explicamos se basaba exactamente en el mismo proceso, por lo tanto, parece bastante claro que estas *adopciones* se entendían como un medio para establecer legal y jurídicamente una unión entre personas del mismo sexo, aunque hay que especificar que tales uniones sólo eran permitidas entre dos varones, no hay constancia que tales adopciones se hayan producido entre mujeres principalmente porque la mujer no tenía autonomía alguna en el mundo romano. Por lo tanto la similitud entre ambas uniones es bastante clara y evidente, también se puede analizar que en dicha unión igualmente observa la particularidad de protección económica que goza el amigo adoptado, un derecho que lo hace ser primer heredero dentro de los herederos de no existir hijos del adoptante, lo que refuerza la tesis de *Boswell* de la similitud de esta clase de unión con el matrimonio homosexual celebrado en el Imperio romano.

#### **4. Legislación, religión y homosexualidad en los textos bíblicos**

##### **4.1. Antiguo Testamento**

La historia bíblica de Sodoma y Gomorra ha sido el texto principal para que muchas personas condenen las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo. Éste ha sido el punto de partida desde donde se han basado las diferentes teorías religiosas para justificar la negativa de las tesis judío cristianas hacia lesbianas, gays, transexuales y bisexuales a través de la historia apoyándose en que así fueron las disposiciones de las leyes divinas de su Dios.

Dice el libro de Génesis 19, 27 *“Y antes que se acostasen, cercaron la casa los hombres de la ciudad, los varones de Sodoma, todo el pueblo junto, desde el más joven hasta el más viejo. Y llamaron a Lot y le dijeron: ¿Dónde están los varones que vinieron a ti esta noche? Sácanoslos, para que los conozcamos”*<sup>85</sup>. A tal petición Lot contesta: *“Os ruego hermanos míos que no hagáis tal maldad. He aquí que ahora yo tengo dos hijas que no han conocido varón; os las sacaré*

---

<sup>85</sup>Génesis, 19:4-5.



*afuera, y haced con ellas como bien os pareciere: solamente a estos varones no hagáis nada, pues que vinieron a la sombra de mi tejado*<sup>86</sup>. Los pasajes anteriores enseñan un supuesto comportamiento en el que los hombres de la ciudad de Sodoma acosan sexualmente a los huéspedes varones de Lot. Tal ataque planteado en el libro bíblico del Génesis es el que puede dar origen al discurso homofobo utilizado a través de los siglos por las instituciones religiosas para alimentar la homofobia y la discriminación en sus instituciones e interiorizarlas en las tradiciones judeo cristianas y por supuesto indirectamente en los sistemas legislativos de las diferentes sociedades a través de los tiempos en diversas geografías del planeta.

Estas citas, pueden dar a pensar que son las bases en las que se apoyaron las teorías religiosas para condenar la homosexualidad, la bisexualidad y la transexualidad. Según los religiosos, Dios, basándose en los hechos de Sodoma, condena moralmente a toda persona que no sea heterosexual. Se puede entender que es en ese momento en que se empieza a impulsar la visión de la violación de la norma moral, la que después, con la evolución de la sociedad judía, se convierte poco a poco en Ley positiva, en la Ley que penaliza cualquier comportamiento que deje ver el afecto o la atracción entre personas del mismo sexo. De esta manera, la Ley cambia de un estatus de violación de la Ley moral, basada en las tesis religiosas producto de las costumbres sociales de la época, a la Ley positiva, en la cual, los Estados incorporan dichas disposiciones jurídicas en sus ordenamientos públicos. Por consiguiente, a medida que esta cultura y sus dogmas impregnan las civilizaciones, la costumbre jurídica de penalizar los actos sexuales entre personas del mismo sexo se fue pasando poco a poco entre los pueblos.

Por otro lado, es interesante citar el porqué para los judíos de la época las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo eran poco aceptadas socialmente. Es importante recordar que el pueblo judío vivió varios periodos de esclavitud en su historia. Aparte de este hecho, su locomoción y socialización se desarrollaba entre las arenas del desierto, realidad que explica la necesidad de fortalecerse como etnia y endogrupo, siendo la reproducción la mejor herramienta de conseguir este objetivo. Para los hebreos, las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo, en tanto que no eran reproductivas eran una pérdida

---

<sup>86</sup>Idem, 19: 4-6.

pues no había procreación que generara un miembro más para el fortalecimiento social del endogrupo. Es por ello que eran por lo tanto sancionadas por las directrices con las que se gobernaba su pueblo; así nos lo cita la Biblia en el Levítico: *“no te echarás con varón como con mujer, es abominación”*<sup>87</sup>. *“Y cualquiera que tuviese ayuntamiento con varón como con mujer, abominación hicieron; entre ambos han de ser muertos, sobre ellos será su sangre”*<sup>88</sup>. Las citas bíblicas de algún modo u otro dan para pensar cuál era la condena, por otro lado, estas prohibiciones buscaban como ya lo hemos citado anteriormente no estancar su crecimiento demográfico, tal como lo interpreta *Xavier Lizarraga* en su libro *Una historia Socio Cultural de la Homosexualidad*: *“Finalmente tales censuras buscaban suprimir tanto las prácticas e ideas que se veían como posibles causas de una desintegración, como toda expresión comportamental que limitara u obstaculizara el incremento demográfico. Así, el levítico se significa como un código en el que no sólo se prohíben la exogamia étnica (que sentían como amenaza de la unicidad como pueblo), el adulterio (que amenaza con el desorden, al transgredir las leyes de propiedad en el seno de la pareja heterosexual) y varias formas de incesto (tabú generalizado, aunque plural, en la diversas culturas humanas), sino también la zoofilia (estéril y estrechamente vinculada a la vida de pastoreo), las relaciones sexuales con mujeres durante la menstruación (que lograron identificar como un periodo de infertilidad) ¡y evidentemente la homosexualidad masculina!”*<sup>89</sup>.

Hay que tener en cuenta que la Biblia da más importancia a la homosexualidad masculina que al lesbianismo. Es natural que así sea pues la mujer en general es representada como un acompañante para el hombre en el ámbito doméstico, y también como era natural en la antigüedad la Biblia utiliza un lenguaje machista y de exclusión en lo que se refiere al género femenino de forma generalizada. Su realidad queda excluida de cualquier discurso público o político, eso es lo que nos deja ver el antiguo testamento y en sí todo el texto bíblico lo expone de la misma manera. Por ende, es natural que el lesbianismo o cualquier expresión de afecto o atracción sexual entre dos mujeres, el cual es al igual que la homosexualidad masculina, demográficamente infértil, no necesite ser

---

<sup>87</sup> Levítico 18, 22.

<sup>88</sup> Idem, 20, 13.

<sup>89</sup> LIZARRIAGA CRUCHAGA Xavier. *Una Historia Sociocultural de la Homosexualidad*. Ediciones Paidós Ibérica S.A. 2003. Barcelona. Pág. 132.

expresamente prohibido, nótese aquí la diferencia del trato entre géneros. Toda manifestación sexual de la mujer carece de una autonomía en este momento de la historia, sólo existe para ella una opción en materia sexual y esa es la pareja heterosexual, por lo cual, a las mujeres se les excluye la posibilidad de elegir. Por otra parte, lo que hagan las mujeres en esta época no tiene importancia alguna, tanto en la cultura hebrea como en las demás, vemos que sí existía una invisibilidad de género, la invisibilidad lésbica o de la mujer bisexual, como los textos lo indican, tenía que ser mucho más alta, producto de la misma misoginia de la época, por otro lado no podemos citar a la mujer transexual porque es claro que la sociedad de la época no entendía el concepto ni tampoco las entendía la diversidad dentro de la cual estas mujeres se encuentran dentro del género femenino.

Sin embargo en la Biblia no deja de manifestarse las relaciones afectivas entre mujeres, así lo podemos constatar en el *libro de Ruth*: “Y Noemí dijo: Ya ves que tu cuñada se ha vuelto a su pueblo y a sus Dioses, vuélvete tú tras ella. Y Ruth respondió: No me ruegues que te deje y me aparte de ti: porque dondequiera que tú fueres, iré yo, y dondequiera que vivieres viviré. Tu pueblo será mi pueblo, y tu Dios mi Dios. Donde tú murieres, moriré yo, y allí seré sepultada: así me haga Jehová, y así me dé, que sólo la muerte hará separación entre mí y t<sup>90</sup>”. Lo anterior, es una muestra explícita de expresión de cariño entre dos mujeres incluido en el libro de Ruth del antiguo testamento.

Tal vez uno de los motivos por los cuales la homosexualidad masculina se puede ver en este tiempo como una conducta más negativa que la femenina es debido a que los hombres manifiestan el orgasmo a través de la eyaculación. Para los judíos este hecho significaba desperdiciar la semilla que daría fruto a la descendencia. Sobre esto, *Beatriz Gimeno* aclara en su libro *Historia y Análisis Político del Lesbianismo* que “el hecho que dos mujeres tuviesen relaciones sexuales era entre los judíos algo que no preocupaba a la comunidad mientras esta relación no pusiese en peligro la situación de los hombre que eran responsables de ellas<sup>91</sup>”. Por ende, podemos entender que para los hebreos lo importante era que las mujeres no se apartasen de sus obligaciones

---

<sup>90</sup>Ruth, 1: 15, 17.

<sup>91</sup>GIMENO, Beatriz. *Historia y Análisis Político del Lesbianismo, La Liberación de una Generación*. Editorial Gedisa. Barcelona. 2005. Pág. 72.

reproductivas, ya que de hacerlo ponían en peligro la supervivencia de la raza hebraica.

Lo anterior fue una razón más para que existiese la invisibilidad social del lesbianismo y la bisexualidad femenina entre los judíos. Éste, es el mismo pensamiento que se repite constantemente en la ideología judeo cristiana a través de su expansión geográfica por todas las civilizaciones occidentales.

De todos modos, vale la pena citar que la Biblia refleja las necesidades políticas de un pueblo con unos intereses demográficos altos, y más aún cuando se sentía amenazado por otras culturas más numerosas y fuertes como la egipcia o la romana. Una muestra de ello son las relaciones sexuales entre familiares, siguiendo a *Xavier Lizarraga*: *“El incesto, por ejemplo, era otra práctica sancionada por el levítico (posterior al Génesis) y que, sin embargo, es tolerada en ciertos momentos, aunque se haga recaer la culpabilidad en las hijas de Lot, que, estando borracho y sin darse cuenta les concibe descendencia”*<sup>92</sup>. Por ende, se evidencia que aunque el incesto no estaba, ni moralmente ni legalmente aceptado, en ésta ocasión es permitido y presentado con normalidad en un libro bíblico; situación que claramente se exonera de la calidad de comportamiento ilícito pues en dicho caso el fin justifica los medios. Lo más importante para el pueblo hebreo era crecer en población y la reproducción fuera como fuera, garantizaba nuevos miembros para el pueblo judío.

## 4.2. Nuevo testamento

Los libros del nuevo testamento tratan sobre las enseñanzas de Jesús. En su tiempo, a Jesús se le ve como un nuevo profeta, un revolucionario de linaje judío que trae una transformación del pensamiento conservador de la época. Después de su muerte se crea como nueva religión el catolicismo, que se va difundiendo poco a poco por el Imperio Romano. Una vez extendido por Roma, la moral católica se influye lentamente en el pensamiento social de los romanos.

---

<sup>92</sup> LIZARRAGA CRUCHAGA, Xavier. *Una Historia Sociocultural de la Homosexualidad*. Ediciones Paidós Ibérica S.A. 2003. Barcelona. Pág. 55.

*No hay indicio ni prueba que la actitud de Jesús en el nuevo testamento frente a los homosexuales sea negativa, nunca lo fue según los textos antiguos, no existe ningún registro que Jesús se expresara de forma negativa respecto a las relaciones afectivas y sexuales entre personas del mismo sexo. Por el contrario, Pablo, un religioso judío, quien después de la muerte de Jesús se convierte al catolicismo y se le empieza a considerar como el treceavo apóstol, posteriormente sí manifiesta una posición negativa sobre las relaciones entre personas del mismo sexo.*

Así lo podemos constatar cuando Pablo escribe a los romanos una epístola denunciando su desaprobación a las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo. Es interesante analizar que aunque Pablo es un católico converso sigue demostrando el mismo rechazo a todos los actos entendidos en la época como paganos que acostumbraban practicar tanto griegos como romanos en ésta etapa de la historia. En su epístola a los romanos dice: *“Por esto Dios los entregó a afectos vergonzosos; pues aun sus mujeres mudaron el natural uso en el uso que es contra la naturaleza. Y del mismo modo también los hombres, dejando el uso natural de las mujeres, se encendieron en sus concupiscencias los unos con los otros, cometiendo cosas nefandas hombres con hombres, y recibiendo en sí mismos la recompensa que convino a su extravío. Y como a ellos no les pareció tener a Dios en su noticia, Dios los entregó a una mente depravada, para hacer lo que no conviene”*<sup>93</sup>.

En estas líneas deja clara su desaprobación y homofobia a *las relaciones sexuales entre mujeres* y entre hombres. Citamos entre mujeres porque en este momento cualquier aspecto de la sexualidad femenina, y más aun tratándose del lesbianismo o la bisexualidad femenina, aún no se reconocía como existente, ni se hablaba de ello, sencillamente no existía pero es importante que quede constancia de ello y de que en éste estudio se visibilice la realidad femenina y no sólo la masculina.

De acuerdo con *Beatriz Gimeno*, *“San Pablo alude explícitamente al lesbianismo en su epístola a los romanos en un célebre pasaje que ha sido condenado siempre como la condena más firme que el cristianismo hace a la homosexualidad tanto femenina como masculina; éste es un caso extraordinario*

---

<sup>93</sup> Romanos 1: 26-28.

*en tanto que son escasísimas las referencias explícitas del lesbianismo de sus contemporáneos e incluso los autores medievales*<sup>94</sup>. Finalmente, es el texto de Pablo el único de los evangelios que condena explícitamente al lesbianismo.

De todos modos su pensamiento sobre las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo no se queda en una simple denuncia. En la epístola a los corintios, sentencia a los homosexuales con una pena moral y religiosa: “¿No sabéis que los injustos no poseerán el reino de Dios? No erréis, que ni los fornicadores, ni los idólatras, ni los adúlteros, ni los afeminados, ni los que se echan varones, ni los ladrones, ni los avaros, ni los borrachos, ni los maldicientes, ni los robadores, heredarán el reino de Dios”<sup>95</sup>.

Por ende, el discurso de Pablo sobre la homosexualidad es un punto importante para la historia en lo que se refiere a la igualdad de lesbianas, bisexuales, transexuales y gays. Él acuña el término “*contra natura*” imponiéndolo en sus enseñanzas, posteriormente la misma frase sería utilizada por *Santo Tomás* y más adelante es tomada por el discurso científico para calificarlo como un acto de perversión así como también influiría en el ámbito legal en la gran mayoría de Estados.

Es interesante ver que directa o indirectamente el pensamiento de Pablo ayuda a apoyar e impulsar la discriminación del colectivo LGTB<sup>96</sup> en la historia. Su huella en el cristianismo es fuerte, su discurso, al igual que otras creencias cristianas, tomó fuerza dentro de Roma a medida que el catolicismo fue penetrando cultural y religiosamente en el imperio y posteriormente en los reinos de Europa y sus futuras colonias y territorios conquistados. Ateniéndose a estos acontecimientos históricos, se puede entender como una vez institucionalizada la religión católica en Roma, todas sus creencias se empiezan a difundir y a mantenerse en el Imperio Romano. De hecho, incluso después de la caída de éste, la religión católica queda impregnada dentro de los reinos cristianos que emergieron en la antigua Europa.

Las leyes y las sociedades de los nuevos territorios quedan entonces influenciadas por una norma moral católica que poco a poco va tomando la forma

---

<sup>94</sup>GIMENO, Beatriz. *Historia y Análisis Político del Lesbianismo, La Liberación de una Generación*. Editorial Gedisa. Barcelona. 2005. Pág. 70.

<sup>95</sup>Corintos 6: 9 – 10.

<sup>96</sup>Lesbianas, gays, transexuales y bisexuales.

de norma positiva en los nuevos reinos empezando a ejercer una peso político y legal aparte del moral que ya ejercía con las creencias y supersticiones religiosas de la sociedad del momento.

Una vez los europeos descubren nuevos territorios, se trasladan a gran parte de África, Asia y a todo el continente Americano, llevando su moral y sus costumbres a nuevos continentes. Se imponen su religión y con ella sus juicios morales. Uno de ellos, era la condena a las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo, poco a poco las sociedades del nuevo mundo absorben la idea homofoba de censura que las personas LGTB debían de ser reprobadas social, moral y jurídicamente.

Algunos pueblos con el pasar del tiempo lo toleraron más que otras, pero el estigma religioso siguió permaneciendo presente a lo largo de la evolución y la historia de la humanidad afectando directamente las legislaciones de los Estados del pasado y el presente.

#### **4.3. Ilegalización de las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo**

Hasta el año 533 D.C. no se empieza en Europa a ilegalizar las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo, incluso aún teniendo en cuenta que el cristianismo llevaba más de doscientos años de religión en la mayor parte del continente europeo. *“Este año, de acuerdo con la opinión eclesiástica corriente que se había sostenido desde el siglo IV, el emperador Justiniano puso a todas las relaciones homosexuales en la misma categoría que el adulterio y por primera vez las sometió a sanciones civiles”*<sup>97</sup>, cabe recordar que el adulterio en la Roma Justiniana era penado con la muerte.

En los años de 538 y 544 D.C., Justiniano dicta otras leyes<sup>98</sup>, *“algunos vieron en estas, la respuesta de un gobernante supersticioso a los terremotos de 525 y la peste de Constantinopla de 543; y el propio Justiniano aludió a la necesidad de las leyes en esta época en que, de diversas maneras, hemos provocado su ira con la multitud de nuestros pecados, pues debido a tales*

---

<sup>97</sup>BOSWELL John. *Cristianismo, Tolerancia Social y Homosexualismo*. Muchinick Editores S.A. Barcelona. 1992. Pág. 199.

<sup>98</sup> Novellae, 77 y 141.

*crímenes hay hambrunas, seísmos y pestes*<sup>99</sup>. Igualmente *John Boswell* también cita el ejemplo de la emperatriz *Teodora*, quien también empleó nuevas leyes contra sus enemigos personales, a los cuales, en algunas ocasiones, acusaba de homosexuales infligiéndoles terribles torturas y otras penas como la castración<sup>100</sup>. A pesar que estas leyes estaban inspiradas en la moral cristiana, *John Boswell* nos afirma que su carácter era puramente civil, independientemente que los textos de Ley encargaran a los obispos a revisar las penas de los condenados, la iglesia en éste caso no tuvo nada que ver en ello.

## 5. La Edad Media

El concepto de edad media es entendido como un periodo de la historia del occidente europeo que abarca el rango de tiempo comprendido entre los siglos VI y XVI. Es un espacio de mil años que se subdivide en tres fases: inicios, alta edad media y baja edad media.

En los inicios y la alta edad media todavía no se disponía de una legislación uniforme que regulara los aspectos de la moral sexual humana, por lo que, de darse algún caso de relaciones sexuales entre dos hombres o dos mujeres, quienes realizaban dichos actos eran competencia directa de los obispados locales que imponían las penas del delito con miras a la posible reconciliación de los pecadores que realizaban estas acciones.

Es importante citar que los sujetos que tenían relaciones sexuales entre personas del mismo sexo estaban encuadrados en la época dentro del grupo de personas que mantenían sexo con animales, las mujeres que practicaban la anticoncepción y el aborto, todos se encuadraban en un mismo grupo de conductas reprobadas socialmente.

Ahora, en lo que se refiere a la penalización de las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo se empezaron a ejecutar con más cotidianidad por parte de los nuevos reinos europeos en el siglo XIII, momento en el cual se

---

<sup>99</sup>Según BAYLEY, citado por BOSWELL, John. *Cristianismo, Tolerancia Social y Homosexualismo*. Muchinick Editores S.A. Barcelona. 1992. Pág. 199.

<sup>100</sup>BOSWELL, John. *Cristianismo, Tolerancia Social y Homosexualismo*. Muchinick Editores S.A. Barcelona. 1992. Pág. 203.



generaliza el término sodomita para referirse a los hombres que tenían relaciones afectivo sexuales entre sí, sometiéndolos a la Ley de la Inquisición establecida por *Gregorio IX* en el año de 1233 con la cual los Reinos católicos de Europa y la iglesia se adjudican el derecho de torturar y ejecutar a los que declaraban culpables de sodomía entre otros delitos más.

Tales penas empezaron a ser comunes en ciudades europeas como Venecia, Paris, Brujas, Colonia, Toledo, Zaragoza o Sevilla, estableciendo comisiones especiales para perseguir a los presuntos culpables de sodomía y una vez fueran juzgados, dichos organismos sentenciaban por lo general penas de muerte. En tales persecuciones no sólo fueron sentenciados personas del pueblo, sino incluso reyes, papas, príncipes, así como diferentes miembros de la aristocracia europea<sup>101</sup>.

Después de los inicios de la edad media, ya entre los siglos de VIII y X, en la **alta edad media**, las penas impuestas a los hombres que tenían relaciones afectivo sexuales con otros hombres se ubicaron dentro del marco interno de la penitenciaría cristiana, la práctica de estas variaba según la región de Europa en donde se practicara. El trato dado a las personas homosexuales presentaba dos formas: la primera fue mediante decretos emitidos por concilios eclesiásticos, los cuales más tarde dieron lugar al Derecho Canónico; y la segunda fue a través del uso de los llamados libros penitenciales (*libri poenitentiales*), aquí no sólo entraban las relaciones sexuales entre dos hombres y entre dos mujeres, sino también todas aquellas personas que realizaran un acto sexual dorsal, ínter femoral, el aborto, la masturbación, la anticoncepción y las relaciones sexuales con animales. Estos documentos fueron utilizados por primera vez en Irlanda a finales del siglo VI, más tarde con el paso del tiempo, dichos Códigos empezaron a utilizarse en el Reino de Inglaterra y ya más adelante en el siglo VIII llegaron a la Europa continental sirviendo como textos legales base para redactar Códigos similares que vigilaban la moral de las personas.

Como podemos observar en esta época uno de los diversos grupos que se convirtieron en objeto de discriminación e intolerancia social en Europa fueron las personas que tenían relaciones sexuales con personas del mismo sexo. Sin

---

<sup>101</sup>ALDRICH, Robert. Gays y Lesbianas, Vida y Cultura, Un Legado Universal. Editorial Nera. San Sebastián. 2006. Pág 58.

embargo, los individuos que tenían relaciones sexuales con otros sujetos de su mismo sexo, a diferencia que otros grupos minoritarios como los judíos y musulmanes, estaban dispersos en toda la sociedad europea<sup>102</sup>, tal hecho dificultaba poderles localizar con facilidad y sancionarlas en razón de su orientación sexual. De todas formas, los hombres fueron brutalmente perseguidos, las mujeres, por ser mujeres, pasaban a un segundo plano de inexistencia por lo cual su persecución no fue tan aguda como sí lo fue la de los varones; pero vale la pena traer como referencia la opinión de *Beatriz Gimeno* sobre el tema, la autora cita un ejemplo en el cual el lesbianismo era abiertamente castigado y penalizado aunque ésta pena impuesta a las mujeres lesbianas fue mucho menor a la impuesta a los varones homosexuales: “*Uno de los pocos ejemplos de castigo legal a la homosexualidad femenina lo encontramos en el penitencial del papa San Gregorio III, del siglo VIII, que especificaba penitencias de ciento sesenta días para actividades lésbicas y de un año para actos homosexuales entre varones*”<sup>103</sup>.

Debido a la condena de la iglesia católica sobre las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo, los Estados que se crearon después de la caída del Imperio Romano se vieron influenciados por el dogma y las costumbres católicas de la época, creando una profunda influencia en sus ordenamientos jurídicos. Las penas impuestas a quienes tuvieran relaciones sexuales con personas del mismo sexo, durante los siglos V al XVIII, fueron la tortura y la pena capital, y entre ellas, generalmente, la más comúnmente utilizada era la hoguera, pena común en los tiempos de la denominada *sagrada inquisición*, la cual fue destacada en España por su reputación de arbitrariedad, los juicios sumarios sistemáticos y la crueldad con la que se realizaban los procesos inquisidores; y aunque no todos los sentenciados a ésta pena eran homosexuales, *Robert Aldrich* nos explica que en la edad media, “*aproximadamente el 80 por ciento de de ellas se referían a hombres acusados de cometer actos sexuales con otros hombres*”<sup>104</sup>. Ejemplo de ello son los *cataros*, quienes fueron perseguidos entre otros supuestos delitos por sodomía, delito que a su vez se empezó a convertir

---

<sup>102</sup> Las personas homosexuales, transexuales y bisexuales siempre han constituido una minoría bastante importante en todos los ámbitos de la sociedad, no sólo en ciertos periodos de la historia pues su presencia ha estado presente a lo largo de la evolución de la humanidad.

<sup>103</sup> GIMENO, Beatriz. *Historia y Análisis Político del Lesbianismo, La Liberación de una Generación*. Editorial Gedisa. Barcelona. 2005. Pág. 72.

<sup>104</sup> ALDRICH, Robert. *Gays y Lesbianas, Vida y Cultura, Un Legado Universal*. Editorial Nera. San Sebastián 2006. Pág 64.

junto con la herejía en un solo término como también en un solo delito. A *Isabel de Hungría* le fue encomendada por *Gregorio IX* en 1231, la labor de encabezar la lucha en contra de los enemigos de la fe en Europa, ya que estos herejes adoraban al demonio con sus relaciones de un sexo antinatural, de aquella manera intensificó la relación que ya se había empezado a gestar años atrás para vincular los conceptos de herejía con lo que ellos denominaban desviación sexual y adoración al demonio.

Se entiende entonces que debido a que la persecución de la homosexualidad por parte de la iglesia católica fue constante en la edad media, la sodomía era una acusación útil para unirla con la herejía, por consiguiente no se distinguían, un crimen y otro venían a significar jurídicamente lo mismo. Ejemplo de ello es uno de los procesos de inquisición más sonados en lo referente a personas homosexuales, el sometido a los caballeros templarios. La inquisición fue responsable de innumerables muertes de personas, que como los *caballeros de la orden del temple*, fueron acusadas de haber tenido prácticas entre personas del mismo sexo.

Pero fue en España en donde la inquisición fue más opresiva, primero se estableció en el Reino de Aragón y posteriormente se realizó en el Reino de Castilla. De acuerdo con *Xavier Lizarraga*, la vigilancia de cualquier índice de prácticas homosexuales se hizo más estricta y el 22 de Agosto de 1497 se dicta la Ley "*De la Sodomía y la Bestialidad*" en la que se condenan a los autores de relaciones homosexuales a ser quemados en la hoguera pues sus prácticas sexuales eran consideradas como crímenes de *laesa majestatis*. El castigo, incluso llegaba a quienes no hubiesen alcanzado a consumir el acto pero si sus acciones indicaban que habían sido propicias o cercanas a la realización del coito homosexual, de igual manera recibían un castigo<sup>105</sup>. Los legitimados para juzgar a los supuestos delincuentes eran los magistrados del *Tribunal de la Fe*, encargados por *Fernando de Aragón* e *Isabel de Castilla* de intentar establecer el orden y la unidad religiosa en la Península Ibérica<sup>106</sup>. "**El 22 de julio de 1497, en Medina del Campo, Isabel y Fernando, proclamaron la primera Pragmática contra la sodomía del período inicial de la edad moderna. La Pragmática de**

---

<sup>105</sup>LIZARRIAGA CRUCHAGA, Xavier. *Una Historia Sociocultural de la Homosexualidad*. Ediciones Paidós Ibérica S.A. Barcelona. 2003. Pág. 77.

<sup>106</sup>GARCÍA VALDÉS, Alberto. *Historia y Presente de la Homosexualidad*. Editorial Akal. Madrid. 1981. Pág. 37.

1497 agravaba significativamente los discursos y las sentencias y penas decretadas contra los sospechosos de sodomía. Las descripciones que hace de la práctica sodomita la conciben como un crimen y también como un pecado, más que como un peligro para el estado español. Proponían que tanto la Ley secular como la eclesiástica unieran sus fuerzas para castigar el crimen nefando, ese que no merece tener nombre, destructor orden natural y por tanto punible por la justicia divina”<sup>107</sup>.

Aunque la sodomía era asociada directamente con la herejía en 1509, Xavier Lizarraga citando a García Valdés expone que “un auto del 18 de Octubre de 1509 ordenó que la santa inquisición española no emprendiera acción alguna contra los homosexuales, excepto si estaban implicados en casos de herejía”<sup>108</sup>. Este dato, de acuerdo a la interpretación que le da Lizarraga presupone la no asociación o conexión necesaria entre los conceptos de herejía y sodomía, independientemente que en la práctica casi siempre se seguía manteniendo dicha vinculación.

Igualmente, el mismo autor citando a Kamen explica que, “aunque los tribunales de Castilla no volvieron a ejercer jurisdicción sobre la sodomía, la inquisición de Aragón adoptó ahora poderes oficiales contra este delito. El 25 de Febrero de 1524, el papa Clemente VII promulgó un breve decreto concediendo a la inquisición del Reino de Aragón jurisdicción sobre la sodomía, sin tener en cuenta si en ella estaba o no presente la herejía. A partir de entonces los inquisidores aragoneses conservaron esta nueva autoridad, que jamás abandonaron a pesar de las típicas quejas alzadas por las Cortes de Monzón en 1533”<sup>109</sup>. No solamente era el Reino de Aragón, Pablo Fuentes en su libro *En Clave Gay* relata que la corona de Portugal también entregó la competencia de juzgar el delito de la sodomía a los tribunales de la inquisición, procedimiento que se incrementa e implementa con mayor violencia y dureza entre los años de 1590 y los finales del siglo XVI<sup>110</sup>.

---

<sup>107</sup> [http://www.personal.us.es/alporu/histsevilla/leyes\\_sodomia.htm](http://www.personal.us.es/alporu/histsevilla/leyes_sodomia.htm).

<sup>108</sup> BOSWELL, John. *Cristianismo, Tolerancia Social y Homosexualismo*. Muchinick Editores S.A. Barcelona. 1992. Pág. 77.

<sup>109</sup> LIZARRAGA CRUCHAGA, Xavier. *Una Historia Sociocultural de la Homosexualidad*. Ediciones Paidós Ibérica S.A. Barcelona. 2003. Pág. 77.

<sup>110</sup> FUENTES, Pablo. *En Clave Gay*. Editorial Egales. Madrid. 2001. Pág. 41.

En Castilla y Aragón, de acuerdo con *Xavier Lizarraga*, la inquisición estaba jerarquizada en función de quien realizara la conducta homosexual: los adultos mayores de veintiún años eran condenados a la hoguera, *con excepción de los clérigos ya que sus conductas homosexuales eran ocultadas lo más posible*, a los menores de veintiún años se les tenía destinado los azotes y el posterior envío a las galeras.

Ya a finales del siglo XV Europa se abre al mundo, el descubrimiento de América forzó a los Reinos del continente a entrar en contacto con otras realidades. Europa se empieza a enfrentar a otras necesidades y la iglesia católica también se encuentra en el proceso de dichos cambios. Si bien las conductas homosexuales eran duramente castigadas en España, Inglaterra y Portugal, *Xavier Lizarraga* citando a *Tripp* interpreta que dadas las características de la vida marinera, en donde los hombres pasaban largas temporadas en el mar, se vio la necesidad de hacer regulaciones específicas, en las cuales, se adecuaba una institucionalización precisa sobre la homosexualidad: “<<Los galones españoles, por ejemplo poseían un detallado código de marinería, que especificaba la parte de libertad sexual y fidelidad que se esperaba de todos los hombres que pertenecía a “otros” durante un viaje; fue un intento de controlar los celos furiosos y mantener mejor el orden en la nave>>”<sup>111</sup>.

En la medida que las creencias religiosas servían de base para un prejuicio particular, éste va a ser compartido por la mayoría de la población. Religión y prejuicios van de la misma mano y es en este momento histórico en donde los prejuicios acerca de las relaciones entre personas del mismo sexo se conectan con más fuerza, el nuevo occidente ve a las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo con una extendida hostilidad pública, se empiezan a crear diversas restricciones civiles y legislaciones que alimentaban cada vez más la homofobia, como también la ya existente discriminación social, todo con una justificación manifiestamente religiosa.

Llama la atención que ningún estado medieval, ni siquiera España, condenó a codiciosos o estafadores a la hoguera, sin embargo sí lo hicieron con las personas que mantenían relaciones íntimas con personas del mismo sexo. El

---

<sup>111</sup>LIZARRAGA CRUCHAGA, Xavier. *Una Historia Sociocultural de la Homosexualidad*. Ediciones Paidós Ibérica S.A. Barcelona. 2003. Pág. 88.

nuevo testamento, por ejemplo, condenó más fuertemente la prostitución que la homosexualidad, pero los estados medievales cristianos hicieron un enorme uso *selectivo* de las restricciones bíblicas, y el problema decisivo reside en el contexto histórico que determinó esta decisión. Hay que señalar que mientras se empezaron a legislar leyes positivas en los diferentes reinos europeos, algunas ciudades italianas empezaron a ejecutar diferentes penas castigando la homosexualidad. Florencia por ejemplo, en el año de 1325 decidió castrar a cualquier hombre que tuviera relaciones afectivas y/o sexuales con otro hombre que fuera más joven que éste, además si no se había resistido a cometer el delito, debía ser castigado con flagelación pública y una multa de 50 liras o 100 si se encontraba en el rango de edad entre 14 y 18 años. En el caso de las mujeres, ellas estaban destinadas, de cometer el acto de sodomía, a recibir una paliza pública por ofrecer su cuerpo a la realización de tales prácticas. Otras de las penas impuestas a las mujeres y hombres que eran acusados de sodomía en la ciudad de Florencia, aparte de la castración en el caso de los varones claro está, fueron la ceguera y la amputación de manos y pies. Las penas de amputación física y pecuniarias eran reservadas para quienes incurrieran en el delito por primera vez, a los reincidentes les esperaba entonces la pena capital, la muerte en la hoguera como consecuencia de un proceso de la santa inquisición comúnmente asociado con la herejía y realizado públicamente en una ceremonia en donde era invitada a asistir toda la población de la zona en donde se ejecutara el acto.

Era fácil de todas formas que se incrementara cada vez más la persecución de gays, lesbianas y bisexuales, ya que como ocurrió en las ciudades italianas de Venecia y Florencia, la persecución de este colectivo estuvo acompañada de un gran incentivo económico a los habitantes que denunciaran a quienes incurrieran en prácticas sexuales y/o afectivas entre sí, incluso los miembros de las órdenes sagradas debían informar a las autoridades de la más mínima sospecha, de no hacerlo podían ser suspendidos de su sacerdocio. A su vez, a los confesos, se les prometía una pena menor y una recompensa si aceptaban convertirse en testigos de la acusación y denunciaban a su compañero sexual.

Así entonces, poco a poco se empezó a dar una verdadera caza de brujas a cualquier persona que se intuyera que tuviera una orientación sexual

homosexual o bisexual en toda la estructura social europea, desde los aristócratas, funcionarios, clérigos, hasta personas del mundo rural, artesanos, sirvientes, comerciantes y jornaleros de las diferentes regiones de Europa. Quienes se ocupaban de trabajos o servicios de clase media o baja conformaban el grupo que encabezaba la lista de acusados en los registros, ejemplo de ello es la ciudad italiana de Venecia a finales del siglo XV. Aproximadamente un tercio de los imputados del crimen de sodomía estaba conformado por aristócratas, clérigos y jóvenes, todos sujetos a diferentes códigos penales. Los clérigos por ejemplo, eran juzgados según las disposiciones del Derecho Canónico, y a diferencia de los otros ordenamientos jurídicos penales no incluía la pena de muerte como castigo; a los jóvenes menores de doce años se les eximía también de la pena máxima más no de la tortura; y a los miembros de la aristocracia usualmente se les daba la oportunidad de huir antes de ser juzgados<sup>112</sup>.

Si citamos los acontecimientos jurídicos y sociales vividos a través de la historia por parte de las personas homosexuales y bisexuales en la edad media, es importante hacer referencia a la **orden de los templarios**, grupo de característica religiosa militar compuesta por caballeros procedentes de los Reinos de Europa, principalmente, **España, Francia, Inglaterra, Escocia, la antigua Germania y Portugal**. La orden fue fundada en Jerusalén en el año de 1.118 D.C. por nueve caballeros franceses y fue acusada a mediados del año 1.230 D.C. de tener un discurso satanizador, después de pasadas las cruzadas y las reconquistas de los Reinos de Aragón, Navarra y Castilla en donde su presencia fue fundamental para obtener la victoria. La orden de fraternidad monástica militar empezó a ser desacreditada y desprestigiada con el objetivo de reducir el poderío alcanzado por los templarios en los Reinos de la Europa medieval. Tal persecución fue promovida por *Felipe IV* por celos de poder, de influencia y de riqueza alcanzados por la *Orden del Temple*. Según *Francis King* citado por *Xavier Lizarraga*, *“Entre 1307 y 1314 hubo una serie completa de juicios a los templarios en los cuales los caballeros, por separado, fueron acusados de prácticamente toda posible ofensa contra las leyes de Dios y del hombre. Había, no obstante, cinco ofensas, incluidas en prácticamente todas las acusaciones:*

---

<sup>112</sup>ídem. Pág. 73.

1. *La administración del sacramento de la penitencia por un seglar.*
2. *Sodomía y utilización del beso anal.*
3. *Profanación del crucifijo escupiendo, orinando y pisoteándolo.*
4. *La adoración de un ídolo llamado Baphomet, descrito habitualmente, bien como una calavera, una cabeza humana o tres cabezas.*
5. *La omisión de las palabras de institución de la misa.*

Y posteriormente añade: <<Correcta o incorrectamente, la iglesia creía que la sodomía estaba íntimamente ligada a la herejía dualística>><sup>113</sup>. Sin embargo, aunque hay datos que afirman que algunos templarios tenían relaciones afectivas sexuales con otros hombres, no todos las practicaban, por lo que se entiende que dichas acusaciones hechas por el *Papa Clemente V* y *Felipe el Hermoso* sólo fueron realizadas con el objetivo de apoderarse de las riquezas de los caballeros del temple instaurando un uso político de la homosexualidad. Las armas utilizadas para ello fueron discursos morales y religiosos en donde se encontraba la sodomía como uno de los delitos por los cuales los templarios debían ser condenados, muchos de ellos, principalmente en Francia fueron arrestados, torturados y posteriormente quemados en la hoguera. Otros, después que *Clemente* considerara disuelta la orden, escaparon a diferentes puntos de Europa y entraron en el anonimato.

Por datos históricos, parece ser que algunos de los caballeros de la orden pudieron ser homosexuales o bisexuales, éste hecho sumado con los anteriormente expuestos sirvieron para que la iglesia, cada vez más poderosa en el mundo antiguo, pudiera erradicar de su camino a quienes en ese momento consideraba un estorbo o un grupo de carácter peligroso para sus fines. Sus drásticas sanciones provocaron nuevamente una amenaza más para el modo de vida homosexual en Europa, siendo ésta más reprimida y condenada abierta y legalmente en el mundo occidental.

---

<sup>113</sup>LIZARRAGA CRUCHAGA, Xavier. *Una Historia Sociocultural de la Homosexualidad*. Ediciones Paidós Ibérica S.A. Barcelona. 2003. Pág. 74.



Por otra parte, es importante visibilizar que existen evidencias que en la Europa medieval se continuó con la costumbre mantenida por los romanos y griegos de constituir parejas del mismo sexo, *Boswell* citando a *Hinojosa*, da testimonio sobre la constitución de una de estas uniones, “Yo, *García de Perales*, en virtud del presente documento, afirmo para los aquí presentes y los que no están, que te tomo a ti, *Juan de Perales*, como ya te he tomado, como mi hermano adoptivo, en beneficio de las almas de mi madre y de mi padre, y te concedo la mitad de todo mi patrimonio (...) y en general toda la herencia de mi padre y de mi madre o mi familia en la ciudad de *Bercianos* y en *Perales*”<sup>114</sup>. Igualmente *John Boswell* nos explica un relato de la *Gesta Romanorum*, en la que dos compañeros se amaron y decidieron establecer un vínculo en donde para conmemorarlo cada uno, de una forma simbólica, bebió pequeñas cantidades de sangre del otro, tal era la naturaleza de éste vínculo que posteriormente ninguno de los dos podría hacer uso del *nullus alium dimittet*, expresión utilizada en el nuevo testamento latino para traducir el divorcio, ni en la prosperidad ni en la adversidad, manifestando claramente que todo lo que cada uno ganara tendría que ser compartido a partes iguales con el otro. Ésta es precisamente la ilustración de la hermandad de sangre a la cual se referían los antropólogos para justificar las uniones entre hombres en la Europa medieval, nótese que aquí no se expone ningún componente religioso solamente la celebración de un acto civil precedido de una ceremonia característica de la época pero más basada en las costumbres que en algún tipo de acto de carácter religioso<sup>115</sup>.

Igualmente en Irlanda, similares ceremonias como la anteriormente relatada por *Boswell* se celebraban en la isla pero con la característica de tener una connotación religiosa, el autor nos relata que algunos hombres “bajo el pretexto de piedad, viven juntos en algún lugar sagrado con el hombre que quieren unirse. Primero se unen en pactos de parentesco, después se conducen el uno al otro tres veces alrededor del altar. Más tarde en el interior de la iglesia, ante el altar, en presencia de las reliquias de santos y con muchos juramentos, y finalmente, con la celebración de una misa y las plegarias de los sacerdotes, se unen permanentemente como si se tratara de un matrimonio. Al final, como confirmación adicional de la amistad y conclusión de los procedimientos, cada uno

---

<sup>114</sup>BOSWELL, John. Las Bodas de la Semejanza. Muchnik Editores, S.A. Barcelona. 1999.

Pág. 440.

<sup>115</sup>Ídem. Pág. 441.

*bebe sangre del otro, que con tal fin se derrama voluntariamente*<sup>116</sup>. Es claro el hecho que tal ceremonia tenía toda la apariencia de un ritual de una boda, incluso más que una ceremonia civil, claramente tenía una connotación religiosa pues se encontraba dirigida por un sacerdote y celebrada en una iglesia acompañada de la eucaristía católica combinada con el rito del *Gesta Romanorum*.

Así mismo, tal como se citan los testimonios de estas uniones se puede afirmar que a partir del siglo XIV Europa occidental empezó a incrementar más su furia hacia las relaciones sexuales y afectivas entre personas del mismo sexo, prueba de ello es la elaborada enumeración de *Dante* en donde ubica la homosexualidad como merecedora de uno de los niveles más altos de los castigos escatológicos del purgatorio. Caso contrario era lo que ocurría en Europa del Este y el centro del continente en donde las ceremonias entre personas del mismo sexo eran muy comunes tanto en católicos como en quienes no lo eran, especialmente musulmanes puesto que en ésta época dominaban tal territorio los otomanos. *Boswell* cita el ejemplo del Sultán otomano *Soliman I* (1520-1566) que concedió el gobierno de la ciudad de *Buda*, la mitad de la antigua Budapest, a *Juan de Siebenbürgen*, quién era el pretendiente sin descendencia al trono de Hungría, ya que era su pareja del mismo sexo<sup>117</sup>.

Ahora bien, no podemos hablar sobre relaciones sexuales entre personas del mismo sexo, textos bíblicos y legislación sin citar la influencia de **San Agustín** en la sexualidad de la época. Éste personaje de la iglesia católica nacido y criado en Tageste, Numidia, norte del África rural, actualmente Argelia, en donde las relaciones emocionales y sexuales entre personas del mismo sexo eran muy probablemente una actividad clandestina y objeto de denigración pública, de menor no fue bautizado, ni tampoco llevó una vida religiosa. Vivió en Cartago antes de dedicarse a la filosofía y existen indicios que mantuvo relaciones sexuales con otros hombres, *John Boswell* cita que le llama la atención el hecho que San Agustín en sus escritos diera un tratamiento principal a la homosexualidad como una práctica que es extravagante y extraña. Además, el religioso expone las relaciones homosexuales en un contexto de la descripción de

---

<sup>116</sup>Ídem. Pág. 443.

<sup>117</sup>Ídem. Pág. 454.

su primera residencia en una gran ciudad, en la cual, él mismo se abandonó a los placeres urbanos con un entusiasmo que más tarde lamentaría amargamente<sup>118</sup>.

El comportamiento de San Agustín pone en manifiesto que durante la edad media “*el choque de la mentalidad pagana, con sus tendencias hemofílicas y la cristiana, sexofóbica, se pone de manifiesto en el gran hombre que fue Agustín de Tagaste, más tarde Santo de la Iglesia. En sus confesiones refiere con sencillez y humildad las sucesivas etapas de su vida, para que pueda servir de guía a otros pecadores*”<sup>119</sup>. Por otro lado, se puede observar “*las contradicciones y luchas espirituales, del más tarde católico Agustín, debieron ser muy grandes en un mundo que rechazaba fuertemente las manifestaciones sexuales como algo sucio y pecaminoso*”<sup>120</sup>.

San Agustín, ya siendo religioso, sostenía que todo coito que se realizara con un objetivo diferente a la procreación era completamente pecaminoso, algo similar cuando en esta investigación se cita el pensamiento del pueblo judío en referencia a las relaciones sexuales y la reproducción como objetivo principal del endogrupo. *John Boswell* menciona que, el horror de San Agustín por los actos sexuales antinaturales o no procreativos era tan grande, que no sólo los prohibía en términos absolutos a las personas casadas, sino que en realidad aconsejaba a las mujeres católicas que hicieran que sus maridos, en caso de que se vieran acosados por la necesidad, realizaran tales actos con prostitutas<sup>121</sup>. Una moral bastante ambigua, por una parte se pedía a las parejas que no mantuvieran relaciones sexuales con objetivos diferentes al de procrear pero por otro lado, se inducía a los hombres recurrir a la prostitución femenina cuando se encontraran muy afectados por el deseo sexual.

Paradójicamente podemos analizar que las sanciones morales impuestas por San Agustín y otros miembros importantes en la institución de iglesia católica censuraron las relaciones entre personas del mismo sexo como también otras conductas que hoy por hoy las comunidades cristianas y católicas aceptan universalmente, ejemplo de ello son el préstamo a interés, las relaciones sexuales

---

<sup>118</sup>Ídem. Pág. 178.

<sup>119</sup>GARCÍA VALDÉS, Alberto. *Historia y Presente de la Homosexualidad*. Editorial Akal. Madrid. 1981. Pág. 38.

<sup>120</sup>Ídem. Pág. 38.

<sup>121</sup>BOSWELL, John. *Cristianismo, Tolerancia Social y Homosexualismo*. Muchinick Editores S.A. Barcelona. 1992. Pág. 176.

durante el periodo menstrual, teñir las telas, tomar un baño regular y/o la práctica de la circuncisión. Hoy, ninguna de ellas es objeto de controversia en el seno de la comunidad religiosa cristiana, sin embargo todavía la jerarquía de la iglesia católica sigue desaprobando las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo, un hecho actual que lo demuestra es la entrega de las credenciales del embajador del Estado español en el 2006 en el *Estado del Vaticano*, Francisco Vázquez en la que el Papa Benedicto XVI condena los matrimonios entre personas del mismo sexo como una forma de maniobra política por la reciente aprobación en junio de 2005 de la modificación del Código Civil español que permitió a las parejas del mismo sexo acceder a los mismos derechos que las parejas heterosexuales.

Respecto a las mujeres, el lesbianismo, al contrario de otros personajes históricos de la jerarquía de la iglesia, sí preocupó a San Agustín. Así lo manifiesta a su hermana quien es superiora de un convento de monjas, a ella, le advierte que el amor entre las monjas debe ser espiritual antes que carnal y que tanto las mujeres casadas como las vírgenes se deben abstener de juegos de unas con otras en el que incurrían las mujeres, acto calificado por el monje como vergonzoso<sup>122</sup>.

## 5.1. Hispania

En occidente, una vez desintegrado en la Península Ibérica el Imperio Romano, se genera una de las leyes más antiguas en contra la conducta homosexual. *John Boswell* comenta que alrededor del año 650, el gobernante de los visigodos en Hispania aprobó una legislación contra los actos homosexuales, en dicho texto, se ordena la castración como pena a los varones que mantuvieran relaciones sexuales con otros hombres, pena que más adelante se vería compartida en otras latitudes de la geografía europea tal como lo hemos expuesto anteriormente en éste texto<sup>123</sup>.

---

<sup>122</sup>GIMENO, Beatriz. *Historia y Análisis Político del Lesbianismo, La Liberación de una Generación*. Editorial Gedisa. Barcelona. 2005. Pág. 72.

<sup>123</sup>BOSWELL, John. *Cristianismo, Tolerancia Social y Homosexualismo*. Muchinick Editores S.A. Barcelona. 1992. Pág. 202.

El pueblo visigodo fue una minoría bárbara que fue considerada como un grupo de herejes arios que conquistaron la gran mayoría de territorios de la península Ibérica debido a la superioridad militar que les caracterizaba. Después de un tiempo, ya en el año 589 D.C. se asimilan al catolicismo; sus principios teológicos y costumbres privadas chocaban con las creencias de la población católica, la cual era originaria de las antiguas ciudades hispano romanas, por lo que por un esfuerzo por establecer la cristiandad hispánica unificada, los visigodos llegaron a extremos para lograr su aceptación. Una de esas medidas fue tomar como objetivo a homosexuales y judíos como chivos expiatorios para poder aflojar las tensiones religiosas provocadas por la diferencia de creencias de las dos culturas. A esta estrategia se sumó la jerarquía católica, quien cooperó con la aristocracia visigoda; en un principio la iglesia protestó contra los deseos de los conquistadores bárbaros, sobre todo acerca de la conversión hostil de los judíos y sobre los homosexuales, *John Boswell* explica que, “durante cuarenta años (y seis concilios nacionales) la iglesia no cooperó en la opresión de los gays, pero finalmente, bajo las ordenes directas de la monarquía en el sentido de que la iglesia debía adoptar una legislación al respecto, ésta promulgó un decreto conciliar en el que se ordenaba el retiro de las órdenes sagradas y el exilio a los clérigos convictos de conducta homosexual – lo que mitigaba notablemente la severidad de la pena impuesta por el Derecho civil – y la excomunión, cien azotes y un lego (lo que mitigaba la Ley civil, pero no tan ostensiblemente)”<sup>124</sup>. Debido a tales hechos, la monarquía visigoda ordena directamente a la iglesia a adoptar y a asimilar una legislación opresora que obligaba a la institución a promulgar dicho concilio.

Por otra parte, ya en la **Hispania árabe**, la sociedad hispana de la época se ve combinada entre la sexualidad sin compromisos de Roma y la tendencia griega a idealizar apasionadamente las relaciones afectivas. Pese a que el islam hispánico era bastante rígido moral y legalmente, el amor entre hombres era un hecho bastante corriente en los textos místicos y religiosos islámicos; incluso, muchos de los autores de la poesía homoerótica de la península ibérica fueron destacados líderes religiosos, jueces o maestros del Corán<sup>125</sup>. Un ejemplo de ello es lo expuesto en la obra de *John Boswell* en ella se hace referencia a que en el

---

<sup>124</sup>Ídem. Pág. 23.

<sup>125</sup>Ídem. Pág. 221.

siglo XI el Reino de Valencia fue gobernado por dos hombre que se habían enamorado y que habían ascendido hasta llegar a un punto que ambos gobernaron el Reino<sup>126</sup>.

En esta época grandes cantidades de cristianos vivían en ciudades hispanas conquistadas por los musulmanes, por ello, el contacto cultural era bastante amplio. Éste fue un periodo de bastante silencio aunque se legislara detalladamente sobre temas sexuales, como por ejemplo el bestialismo, conducta que consistente en tener relaciones sexuales con animales, la homosexualidad no era digna de una persecución total debido a las costumbres de la sociedad hispano islámica de la época.

Sin embargo, según el Estudio *Sociológico y Jurídico sobre Homosexualidad y el Mundo Islámico del Colectivo COGAM de Madrid*, “la repoblación de los reinos cristianos acabó definitivamente con ese clima de tolerancia que se recogió por escrito en los siguientes textos”<sup>127</sup>, tal investigación explica como el Código de las Siete Partidas de Alfonso X el Sabio aplicaba la pena de muerte a pecados contra natura, más concretamente a las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo, aunque en efectos reales, tales penas iban dirigidas específicamente a los encuentros sexuales y afectivos entre hombres:

*“Sodomítico dizen al pecado en que caen los omes yaciendo unos con otros contra natura e costumbre natural. E porque de tal pecado, nacen muchos males en la tieraa, do se faze, e es cosa que pesa muchoa Dios con el queremos aquí decir apartadamente deste.*

*Lei I. Onde tomo este nome el pecado que dize sodomítico, e quantos males vienen del maldad de los omes que bivian en ellas que porque usavan aql pecado q es contra natura, los aborreció nuestro señor dios, de guisaque sumió ambas ciudades con toda las gente que hi moraba e de aqlla Sodoma, onde Dios fizo esta maravilla tomo este nombre, que llamaban sodomítico. E debse guardar todo ome deste yerro, porque nacen del mucho males, e denuesta e deffama asi*

---

<sup>126</sup>Idem. Pág. 220.

<sup>127</sup>MARTÍN ROMRO, Lola y otros. Estudio Sociológico y Jurídico sobre Homosexualidad y Mundo Islámico.. Edita COGAM, Colectivo de Lesbianas, Gays, Transexuales y Bisexuales de Madrid. Madrid. 2008. Pág. 197.

*mismo el que lo haze por tales yerros envía nuestro señor Dios la tierra, hambre e pestilencia, e tormentos.*

*Lei II. Quien puede acusar que sazen el pecado sodomítico, e ante quien, e que pena merecen aver los sacerdotes del, e los consentidores. Cada uno del pueblo puede acusar a los omes que hiziesen pecado contra natura, e este acusamiento puede ser hecho delante del juzgador do hiciesen tal yerro. E si le fuere provado debe morir: también el que lo haze, como el que lo consiente fueras ende, si alguno dellos lo oviere a hazer por fuerca o fuesse menor de catorze años non debe recibir pena, porque los que son forcados no son en culpa, otro si los menores no entiende que es tan grave yerro como es aquel que hazen. Esta misma pena debe aver todo ome, o toda muger, que yoguiere con bestia, deven de mas matar la bestia para amortiguar la remembranza del hecho”<sup>128</sup>.*

El mismo estudio nos indica que, en el año de 1.497 los Reyes Católicos, Isabel y Fernando, modificaron y endurecieron las leyes sobre la denominada sodomía con la pragmática sobre el pecado<sup>129</sup>, la investigación de COGAM anexa la Ley promulgada por los Reyes de Castilla y Aragón a finales del Siglo XV:

*“Ley I. Don Fernando y Doña Isabel en Medina del Campo a 22 de agosto de 1.497. Pena de delito nefando y modo de proceder a su averiguación y castigo. Porque entre los otros pecados y delitos que ofenden a Dios nuestro señor, e infaman la tierra, especialmente es el crimen cometido contra el orden natural; contra el que las leyes y derechos se deben amar para el castigo deste nefando delito, no digno de nombrar, destruidos de la orden natural, castigado desde nefando delito, no digno de nombrar, destruidos de la orden natural, castigado por el juicio divino, por el que la nobleza se pierde, y el corazón se acobarda y se indigna a dar a hombre pestilencia y otros tormentos en la tierra y porque las antes de agora no son suficientes para estirpar, y del todo castigar tan abominable delito y en quanto en Nos sera refrenar tan maldita macula y error.*

*Mandamos, que cualquier persona, de cualquier estado, condición preeminencia o dignidad que sea, que cometiere el delito nefando contra naturam leyendo en el convencido por aquella de manera de prueba, que según Derecho*

---

<sup>128</sup>Código de las Siete Partidas. Tomo 3, 1.555. Pág.72.

<sup>129</sup>MARTÍN ROMRO, Lola y otros. Estudio Sociológico y Jurídico sobre Homosexualidad y Mundo Islámico.. Edita COGAM, Colectivo de Lesbianas, Gays, Transexuales y Bisexuales de Madrid. Madrid. 2008. Pág. 197.

*es bastante para probar el delito de heregia o crimen laesae Majestatis, que sea quemado en llamas de fuego en el lugar, y por la justicia a quien perteneciere el conocimiento y punición de tal delito y sin otra declaración alguna, todos sus bienes así muebles como raíces, los cuales desde agora confiscamos, y habemos por confiscados y aplicados a nuestra Camara y Fisco*<sup>130</sup>.

Hay que tener en cuenta que Isabel y Fernando han pasado a la historia por ser dos de los monarcas más sanguinarios dentro del periodo de la inquisición en el continente europeo y que muchos de los condenados fueron acusados de sodomía entre otros delitos que se les imputaba haber cometido,

Mención especial tenemos que hacer al ***Physiologus*** pues es la obra más popular de la ciencia natural de la edad media, siendo uno de los tratados más leídos con anterioridad al siglo XVII, en ella, se recopilan anécdotas del comportamiento de ciertos animales como las hienas, las comadreja y liebres en las que se extraía una moral cristiana a partir de diferentes puntos de vista de la conducta de estos animales. *John Boswell*, expone en la obra de *Cristianismo, Tolerancia Social y Homosexualidad* nos habla como utilizaron los cristianos de la iglesia primitiva la conducta animal para desprestigiar y desacreditar las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo, proporcionando una justificación a la opresión ejercida a las personas homosexuales o bisexuales en los reinos cristianos, *“los argumentos más antiguos e influyentes que emplearon los teólogos cristianos para oponerse a la conducta homosexual fueron los que derivan de la conducta animal”*<sup>131</sup>. Los animales anteriormente mencionados eran tachados de realizar prácticas impuras, una de ellas era las relaciones sexuales entre animales del mismo sexo. Un ejemplo es el citado por *John Boswell* en el que Clemente un alto representante de la iglesia católica, cree que las hienas macho se montaban regularmente unas a otras con preferencia a las hembras, y que de ahí viene la explicación de que Moisés en su *Ley Mosaica* prohibiera comer carne de hiena entre otros animales considerados impuros. Clemente consideraba que dicho acto se tenía que condenar legalmente y específicamente por el hecho que para él, las hienas macho mantenían entre ellas relaciones sexuales homosexuales<sup>132</sup>. Poco a poco estas creencias y costumbres se

---

<sup>130</sup>ídem, pág. 198.

<sup>131</sup>ídem. Pág. 165.

<sup>132</sup>ídem. Pág. 168.



propagaron con gran influencia en la edad media, primero se abrieron camino al latín, y después se tradujo a todas las lenguas medievales desde el islandés hasta el árabe, logrando que el entendimiento popular aceptara dichos juicios y tuviera una *justificación* más para reprobado las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo.

## 6. La Edad Moderna

A principios de la edad moderna y más concretamente en España, la persecución de los sodomitas y la penalización de las relaciones sexuales y afectivas entre personas del mismo sexo se codificaron bajo el concepto jurídico de sodomía como un crimen y pecado en contra de la naturaleza, tomando un giro importante en el año de 1497 rompiendo con una tolerancia sutil en periodos anteriores de la península ibérica. El 22 de julio de este año los Reyes Católicos Isabel y Fernando en Medina del Campo proclaman la primera pragmática contra la sodomía agravando los discursos, penas y Sentencias contra los sospechosos de sodomía proponiendo que tanto *“la Ley secular como la eclesiástica unieran sus fuerzas para castigar el crimen nefando, ese que no merece tener nombre, destructor orden natural y por tanto punible por la justicia divina”*<sup>133</sup>. Antes de esta proclamación existieron otras leyes que penalizaban la sodomía como lo fueron los Fueros de Sepúlveda y los Fueros Reales, sin embargo es importante resaltar que rara vez se hacía uso de ellas como sí lo hicieron los Reyes católicos en el Siglo XVI.

Esta es una época de contradicciones en lo que la expresión del homoerotismo y la persecución de la homosexualidad se refieren. En este tiempo aún se continuaba persiguiendo a quienes tuvieran relaciones sexuales con personas de su mismo sexo de forma sistemática, sin embargo dichas acciones coexistían con la afirmación del homoerotismo en las obras de arte de la época. El florecimiento del erotismo entre los hombres dentro del renacimiento contribuyó a la creación de una nueva identidad sexual contemporánea que subsistía colateralmente con la persecución de cualquier comportamiento homosexual.

---

<sup>133</sup>[http://personal.us.es/alporu/histsevilla/leyes\\_sodomia.htm](http://personal.us.es/alporu/histsevilla/leyes_sodomia.htm)

Fue en el renacimiento cuando se generaron un cúmulo de actitudes e ideas nuevas. El movimiento iniciado en Italia y que tuvo un eco social y artístico en toda Europa, sacó a la luz un lenguaje homoerótico que poco a poco empezó a visibilizar el erotismo masculino entre parejas del mismo sexo. El arte impulsó un cambio social en la Europa del renacimiento y aunque de una manera ambigua y oculta disfrazó la expresión anhelada de los artistas. *Donatello* por ejemplo creó *el David* aparentando una imagen religiosa pero siendo muy semejante a *Ganímedes*. *Miguel Ángel*, esculpió también la estatua del *David* símbolo del Republicanismo Florentino, como una figura del antiguo testamento pero que guarda mucha similitud con el semidiós griego *Hércules*. Ambos ejemplos sirven para resaltar la ambigüedad del entendimiento del homoerotismo y la emanación de una connotación de amor homosexual, sobre todo el masculino, al menos para algunos espectadores.

Interesante también es citar la obra *Hermaphoditus* de *Antonio Beccadelli*, la cual circuló libremente por un pequeño círculo de intelectuales italianos. Es importante decir que aunque el hermafroditismo es diferente a la transexualidad, encontramos al menos en esta obra un acercamiento en la época a la realidad de la identidad de género de quienes hoy se identifican como transexuales en la época del renacimiento.

En lo que se refiere a las lesbianas y mujeres bisexuales, encontramos que autores como *Aldrich* afirman que en la literatura clásica se expresa como muchas mujeres vivían su sexualidad de una manera oculta o que incluso algunas de ellas se *convertían* en hombres para poder casarse con otras, también afirma el autor que existían indicios de hombres que se convertían en mujeres para seducir a otras mujeres. Tal ejemplo en la actualidad nos lleva a pensar en la posible identificación de estos comportamientos como un rasgo de un comportamiento transexual, tanto masculina en el caso de las mujeres que se “convertían en hombres”, como femenina en el caso de “los hombres que se convertían en mujeres” para seducir a otras mujeres, pudiendo ser éste último un ejemplo de una mujer transexual con orientación sexual homosexual, ósea una mujer transexual lesbiana. *Aldrich* cita el ejemplo de *Marie Le Marcis*, en la Francia de 1601, en donde ésta fue acusada de sodomía y de identidad

masculina conjuntamente con su amante femenina<sup>134</sup>. Este hecho es una muestra que los legisladores de la edad moderna también fueron propensos a incluir a las mujeres en las leyes que penalizaban la sodomía como un crimen capital, por lo tanto ejemplos como el de *Marie Le Marcies* desmontan la convicción histórica que el sexo y las relaciones afectivas entre lesbianas y mujeres bisexuales nunca fue penalizado.

Otro ejemplo de la realidad de la época fue la actitud de *Carlos V* sobre la homosexualidad, pudiéndose ver en su *Constitutui Criminales Carolina* en 1532 como afirmaba que tanto los hombres que tenían sexo con otros hombres y las mujeres que tenían sexo con otras mujeres, eran culpables de sodomía y que debían ser castigados por igual perdiendo el Derecho a la vida.

Referente a las personas transexuales, si para lesbianas, gays y bisexuales era difícil expresar su sexualidad, para personas transexuales suponía casi imposible vivir acorde al género con el cual realmente se identificaban, por lo que la visibilidad y los testimonios de la realidad transexual en Europa medieval son muy pocos y los existentes llegan a ser ambiguos, ya que en algunas ocasiones por la narración de los hechos se puede entender o al menos no queda claro del todo, como lo es el caso de mujeres como *Marie Le Marcies* que tenían que vivir bajo una identidad masculina para poder compartir con su pareja del mismo sexo, aunque también se puede dar el caso que en realidad *Marie* fuera un hombre transexual que compartiera su vida con su pareja femenina sin embargo no es el objetivo de este estudio divagar sobre estas hipótesis.

Otro caso similar al anterior es el de *Katherina Hetzeldorfer* que en 1477 en Alemania fue procesada tomando como base al testimonio de otras mujeres que la acusaron de haber mantenido relaciones sexuales con ellas como si fuera un hombre. Un caso similar ocurrió en España, en donde *Catalina de Erauso, la monja Alferes*, se le identificó la mayor parte de su vida como un hombre, todo su entorno en el siglo XVII lo conocía con el nombre de *Antonio* e incluso fue enviado a combatir en México, sólo cuando lo detuvieron se enteraron de su sexo biológico, sin embargo no se conoce si a *Antonio* se le impuso alguna pena cuando fue descubierta su hoy conocida transexualidad<sup>135</sup>. En resumen, lo que

---

<sup>134</sup>ALDRICH, Robert. Gays y Lesbianas, Vida y Cultura, Un Legado Universal. Editorial Nera. San Sebastián 2006. Pág 128.

<sup>135</sup>ídem. Pág 132.

queda claro es que no importaba si la persona fuese lesbiana, gay, transexual y/o bisexual<sup>136</sup>, quién incurría en lo que en la época se entendía y se llamaba sodomía, en éste caso todo tanto orientaciones sexuales diferente a la heterosexual como el actual concepto de transexualidad, debía ser castigado según las leyes que regían en los diferentes Estados de la Europa del Medioevo.

De todas formas, es importante resaltar que todo lo vivido en esta época renacentista colaboró para que en la sociedad europea se empezaran a acentuar los cimientos que más adelante ayudarían a ir cambiando poco a poco los estereotipos y tumbando los velos que encerraban no sólo las relaciones afectivo sexuales entre personas del mismo sexo sino también la sexualidad humana en general en la sociedad europea. Sin duda alguna el renacimiento ayudó a que las relaciones sexuales y afectivas entre personas del mismo sexo, al menos las de los varones, empezarán un nuevo ciclo social pasada la edad media en el denominado siglo de la luzes. En este periodo empieza una etapa de cambio lento pero sustancial, los inquisidores distinguen cada vez más entre herejía y sodomía. Se empieza ver al sodomita como un pecador, y su pecado, "*contra natura*", se asocia como un acto irracional de carácter libertino más que como un acto ilegal. Un punto en la historia en el cual las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo, más concretamente las de los varones que las de las mujeres, pasan de la esfera de la condena religiosa al rechazo de la moral social.

Al homosexual en ésta época se le empieza a percibir socialmente como pederasta y abusador. Esta nueva interpretación es producto de un nuevo sistema penal, con nuevos procedimientos y solicitudes de pruebas; una vez los homosexuales dejan de ser quemados y enviados a las hogueras en la Europa religiosa, se abren las puertas de la ilustración, las cuales, en el ámbito jurídico indujeron al legislador de la época a ver al varón que tenía relaciones sexuales con otros varones, como un individuo que causaba daño a la sociedad. Ya el delito cometido no sería ofender a Dios, ahora el nuevo tipo penal en el que se incurría era el concepto del daño causado a la sociedad<sup>137</sup>. Sin embargo, a pesar de esto, era bien sabido que en la subcultura urbana desde la década de 1680 se empezaba a hacer visible las relaciones entre personas del mismo sexo y aunque

---

<sup>136</sup> Términos que en ese momento de la historia no existían por lo cual a todos se les agrupaba en un mismo grupo que en últimas era el de personas que mantenían relaciones sexuales y afectivas con personas del mismo sexo.

<sup>137</sup> Ídem. Pág. 43.

eran rechazadas socialmente, una mayoría social la experimentaba dentro de círculos muy cerrados o viviendo vidas paralelas, siguiendo las directrices de una sociedad que no daba más oportunidad que la de vivir la sexualidad de este colectivo de una forma hipócrita de vida doble pero que al menos les permitía expresar su personalidad en la clandestinidad.

Durante todo el siglo XVIII los sodomitas eran en lo posible enviados a centros penitenciarios junto con mendigos, prostitutas y vagabundos, sin embargo, el futuro triunfo de la burguesía francesa supone que el poder del Estado, al menos en esta región de Europa, empezaría a ser laico. Después de unos años, los ejércitos franceses invadieron Europa victoriosamente y la revolución francesa empezó a ser el motor de múltiples cambios sociales y legales en las otras latitudes europeas.

Así entonces, ésta realidad ayudó a que poco a poco en la Europa del Siglo XVIII la pena de muerte por sodomía se empezara a reconsiderar y se interpretó que, el ejecutar penas como ésta, lo único que traía era publicidad derivada de los juicios y que estos generaban una visibilización más amplia de la realidad de las relaciones afectivas y sexuales entre personas del mismo sexo, por lo tanto se prosiguió en la mayoría de los países a evitar los juicios si les era posible y cuando estos tuvieran que tener lugar, los magistrados imponían penas muy leves, todo con el objetivo de mantener ocultos unos hechos que a los sectores conservadores de la sociedad les molestaba su existencia y mucho más el que se hiciera pública pues al darle publicidad le estaban dando vida ya que lo que se ve en el día a día evidencia su existencia y es imposible negarla por más que se intente.

Europa fue evolucionando y el 26 de Agosto de 1789 la ***Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*** cita por primera vez que todos los hombres nacen libres e iguales. Aunque la Ley positiva ya expresaba una igualdad legal, el tratamiento de la igualdad para todos los miembros de la sociedad no se dio en el acto como es bien sabido, las mujeres y los homosexuales son un ejemplo de ello, de hecho, refiriéndonos al campo que nos interesa en esta investigación, después de la revolución francesa lesbianas y gays no fueron vistos ya como pecadores, sino como enfermos, por ende, la igualdad legal es alcanzada pero el avance social en este campo es mínimo. Sin embargo,

a la *Revolución Francesa* hay que reconocerle el mérito de la promulgación de un Código Penal en septiembre de 1791 que no menciona a la sodomía, por lo tanto ya no era considerada como delito basándose en el hecho que éste tipo penal era un artículo dentro de la Ley el cual no contemplaba un sujeto pasivo en la acción o víctima. Sobre esto, es importante citar la interpretación de *Alberto García* que nos dice que “*en las secciones penales del código napoleónico de 1810, la influencia de los nuevos tiempos se hace notar y no se contiene ninguna referencia a los actos homosexuales en privado entre adultos que actúen libremente*”<sup>138</sup>. “*Las leyes napoleónicas van a terminar con la quema de los sodomitas, al mismo tiempo que la sociedad se está volviendo laica*”<sup>139</sup>.

En 1764, *Cesar Beccaria*, publica *De los Delitos y las Penas*, obra que influyó en los gobernantes de toda Europa para llevar a cabo diferentes reformas legales. En ella, sin instar a la despenalización, sostenía que la causa de la sodomía se originaba en la sociedad afirmando que no se podía llamar justo al castigo de un crimen si la Ley no ha hecho uso de sus mejores medios para prevenirlo. Tal afirmación, para la época, se puede entender como un llamado explícito por parte *Beccaria* a la despenalización. Caso similar pero más explícito es el planteamiento del *Marqués de Concorcet*, que afirmaba en una nota de pie de página de la edición de 1786 del *Premio para la Justicia y la Humanidad de Voltaire* que, “*cuando no hay violencia, la sodomía no puede someterse a la competencia de las leyes penales, pues no viola los derechos del otro*”<sup>140</sup>.

Nos encontramos entonces que el Código de Napoleón poco a poco fue empezando a cambiar la situación legal, más que social, de las minorías sexuales, tal es el caso de Holanda, en este Estado hasta principios de 1800 se seguían juzgando a las personas del mismo sexo por mantener relaciones sexuales entre sí, ya que cuando Napoleón anexó a Holanda a Francia, se reemplazó el Código Penal holandés de 1809 que condenaba la sodomía, por el napoleónico de 1810 siguiendo éste en vigor incluso después que Holanda recuperara su independencia en 1813. Esta situación sin embargo no ocurrió en España, aunque más tarde en 1822, un efímero régimen liberal impulsó un

---

<sup>138</sup>GARCÍA VALDÉS, Alberto. *Historia y Presente de la Homosexualidad*. Editorial Akal. Madrid. 1981. Pág. 73.

<sup>139</sup>Ídem. Pág. 73.

<sup>140</sup>ALDRICH, Robert. *Gays y Lesbianas, Vida y Cultura, Un Legado Universal*. Editorial Nera. San Sebastián. 2006. Pág 116.

Código inspirado en el francés en el cual ya la sodomía se encontraba despenalizada. En los Estados alemanes e italianos, Napoleón impuso su Código al igual que lo hizo en Holanda, aunque en algunos Estados italianos, una vez caído el régimen regresaron a su legislación anterior como sucedió en Cerdeña, los Estados Pontificios y Piamonte, finalmente Italia una vez unificada por la *Casa de los Saboya* en el año de 1889, despenalizó en todo su territorio las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo si eran practicadas por adultos y con mutuo consentimiento.

El caso alemán fue particular, porque aunque en varios Estados alemanes la homosexualidad se había despenalizado, años más tarde, el 15 de mayo de 1871, Prusia como impulsora de la unificación alemana, decidió que el Imperio alemán legislara una norma penal que condenaba a la homosexualidad como delito, el parágrafo 175 del Código Penal alemán sancionaba las relaciones sexuales entre varones, *“un acto sexual antinatural cometido entre personas de sexo masculino o entre seres humanos y animales debe ser castigado con la prisión; también puede significar la pérdida de los derechos civiles”*<sup>141</sup>. Dicha legislación fue producto de la unificación alemana, en donde el Código Penal que introdujo el artículo 175, que sancionaba con prisión las relaciones sexuales homosexuales, se impuso sobre otras legislaciones de los territorios alemanes más avanzados. La normativa conservadora del Código Penal de Prusia pesó más que legislaciones como la de las regiones de Baviera y Hannover, que en 1813 y 1840 habían despenalizado la homosexualidad siguiendo la influencia de los ilustrados franceses.

## **7. Homosexualidad, bisexualidad e identidad de género en las Américas**

Según *Aldrich*, los informes realizados por los conquistadores portugueses, españoles y los misioneros de los mismos Reinos, manifestaban que las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo se encontraban extendidas a lo largo de todas las culturas indígenas del nuevo mundo, excepto en la parte de los altos Andes del Imperio Inca.

---

<sup>141</sup><http://sololiteratura.com/berti/bertihomosexuales.htm>.

*Aldrich* cita de la misma forma como la transexualidad era visible en el ámbito social de algunas culturas indígenas americanas como es el caso de los indios coahuiltecanos. En este grupo indígena era muy común encontrar a hombres biológicos que asumían los roles sexuales de mujeres comportándose como una mujer, sintiéndose mujeres y siendo socialmente aceptadas por su comunidad con este rol. Así mismo, comenta *Aldrich*, que Jacques Le Moyne de Morgues en la Florida observaba como estas personas eran también muy comunes en la cultura indígena del territorio de Florida al igual que en los territorios del actual Estado de Texas y, además de ello, se resalta que dentro de su estructura social, legal y jerárquica, se les designaba tareas de responsabilidad como cuando los jefes de las tribus iban a combate llevaban las provisiones a los guerreros y transportaban a los enfermos y a los muertos caídos en combate.

Evidentemente, según la cultura europea de la época, tales actos indígenas eran entendidos como pecaminosos y por lo tanto dignos de castigo como la hoguera o entregados a los perros para su desmembramiento tal como ordenó Núñez de Balboa en el istmo de Panamá en el momento que sus tropas se toparon con mujeres indígenas transexuales quienes fueron identificadas por los españoles como sodomitas pecadoras<sup>142</sup>. A ellas se les denominaba berdaches, adaptación francesa del siglo XVI para definir a los prostitutos masculinos o a los jóvenes mantenidos, sin embargo según *Aldrich*, en aquellas sociedades indígenas en donde cohabitaban libremente las transexuales<sup>143</sup>, no eran considerados ni mujeres, ni hombres, sino un género adicional, un tercer género, teniendo socialmente parejas heterosexuales, ósea una pareja contraria al sexo al cual ellas o ellos se identificaran dentro de la tribu.

Los mismos comportamientos se observaron en las culturas africanas llevadas a América con el comercio de la esclavitud, igualmente dentro de algunas de estas culturas de África, se encontraban también de la misma forma aceptadas las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo, especialmente entre varones.

---

<sup>142</sup>ALDRICH, Robert. Gays y Lesbianas, Vida y Cultura, Un Legado Universal. Editorial Nera San Sebastián 2006. Pág 147.

<sup>143</sup>También existen indicios de hombres transexuales (mujeres biológicas que asumen posteriormente la identidad masculina).



Como era de suponerse, la colonización americana y la conquista de los nuevos territorios conllevó a interponer y promulgar legislaciones y Códigos Penales influenciados por el catolicismo y adoptados a las creencias y a la realidad europea, por lo que las relaciones entre personas del mismo sexo y la transexualidad, no entendida ni comprendida en la época y confundida con el término de homosexualidad, fueron penadas en el nuevo continente tal cual se acostumbraba en Europa. Ejemplo de ello es lo expuesto por *Aldrich* citando que los portugueses al colonizar Brasil impusieron en el nuevo mundo una Ley antisodomita basada en la existente en el Código Penal portugués del momento, el cual dictaba que los hombres que tuvieran relaciones sexuales con otros hombres serían castigados siendo quemados y reducidos a cenizas en la hoguera por el fuego para que no se dejase recuerdo ni de su cuerpo, ni de su entierro, además de ello, al autor de este delito le serían confiscadas todas sus propiedades tanto en la península como en nuevos territorios de Brasil, y sus hijos y nietos serían condenados a vivir en la infamia por ser descendientes del infractor, la pena entonces se heredaba a sus descendientes.

Ya en el campo de realidad femenina, tenemos que resaltar que a lo largo del siglo XIX la relación de la mujer frente a la sociedad empezó a cambiar. El feminismo como movimiento social empieza a gestarse como corpus ideológico y tal hecho genera reacciones en la sociedad de la época. La mujer generalmente fue entendida en este momento histórico como un ser inferior cuyo fin era el de servir al hombre en todos sus sentidos, el matrimonio heterosexual era prácticamente un hecho de obligatorio cumplimiento, y la costumbre social que impedía a la mujer trabajar y que las inducía a depender del hombre comenzó a cambiar en este siglo. El género femenino de este siglo se empieza a abrir un espacio en el ámbito laboral, aunque el trabajar tenía un precio, el no poder crear una familia, puesto que quien quisiera trabajar no se podía dar el lujo de ser madre o de casarse debido a que el supuesto marido no aceptaría semejante deshonra social, por lo tanto el que las mujeres trabajasen, se empieza a entender sólo como una situación provisional y de transición que se da en la etapa de soltería del sexo femenino. Estos acontecimientos generan que muchas mujeres decidan mantenerse solteras para poder escalar en su vida profesional y en el ámbito laboral, sin embargo el hecho que varias de ellas no quisieran casarse con un hombre no significaba que quisieran ser solteras. Difíciles

circunstancias ayudaron a generar lazos entre mujeres, estos permitieron que entre ellas se apoyaran de una manera colectiva. Algunas de ellas vivieron lo que se ha denominado “*matrimonios bostonianos*”. La expresión nació de la novela *Las Bostonianas de Henry James* en 1885, a partir de entonces esta definición fue utilizada para describir las relaciones monógamas entre mujeres en el siglo XIX. Las características de dichas mujeres eran el ser educadas e independientes económicamente, ya sea porque provenían de una familia de económicamente de clase alta con dinero o porque tenían gran éxito profesional, usualmente feministas y pioneras en su ámbito laboral, manifiestan que su éxito se debe a nunca haberse casado y expresan que el haber escapado al matrimonio con un hombre les ha proporcionado el éxito y la realización alcanzada en sus vidas<sup>144</sup>.

Este ejemplo es citado en esta investigación porque es importante que se visibilice la realidad lésbica femenina y la posible aproximación jurídico social de lo que más adelante vendrían a ser los matrimonios civiles entre mujeres. Este caso especialmente es interesante e importante ya que si bien es verdad que siempre se ha tenido conocimiento de las relaciones afectivas y sexuales entre varones, las relaciones sexuales entre mujeres han contado con poca reseña histórica y visibilidad. Es por ello que el ejemplo de los matrimonios bostonianos tiene una importancia significativa para la visibilidad de la convivencia entre mujeres, los cuales tenían todas las características de un contrato de matrimonio sólo con la diferencia que en ese tiempo no era reconocido por la Ley.

## **8. Asia Imperial y las relaciones afectivo sexuales entre personas del mismo sexo**

Debido a que el continente asiático es muy amplio y diverso, en su geografía y cultura, en este apartado citaremos de manera general solamente algunos aspectos en referencia a ésta realidad en tres de las culturas más influyentes de la región: India, China y Japón.

En lo referente a India, es importante traer a esta investigación los mitos de la creación védicos, principalmente los de *Rig Veda*, en los que se relata que los padres del Universo no tenían porque ser de sexos opuestos. Según *Aldrich*,

---

<sup>144</sup>GIMENO, Beatriz. Historia y Análisis Político del Lesbianismo. Editorial Gedesa. Barcelona 2006. Pág. 130.

“Agni – una de las deidades más importantes en el Rig Veda – es descrito como el hijo de dos madres. Así mismo; estos textos idealizan a algunos de sus miembros del mismo sexo a los que consideraban parejas de deidades (*jamitva*) dignas de ser adoradas, como los dioses gemelos *Asvins*. Aunque no se menciona la homosexualidad de forma expresa, sí se aprecia la antigua creencia que asociaba las relaciones íntimas entre personas del mismo sexo con el concepto divino”<sup>145</sup>. Similar amistad, la encontramos entre Krishna y Arjuna presentada dentro de los textos védicos como una fuerza cósmica que conduce a la inmortalidad y a la felicidad total. Otra deidad que podemos tomar como ejemplo es *Shiva*, que simboliza la fusión entre ambos géneros y la naturaleza de la creación, la cual es representada con un lado femenino al lado izquierdo y con un lado masculino al lado derecho dando por resultado un ser completamente andrógono. Es importante citar que en la actualidad en India se habla de las Hijras<sup>146</sup>, sujetos que según los indios no son ni masculinos ni femeninos naciendo biológicamente hombres pero asumiendo un rol femenino tradicionalmente ganándose la vida actuando en bodas, en bautizos de recién nacidos de sexo masculino, trabajando como criadas o prostitutas.

Ahora, referente a la tradición budista hindú, el panorama difiere. La verdad el canon budista no presta mucha atención a las relaciones entre personas del mismo sexo, sin embargo, si existen otros textos que condenan la homosexualidad por lo que encontramos una ambigüedad entre una y otra fuente.

Por otra parte la India islámica en los siglos VII al XI vivió dentro de sus Cortes, actitudes homoeróticas dentro de su sociedad. La existencia de harenes de mujeres y de hombres eunucos que servían de protectores de las nobles pero que a su vez servían de amantes de los hombres de la realeza, dejan entrever cómo en esta sociedad islámica las relaciones sexuales y afectivas entre personas del mismo sexo eran socialmente visibles y aceptadas en determinados ámbitos, los cuales como lo citamos en este párrafo casi siempre pertenecían a las clases altas de la India árabe.

---

<sup>145</sup>ALDRICH, Robert. Gays y Lesbianas, Vida y Cultura, Un Legado Universal. Editorial Nera. San Sebastián 2006. Pág 332.

<sup>146</sup>Las Hijras en India encajan perfectamente con la definición de mujeres transexuales en occidente.

En el caso de la antigua China, es importante resaltar la existencia de numerosos escritos filosóficos y metáforas las cuales describen las relaciones homosexuales generalmente las masculinas en las tradiciones chinas. *Aldrich* por ejemplo habla que “los documentos más fidedignos de la dinastía Han (202 A.C. - 220 D.C.) confirman que la homosexualidad coexistía junto al matrimonio heterosexual. Las pruebas más significativas quizás vengan de las Memorias del Cronista (*Shi Ji*), de *Sima Qian*, y de Crónicas de la dinastía Han (*Han Shu*), de *Ban Gu*, historias que narran las vidas privadas de los emperadores Han, diez de ellos abiertamente bisexuales, y las relaciones con sus favoritos”<sup>147</sup>. De hecho, según las fuentes de *Aldrich*, el privilegio de ciertas figuras del Imperio Chino les permitía como hombres de estatus elevado, tener relaciones con quienes les apeteciera, independientemente del sexo que las personas fueran de uno u otro sexo.

Sobre las lesbianas, o la sexualidad femenina en general, la vida sexual y afectiva de la mujer era completamente subordinada a la del hombre, el sistema patriarcal imperaba como fue común en todas las culturas del pasado y por lo tanto tal situación obligaba a invisibilizar la sexualidad de la mujer en general como ocurría en otras latitudes geográficas.

En Japón, contrario que en el Imperio chino, no cuenta con documentos filosóficos y legales que visibilicen la homosexualidad. Sin embargo, Japón cuenta con legados históricos como los diarios de algunos aristócratas los cuales aportan explícitos relatos y testimonios de encuentros entre hombres que generalmente pertenecían a la nobleza o la Corte de los Emperadores. Igualmente, *Aldrich* explica que también dentro de estos relatos se hace referencia a supuestos casos de transgenerismo en donde se relata que existía una cierta maleabilidad en lo que respecta a la identidad de género de ciertos cortesanos y algunos personajes de la Corte nipona.

Encontramos también que a las relaciones afectivas entre hombres se les denominaba *nanshoku*, tal afecto estaba más directamente relacionado con el budismo Zen, el cual se asentó al Japón en 1.236 procedente de China. Dentro de los monjes Zen existió la cultura de hacer de las relaciones sexuales entre

---

<sup>147</sup>ALDRICH, Robert. Gays y Lesbianas, Vida y Cultura, Un Legado Universal. Editorial Nera. San Sebastián 2006. Pág 304.

personas del mismo sexo algo esencial dentro de la visión cultural del universo. Uno de los ejemplos más claros de esta realidad fue la relación de los samuráis y sus *wakashu*<sup>148</sup>, tal concepto, se puede comparar con lo que ocurría en la antigua Grecia, ya que el modelo samurái consistía en una relación entre un maestro, el compañero protector y otro hombre más joven, el cual era objeto de deseo y afecto. Este modelo fue asimilado profundamente dentro del sistema político y social del Japón de los siglos XV y XVI. Es importante citar que aunque los samuráis y sus pupilos tenían una relación afectiva entre sí, y mantenían relaciones sexuales entre ellos, tal realidad no excluía el que pudieran mantener relaciones heterosexuales, de hecho *Aldrich* afirma que, ambas relaciones podían coexistir, pareciendo que la norma general entre los samuráis era la bisexualidad más que otra orientación sexual.

## **9. Avances y retrocesos sociales y legales en el Siglo XX en referencia a la orientación sexual y la identidad de género**

A finales del siglo XIX la legislación europea sobre la homosexualidad empieza a cambiar, generando dos tendencias en el continente, ambas producto de herencias históricas, sociales y culturales. Por una parte los Estados con influencia latina que habían asimilado el código penal de Napoleón carecían de leyes que penalizaran las relaciones sexuales y/o afectivas entre personas del mismo sexo<sup>149</sup>. Por otro parte, se encontraban los Estados europeos en los cuales se continuaba condenando legalmente la homosexualidad, sociedades principalmente con influencias eslavas y ortodoxas<sup>150</sup>. El ambiente vivido socialmente en estos países permitió que se reafirmaran leyes severas contra los delitos denominados como sexuales y la reafirmación de penas que tuvieran que ver con la sexualidad y el género.

Tal ambiente se ve reflejado en la Alemania de principios del siglo XX en donde la homosexualidad es recibida por el nuevo siglo siendo penalizada y, curiosamente, lo contrario se refleja en España, Estado más conservador en la época en donde a principios de siglo ya no se encuentra tipificada. En este

---

<sup>148</sup> Pupilo de los samurais, el cual tenía una edad menor que su tutor.

<sup>149</sup> España, Francia, Italia y Portugal.

<sup>150</sup> Los Estados germanos, anglosajones y eslavos

aspecto, nótese que la legislación española se encuentra, al menos en éste momento, más avanzada que la de otros Estados de Europa.

Sobre el lesbianismo, *Aldrich* nos cita que Estados como Suecia y Finlandia penalizaban el lesbianismo de la misma forma que la homosexualidad masculina y transexualidad de ambos géneros. En Finlandia por ejemplo, ni el movimiento feminista, el cual participó activamente en la independencia de Finlandia de Rusia en el año de 1917, logró que no se penalizara la homosexualidad de ambos géneros con penas que suponían un máximo de hasta dos años de cárcel<sup>151</sup> a quienes incurrieran en su práctica.

Rusia, en el Este, a principios de 1.905 se empiezan a dar oleadas de huelgas debido al creciente malestar social que se vive en el Imperio Soviético. La Rusia imperial empieza a debilitarse y el Imperio zarista penaba la homosexualidad con la deportación a regiones como Siberia por periodos comprendidos entre cuatro o cinco años, pena acompañada de la pérdida de todos los derechos civiles. En 1.903, se reforma el código penal, tipificando que quienes tuvieran relaciones sexuales con personas del mismo sexo se someterían a prisión. Más tarde, la revolución rusa, destrona a la monarquía de los Romanov, y los bolcheviques, en 1917 suprimen las leyes vigentes que reprimían la homosexualidad<sup>152</sup>. De acuerdo con *Xavier Lizarraga*, se pudo dar *“una medida casi inmediata a la consolidación del movimiento revolucionario fue la abolición de viejas leyes zarista antihomosexuales en noviembre de 1917”*<sup>153</sup>, de esta forma, el nuevo gobierno soviético da un avance legislativo y se muestra prometedor para la población LGTB; incluso los científicos rusos empiezan a considerar la homosexualidad como una cuestión que incumbe sólo al ámbito personal de los individuos y que no hace daño a nadie. Tales hechos, demuestran que se estaría generando un nuevo pensamiento social colectivo en Rusia que podría haber prometido nuevas libertades al menos para lesbianas y gays. De acuerdo con *García Valdés* quien cita a *Lauritsen J.-Thorstand D.*, *“La nueva moral sexual era un motivo de orgullo para los protagonistas soviéticos, quienes afirmaban que, en los asuntos sexuales, el Estado y la sociedad no debían interferir, mientras no se*

---

<sup>151</sup>ALDRICH, Robert. Gays y Lesbianas, Vida y Cultura, Un Legado Universal. Editorial Nera. San Sebastián 2006. Pág 187.

<sup>152</sup>Ídem. Pág. 100.

<sup>153</sup>LIZARRAGA CRUCHAGA, Xavier. *Una Historia Sociocultural de la Homosexualidad*. Ediciones Paidós Ibérica S.A. Barcelona. 2003. Pág. 128.

*lesionara a persona alguna y no se perjudicasen los intereses de nadie*<sup>154</sup>. Xavier Lizarraga, siguiendo a los mismo autores, cita que, según el Doctor Grigori Batáís, Director del Instituto Moscovita de Higiene Social, en un escrito titulado *La Revolución Sexual en Rusia* informa que: “Respecto a la homosexualidad, la sodomía y otras formas de gratificación sexual, que en la legislación europea son calificadas de ofensas a la moralidad pública, la legislación soviética las considera exactamente igual que cualquier otra forma de la llamada relación <<natural>>”<sup>155</sup>. También Xavier Lizarraga explica que Lauritsen J,- Thorstand D., trae a acotación que “el excelentísimo Ministro de Sanidad concluyó finalmente manifestando su contento porque en la nueva Rusia, la antigua pena contra los homosexuales hubiese sido completamente abolida. También explicó que la supresión del párrafo que condenaba dichas ofensas no había provocado ningún tipo de consecuencias molestas, ni nadie había manifestado el menor deseo de que la pena en cuestión fuese reintroducida”<sup>156</sup>.

Ahora en lo que respecta al periodo de entre guerras, aunque Rusia parecía avanzar en este campo, como es sabido por la historia pronto retrocede. La revolución se degenera y empieza a dar señales de represión en diversos aspectos de la Unión Soviética, el comunismo entonces se torna en contra de toda conducta homosexual y se comportará igual o peor de cómo se comportó la ideología fascista en Alemania, Italia o España. Stalin, una vez que sube al mando de la República Soviética, va a por la reestructuración de un sola forma de la familia, en concreto un modelo nuclear, el nuevo dictador desentierra los viejos mitos y agrega otros al que vendría a ser uno de los más fuertes discursos homofobos de la historia. Según Xavier Lizarraga en esta época “la homosexualidad se convirtió en una perversión recalificada de fascista, y se la tomó como signo de decadencia capitalista, de decadencia burguesa”<sup>157</sup>. En enero de 1934, los homosexuales rusos empezaron a ser objeto de detenciones masivas, y en marzo del mismo año, Stalin promueve una Ley que decreta ocho años de prisión para quienes tuvieran relaciones sexuales entre personas del

---

<sup>154</sup>GARCÍA VALDÉS, Alberto. *Historia y Presente de la Homosexualidad*. Editorial Akal. Madrid. 1981. Pág. 101.

<sup>155</sup>LIZARRAGA CRUCHAGA, Xavier. *Una Historia Sociocultural de la Homosexualidad*. Ediciones Paidós Ibérica S.A. Barcelona. 2003. Pág. 129.

<sup>156</sup>Ídem. Pág. 130.

<sup>157</sup>Ídem. Pág. 130.

mismo sexo<sup>158</sup>, poco tiempo después, según la interpretación de *Lizarraga* citando a *Herbar*, se empiezan a crear en Rusia campos de concentración en donde eran enviados hombres homosexuales, quienes serían enmendados leyendo a Marx<sup>159</sup>.

Es así como los estalinistas empiezan a crear una mitología sobre la homosexualidad, conectándola directamente con la burguesía y visualizándola como decadencia, utilizando este discurso para predicar un “proletariado decente” llevando al partido la exigencia de vigilar y denunciar a los hombres que tuvieran relaciones afectivas o sexuales con otro hombre sobre todo en las grandes ciudades como Moscú, Harkov, Leningrado y Odessa. La Ley limitaba los actos de homosexualidad a las relaciones sexuales entre dos varones, castigaba hasta con cinco años de prisión las relaciones homosexuales consentidas y hasta con ocho, cuando uno de los involucrados se aprovechara de la posición de dependencia del otro o se empleara la fuerza<sup>160</sup>. Las mujeres no eran sujetos de persecución en lo que al lesbianismo se refiere, eran completamente invisibles ante el régimen, las mujeres transexuales eran tratadas como varones homosexuales e igualmente perseguidas.

En 1.934 Rusia penaliza las relaciones sexuales entre varones con la pena de trabajos forzados por cinco años, la represión heterosexista ya existía, lo que ocurre es que se encrucece en este momento, simplemente empeoró. Los hombres que tenían relaciones íntimas con otros hombres eran destinados a cárceles donde generalmente eran agredidos y violados por otros reclusos, aunque las lesbianas no eran igualmente perseguidas ni penadas con el exilio a regiones como Siberia, sí que empezaron a ser normalmente destinadas a psiquiátricos para que recibieran tratamientos que curarían tal desviación<sup>161</sup>. La normativa soviética aplicada a la homosexualidad, no sólo influyo en los estatutos penales de la U.R.S.S, más adelante debido a la división del mundo entre Occidente y Oriente, los países comunistas incorporarían legislaciones iguales o afines a las aplicadas en la Unión Soviética debido a la influencia impuesta por el régimen ruso.

---

<sup>158</sup> Ídem. Pág. 131.

<sup>159</sup> Ídem. Pág. 131.

<sup>160</sup> ALONSO ELIZO, Juan y otros. *El Respeto a la Diferencia por Orientación Sexual, Homosexualidad y Lesbianismo en el Aula*. Citando a Lauritsen J, - Thorstand D. Editorial Xente Gai Astur. Oviedo 2002. Pág. 92.

<sup>161</sup> ALDRICH, Robert. *Gays y Lesbianas, Vida y Cultura, Un Legado Universal*. Editorial Nera . San Sebastián 2006. Pág. 194.



Así entonces, se puede ver como la dictadura comunista de la antigua Unión Soviética ocasionó al colectivo LGTB igual o peor daño que el que generó el fascismo en Europa a este grupo social.

Ahora, en lo que respecta a la parte occidental de Europa, concretamente en Alemania, el científico germano Kart Heinrich Ulrichs empezó a concebir a lesbianas y gays como personas a las que no se les encontraba ninguna anomalía. La tesis defendida por Heinrich, en palabras y mentalidad de la época, es que ser lesbiana o gay constituía una anomalía comparable a ser zurdo, por ende una característica más de la personalidad. Por otra parte, un gran mérito que se tiene que reconocer a este alemán fue el conceptualizar a los homosexuales como un grupo claramente definido e iniciar la lucha política como miembro del parlamento germano por la despenalización de las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo. Ulrichs trasladó su teoría a una extensa campaña de publicaciones que emitían el mensaje que la homosexualidad debía de ser despenalizada en Alemania y en otros lugares de Europa, incluso se atrevió a estar a favor de la legalización de los matrimonios entre personas del mismo sexo<sup>162</sup>.

La lucha por la igualdad perseguida por Ulrichs en verdad representó todo un esfuerzo por conseguir la derogación del parágrafo 175 del Código Penal alemán, que desde 1875 clasificaba las relaciones homosexuales como delito. En el año de 1919, fundó el Instituto de Investigaciones Sexuales y en 1921 organiza la liga para la reforma sexual, la cual llega a contar con 130.000 miembros en todo el mundo. Ahora bien, es importante resaltar que la situación vivida en Alemania respecto al colectivo LGTB no era homogénea en todo su territorio, todo lo contrario, existían notables diferencias entre Estados y ciudades, por ejemplo Múnich y Dresde fueron absolutamente represivas y estrictas, por el contrario Hamburgo y Berlín aparentemente debido a los acuerdos alcanzados entre organizaciones homosexuales y la policía local, eran más tolerantes a la diversidad sexual, una reacción generada con seguridad debido a las subculturas homosexuales vividas en ambas ciudades.

---

<sup>162</sup>HERREROS BRASAS, Juan. *La Sociedad Gay una Minoría Invisible*. Editorial Foca. Madrid. 2001. Pág. 247.

Al igual que Alemania, en Gran Bretaña la policía contaba con un departamento especial que vigilaba las zonas públicas donde solían ir los hombres que tenían sexo con otros hombres. Se les vigilaba con policías secretos que trabajaban en parejas por un rango de tiempo de dos meses para evitar ser reconocidos y según *Aldrich* afirmaban que otra de las razones para no superar este rango de tiempo era evitar el “contagio”<sup>163</sup>. El mismo autor nos explica como en ambos Estados los miembros de este departamento de policía “incluían detalladamente las llegadas y las salidas de los sospechosos, registraban las pocas palabras que se intercambiaban y a veces apuntaban su vestimenta y su pose, así como los objetos que se consideraban significativos (polvos, colonia, crema de cara, espejos, etcétera). Estos datos servían de base para un análisis, en ocasiones muy minucioso, de la conducta de los sospechosos, que tenían como objetivo determinar la gravedad del delito y la severidad del castigo. Las caricias, la masturbación, la felación y la sodomía ocupaban distintos lugares en la escala de delitos, y se tenía en cuenta también la edad del compañero y el número de veces que se repetía el acto”<sup>164</sup>.

En Francia por el contrario, las relaciones entre adultos del mismo sexo no eran ilegales si se realizaban con mutuo consentimiento y *en privado*, sin embargo, los policías franceses solían crear fichas policiales en donde recopilaban los datos de marineros comunistas y homosexuales que visitaban locales públicos y puertos militares<sup>165</sup>.

### **9.1. Aproximaciones de la realidad legal y social del colectivo LGTB en la segunda guerra mundial**

Éste periodo de la humanidad es tal vez uno de los sucesos más difíciles de nuestra historia. Millones de personas fueron asesinadas y torturadas, pocos fueron los sobrevivientes de esta guerra en comparación con el número de muertos y desaparecidos. Alemania es la madre del fascismo en los años treinta y Adolfo Hitler lidera el partido Nazi con el que difunde un discurso de superioridad

---

<sup>163</sup>ALDRICH, Robert. Gays y Lesbianas, Vida y Cultura, Un Legado Universal. Editorial Nera. San Sebastián 2006. Pág. 187.

<sup>164</sup>Ídem. Pág. 188.

<sup>165</sup>ALDRICH, Robert. Gays y Lesbianas, Vida y Cultura, Un Legado Universal. Editorial Nera. San Sebastián 2006. Pág. 191.

en el cual la raza alemana se expone como superior a las otras, siendo la raza aria, la más valiosa y la más fuerte. Con estos argumentos emprende una lucha en contra de todo aquel que se consideraba contrario a los ideales de un estereotipo de raza aria partiendo de la idea de que todo lo que no encajaba dentro de su esquema se considera inferior y por tanto no alemán. Como es bien sabido muchas de las personas que no encajaban dentro de su prototipo de perfección tenían como destino campos de concentración y de exterminio en Alemania y en todos los territorios invadidos, estos “*lugares de la muerte*” vieron desfilar no sólo judíos, primer exogrupo objeto militar de los fascistas, sino también todas las personas que se encontraban dentro de una lista de enemigos de la patria. En este grupo se encontraban opositores políticos, gitanos, españoles republicanos que cruzaban la frontera con rumbo a Francia huyendo de la dictadura franquista y por supuesto gays y lesbianas.

Para imponer su Ley, el nacional socialismo de Hitler derogó cualquier concepto jurídico anterior que se opusiera al nuevo desarrollo del sistema que obstaculizara el dominio de la Nueva Alemania. En 1935 queda abolido el principio de constitucionalidad que estipula que únicamente podían castigarse los actos previamente tipificados, de tal manera que se legisla un nuevo mandato en el cual, todo lo contrario a los intereses del Estado debe de ser castigado<sup>166</sup>.

Ante esta situación nos encontramos con la paradoja de que la homosexualidad y la bisexualidad masculina estaban presentes dentro del ejército Nazi alemán de una forma incluso podría decirse no oculta, de hecho altos cargos nazis eran homosexuales, ejemplo de esto fueron Ernst Röhm, jefe de las Sturmabteilung y Edmund Heines, ambos líderes de la SA<sup>167</sup>. Incluso el mismo Ernst fue un conocido homosexual en los principios de los años treinta. Su orientación sexual era pública y fue miembro de la Liga por los *Derechos Humanos* (Bund für Menschrecht), una de las más importantes organizaciones homosexuales del momento<sup>168</sup>. Adolfo Hitler sabía acerca de la orientación sexual Röhm, e inicialmente no dio órdenes de atacar a los homosexuales, como tampoco a otros altos cargos militares; incluso llegó a proteger a sus líderes nazis homosexuales más cercanos, como era el caso de Röhm, sin importarle que otros

---

<sup>166</sup>ídem. 138.

<sup>167</sup>Sturmabteilung, División de Asalto Alemán.

<sup>168</sup> HERREROS BRASAS, Juan. *La Sociedad Gay una Minoría Invisible*. Editorial Foca. Madrid. 2001. Pág. 254.

importantes elementos del partido nazi pensaran que las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo eran una violación política a la ética del partido<sup>169</sup>. Tiempo más tarde Hitler cambia de idea cuando entiende que Röhm puede suponer una amenaza a su poder, dando orden a la persecución de todo aquel que mantenga relaciones sexuales entre personas del mismo sexo. Uno de los episodios que inicia esta persecución dentro de la saga del régimen Nazi es *La Noche de los Cuchillos Largos*. Los hechos fueron los siguientes: Ernst Röhm, jefe supremo de la SA, junto con otros dirigentes de esta división fueron tomados por sorpresa mientras descansaban en un hotel, y tras ser encontrados compartiendo sus habitaciones con otros hombres, las fuerzas de la SS<sup>170</sup> los asesinaron. Röhm fue invitado primero a suicidarse pero al negarse fue acribillado a balazos. Dispuesto a buscar el apoyo popular, Hitler a partir de esta noche, inicia el ataque político y legal en contra de los homosexuales a cargo del jefe de las SS, Heinrich Himmler, quien durante todo el periodo de la Alemania nazi terminaría llevando a miles de hombres y mujeres homosexuales, bisexuales y transexuales a los campos de concentración más atroces.

Los principios teóricos de la homofobia y de la doctrina jurídica de la defensa social, impulsaron a identificar en los campos de concentración a los prisioneros de guerra. Así como los judíos llevaron la estrella de David para ser identificados, se designó un triángulo violeta para los testigos de Jehová y estudiosos de la Biblia, el rojo para prisioneros políticos, el azul para inmigrantes, el marrón para los gitanos y para los hombres homosexuales un triángulo rosa así como para las mujeres lesbianas un triángulo negro. Sin embargo, el triángulo negro no sólo estaba destinado para la mujer homosexual, también con éste mismo símbolo se identificaron a las prostitutas, las asóciales, a los vagos, los maleantes y a los inadaptados, la mujer lesbiana o bisexual era absorbida dentro de un grupo de clasificación por parte del régimen en donde se destinaba a un amplio grupo de enemigos políticos, invisibilizándole incluso de una manera expresa como presa política, aunque fuera por ser lesbiana o bisexual la razón por la cual habían sido detenidas por el nazismo. El escalafón más bajo, en la escala de valores de la Alemania nazi fue el de los hombres judíos homosexuales,

---

<sup>169</sup>[http://es.wikipedia.org/wiki/Persecuci%C3%B3n\\_de\\_los\\_homosexuales\\_en\\_la\\_Alemania\\_nazi](http://es.wikipedia.org/wiki/Persecuci%C3%B3n_de_los_homosexuales_en_la_Alemania_nazi).

<sup>170</sup>Abreviación alemana de *Schtzstaffel*, lo cual significa cuerpo de protección.

quienes eran identificados con doble símbolo, un triángulo rosa y una estrella de David.

Respecto a las mujeres, para el tercer Rëich debían ser madres en primera instancia, y como miembros de la población, tenían que servir al Estado. Las lesbianas estaban totalmente fuera de este planteamiento. Para el Führer las jóvenes alemanas estaban destinadas a convertirse en madres alemanas, en maquinas reproductoras del Estado, en las perpetuadoras de un raza pura y superior, por lo cual, la mujer lesbiana salía de todo el arquetipo creado por el nacional socialismo, al ser una mujer homosexual esta no se reproduciría, no aportaría su descendencia a la patria alemana, por ende, no eran dignas de ser alemanas, tampoco eran útiles para los fines del Estado y debían ser tratadas como enemigas de la raza y del Estado Alemán. Algo parecido, después de los acontecimientos de *La Noche de los Cuchillos Largos* se empieza a interpretar respecto a los hombres homosexuales, sólo que a ellos se les suma la idea que los hombres alemanes no podían comportarse como hombres débiles, y que el hecho de tener relaciones sexuales con otros hombres, fueran afectivas o sexuales, los conducía a una posición de sumisión, que dejaba entre dicho un peligro para la fuerza y la superioridad de la Nueva Alemania.

Los testimonios, de las barbaries aplicadas a los prisioneros homosexuales, son estremecedores, mujeres y hombres homosexuales y bisexuales eran enviados a campos de concentración especializados sometidos a trabajos forzosos más fuertes que a los que sometían a los otros prisioneros, aparte de esto, las personas homosexuales recibían brutales palizas en pabellones especiales en donde después de ser golpeados e incluso abusados sexualmente, eran aislados de los otros prisioneros de tercer Rëich, a las transexuales se les trató igual, su realidad, se confundió y fundió dentro del concepto que el nazismo entendía como homosexualidad. Además, pese a las agresiones sufridas por los nazis, el colectivo LGTB, según lo que se ha podido constatar por supervivientes, no recibió ningún tipo de consideración ni solidaridad por parte de sus otros compañeros en el holocausto, así nos lo interpreta *Heinz Heger* en su obra *Los hombres del Triangulo Rosa*, el autor en su obra pone al descubierto como los homosexuales fueron separados por los nazis en un pabellón especial, siendo sometidos a humillaciones espantosas por parte de los mismos militares como también por parte de los otros prisioneros. En sus

abundantes ejemplos, incluso expone como muchos homosexuales llegaron a perder sus vidas a base de palizas en los campos de concentración<sup>171</sup>.

Toda expresión afectiva entre personas del mismo sexo, especialmente entre varones, era vista por la dictadura alemana como muestra de homosexualidad, por lo que el párrafo 175 fue ampliado, incluyéndose en él cualquier expresión del deseo homosexual. Desde el punto de vista nazi, el homosexual no tenía valor social alguno, por lo cual no era útil, lo que llevaba a tener que ser eliminado. El lesbianismo como tal, no se penalizó, aunque como citamos con anterioridad sí se castigó, las mujeres que eran descubiertas teniendo relaciones afectivas y sexuales entre ellas eran destinadas a los campos de concentración, sin embargo, el lesbianismo dentro de la Ley fue invisibilizado, el machismo y la visión tan masculinizada de la época hacía entender a las mujeres en general como sujetos que estaban obligadas a realizar las funciones tradicionales de la casa, la sexualidad femenina era ignorada, olvidada y trasladada a un segundo plano. En cierta forma, fue una ventaja para muchas mujeres no heterosexuales, ya que no todas vivieron el holocausto que sufrieron los hombres homosexuales, bisexuales y las mujeres transexuales, sin embargo, y ya trasladándonos al punto de vista de la historia y la sociología, éste es un precio que se cobraría en el futuro desde el punto de vista de la realidad lésbica y de la sexualidad de la mujer en sí, tal vez, de haber sido perseguidas con el mismo ímpetu que se persiguió a los hombres, éstas pudieran haber tenido un referente social más fuerte en generaciones futuras ya que al ser abiertamente asediadas podrían haber sido una herramienta útil en el futuro para la normalización de la sexualidad de las mujeres, en especial para este grupo en concreto. Muchas de las procesadas lesbianas, procedían de Austria, ya que en este Estado si estaba penalizado el lesbianismo, otras, en otras regiones de Europa, eran detectadas como lesbianas pero como no se les podía imputar delito alguno se les abrían procesos por asociales o comunistas. Algunas de ellas, una vez eran ingresadas a los campos de concentración, eran obligadas a trabajar en burdeles en los cuarteles, en donde se las sometía a violaciones constantes y sistemáticas, reafirmando la jerarquía de los géneros del momento y su entendimiento de orden patriarcal.

---

<sup>171</sup>HEGER, Heinz. *Los Hombres del Triángulo Rosa, Memorias de un Homosexual en los Campos de Concentración*. Editorial Amaranto. Madrid. 2002. Pág. 55.

Así mismo, Himmler generó interés por los experimentos médicos con homosexuales, empezó a aplicar tratamientos a prisioneros gays por medio de los cuales pretendía cambiar la orientación del deseo de los prisioneros, tales métodos fueron la castración, los tratamientos psiquiátricos y hormonales.

## **9.2. La Posguerra en Europa**

Después de finalizada la segunda guerra mundial todos los prisioneros de guerra fueron liberados en las cárceles de Alemania y Europa del Este, sin embargo sólo los prisioneros de guerra homosexuales siguieron en las cárceles europeas. Aunque ya Europa se había liberado de la barbarie nazi y de los campos de concentración, los varones homosexuales siguieron teniendo estatus de detenidos siendo condenados a trasladarse a otros centros penitenciarios supuestamente más *humanizados*. La razón de esto es fue que la Alemania de la post guerra siguió guardando archivos y documentos de quienes estaban penados como *desviados sexuales* tal como lo dictaminaba el antiguo párrafo 175. Dicho artículo se mantuvo vigente hasta el año de 1969, sin embargo, no se eliminó, se modificó. Sólo en el año de 1973 la República Federal Alemana hizo una segunda reforma; desde este momento sólo eran sancionadas, en la Alemania Occidental, las relaciones sexuales entre hombres si uno de ellos era menor de 18 años. Más tarde, el partido de los verdes intentó eliminarlo en el año de 1980 pero no tuvo éxito alguno, el párrafo 175 sólo pudo ser eliminado finalmente en el año 1994 con la adaptación de las legislaciones de las dos Alemanias y la entrada de la parte Oriental del país a la Unión Europea<sup>172</sup>.

## **9.3. Realidad social y legal en referencia a la diversidad sexual en la España franquista**

En España la legislación penal desde el año 1822 no tipificaba la homosexualidad como delito, sólo se castigaban los abusos deshonestos, por lo que los actos homosexuales entre personas mayores y en privado, estaban fuera del alcance de la Ley penal. Para la época, ésta era una legislación avanzada, pero al llegar la dictadura de Primo de Rivera las leyes cambian y debido a la

---

variación de la normativa la homosexualidad vuelve a ser considerada un tipo penal.

El fascismo empieza a nacer en España, la derecha extrema ya se había empezado a apoderar de gran parte de Europa: Portugal con Salazar, Alemania con Hitler e Italia con Mussolini, grandes cambios políticos se acercan y las consecuencias de estos no son precisamente favorables para la población en general. Europa empieza a vivir una etapa negra de fascismo y dictaduras, de guerras y persecuciones, y quienes se consideraban peligrosos para estos regímenes eran buscados encarcelados o aniquilados.

Así como Hitler persiguió a los homosexuales, Primo de Rivera, en un primer momento, y Franco poco más tarde, tomaron como objetivo militar a los homosexuales, según *García Valdés*, Primo de Rivera especificó en su dictadura que las relaciones homosexuales eran un comportamiento deshonesto y que debían de ser penadas: *“cuando tuviere lugar con persona del mismo sexo del culpable, se impondrá la pena de doce a trece años de prisión”*<sup>173</sup>. Igualmente, impone un artículo sobre el escándalo público en el Código Penal de 1928, el cual dice: *“el que habitualmente o con escándalo, cometiere actos contrarios al pudor con personas del mismo sexo, será castigado con multa de 1.000 a 10.000 pesetas e inhabilitación especial para cargos públicos de seis a doce años”*<sup>174</sup>.

En la Segunda República se mantiene una actitud *tolerante* hacia la homosexualidad, consecuente con el régimen político gobernante de la época, pero a partir de la guerra civil vuelve a reinar una ideología conservadora y un nuevo orden de valores que pondrá a las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo<sup>175</sup> en un rechazo social absoluto. En esto ayudó mucho la jerarquía de la Iglesia católica, que con una tendencia más cerrada y oscurantista contribuyó a fomentar un rechazo hacia las personas homosexuales.

Los republicanos pierden la guerra y España pasa de República a Dictadura. Francisco Franco asume el poder y poco a poco se empiezan a recortar los derechos y libertades de la ciudadanía española.

---

<sup>173</sup>GARCÍA VALDÉS, Alberto. *Historia y Presente de la Homosexualidad*. Editorial Akal. Madrid. 1981. Pág. 104.

<sup>174</sup> Ídem. Pág. 104.

<sup>175</sup>Más entre hombres que entre mujeres. Las lesbianas han sido víctimas de una invisibilidad impuesta por la sociedad, como también, de una doble discriminación, por ser lesbianas y ser mujeres.



Respecto a las relaciones entre personas del mismo sexo, la represión cada vez es más fuerte en el ámbito afectivo sexual, en principio de la época franquista las relaciones sexuales entre varones sólo eran castigadas por el Derecho Penal si se daban en un lugar público o si eran practicadas con menores de edad. Pero dos son los momentos históricos legislativamente más fuertes en los cuales durante la dictadura franquista se legisla en contra de las libertades y los Derechos Humanos de las personas homosexuales, bisexuales y transexuales<sup>176</sup>. El primero, a mediados de los años cincuenta con modificación de la Ley del 4 de agosto de 1933 de vagos y maleantes en 1954 y con la Ley 16/1970 de peligrosidad y rehabilitación social.

**Ley de Vagos y Maleantes del 4 de agosto de 1933** se legisla en España con el objetivo de conseguir que las personas consideradas sujetos peligrosos fueran enviados a centros o establecimientos idóneos para ser tratados mediante educación y trabajo social, de esta manera, se planteaba la posibilidad de lograr una resocialización y reconducción de los individuos<sup>177</sup>.

En la versión de 1933 no estaban incluidos los homosexuales como maleantes pero con la **Ley del 15 de julio de 1954 por la que se modifica los artículos 2 y 6** se reforma la norma existente y estos pasan a ser considerados como sujetos peligrosos ante la Ley y la comunidad. En esta reforma se empieza a considerar al homosexual como un peligro para la sociedad por lo cual se le debe privar de la libertad y someterle a una vigilancia para salvarle de sus instintos degenerados, reeducándole para que más tarde se pueda integrar a la comunidad. La gran mayoría de las víctimas de esta Ley no fueron, ni vagos, ni maleantes pero esto importaba poco porque en el nuevo marco legal se consideraba como un peligro a todo varón que tuviera inclinaciones sobre personas de su mismo sexo. *Fernando Olmeda*, en su libro *El látigo y la Pluma*, describe como la jerarquía de la iglesia y el franquismo influyeron en toda esta normativa: *“Los jefes de aquella España uniformada, santurrón y mediocre actualizarán algunos principios del nacional catolicismo, incorporando a la vez nuevas ideas sobre la homosexualidad, como las que asociaban a factores*

---

<sup>176</sup> Persona que biológicamente nace con un sexo pero psicológicamente se siente perteneciente a otro sexo.

<sup>177</sup>GARCÍA VALDÉS, Alberto. *Historia y Presente de la Homosexualidad*. Editorial Akal. Madrid. 1981. Pág. 120.

*ambientales. Como se les considera además una amenaza para la sociedad, se recomendará el aislamiento del sujeto (antes desviado o pecador, ahora peligro social) no en un manicomio o en un centro penitenciario, entornos proclives a las prácticas homosexuales, sino en instituciones especiales adecuadas para corregir con terapias su comportamiento. Había que eliminar todo aquello que contaminase o enfermase el cuerpo robusto de la patria”<sup>178</sup>.*

Olmeda citando la Sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de noviembre de 1858, permite el poder hacerse una idea clara de la visión que se tenía de la homosexualidad en la época: *“las prácticas de homosexualidad con individuos mayores de edad, en plenitud de sus facultades mentales y sin circunstancia alguna que pueda mermar la libertad absoluta de sus asociaciones, significarán, fuera de la menor duda, la manifestación de un vicio de la más absoluta repulsa”<sup>179</sup>.*

La modificación de la Ley en 1954 se basó en el cambio de los artículos segundo (apartado segundo) y sexto (apartado veinte). Al artículo segundo, en la calificación de maleantes, junto con los rufianes y proxenetas se unió a los homosexuales<sup>180</sup>. El artículo sexto se basaba en las penas, siendo estas las siguientes:

- 1. “Internado en un establecimiento de trabajo o colonia agrícola. Los homosexuales sometidos a esta medida de seguridad deberán ser internados en Instituciones especiales, y en todo caso, con absoluta separación de los demás.*
- 2. Prohibición de residir en determinado lugar o territorio y obligación de declarar su domicilio.*
- 3. Sumisión de vigilancia de los delegados”<sup>181</sup>.*

El mismo autor cita un ejemplo de éste tipo de establecimientos construidos en toda España: *“El 30 de Enero de 1954 se inaugura la Colonia Avícola Penitenciaria de Tefía, en Fuerteventura, donde era arrojada la <<escoria>> de la sociedad canaria. Presos comunes, algunos políticos y muchos homosexuales*

---

<sup>178</sup>OLMEDA, Fernando. *El látigo y la Pluma. Homosexuales en la España de Franco*. Editorial Oyeron. Madrid. 2004. Pág. 98.

<sup>179</sup>Ídem. Pág. 100.

<sup>180</sup>GARCÍA VALDÉS, Alberto. *Historia y Presente de la Homosexualidad*. Editorial Akal. Madrid. 1981. Pág. 104.

<sup>181</sup>MIRA, Alberto. *De Sodoma a Chueca*. Editorial Egales. Madrid. 2004. Pág. 321.

*sufrieron allí todo tipo de vejaciones. Un campo de concentración al que, a pesar de la relativa permisividad reinante de siempre en el archipiélago, fueron a parar decenas de jóvenes víctimas de la re engrasada maquinaria represiva*<sup>182</sup>.”

La Ley de peligrosidad social se convirtió así en una de las normativas penales más conocidas y populares en el franquismo, siendo la mayoría de sus condenados hombres homosexuales y mujeres transexuales que eran tratadas por régimen como varones.

Ya, en la época final del franquismo, se legisla la **Ley 16/1970, de 4 de agosto, sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social**, la cual viene a reemplazar a la antigua **Ley de vagos y maleantes** y es otro ejemplo de la homofobia de Estado de la legislación del régimen franquista.

Aprobada el 4 de Agosto de 1970, según *Alberto Mira*, era una Ley que deshacía las ambigüedades de la Ley de vagos y maleantes. Una Ley ambigua le convenía a un régimen que tenía las manos libres para actuar como quisiera. Sin embargo, ya en el año de 1970, Franco quiere dar una imagen inflexible del Estado y la homofobia es una buena herramienta para la cohesión social, de ahí la idea de crear una Ley que penalizara la homosexualidad como delito.

Sí en la Ley de 1954 eran peligrosos los homosexuales en sí, en la Ley de 1970 vienen a ser peligrosos los hombres que ejercen actos homosexuales. *García Valdés* explica como el sentido del cambio es explicado en la Sentencia de 22 de Diciembre de 1971: *“Lo que caracteriza al homosexual, al efecto de aplicar las pertinentes medidas de seguridad, además de la realización de un acto determinado e inequívoco de naturaleza homosexual es la circunstancia de haber realizado con anterioridad otro u otros actos análogos, es decir, que la vigente Ley ha venido a llenar una laguna de la anterior pues, en definitiva, viene a exigir la habitualidad, que es lo que, durante la vigencia de la Ley de 4 de agosto de 1933 declaró reiteradamente esta sala, pues sólo una repetida realización de actos merecedores de ser catalogados como homosexuales revela la perversión sexual generadora de una antisocial conducta”*<sup>183</sup>. Siguiendo a *Alberto Mira*, el primer

---

<sup>182</sup>OLMEDA, Fernando. *El látigo y la Pluma. Homosexuales en la España de Franco*. Editorial Oyeron. Madrid. 2004. Pág. 104.

<sup>183</sup>GARCÍA VALDÉS, Alberto. *Historia y Presente de la Homosexualidad*. Editorial Akal. Madrid. 1981. Pág. 122.

borrador de la Ley condenaba a los homosexuales, mientras la revisión que se aprobó especificaba que se condenaba a los hombres que realicen prácticas homosexuales, por lo que el texto de Ley quedaba enunciando lo siguiente:

*“Artículo 2: Serán declarados en estado peligroso, y se les aplicarán las correspondientes medidas de seguridad y rehabilitación, quienes:*

- 1. Resulten probadamente incluidos en algunos de los supuestos de este artículo.*
- 2. Se aprecie en ellos una peligrosidad social.*

*Son supuestos de estado peligroso los siguientes:*

*(...)*

- 1. Los que realicen actos de homosexualidad.*
- 3. En cuanto a las medidas de seguridad, quedan fijadas por el artículo 6, número 3:*

*A los comprendidos en el número 3, se les impondrán, para su cumplimiento sucesivo:*

- 1. Internamiento en un establecimiento de reeducación (por cierto no inferior a seis meses ni superior a cinco años, según concreta el artículo 5).*
- 2. Prohibición de residir en el lugar o territorio que se designe, o de visitar ciertos lugares o establecimientos públicos y sumisión a la vigilancia de los delegados<sup>184</sup>.*

*García Valdés nos explica que se entendía por actos de homosexualidad, citando una sentencia del año 1972 publicada en las circulares relacionadas con la Ley de Peligrosidad Social, en la cual se manifiesta lo siguiente: “Todos los actos de ayuntamiento carnal perineales, actos activos o pasivos entre personas del mismo sexo y los de onanismo bucal in vade praepostero vel in buca así como los de masturbación y tratamientos lascivos de cualquier condición, efectuados por homosexuales genuinos o congénitos, o por los ocasionales, es decir, tanto por aquéllos que se deben a factores filogenéticos, como a circunstancias ontogenéticas, natura nurtuta, lo que somos y lo que adquirimos,*

---

<sup>184</sup>MIRA, Alberto. *De Sodoma a Chueca*. Editorial Egales. Madrid. 2004. Pág. 326.

*respectivamente, pues se acogen en la Ley, que atiende a la práctica de los actos y a la peligrosidad del sujeto y no a la causa que los motiva, aunque, a efectos de tratamiento de la medida de seguridad, individualizándolo, para hacerlo más efectivo se procure el conocimiento de su género a efectos de tratamiento rehabilitador*<sup>185</sup>.

El franquismo español se caracterizó por un exceso de carencias constitucionales que permitían al Estado dictatorial a realizar una serie de abusos y castigos. A lo largo de todo su periodo de aplicación se abrieron 4.000 expedientes en toda España, sin embargo el número de detenidos y fichados por homosexualidad, ascendieron a más de 50.000. Los métodos de su aplicación fueron extremos, abundaban policías de incógnito en establecimientos públicos como cines, parques o lugares de encuentros y siempre hacían un esfuerzo para obligar a los detenidos a dar nombres de otros hombres que pudieran conocer<sup>186</sup>.

En los juicios de “*Peligrositas Social*” se violaba en toda su expresión el *Derecho Fundamental al Debido Proceso*, dado que los detenidos no habían cometido ningún delito en sí, las sentencias no se dictaban como en los otros juicios, sino que en estos casos se establecían Tribunales especiales de peligrosidad, formados por un juez, un fiscal y un forense, y *la presencia de un abogado defensor no se consideraba necesaria*. El sujeto era condenado hasta que la peligrosidad, en éste caso la homosexualidad, desapareciera y para esto se les sancionaba con el encierro, el cual podía durar de cuatro meses a tres años, dependiendo de la benevolencia del Tribunal. Pero el castigo no quedaba simplemente ahí, en el momento de quedar en libertad, a los homosexuales se les imponía una orden de destierro, imposibilitando a los procesados a regresar a sus lugares de residencia por el periodo de un año. Dos fueron las instituciones penitenciarias especializadas, que supuestamente rehabilitarían a los homosexuales en la España franquista: el centro de Huelva al cual eran enviados los hombres homosexuales activos y el centro de Badajoz en donde eran enviados los homosexuales pasivos, el centro penitenciario que le correspondía al sujeto era dictaminado por el régimen después de haber pasado un examen médico. Sin embargo, si se veía sobresaturados los centros de rehabilitación por

---

<sup>185</sup>GARCÍA VALDÉS, Alberto. *Historia y Presente de la Homosexualidad*. Editorial Akal. Madrid. 1981. Pág. 326.

<sup>186</sup>MIRA, Alberto. *De Sodoma a Chueca*. Editorial Egales. Madrid. 2004. Pág. 326.

los homosexuales detenidos por incurrir en la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, los individuos eran trasladados a otros centros como la cárcel Modelo de Barcelona en donde eran sometidos a múltiples vejaciones<sup>187</sup>.

Ahora bien, especial trato en esta investigación tiene que tener dentro de Europa el caso español por lo que hoy por hoy representa España en el reconocimiento legal de los derechos del colectivo LGTB y el avance social y legal generado en lo que respecta a sus Derechos Humanos en un espacio de tiempo de 30 años desde el inicio de la democracia en el Estado español.

Es a finales del franquismo cuando el denominado movimiento de liberación gay<sup>188</sup> en España comienza a dar sus primeras manifestaciones a principios de los años setenta con los ecos de la revuelta de Stonewall en los Estados Unidos<sup>189</sup>. Organizarse de esta forma fue un logro de gran dificultad teniendo en cuenta que aún el país se encontraba bajo el régimen de una dictadura militar de extrema derecha.

Quienes se manifestaran en contra de la represión a las minorías sexuales se podían encontrar con las sanciones estipuladas por la Ley de Peligrosidad Social, aprobada en Agosto de 1.970<sup>190</sup>. El texto de Ley prevenía medidas punitivas y *correctivas* para quienes tuvieran relaciones con personas del mismo sexo, aunque en realidad, como ya antes se ha citado, la Ley realmente iba dirigida a los varones que tenían relaciones sexuales y/o afectivas con otros hombres. Las mujeres en el franquismo e incluso en la transición, eran ciudadanas supeditadas a la figura masculina como había venido siendo históricamente, por lo que aquí también las lesbianas estaban destinadas a otro tipo de condena, la invisibilidad. Sin embargo, a pesar de no ser vistas como una amenaza social primaria, no quedaron fuera de la opresión de la Ley impuesta por el régimen. Si para el Franquismo las disidentes no debían ir a la cárcel, sí tenían que ir al psiquiátrico, esa era su pena y es en éste lugar es donde se les trataba

---

<sup>187</sup> Ídem. Pág. 327.

<sup>188</sup> En ese tiempo al movimiento se denominaba con este término por el contrario de la denominación actual LGTB.

<sup>189</sup> Es evidente que tal suceso influyó a los movimientos que reivindicaban la igualdad para las personas LGTB al menos en occidente

<sup>190</sup> Las mujeres lesbianas y bisexuales, fueron consideradas por el régimen casi invisibles por lo que no fueron de la misma manera perseguidas, sin embargo hay casos en los cuales se sentenció a muchas de ellas ser recluidas en centros psiquiátricos por manifestar una orientación del deseo hacia personas de su mismo sexo. Sobre hombres transexuales no se tiene conocimiento de haber sido sujetos de las atrocidades del régimen.

con las medidas correctivas pertinentes para el caso. Con toda esta presión legal y social, la creación de un movimiento de lesbianas, gays, transexuales y bisexuales fue una tarea ardua desde el punto de vista social teniendo en cuenta las consecuencias legales a las que se estaban exponiendo, siendo el mismo más adelante clave fundamental para la consecución de la igualdad legal y social del colectivo LGTB 25 años después de la transición española<sup>191</sup>.

Inspirados por un boletín creado por la asociación homosexual francesa Arcadie que se imprimía en Suecia y, desde ahí, enviado a Alemania después a Perpignan, Francia y por último a Barcelona, los activistas españoles, influenciados en las líneas de éste diario crearon el **Movimiento Español de Liberación Homosexual (MEHL)** con sedes en Barcelona, Madrid y Bilbao. Su objetivo principal fue visibilizar la situación que pasaba el colectivo y la creación inicial de referentes sociales para reivindicar sus derechos y así conseguir una igualdad ante el Estado y en la sociedad. En general, debido a las presiones policiales, y por razones de seguridad, el movimiento LGTB se divide en varios grupos y muchos de ellos poco a poco se van disolviendo hasta quedar sólo el núcleo organizativo<sup>192</sup>.

Tras la muerte de Franco, el MEHL es desintegrado y en el año de 1976 los militantes que quedaban en Catalunya pasan a denominarse el Front d'Alliberament Gai de Catalunya (FAGC). Es este frente el que empieza a ser el modelo asociativo LGTB en toda España, poco tiempo después impulsa la creación del Frente de Liberación de las Islas y del Instituto Lambda como centro social y de ayuda para lesbianas y gays, el cual hasta la fecha sigue existiendo en Catalunya. El FAGC convoca a una manifestación el Domingo 26 de Junio de 1977 en Barcelona teniendo como objetivos principales el realizar la primera manifestación del movimiento LGTB en España y conmemorar el día internacional del orgullo como acto de reivindicación social y legal en España, el segundo, y el más importante, fue el exigir la inmediata derogación de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social por parte del Estado Español. *Miguel Ángel Soriano* describe su percepción de este evento, que, para la época, tuvo una gran repercusión

---

<sup>191</sup>GIMENO, Beatriz. *Historia y Análisis Político del Lesbianismo, La Liberación de una Generación*. Editorial Gedisa. Barcelona. 2005. Pág. 188.

<sup>192</sup>HERREROS, Juan. *La Sociedad Gay, Una Minoría Invisible*. Editorial Foca. Madrid. 2001. Pág. 295.

social, “La fecha del 26 de Junio de 1977 pasará a los anales de la Historia como un día en el que varios miles de marginados españoles, prostitutas, lesbianas y homosexuales, lucharon por la consecución y reconocimiento de sus más legítimos derechos de libertad y dignidad humanos”<sup>193</sup>.

En Junio 1978, se realizan por segunda vez, manifestaciones del día del orgullo, esta vez, no sólo en Barcelona, Madrid, Bilbao sino que también se unen otras ciudades claves de España que realizan las mismas reclamaciones, todo en un mismo día, en diferentes ciudades estratégicas de España con el objetivo de llegar la mayor repercusión social en diferentes puntos del Estado español en el mismo día. Tales manifestaciones tenían el objetivo principal de visibilizar la violación de los Derechos Humanos del colectivo LGTB.

Ya, en 1979, el movimiento LGTB español, tras haber conseguido un encuentro con el Ministro de Justicia *Garrigues Walker*<sup>194</sup> y ejercer presiones en los partidos progresistas<sup>195</sup> recién re-formados, logra la derogación de la Ley que durante los últimos años del franquismo envió a miles de hombres homosexuales y bisexuales y mujeres transexuales a cárceles de *reinserción social*<sup>196</sup>. En este momento, “una vez derogada la Ley de Peligrosidad Social, tiene lugar en 1980 el reconocimiento legal de las organizaciones gays, comenzando por el FAGC”<sup>197</sup>. Es así como en España empiezan a abrirse nuevos caminos para el colectivo LGTB, la transición a la democracia fue el primer paso para que empezara la organización de una exigencia de libertad e igualdad para todos en el Estado Español que 25 años más se materializaría.

---

<sup>193</sup>SORIANO, Miguel Ángel. *La Marginación Homosexual en la España de la Transición*. Editorial Egales. Madrid. 2005. Pág. 195.

<sup>194</sup>HERREROS, Juan. *La Sociedad Gay, Una Minoría Invisible*. Editorial Foca. Madrid. 2001. Pág. 296.

<sup>195</sup> Es importante recordar que aunque los partidos progresistas proclamaban y exigían la libertad de expresión, dentro de sus filas existía aún la homofobia y el machismo, la cual incluso perduraría dentro de los partidos en España hasta principios del siglo XXI. Sólo José Luís Rodríguez Zapatero y Gaspar Llamazares fueron los líderes políticos nacionales que abiertamente se han pronunciado a favor de la igualdad de las personas LGTB en España.

<sup>196</sup>MIRA, Alberto. *De Sodoma a Chueca*. Editorial Egales. Madrid. 2004. Pág. 488.

<sup>197</sup>HERREROS, Juan. *La Sociedad Gay, Una Minoría Invisible*. Editorial Foca. Madrid. 2001. Pág. 296.



## **10. Transformación social, jurídica, política y social del reconocimiento de los Derechos de lesbianas, gays, transexuales y bisexuales**

En este apartado se aborda la relación de la orientación y la identidad sexual en la esfera pública y cómo los inicios de ésta visibilidad social es el germen que promovería los cambios jurídicos, políticos y sociales en lo que respecta al colectivo LGTB a finales de siglo y en los principios del siglo XXI. Aquí se observa como las organizaciones sociales se establecieron como factores políticos con el objetivo de combatir las causas de discriminación del colectivo LGTB.

Después de la postguerra, las décadas de 1950 a 1970 se caracterizaron por un inmenso cambio acelerado entre los que podemos encontrar, la economía, los asentamientos humanos, la identidad, la cultura y los papeles de género. Encontramos entonces que la segunda mitad del Siglo XX empezó a generar a nivel internacional, un cambio político y social respecto a la situación de los Derechos Humanos, dando por consiguiente el reconocimiento e identificación de la situación de inferioridad en la que se encontraban los Derechos Fundamentales de las personas LGTB.

Claro ejemplo de la frase anteriormente mencionada es la Declaración Universal de los Derechos Humanos promulgada por las Naciones Unidas, en donde se ratifica la igualdad entre todas las personas sin distinción alguna entre raza, color, sexo, idioma, religión, etc....<sup>198</sup>. La declaración no habla en el texto, de una manera concreta y específica de la no discriminación por razón de orientación e identidad de sexual, claramente la Universal deja por fuera de la norma positiva la realidad LGTB y no visibiliza la protección de los derechos de todas las personas, ya que al tener el texto dicha omisión refleja que aunque la norma proporciona un mandato de igualdad entre hombres y mujeres, este grupo social queda fuera de la protección legal. Se hablaba de igualdad para todas las personas sin importar sus características personales pero en aquel entonces todavía muchos Estados penaban las relaciones sexuales y/o afectivas entre personas del mismo sexo.

Es por ello que, la reflexión de que todas las personas somos realmente iguales o mejor explicado, que los seres humanos tengamos las mismas

---

<sup>198</sup> Artículo 2 Declaración Universal de los Derechos Humanos.

oportunidades para acceder a esa igualdad, empieza a ser una idea generada sólo en determinados grupos sociales puesto que la universalidad de estos principios en la práctica no se cumple. Sin duda, estos inicios jurídicos para la consecución de la igualdad generados por el conjunto de las naciones en 1.948 inspiraron a muchos activistas LGTB a crear organizaciones por la defensa del colectivo. Tal transformación de pensamiento da como resultado un impulso del movimiento en el que se agrupa en diversas organizaciones y comienza a reivindicar sus derechos ante la sociedad y los diferentes Gobiernos. Por consiguiente, estamos ante un momento social y legal en el que se empiezan a generar manifestaciones públicas de lesbianas, gays, transexuales y bisexuales exigiendo una igualdad real y efectiva tanto en el ámbito legal y jurídico como en el social. Nace entonces, desde principios de la década de 1.950, movimientos reivindicativos que tenían como objeto derogar las leyes que en Estados como Reino Unido y Estados Unidos penalizaban los actos homosexuales realizados en la esfera privada, tal reclamación exigía la no intervención judicial y del Estado en la esfera privada de las personas, pidiéndose el cumplimiento y el respeto del Derecho de Intimidad de los individuos.

Es en 1.955, cuando el Instituto de Derechos Americano propuso cambios legales respecto a este tema. *Alfred Kinsey* basándose en sus informes sobre sexualidad masculina realizado en 1.948 y de sexualidad femenina en 1.953 sugiere la generalización de las prácticas homosexuales negando su naturaleza patológica. Algo similar ocurrió en Reino Unido con los informes presentados al Estado por parte de Comité Wolfenden en el año de 1.957, diez años más tarde el Parlamento cambiaría la Ley y despenalizaría en las Islas Británicas los actos entre personas del mismo sexo consentidos y privados<sup>199</sup>.

La homofobia legal es entonces un común denominador en las legislaciones de los diferentes Estados, realmente todas las sociedades de los años cincuenta fueron testigos del incremento de la discriminación hacia el colectivo LGTB, la idealización de de la familia nuclear<sup>200</sup> y la invisibilización de la homoparental así como la división marcada de los roles de género. Los sistemas de valores fueron especialmente rígidos de forma generalizada

---

<sup>199</sup>ALDRICH, Robert. Gays y Lesbianas, Vida y Cultura, Un Legado Universal. Editorial Nera. San Sebastián 2006. Pág. 202.

<sup>200</sup> Padre, madre e hijos.

independientemente de la localización geográfica de los Estados. En la guerra fría por ejemplo, era común que el comunismo y la homosexualidad se ligaran el uno al otro pues ambos hacían peligrar la estabilidad del Estado ya que estos grupos sociales *se movían dentro de un mundo oculto frecuentando lugares concretos, creando su propia literatura y compartiendo un sentido de lealtad mutua entre sus miembros*. Por otra parte, en la Unión Soviética se encontraba a la homosexualidad como un símbolo de la decadencia de occidente. Ambos posicionamientos pueden resultar altamente curiosos, ya que es interesante la analogía que los dos sistemas asumen respecto a las relaciones entre personas del mismo sexo.

Ahora bien, si hablamos de cambios en lo que respecta a la igualdad y libertad de las personas LGTB, hay que hacer referencia a los sucesos ocurridos en el pub Newyorkino *“Stonewall”* de la década de los 60’s ubicado en Christofer Street en la Zona de Manhanthan conocida como el Village. Este establecimiento de finales de los años sesenta fue uno de los primeros bares de lesbianas, gays, transexuales y bisexuales de la ciudad de Nueva York. El establecimiento recibía continuamente visitas del cuerpo de policía de la ciudad para sobornar a los clientes. Los otros empresarios de la zona con espacios similares a Stonewall también vivieron dicha experiencia por los cuerpos de seguridad del Estado. Debido a ello los propietarios de centros nocturnos eran continuamente extorsionados por la policía teniendo que pagar sumas de dinero para que no se acosase a los clientes usuales de los mismos. Sin embargo, tal situación cambió en la noche del 27 de junio de 1969 cuando la policía realiza una redada sin previo aviso a los grupos mafiosos que extorsionaban a los clubes nocturnos de toda la zona. Según *Juan A. Herreros*, *“los mafiosos que regían el bar (de los cuales tan sólo uno, Tony Luccia, el gordo, era homosexual) habían venido pagando puntualmente desde hace tres años los dos mil dólares semanales (una cantidad exorbitante para aquellos momentos) que exigía la policía para dejarles tranquilos, y no habían sido avisados de antemano, como lo eran de costumbre, de que esa noche habría redada”*<sup>201</sup>.

Dentro del bar la policía comenzó a identificar y a golpear a todos los presentes. Según *Juan A. Herreros*, fue una lesbiana quien incitó a quienes

---

<sup>201</sup>HERREROS, Juan. *La Sociedad Gay, Una Minoría Invisible*. Editorial Foca. Madrid. 2001. Pág. 281.

habían sido detenidas y detenidos a que se revelaran en contra de dicha injusticia. Las víctimas sumisas se transformaron con rabia y respondieron con ira a los injustificados ataques de la policía de Manhattan. Las personas se empezaron a unir en contra de la policía y los disturbios siguieron hasta el otro día no siendo ya no unos cuantos puesto que al día siguiente la suma llegó a ser aproximadamente entre 2.000 personas que se enfrentaron a 400 miembros del cuerpo policial, tales hechos se repitieron hasta el día 2 de Julio, momento en que la situación entro en calma<sup>202</sup>.

Lo ocurrido en esta noche, y más concretamente en el amanecer del 28 de junio, dio un vuelco radical a la historia del mundo de los Derechos Humanos en general. Tal día ha sido rememorado como el **Día Internacional del Orgullo LGTB** pues fue en esta noche en donde nace el movimiento internacional de liberación y reivindicación de Derechos Humanos del colectivo. El cambio sería el inicio de la promoción de la igualdad en lo que respecta a los Derechos Fundamentales de lesbianas, gays, transexuales y bisexuales, afectando positivamente no sólo a la ciudad de New York, sino en general a todo el mundo celebrándose con el paso de los años el 28 de junio una reivindicación social y legal de los Derechos Humanos del colectivo LGTB en la gran mayoría de Estados del mundo. Fue desde ese momento, desde la sublevación de Stonewall en que las minorías sexuales empezaron a conquistar una pequeña parcela de su dignidad, utilizando la acción colectiva como una herramienta para empezar la lucha por el respeto, la igualdad jurídica y social, la dignidad y el cumplimiento de los Derechos Humanos de un colectivo reprimido a lo largo de toda la historia.

En los acontecimientos de Stonewall se encontraron factores para unirse y luchar contra la opresión, y fue, desde esa noche, en que prácticamente empieza a germinar el movimiento de liberación LGTB, el cual, más adelante sería la inspiración de innumerables grupos alrededor del mundo para iniciar la lucha por la igualdad del colectivo.

De similar forma, se asumieron los sucesos ocurridos en San Francisco a finales de los años setentas dando lugar en la ciudad californiana la noche del 21 de mayo de 1979 graves disturbios provocados por la absolución por parte del

---

<sup>202</sup> Ídem. Pág.281.

jurado en el juicio contra Dan White, un hombre que asesinó cruelmente a dos hombres homosexuales.

Todos los hechos ocurrieron debido a que a finales de los años setentas cuando Harry Milk, un conocido activista por la defensa de los Derechos Humanos del colectivo LGTB es elegido alto como Concejal, ejerciendo un alto cargo en el Gobierno Municipal en donde abogaba para que se aprobaran ordenanzas que prohibieran cualquier discriminación en contra de lesbianas, gays, transexuales y bisexuales. Su discurso político no sólo incluía la no discriminación hacia las minorías sexuales, también incorporaba la no discriminación hacia las mujeres y la negativa al racismo.

Milk, estaba impulsando una gran marcha en la ciudad de Washington D.C. en la cual la ciudadanía se manifestara en contra de la discriminación para demostrar que otro Estados Unidos era posible. Sin embargo el activista y político es asesinado, y junto a él, el alcalde del Distrito de Castro<sup>203</sup> de San Francisco. El autor del delito fue un miembro de la policía de la ciudad que se opuso abiertamente a las ideas del discurso igualitario de Milk.

Debido a los hechos ocurridos la comunidad LGTB se alzó en las calles el 21 de Mayo de 1979 en protesta por la Sentencia casi absolutoria del jurado que hizo parte en el proceso del homicida de Harvey Milk. El delito ocurrido en el barrio de Castro de la ciudad de San Francisco curiosamente convertiría en el tiempo al Municipio, en uno de los centros LGTB más representativos de la población en los Estados Unidos y en el mundo.

En el proceso penal entablado, Dan White autor del delito fue encontrado culpable por el jurado pero sin los agravantes que conllevaban la calificación de asesinato. De acuerdo con *Juan Herreros*, “*el jurado aceptó la insólita tesis del abogado defensor de White de que éste había consumido mucha <<comida basura>> (hamburguesas, etc.) y azúcar en los días anteriores al crimen y eso le había afectado psicológicamente, disminuyendo su grado de responsabilidad*”<sup>204</sup>. White, con ésta Sentencia podía quedar en libertad condicional en tan sólo cinco años. La Sentencia del juicio provocó una fuerte reacción en donde más de cinco

---

<sup>203</sup>El Distrito de Castro en la ciudad de San Francisco sería el homólogo del Barrio de Chueca en la actual Madrid.

<sup>204</sup>Ídem. Pág. 288.

mil manifestantes reunidos reclamaban justicia en frente del Ayuntamiento de San Francisco, y en donde como resultado se dieron iguales disturbios que los ocurridos diez años antes en la isla de Manhattan. La policía, *para vengarse*, acudió a uno de los pubs LGTB más conocidos de la ciudad, el “*White Elephant*” en donde entraron sin placas policiales para no poder ser identificados golpeando brutalmente a todas las personas que encontraron<sup>205</sup>.

Ahora, si América empezaba a ser la semilla e inspiración para los cambios sociales y legales, Europa también iniciaba un proceso social y legal en contra de la homofobia institucional de los Estados. En el Reino Unido, la situación del hecho de la diversidad sexual mejora con la publicación del informe “*Wolfenden*” en el año de 1957, tal como lo citamos anteriormente. El documento trataba dos realidades: la prostitución y la homosexualidad, con respecto a la última, el informe llegaba a la conclusión que no había ningún fundamento para tener penalizadas las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo cuando estas fueran consentidas de mutuo acuerdo, por lo tanto, se recomendaba e instaba al Gobierno a proceder a la despenalización de estas prácticas. Sin embargo, a pesar de ello, en el Reino Unido la homosexualidad sólo se despenalizó en el año de 1967<sup>206</sup>. Esta reforma legal se limitó a legalizar las relaciones entre personas del mismo sexo adultas mayores de 21 años en privado, queriendo decir que se podían realizar de puertas hacia adentro y nunca visibilizar muestra de afecto o cariño en un lugar público<sup>207</sup>. Más arriba en el norte de Europa, en Suecia, se despenalizan la homosexualidad en 1944 aunque el rechazo social de la población sueca hacia lesbianas, bisexuales y gays se mantuvo durante décadas, uno de los motivos para que éste hecho fuera así fueron los constantes pronunciamientos de los obispos de la iglesia luterana sobre este colectivo. Paradójicamente, Suecia, a finales de los noventa y principios del siglo XXI, como ya se explicará más adelante, se convierte en uno de los Estados más avanzados en el reconocimiento de los derechos legales y sociales del colectivo LGTB. Así mismo, después de la Segunda Guerra Mundial y una vez expulsados los nazis del territorio holandés, el activismo y asociacionismo LGTB vuelve a nacer en los Países Bajos. Es en este momento es cuando nace en Holanda la Organización

---

<sup>205</sup>ídem. Pág. 289.

<sup>206</sup>ídem. Pág. 290.

<sup>207</sup>MIRA, Alberto. *De Sodoma a Chueca*. Editorial Egales. Madrid. 2004. Pág. 324.

COC, la cual desde sus inicios se mantiene en la posición que el discriminar al colectivo LGTB viene a representar lo mismo que la discriminación realizada a los judíos en la segunda guerra mundial, utilizan esta analogía para explicar que los homosexuales en la segunda guerra sufrieron las mismas o peores penurias que los judíos en los campos de concentración de la Alemania Nazi. Es importante resaltar que inmediatamente después de que Holanda recobrara su libertad, la homosexualidad vuelve a ser legal en el Estado y los grupos de lesbianas y gays emprenden el camino a la igualdad legal y social, organizándose para demandar al Gobierno políticas e instrumentos de igualdad en referencia a la diversidad sexual.

Por su parte en Francia, se crea en 1954 el colectivo Arcadie, organización que reivindica los derechos del colectivo LGTB a nivel estatal. De todas formas, el asociacionismo LGTB no es tan fuerte en esta época en el país galo, ya pasados unos años en 1971 también influenciados por los sucesos de Stonewall en los Estados Unidos, nace en la ciudad de Paris el FHAR<sup>208</sup>, asociación que dura sólo tres años, aunque esta, da paso al nacimiento del GLH<sup>209</sup>, colectivo que inició una lucha reivindicadora en el Estado francés, aunque desafortunadamente, no tan exitosa al día de hoy desde el punto de vista social y legal, como las de Estados como Holanda, España y Bélgica. Francia hoy cuenta con una Ley de matrimonio igualitario pero aún necesita avanzar creando instrumentos jurídicos apropiados para frenar la homofobia social.

Así mismo en Italia, los y las activistas LGTB también, siguiendo el ejemplo de los sucesos ocurridos en Estados Unidos tanto en New York como en San Francisco, crean una plataforma que tiene el objetivo de luchar por la igualdad del colectivo LGTB en los ámbitos jurídico y social en el territorio italiano. Posteriormente en 1971 nace el FOURI<sup>210</sup>, sin embargo el colectivo que empezó a agruparse desde el año 1969, queda encerrado dentro de los paradigmas sociales de una Italia conservadora e influenciada por la iglesia, la cual, a través del tiempo, seguiría no prosperaría en este ámbito impidiendo la ampliación y el reconocimiento del Derecho de la Igualdad y el Principio de no Discriminación a las personas LGTB italianas hasta la fecha.

---

<sup>208</sup>Frente Homosexual de Acción Revolucionaria.

<sup>209</sup>Grupo de Liberación Homosexual.

<sup>210</sup>Frente Unitario Omosessuale Rivoluzionario Italiano.

## **CAPITULO II**

### **DERECHOS FUNDAMENTALES Y ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO**



## **1. Orientación sexual e identidad de género en el Derecho Positivo actual**

Muchos son los grupos minoritarios que a lo largo de la historia han sido objeto de discriminación. Para varios sectores sociales, el que no se reconozcan los derechos a los colectivos que forman parte de estas minorías está dentro del concepto de normalidad, lo que hace pensar, en el razonamiento de colectivos conservadores, que no puedan disfrutar de un mismo tratamiento social y jurídico el cual, la gran mayoría de los miembros de la sociedad sí pueden hacerlo.

Éste ha sido el caso del colectivo LGTB, que como minoría siempre ha vivido en una desigualdad social y legal. En la actualidad muy pocos Estados del mundo reconocen los mismos derechos a este grupo social en relación con otros colectivos sociales.

Ahora si bien es cierto, a las personas LGTB lo que a lo largo de la historia los ha unido, ha sido la discriminación, que incluso, hasta el día de hoy siguen recibiendo en diversos ámbitos de la sociedad, inclusive dentro de los Estados que reconocen hoy en día la igualdad legal de las mismas, éste colectivo sigue viviendo la desigualdad social, concepto diferente de la igualdad real ya que es la que se alcanza con la normalización de los hechos en la sociedad.

A principios de los años ochenta se empezó a gestar, al menos en Europa y en algunas ciudades de los Estados Unidos, una nueva visión de la realidad de lesbianas, gays, transexuales y bisexuales. Parte de ello se debe a que los colectivos LGTB se empiezan a organizar para concienciar a las personas sobre la discriminación que socialmente vivían. El objetivo fue empezar a luchar por un reconocimiento, que en teoría, los Estados de derecho ofrecían y que no era otro que la igualdad de las personas, de todas las personas, una igualdad no sólo legal sino también real, la cual fuera vivida y asumida por el conjunto de la sociedad.

Un Estado que se dice protector de los Derechos Humanos de quienes habitan en su territorio, no puede dejar de lado el tema de las minorías, y dentro de este campo, el colectivo LGTB conforma una minoría social significativa, un grupo que incluso, aunque es calificado comúnmente de minoría, no se sabe a ciencia cierta que expansión numérica real tiene para poder calificársele como tal,

ya que las personas pertenecientes al colectivo LGTB no tiene una característica concreta externa con la cual se les identifique dentro de la colectividad, como sí ocurre con otros grupos sociales calificados de minorías, como lo pueden ser los pertenecientes a etnias o a una raza concreta que tengan un patrón o característica que a simple vista les permita ser identificados en el mundo exterior. Un ejemplo de ello es la raza negra o las personas asiáticas, como exogrupo tienen características propias que les permite ser claramente visibles, por el contrario, las personas LGTB están en todos los grupos sociales, en todas las clases sociales, todas las razas, en diferentes etnias y religiones, se encuentra en todos los grupos de forma visible, los que lo exteriorizan pero también de forma invisible, los que no lo hacen en su comportamiento social exterior. Por lo tanto, aunque en determinados sectores se les califique de minorías, nunca se podrá saber exactamente qué tan acertada sea esta calificación para definir al colectivo LGTB pues aunque el Dr. Kinsey afirmaba dentro de sus estudios que aproximadamente entre el 10% y el 15% de la sociedad podría presentar una orientación sexual homosexual o bisexual, hasta que los Estados no trabajen legal y socialmente para acabar con la transfobia, la bifobia y la homofobia para que los miembros del colectivo LGTB se sientan con plena libertad de vivir en igualdad y ejercer su Derecho Fundamental de la Libre Expresión y ser como son, no se podrá tener un dato sociológicamente aproximado de la realidad de personas que conforman el colectivo LGTB ya que sólo en un momento como éste quienes pertenecen a éste colectivo podrán sentirse seguros y ser como son ante los demás sin temor a que sus Derechos Fundamentales sean vulnerados por razón de su orientación y/o identidad sexual.

Ahora bien, en lo que se refiere a la lucha por la igualdad, Europa ha sido pionera en las últimas cuatro décadas en proteger los Derechos Humanos de las personas. Y, respecto a los Derechos Fundamentales del colectivo LGTB, la Unión Europea ha hecho esfuerzos para incitar a sus Estados miembro a que inicien un camino que desembarque en una igualdad real y efectiva en sus territorios, aunque es importante resaltar que la UE podría hacer más presión para instar a los 28 Estados de la Unión para conseguir la igualdad del colectivo en su territorio y con terceros Estados con los que realiza diferentes operaciones y relaciones institucionales y comerciales.

El primer paso en Europa se dio en el 1985, el Parlamento Europeo hizo un llamamiento a los Estados miembro sobre la realidad social de las minorías sexuales y aprobó la primera resolución a favor de medidas tendentes a promover la igualdad de lesbianas y gays<sup>211</sup>. Desde éste momento, algunos de los Estados, con Gobiernos más progresistas, empezaron a impulsar reformas jurídicas pertinentes para modificar las disposiciones legales discriminatorias existentes en sus legislaciones.

Debido a ello, es de nuestro interés plantear un esquema que expone los diversos modelos de reconocimiento desde el punto de vista de la norma positiva de los Derechos Fundamentales de lesbianas, gays, transexuales, bisexuales y sus familias.

### **1.1. Concepto de igualdad**

Diferenciamos el concepto de Igualdad desde el punto de vista legal, en Igualdad relativa y absoluta con el objetivo de distinguir a los Estados que otorgan una totalidad de derechos al colectivo LGTB, con los países que aunque brinden prácticamente todos los Derechos y hayan logrado equiparar la gran mayoría de derechos y deberes de lesbianas, gays y bisexuales con respecto a los disfrutados por los heterosexuales, no brindan una igualdad real sino relativa, pues dentro de sus normativas existen pequeñas diferencias que aunque sean mínimas, realmente reflejan de una manera expresa la desigualdad y la discriminación de la Ley. Igualmente no podemos dejar de citar la realidad de las personas transexuales y de cómo éstas se encuentran protegidas por la Ley en diferentes Estados, tanto el ámbito legal, como en el sanitario, pues aunque está comprendido en última instancia dentro del mismo aspecto legal, es importante matizar que el ámbito de la atención sanitaria especializada juega un papel más que importante en el desarrollo de la igualdad, el desarrollo de la personalidad, la libertad de expresión y de la dignidad de las personas transexuales.

Por lo tanto, dividiremos este análisis en dos puntos, la igualdad en referencia a lesbianas, gays y bisexuales, y la igualdad en lo que respecta a la realidad de las personas transexuales la cual se tratará posteriormente en un

---

<sup>211</sup><http://usuarios.lycos.es/carmela2/docum/infpParHecho04.htm>.

capítulo por separado ya que son realidades que tanto desde el punto de vista legal como el social merecen ser estudiadas y expuestas en esta investigación por separado.

### **1.1.1. Igualdad legal de lesbianas, gays y bisexuales**

#### **1.1.1.1. Igualdad absoluta**

Desde el punto de vista legal, igualdad significa tratar a todas y todos en igualdad de condiciones. Desde el punto de la igualdad legislativa para lesbianas, gays y bisexuales ésta sólo se puede alcanzar si un Estado tiene el mismo tratamiento legal para todas las personas sin importar la orientación sexual y/o identidad de género que estas tengan.

A lo igual se le llama igual y no se le puede llamar diferente por lo que si todos los seres humanos, en teoría, tenemos que ser tratados por un Estado de Derecho como iguales, éste debe legislar de la misma forma para todos los ciudadanos. Centrándonos en lo que respecta al Estado civil de las personas, la denominación legal para que el Estado reconozca civilmente la unión entre dos personas debe ser igual para todos los individuos sin importar si dicha unión sea entre dos personas del mismo o diferente género. En síntesis, referente a los derechos que se les reconocen a lesbianas, bisexuales y gays, sólo podemos hablar de una igualdad real si se les otorgan los mismos derechos que a las personas heterosexuales, y si dicho reconocimiento se denomina con la misma figura jurídica con la que se clasifican a las uniones heterosexuales como lo exponemos anteriormente.

Siguiendo esta línea, sólo podremos hablar de igualdad como tal si a las uniones de personas del mismo sexo se les designa bajo la palabra **matrimonio** y *si estas parejas tienen el **Derecho a la Adopción de menores** y al **reconocimiento** de sus **familias***, tal como lo tienen las parejas de heterosexuales ante la Ley. Por lo que para que tal situación realmente se genere, el contrato civil debe contener los mismos derechos que le son brindados a los individuos heterosexuales.

Ahora, profundizando más en el concepto de igualdad, otro aspecto importante para poder afirmar la existencia de la igualdad real es la adopción. Un Estado que otorga plena igualdad a sus ciudadanos debe brindar a las parejas del mismo sexo el derecho de adoptar y el reconocimiento de las familias homoparentales. La Ley no puede poner en duda la capacidad de una persona para ser padre o madre basándose en la orientación sexual de las mismas, además, el no permitir la adopción, pone en riesgo a las familias conformadas por parejas del mismo sexo, ya que muchas parejas del mismo sexo, mayoritariamente mujeres lesbianas o bisexuales, tienen hijos e hijas biológicos y en algunas ocasiones el menor no tiene por diferentes motivos otro padre o madre biológica<sup>212</sup>, por ejemplo pueden haber fallecido o la mujer puede ser madre soltera, por lo que, la ausencia de una legislación que recoja esta realidad no le permitiría adquirir la patria potestad del menor a la pareja del mismo sexo de los padres o madres biológicos, ya que se tiene que tener en cuenta que lesbianas, gays y bisexuales en muchas ocasiones tienen hijos e hijas, sean biológicos o adoptados unilateralmente pues en muchos Estados pueden adoptar siendo solteros, por lo que de no existir esta medida, los menores quedarían desprotegidos sin poder estar legalmente con la pareja de su padre o madre, a la cual el menor muy probablemente ha visto dentro de su desarrollo siempre como parte de su familia y como su otro padre o madre, lo que convertiría a estos en padres o madres de hecho, más no de derecho. Por lo tanto, las familias homoparentales existen, y esto es una realidad que los Estados no pueden negar, siempre han existido a lo largo de la historia, por lo tanto, ya que es así, el Estado tiene la obligación y el deber de proteger jurídicamente a todos los modelos de familia, a la diversidad de las personas y no hacerlo exclusivamente con el modelo nuclear familiar conformado por un hombre y una mujer, hecho por el cual es de vital importancia permitir la adopción para las parejas del mismo sexo, no sólo por proteger a los padres o madres homoparentales sino también para proteger los derechos de las y los hijos de estas parejas pues estos menores también tienen que tener el derecho que ambos padres tengan obligaciones y deberes legales para con ellos. Así mismo recordemos que en España antes de la Ley 13/2005 de 1 de julio, que modificó el Código Civil para otorgarle los derechos a las parejas del mismo sexo, gays y lesbianas podían adoptar

---

<sup>212</sup>El otro padre o madre biológico puede haber muerto o en el caso de las mujeres pueden haber sido inseminadas in vitro.

unilateralmente, por lo cual es incomprensible desde todos los puntos de vista el que un homosexual pueda adoptar teniendo un estado civil de soltero y no lo pueda hacer si está casado con otra persona de su mismo género.

Actualmente, sólo existen quince países en el mundo que ofrecen la igualdad absoluta desde el punto de vista legal a las parejas del mismo sexo: Holanda (2001); Bélgica (2003); España (2005); Canadá (2005); Sudáfrica (2006); Noruega (2009), Suecia (2009); Argentina (2010); Islandia (2010), Dinamarca (2012), Uruguay (2013), Nueva Zelanda (2013); Brasil (2013), y así mismo, los dos últimos Estados que han realizado la equiparación de derechos para las parejas del mismo sexo han sido Reino Unido (aunque tan sólo los Estados de Gales e Inglaterra pues Irlanda de Norte y Escocia tienen derivadas estas competencias) (2013) y Francia (2013)<sup>213</sup>. A estos, podemos sumar quince Estados americanos: Massachusetts (2004); Connecticut (2008); Vermont (2009); New Hampshire (2009); Iowa (2009); Distrito de Columbia (2009); Maine (2009); Washington DC (2010); New York (2011); Washington (2012)<sup>214</sup>; Maryland (2012); Minnesota (2012); Delaware (2013); Rhode Island (2013) y California (2013), aunque estos casos no pueden estar considerados dentro del concepto de igualdad absoluta ya que sus legislaciones no están reconocidas federalmente por los Estados Unidos de América, por lo tanto, el análisis de estos se realizará posteriormente cuando tratemos los casos de aquellos Estados que otorgan una igualdad relativa a las parejas del mismo sexo. Sin embargo, es importante citar que el Partido Demócrata liderado por el Presidente de los Estados Unidos de América Barack Obama, actualmente tiene la iniciativa de modificar la Ley Federal para que las parejas del mismo sexo puedan acceder a los mismos derechos que las parejas de heterosexuales<sup>215</sup>.

En lo referente a España, el día 1 de julio de 2005, el Estado español fue el primer país en el mundo que legisló la Ley más igualitaria en lo que respecta al reconocimiento de la igualdad de las parejas del mismo sexo. De una manera global recogía todos los derechos que otorgó una igualdad real desde el punto de vista legislativo a través de la *Ley 13/2005 BOE 157 de 1 de julio*, un día después, el 2 de julio le siguió Canadá con la *Ley C-38*.

---

<sup>213</sup><http://www.publico.es/internacional/439148/francia-aprobara-el-matrimonio-gay>

<sup>214</sup><http://gaylatino.about.com/od/Matrimoniogay/tp/Estados-Que-Permiten-El-Matrimonio-Gay.htm>

<sup>215</sup><http://mexico.cnn.com/mundo/2012/05/14/el-apoyo-de-barack-obama-al-matrimonio-gay-es-tema-de-portadas>

En el caso de estos países, ambos tenían legislaciones territoriales que otorgaban ciertos derechos a las parejas del mismo sexo. En lo que se refiere a España, vale la pena señalar que con anterioridad a ésta Ley, las Comunidades Autónomas de *Andalucía, Asturias, Aragón, Canarias, Cantabria, Catalunya, Euskadi, Extremadura, Islles Ballears, Madrid, Navarra y Valencia* tenían legislaciones que regulaban disposiciones a favor de los derechos de las parejas del mismo sexo pero sin otorgar una plena equiparación de derechos. Sin embargo, aunque algunas CCAA brindaran ciertos derechos a lesbianas, gays y bisexuales, España no reconocía el matrimonio entre personas del mismo sexo pues la competencia exclusiva para regular esta materia corresponde al Estado, en virtud de lo dispuesto en el artículo 149.1.8 de la *Constitución Española*. Por ello, las legislaciones autonómicas no podían brindar los mismos derechos a las parejas del mismo sexo, como tampoco, denominar sus uniones bajo el concepto legal de matrimonio.

En cambio, es importante citar que en Canadá, este cambio jurídico no fue un paso tan sorprendente como lo ocurrido en España pues la mayoría de las Provincias Canadienses ya permitían el matrimonio entre personas del mismo sexo.” *La Provincia de Ontario desde el 10 de junio de 2003, la Provincia de la Columbia Británica desde el 8 de julio de 2003, la Provincia de Quebec desde el 19 de marzo de 2004, el territorio del Yukón desde el 14 de julio de 2004, la Provincia de Manitoba desde el 16 de septiembre de 2004, la Provincia de Nueva Escocia desde el 24 de septiembre de 2004, la Provincia de Saskatchewan desde el 5 de noviembre de 2004, la Provincia de Terranova y Labrador desde el 21 de diciembre de 2004 y la Provincia de Nuevo Brunswick desde el 23 de junio de 2005*”<sup>216</sup>.

El motivo para que en la gran mayoría de Provincias canadienses ya se hubieran legalizado el matrimonio igualitario fue el resultado de una dura lucha judicial en donde en última instancia, los Tribunales de Justicia, declaraban que las leyes que prohibían el matrimonio entre personas de un mismo género eran inconstitucionales, discriminatorias y violaban el Principio de Igualdad. Tal cual se explica en el siguiente texto: *“En cada lugar, esta forma de matrimonio fue legalizada después de procesos en los que los jueces provinciales o territoriales indicaron que es inconstitucional y discriminatorio negar el derecho del matrimonio*

---

<sup>216</sup>[http://es.wikipedia.org/wiki/Matrimonio\\_entre\\_personas\\_del\\_mismosexo\\_en\\_Canad%C3%A1](http://es.wikipedia.org/wiki/Matrimonio_entre_personas_del_mismosexo_en_Canad%C3%A1)

a las parejas del mismo sexo”<sup>217</sup>, “La creación de la Ley C-38 amplía el Derecho de casarse a las personas que viven en el resto del país y redefine el matrimonio en el nivel federal a <<una unión legal entre dos personas>>, más bien que <<una unión legal de un hombre y una mujer>>”<sup>218</sup>.

En España, la evolución fue más rápida. Uno de los principales cambios de la Ley, es que se añade al *artículo 44 del Código Civil* español un segundo párrafo. Inicialmente, la redacción de esta disposición legal estipulaba que: “*el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código*”<sup>219</sup>. Con la reforma de la Ley, se agrega un segundo párrafo, modificando el artículo en los siguientes términos: “*el matrimonio tendrá los requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o diferente sexo*”<sup>220</sup>. El otro punto, de igual importancia, es la modificación de la *Ley del 8 de Junio de 1957 BOE 151 de 10 de Junio de 1957*, respecto a la adopción, con ésta, la Ley permite a los matrimonios de personas del mismo sexo la adopción conjunta de menores de edad. Las restantes modificaciones del Código Civil estuvieron dirigidas a sustituir las expresiones de *marido y mujer* por la palabra *cónyuges*, así como también, en respecto a la adopción, ya no se habla de padre y madre sino de “*progenitores*”. Por último, en el año de 2007, aprovechando la **Ley 3/2007 de 22 de marzo, Reguladora de la Rectificación Registral de la Mención Relativa al Sexo de las Personas** que otorgó la igualdad legal y la dignidad a las personas transexuales, comúnmente llamada **Ley de Identidad de Género**, se enmendó la **Ley 14/2006 del 16 de mayo de Reproducción Asistida**, con el objetivo de permitir el reconocimiento de la filiación automática para los hijos e hijas de los matrimonios conformados por dos mujeres por lo que dicha enmienda modificó la Ley para que la **madre no gestante** del menor concebido por inseminación artificial pudiera tener los mismos derechos que la **madre gestante** y los que disfrutaban las parejas heterosexuales al hacer uso de ésta técnica quedando el artículo de la siguiente manera:

«*Artículo 7. Filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida.*»

---

<sup>217</sup>Idem.

<sup>218</sup>Idem.

<sup>219</sup>Artículo 44 del Código Civil español antes de la modificación de la *Ley 13/2005 BOE 157 de 10 de Junio de 1957*.

<sup>220</sup>Artículo único *Ley 13/2005 de 1 de julio BOE 157*.



1. *La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las leyes civiles, a salvo de las especificaciones establecidas en los tres siguientes artículos.*

2. *En ningún caso, la inscripción en el Registro Civil reflejará datos de los que se pueda inferir el carácter de la generación.*

3. *Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido.»*

En Canadá, antes de la aprobación federal del matrimonio de personas del mismo sexo, el futuro de las legislaciones provinciales estaba en juego. En éste país como en España y Estados Unidos, el matrimonio es competencia del Estado y no de las Autonomías o Estados Federados en el caso de USA o Canadá, según lo interpretó la *Corte Suprema de Justicia*. Debido a esto, el *Primer Ministro Paul Martin*, emprendió en su legislatura un proyecto para legalizar a nivel Estatal el matrimonio entre personas del mismo sexo logrando que en el mes de julio de 2005 las Cortes Canadienses votaran a favor de su propuesta de ampliación de Derechos y Libertades para las parejas del mismo sexo.

Ahora, respecto al Derecho de Adopción, de acuerdo con la noticia de AGMagazine, “*en Canadá el proceso fue al revés: primero se permitió la adopción por parejas homosexuales, y luego el matrimonio*”<sup>221</sup>. Evidentemente, el que el Derecho de Adopción ya existiera en algunas Provincias dio muchas facilidades para lograr que se creara una legislación estatal que abarcara la adopción de menores por parte de las parejas del mismo sexo en todo el Estado canadiense. Éste tema es mucho más espinoso que el del matrimonio y el hecho que se encontrara ya regulado en varias Provincias aceleró más el proceso que ningún territorio canadiense quedara sin reconocer el Derecho de adopción a las parejas de mujeres ó de hombres.

El caso de Sudáfrica es diferente al de los otros países que han legalizado el matrimonio entre personas del mismo sexo y la adopción. Su proceso fue una suma de pasos y de derechos adquiridos que comenzó en el año de 1.999 cuando la Corte Constitucional reconoció la cohabitación de parejas homosexuales y los derechos de inmigración a las parejas extranjeras de

---

<sup>221</sup><http://www.agmagazine.com.ar/index.php?IdNot=206>

lesbianas y gays sudafricanos y terminó el 30 de noviembre de 2.006 con la aprobación del matrimonio entre dos mujeres o dos hombres. En el 2.002 el Constitucional reconoció los mismos derechos tributarios y estatus financiero de las parejas heterosexuales a las parejas del mismo sexo como también la adopción. Igualmente, en julio de 2002, el Tribunal Supremo de Bloemfontein sentenció *que negar a las parejas de mismo sexo el derecho de casarse era violar el Principio de Igualdad de las personas por lo que calificaba tal acción como discriminatoria e inconstitucional*. Más tarde, en el 2.003 Sudáfrica reconoce como legítimo los nacimientos de menores a través de inseminación asistida nacidos en el seno de parejas conformadas por dos mujeres. El 30 de noviembre de 2004, otro Tribunal autonómico emitió sentencia a favor del matrimonio entre miembros de mismo sexo cuando el Tribunal de casación de Sudáfrica declaró que conforme a la Constitución, el concepto de Derecho consuetudinario de matrimonio debía ser cambiado para incluir a las parejas del mismo sexo. El caso había sido traído por *Marie Fourie y Cecelia Bonthuys*, una pareja de lesbianas que habían estado reivindicando su Derecho a casarse. En el juicio, el Juez Edwin Cameron declaró que la definición de matrimonio debía ser modificada de modo que la Ley estipulara que: *"el matrimonio es la unión de dos personas sin la exclusión de ninguna clase de parejas"*.

El proceso anterior llevó a que el Tribunal Constitucional emitiera sentencia el 1 de diciembre de 2005, afirmando que excluir del matrimonio a las parejas del mismo sexo en la ley sudafricana *"representaba una áspera discriminación en la Ley, que tal actitud iba en contra del Principio de Igualdad de las personas y que el no cambiar la legislación era afirmar que las relaciones íntimas de las lesbianas y gays de algún modo valían menos que las de parejas de heterosexual"*.

Por último, el proceso culminó el 1 de diciembre de 2005 cuando el Tribunal Constitucional impuso la fecha límite del 1 de diciembre de 2006 para que se legislara el matrimonio entre personas del mismo sexo. Así entonces, Sudáfrica se convirtió en el quinto Estado del mundo, y el primero y hasta ahora único en África, en legalizar el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Por otra parte, regresando al territorio europeo, Holanda, fue el Estado pionero, el precursor en la equiparación de derechos y la dignidad de lesbianas, gays y bisexuales. El Gobierno holandés fue el primero en aprobar el matrimonio entre personas del mismo sexo con el *Real Decreto del 20 de marzo de 2001*.

Unos años más tarde, se unía Bélgica, el segundo país del mundo en reconocer la igualdad de las parejas del mismo sexo cuando el 30 de enero de 2003 promulgaba la Ley que permitió a lesbianas y gays contraer matrimonio civil en el Reino de Bélgica<sup>222</sup>.

Respecto a estos dos países, la equiparación de derechos es absoluta, aunque en un principio las leyes no recogieron la totalidad de la igualdad legal, ya que Holanda no permitía la adopción de menores por parte de matrimonios homosexuales en el extranjero, es decir sólo permitía en un principio la adopción de menores de nacionalidad holandesa pretendiendo evitar el rechazo de expedientes en países que no reconocen los matrimonios entre personas del mismo sexo con la intención de evitar un conflicto de Derecho Internacional Privado, aunque realmente, el conflicto de permitir o no dar en adopción a un menor, es del Estado extranjero y no del de procedencia de los posibles futuros adoptantes, por lo que el continuar con una legislación con una limitación como esta no tenía sentido pues lo único que generaba era una discriminación de sus ciudadanos, por lo que, si el Estado tuvo la iniciativa de crear una legislación, en la cual dentro de su territorio se permite la adopción de menores por parte de parejas homosexuales, es el otro Estado, el del origen del adoptado, quien tiene que decidir como desarrollará el proceso de adopción, es éste quien tiene que determinar si procede la admisión del expediente de adopción o no basándose en las razones legales que dentro de su jurisdicción pudiera encontrar. Por todo lo anteriormente expuesto, tal situación fue subsanada por el Estado holandés en el año 2005. Desde nuestro punto de vista, la modificación realizada por el Parlamento tiene todo sentido, ya que no podía más que rectificar el error con el que había pasado la Ley pues se entiende que dicho conflicto jurídico le compete asumirlo y resolverlo, como explicamos con anterioridad, al país de origen del futuro adoptado, y no en el país de origen de los posibles adoptantes.

En lo que se refiere a Bélgica como explicamos a continuación, el Parlamento legisló primero el matrimonio en el 2003 y dos años más tarde, en el 2005, aprobó la adopción de menores por parte de parejas homosexuales. Hechos que otorgaron la igualdad legal para las familias homoparentales en Bélgica, sin embargo, dicha victoria fue difícil de alcanzar, así lo expresa el diario el País, *“el Senado belga ha aprobado hoy con un solo voto de diferencia un*

---

<sup>222</sup>[http://es.wikipedia.org/Matrimonio\\_entre\\_personas\\_del\\_mismosexo\\_en\\_Belgica](http://es.wikipedia.org/Matrimonio_entre_personas_del_mismosexo_en_Belgica)

*proyecto de Ley que autoriza la adopción de niños por parte de parejas homosexuales. La aprobación del proyecto ha sido muy ajustada, con 34 votos a favor, 33 en contra y 2 abstenciones, según la agencia Belga. La votación de hoy en el Senado es definitiva y cierra un largo y complicado trámite en el Parlamento*<sup>223</sup>. “*Los senadores socialistas, ecologistas y la mayoría de los liberales flamencos votaron a favor, mientras que a la Ley se opusieron los liberales, democristianos, la extrema derecha y un independiente, y se abstuvieron dos liberales flamencos*”<sup>224</sup>. Sólo por un voto se logró que Bélgica otorgara éste Derecho, permitiendo a Bélgica ingresar en el grupo de países que permiten la adopción por parte de las parejas del mismo sexo.

Aunque la legislación belga denominó a las uniones entre personas del mismo sexo como matrimonio, de todas formas Bélgica, en un principio mantuvo una restricción, ya que las parejas de extranjeros homosexuales que quisieran hacer uso de su Derecho al matrimonio en éste país no podían hacer uso de éste pues inicialmente sólo podían disfrutar de éste los nacionales belgas y las personas que en su país de origen dicho Derecho fuera reconocido, sin embargo el obstáculo legal fue superado un poco más de un año más tarde. La norma fue modificada en *Octubre de 2004* expresando que toda pareja de extranjeros del mismo sexo, en la cual ambos miembros fueran adultos y que hubiesen vivido en el país al menos durante tres meses, se les permitía hacer uso del Derecho al matrimonio en el Estado belga.

El camino de la igualdad en Noruega en cambio empezó en la década de los noventas, cuando desde el año de 1.993 se permitieron las uniones de parejas de personas del mismo sexo bajo la modalidad de **Ley de Registro de Parejas Homosexuales**, la cual brindaba responsabilidades y beneficios idénticos que los otorgados a las personas heterosexuales con el contrato civil del matrimonio. Sin embargo, la Ley no permitía la adopción como tampoco el Estado facilitaba la inseminación artificial a parejas de lesbianas que quisieran ser madres aunque tal hecho sí era permitido a las parejas heterosexuales que no estaban casadas pero que sí se encontraban inscritas en el Registro de Parejas de Hecho. Más

---

<sup>223</sup>[http://elpais.com/articulo/elpporsoc/20060420elpepusoc\\_5Tes/Bélgica/autoriza/adopción/niños/parte/parejas/homosexuales](http://elpais.com/articulo/elpporsoc/20060420elpepusoc_5Tes/Bélgica/autoriza/adopción/niños/parte/parejas/homosexuales)

<sup>224</sup> Ídem.

adelante, en el 2.002 se permitió a las parejas homosexuales registradas el poder adoptar a los hijos biológicos del otro miembro de la pareja.

La igualdad para las parejas homosexuales se alcanzó el 11 de Junio de 2.008 cuando el Gobierno noruego legisló una **Ley Neutral de Matrimonio** que permitió a estas parejas tener los mismos derechos que las personas heterosexuales, incluyendo el derecho de casarse por la iglesia ya que la Iglesia luterana deriva del Estado en los países nórdicos. Así mismo, tanto la adopción como la filiación directa de la madre no gestante en un matrimonio entre dos mujeres si una de ellas se encontrara embarazada, al momento de nacer el menor fueron permitidas, tal cual ocurre actualmente con la Ley española. La ley noruega empezó a regir el 1 de enero de 2.009.

Después el cambio legislativo se dio en Suecia, el cual ha sido el siguiente Estado en reconocer la igualdad a las parejas del mismo sexo, aunque para llegar a éste resultado Suecia ha tenido un proceso similar al noruego.

De todas formas, es importante resaltar que ya que para el año de 1.995, la antigua Ley sueca de parejas de hecho fue una de las más progresistas del momento, tal legislación otorgaba todos los Derechos que daba la Ley sueca de matrimonio entre personas heterosexuales en lo concerniente a propiedad, migración, sucesiones, impuestos y por supuesto la adopción. Suecia fue uno de los primeros Estados en el mundo que hizo un esfuerzo para cambiar una legislación heterosexista y permitir a los ciudadanos homosexuales y bisexuales disfrutar de sus derechos de la misma forma que lo podían hacer los ciudadanos heterosexuales. Hay que tener en cuenta el tiempo en el cual Suecia realizó el cambio legislativo, puesto que ocurrió a mediados de los años noventa, más exactamente en el año de 1995<sup>225</sup>; este hecho hace que el país en ese momento fuera uno de los pocos Estados que habían dado un paso importante en el reconocimiento de los Derechos y libertades de las personas homosexuales lo cual fue un impulso para todos los Estados del mundo , incluso un referente más dentro de la misma UE, ya que posteriormente algunos Estados empezaron a cambiar sus legislaciones para lograr el matrimonio entre personas del mismo sexo, la adopción conjunta y la filiación directa en los matrimonios formados por dos mujeres.

---

<sup>225</sup><http://www.france.qrd.org/partnership/se/sweden-act.thlm>

Ya una vez conseguido el matrimonio entre personas del mismo sexo en España, el Gobierno sueco contactó en el 2.006 con la **FELGTB** (Federación Estatal de Lesbianas, Gays, Transexuales y Bisexuales del Estado Español) y sostuvo una reunión con su Presidenta, **Beatriz Gimeno** junto con otros miembros de la Comisión Permanente de la organización para pedir asesoramiento sobre como se había conseguido el matrimonio en España y cuáles habían sido las herramientas utilizadas, tanto por parte de Gobierno como por parte del movimiento asociativo LGTB para lograr este hecho en nuestro país. Su interés básicamente tuvo sus bases en la motivación que el mismo Gobierno empezara a tener para instaurar una **Ley de matrimonio neutral o inclusiva** que incluyera a las parejas heterosexuales como a las del mismo sexo tal como se había legislado en España<sup>226</sup>. Tres años después, el 1 de abril de 2.009 el Parlamento sueco votó, con una alta mayoría, a favor que las uniones de dos hombres y dos mujeres fueran consideradas como matrimonio y se acabara con la discriminación legal de nombrar las mismas bajo el término jurídico de Unión Civil, igualmente, como lo hizo Noruega, esta Ley deja abierta la opción a las parejas del mismo sexo que lo deseen poder celebrar sus uniones en la iglesia luterana, ya que ésta también deriva del Estado, por lo que si encuentran un sacerdote que esté dispuesto a celebrar su matrimonio podrán ejercer este derecho a través de ésta vía.

El caso de Argentina ha sido muy similar al español siendo éste un referente en el mundo de habla hispana después de España y el primero en conseguir la igualdad para las familias homoparentales en Latinoamérica, de hecho la Ley en sí, es una copia jurídica a la Ley española puesto que tanto el movimiento argentino LGTB fue asesorado por la **FELGTB**, como el mismo Gobierno Argentino pidió asesoramiento al Gobierno Español y a la **Secretaría de Movimiento Sociales del PSOE** sobre el tema. Así entonces, Argentina queda en la historia como el primer Estado latinoamericano que otorga la igualdad de derechos a las parejas del mismo sexo, incluyendo el matrimonio y la adopción dentro su sistema jurídico. El antes Cardenal Bergolio y actual Papa Francisco I, convocó a una guerra de Dios por la aprobación de ésta Ley, afirmando que la

---

<sup>226</sup>Entrevista realizada Beatriz Gimeno, Presidenta de la Federación Estatal de Lesbianas, Gays, Transexuales y Bisexuales del Estado Español en el año 2.006. Gimeno ocupó la presidencia de la organización desde el año 2.003 hasta el 2.007.

pretensión de estas leyes eran destruir el plan de Dios<sup>227</sup>, posteriormente al regreso al Vaticano de sus primeras Jornadas de Juventud ha afirmado que él no es nadie para juzgar a gays y lesbianas, por lo que no queda totalmente clara su postura.

Más adelante en el 2013 vendría Uruguay, país en donde incluso la norma permite que los padres ó madres decidan el orden de los apellidos de sus hijos y de no ponerse de acuerdo la Ley establece que se debe hacer un sorteo para fijarlos, así mismo otorga el derecho de los hijos a reconocer a su padre biológico aunque la madre biológica esté casada con otra mujer, siempre y cuando, el menor haya sido engendrado en una relación sexual con otro hombre y no por fecundación asistida<sup>228</sup>.

Igualmente, Islandia pasó de tener un **registro de parejas de hecho** que legisló en 1996 a la Ley de matrimonio el 2 de junio de 2006. La primera Ley de registro de parejas de hecho brindaba los mismos derechos y responsabilidades que a las parejas heterosexuales, excepto el derecho de adopción a menos que el hijo fuera de uno de los conyugues y que no hubiera sido adoptado en otro Estado, ya con la nueva Ley se incorpora el derecho de adopción sin ninguna limitación. La Ley empezó a regir el 27 de junio de 2006 y en el año de 2008 se presentó una enmienda en donde se permite a la iglesia de Islandia y cualquier otra creencia religiosa bendecir y celebrar esta clase de uniones. Es interesante visibilizar que el Estado islandés siempre se ha caracterizado de brindar a sus ciudadanos una plena satisfacción de derechos y libertades, un ejemplo de ello, es el Derecho que las mujeres tienen de abortar. Islandia hace 71 años legalizó el aborto, permitiendo a las mujeres tener la decisión de continuar con el desarrollo de la gestación del embrión<sup>229</sup>.

Dinamarca fue el primer Estado en reconocer derechos a las parejas del mismo sexo en 1989 y actualmente es uno de los países que en los últimos años han legislado el matrimonio igualitario. El 7 de junio de 2012 los daneses permitieron a las parejas del mismo sexo acceder al matrimonio en los mismos términos que lo hacen las personas heterosexuales. La Ley se aprobó por una inmensa mayoría de todos los partidos en el Parlamento danés y al igual que los

---

<sup>227</sup> <http://www.mdzol.com/nota/222527/>

<sup>228</sup> <http://www.publico.es/453493/uruguay-aprueba-la-ley-de-matrimonio-homosexual>

<sup>229</sup> <http://www.naciongay.com/editorial/reportajes/12802203643.asp>

otros Estados nórdicos permite que la iglesia luterana celebre bodas religiosas entre personas del mismo sexo<sup>230</sup>. La Ley también permite el derecho de adopción sin importar la orientación sexual del adoptante.

En Latinoamérica después de Argentina y Uruguay, Brasil<sup>231</sup> se convierte en el tercer Estado en aprobar el matrimonio igualitario, sin embargo en éste país la iniciativa, de una forma muy similar como ocurrió en Canadá y Sud África, parte de la rama judicial más no de la ejecutiva. El Consejo Nacional de Justicia (CNJ), aprobó una resolución que a efectos jurídicos legaliza el matrimonio entre personas del mismo sexo en toda la jurisdicción del Estado, así entonces desde 2013 los **Registros Civiles de Brasil** están obligados a convertir “**las uniones estables entre dos personas del mismo sexo**” en legales en todo el territorio brasileño desde el 2011 en un casamiento o matrimonio si así lo solicitan los contrayentes, como también los mismos estarán obligados por Ley a casar a parejas del mismo sexo. La decisión por vía judicial del CNJ está basada en la tomada por el Tribunal Supremo de Justicia (2011)<sup>232</sup>, el cual es la máxima Corte de Justicia de este país, que consideró que las uniones entre personas del mismo sexo eran constitucionales, lo que permitió que muchas parejas de hombres y mujeres presentaran solicitudes de casamiento a jueces en diferentes regiones del país, sin embargo era una decisión personal de cada juez. En referencia a la adopción, ésta ya había sido otorgado también por vía judicial en Brasil, de hecho la justicia brasilera marca un precedente dentro del Derecho de Familia al fallar a favor de una pareja de mujeres lesbianas en abril de 2010 para que ambas fueran las madres legales de una menor, el Tribunal Superior de Justicia expresó que tal decisión se había tomado teniendo en cuenta el bienestar de la menor y escuchando los informes del Servicio Social de Asistencia, quien recomendó la aprobación de la adopción, ahora bien aunque tal resolución no es directamente vinculante, sí que influiría en futuros casos puesto que cualquier fallo contrario podría ser revocado por el Tribunal Superior de Justicia<sup>233</sup>.

---

<sup>230</sup>[http://www.bbc.co.uk/mundo/ultimas\\_noticias/2012/06/120607\\_ultnot\\_dinamarca\\_matrimonio\\_gay.shtml](http://www.bbc.co.uk/mundo/ultimas_noticias/2012/06/120607_ultnot_dinamarca_matrimonio_gay.shtml)

<sup>231</sup>[http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/05/14/actualidad/1368546045\\_328434.html](http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/05/14/actualidad/1368546045_328434.html)

<sup>232</sup><http://www.elmundo.es/america/2013/05/15/brasil/1368619221.html>

<sup>233</sup><http://es.globedia.com/brasil-aprueba-adopcion-gay>



En referencia a Oceanía, Nueva Zelanda se convierte en el primer país no sólo de éste continente sino también de la región de Asia-Pacífico en legislar el 17 de abril de 2013 el matrimonio entre personas del mismo sexo y la adopción por parte de las mismas. La Ley en general otorga los mismos derechos concedidos en Estados como España, Holanda, Suecia, sin embargo contiene el interesante matiz jurídico que exige a las personas transexuales de tener que divorciarse en el que caso que éstas decidan cambiar de género<sup>234</sup>.

Reino Unido<sup>235</sup>, también se suma al grupo de Estados que han legislado sobre el matrimonio igualitario en el año 2013, siendo aprobada el 21 de mayo en la Cámara de los Comunes pasando el 3 de junio en la Cámara de Lores<sup>236</sup> y siendo promulgado por Isabel II el 17 de julio del mismo año. La Ley legaliza las uniones entre parejas del mismo sexo de los Estados de Inglaterra y Gales, puesto que Escocia e Irlanda del Norte tienen las competencias transferidas. Así entonces Reino Unido modifica la antigua Ley de parejas para desarrollar legalmente el concepto de matrimonio igualitario<sup>237</sup>.

Por último es importante citar a Francia, no sólo por ser uno de los dos últimos países junto con Reino Unido en legislar el matrimonio igualitario sino también por la reacción del sector conservador a dicha Ley convocando marchas constantes en contra de la igualdad de derechos de las personas LGTB y por el asesinato del joven militante de los Derechos Humanos, Clement Meric<sup>238</sup> de 19 años quien fue agredido brutalmente hasta ocasionarle la muerte por 7 personas con estética neonazi y miembros de las juventudes nacionalistas revolucionarias, seis hombre y una mujer, dentro de los cuales uno de ellos es de nacionalidad española<sup>239</sup>, quien según la policía es quien habría causado la muerte de Meric. Éste asesinato, es un resultado de la agitación del sector conservador en contra de los

---

<sup>234</sup><http://www.elmundo.es/elmundo/2013/04/17/internacional/1366195185.html>

<sup>235</sup><http://www.abc.es/sociedad/20130604/abci-camara-lores-matrimonio-homosexual-201306041801.html>

<sup>236</sup>[http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/06/04/actualidad/1370370166\\_682531.html](http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/06/04/actualidad/1370370166_682531.html)

<sup>237</sup><http://www.20minutos.es/noticia/1834426/0/matrimonio-homosexual/camara-lores/reino-unido/>

<sup>238</sup>[http://www.cuatro.com/noticias/internacional/detenido-presunto-asesinato-Clement-Meric\\_2\\_1616505024.html](http://www.cuatro.com/noticias/internacional/detenido-presunto-asesinato-Clement-Meric_2_1616505024.html)

<sup>239</sup>[http://www.telecinco.es/informativos/internacional/detenido-presunto-asesinato-Clement-Meric\\_0\\_1616475028.html](http://www.telecinco.es/informativos/internacional/detenido-presunto-asesinato-Clement-Meric_0_1616475028.html)

Derechos Humanos de las personas, lo cual consigue la alimentación del odio y de la intolerancia hacia la diversidad, en éste caso hacia el colectivo LGTB en Francia.

De la misma forma que en España, la Ley permite el matrimonio entre personas del mismo sexo y la adopción, así mismo, al igual que ocurrió en España, la Ley aprobada por la Asamblea Nacional fue recurrida por el sector político más conservador de la oposición (UMP) ante el Consejo Constitucional, sin embargo éste, con una celeridad impecable, puesto que ha tardado muy pocos días en pronunciarse, validó la Ley aprobada por el Parlamento<sup>240</sup>.

En referencia a los altercados vividos en Francia debido a la aprobación del matrimonio igualitario, sorprende que parte de la Unión por una Mayoría Popular (UMP) han apoyado las contramanifestaciones hacia el matrimonio de personas del mismo sexo, las cuales han terminado en el lamentable suceso de la muerte del joven Clemen Meric.

#### **1.1.1.2. Igualdad relativa**

En este apartado hemos agrupado a los Estados que aunque otorgan prácticamente todos los derechos civiles a las personas homosexuales, de una forma u otra, siguen limitando la totalidad de derechos del colectivo de lesbianas, gays y bisexuales por lo cual realizan una discriminación legal. Aquí encontramos países que pueden llegar a otorgar una totalidad de derechos civiles pero sin embargo no denominan jurídicamente a las uniones entre personas del mismo de la misma forma que lo hacen con las uniones de personas heterosexuales. Es por ello que no se da una igualdad real de derechos en comparación a los derechos disfrutados por parte de las personas heterosexuales ya que como hemos repetido en este estudio a lo igual se llama igual y no se le puede llamar diferente; a los iguales se les otorga los derechos en igualdad de condiciones y oportunidades y no con otras definiciones, ya que el hacerlo deja entrevisto intrínsecamente la desigualdad de la norma.

---

<sup>240</sup><http://www.publico.es/internacional/455556/el-constitucional-frances-valida-el-matrimonio-homosexual-en-francia>

Aquí en este grupo de igualdad relativa tenemos entonces por ejemplo a Estados miembro de los EEUU que denominan a las uniones del mismo sexo con la palabra matrimonio pero que sus legislaciones cuentan con algunos preceptos que siguen limitando los derechos de las parejas del mismo sexo, la más importante es el limitante que tienen la aplicación de todos los derechos que pueden gozar las parejas heterosexuales debido a que al ser Estados federados, el matrimonio y otras leyes como por ejemplo la Ley Tributaria o de Inmigración, entre otras, dependen de leyes federales por lo que las parejas del mismo sexo no pueden disfrutar de la misma igualdad legal que las parejas de sexo contrario. Los Estados americanos tienen la particularidad que cada uno, a nivel estatal, tienen su propia autonomía o determinación sin embargo hay algunas disposiciones que para poder abarcar a la totalidad de ciudadanos o residentes del país deben ser legisladas bajo el amparo de una normatividad federal.

Encontramos entonces que el primer Estado en legalizar los matrimonios entre personas del mismo sexo en los Estados Unidos fue Massachusetts. Así entonces, el Derecho al matrimonio en este Estado de Nueva Inglaterra se pudo alcanzar por el inicio de una batalla legal que siete parejas de homosexuales, en el año de 1996, iniciaron después de que el Estado les negara su Derecho a contraer matrimonio. *“El 18 de noviembre de 2003, la Corte Judicial Suprema de Massachusetts declaró en dicho caso que las leyes estatales que impedían el matrimonio entre personas del mismo sexo eran inconstitucionales y discriminatorias. La Corte indicó que el Derecho de casarse debía entenderse ampliado a las parejas del mismo sexo. La Corte otorgó 6 meses a la Asamblea General de Massachusetts, a fin de que enmendase la Ley, si bien en el caso de que no lo hiciera (como finalmente ocurrió) el fallo entraría en vigor sin más trámite transcurrido ese plazo es decir, el día 17 de mayo de 2004. Más de 1.000 parejas homosexuales solicitaron licencias del matrimonio durante el primer día”*<sup>241</sup>.

Massachusetts logró el matrimonio para lesbianas y gays el 17 de mayo<sup>242</sup> de 2.004 así entonces, éste Derecho en este Estado de Nueva Inglaterra se pudo alcanzar por el inicio de una batalla legal que siete parejas de homosexuales, en

---

<sup>241</sup>[http://es.wikipedia.org/wiki/Matrimonio\\_entre\\_personas\\_del\\_mismosexo\\_en\\_Massachusetts](http://es.wikipedia.org/wiki/Matrimonio_entre_personas_del_mismosexo_en_Massachusetts)

<sup>242</sup>Coincidentalmente el mismo día que en 1.990 la OMS dejó de considerar la homosexualidad como una enfermedad

el año de 1996, iniciaron después de que el Estado les negara su Derecho a contraer matrimonio. *“El 18 de noviembre de 2003, la Corte Judicial Suprema de Massachussets declaró en dicho caso que las leyes estatales que impedían el matrimonio entre personas del mismo sexo eran inconstitucionales y discriminatorias. La Corte indicó que el Derecho de casarse debía entenderse ampliado a las parejas del mismo sexo. La Corte otorgó 6 meses a la Asamblea General de Massachussets, a fin de que enmendase la Ley, si bien en el caso de que no lo hiciera (como finalmente ocurrió) el fallo entraría en vigor sin más trámite transcurrido ese plazo, es decir, el día 17 de mayo de 2004. Más de 1.000 parejas homosexuales solicitaron licencias del matrimonio durante el primer día”*<sup>243</sup>.

Connecticut fue el segundo Estado de Estados Unidos en legalizar el 12 de noviembre de 2.008 los matrimonios entre personas del mismo sexo. El Estado contaba anteriormente con una Ley de parejas legislada en el 2.005 que fue modificada para dar paso al avance de derechos en lo que se refiere a la igualdad de lesbianas y gays. Iowa legalizó los matrimonios entre personas homosexuales el 27 de abril de 2.009. En lo que respecta al Estado de Vermont, este ha sido introducido y aprobado en el parlamento del Estado el 23 de marzo de 2.009 y se ha empezado a aplicar el 1 de septiembre de 2.009. Ahora, por el contrario de Vermont, tanto Iowa, Massachussets como Connecticut lograron el matrimonio a través de fallos de la Corte Suprema de Justicia de cada uno de los Estados.

New Hampshire pasó de una Ley de Uniones Civiles a legislar en el Parlamento el matrimonio en el 2009. Washington DC legislaría en 2010 el matrimonio. El Estado de New York después de tener tensas negociaciones terminó aprobando todos los derechos a las parejas del mismo sexo en el año 2011, el Estado de Washington en febrero de 2012 aprobó el matrimonio y la adopción convirtiéndolo en el octavo Estado de EEUU en otorgar igualdad legal a lesbianas, gays y bisexuales, siguiéndole Minnesota y Maryland en el mismo año y por último en el 2013 los Estados de Delaware y Rhode Island.

Por lo expuesto anteriormente estos Estados otorgan tan sólo una igualdad relativa a las parejas del mismo sexo, pues las conformadas por personas de sexo contrario pueden disfrutar de derechos que las conformadas

---

<sup>243</sup>[http://es.wikipedia.org/wiki/Matrimonio\\_entre\\_personas\\_del\\_mismosexo\\_en\\_Massachussets](http://es.wikipedia.org/wiki/Matrimonio_entre_personas_del_mismosexo_en_Massachussets)

por el mismo sexo hasta no cambiar la Ley Federal americana no podrán. Ejemplo de esto es lo concerniente al Derecho de inmigración, pensiones, seguridad social, seguros de salud y al Derecho Tributario. En todos estos casos los matrimonios homosexuales no pueden disfrutar de una plena igualdad comparada con los heterosexuales. Respecto a la migración, la pareja extranjera de un ciudadano de Massachusetts o Iowa por ejemplo no puede adquirir ni la residencia, ni la nacionalidad al momento de celebrar el matrimonio civil o si ambos son ciudadanos americanos y se encuentran en otro Estado Federal en donde no se reconozca el matrimonio y uno de los miembros de la pareja se encuentra gravemente enfermo el otro no podrá decidir sobre los procedimientos médicos que se tengan que practicar a su pareja. Ahora bien, en el caso del Derecho Tributario todos los beneficios fiscales en lo concerniente a la declaración de la renta son de competencia federal, lo que significa que el matrimonio entre dos personas del mismo sexo al no estar reconocido en toda la unión americana, sus miembros tienen que declarar sus impuestos de una manera diferente a la realizada por los demás ciudadanos heterosexuales que se encuentren casados.

Por lo tanto, en estos casos, aunque el contrato civil se llame matrimonio éste no genera la totalidad de derechos ni la igualdad legal a las parejas del mismo sexo. Podemos entender entonces que no existe en ninguno de los casos anteriormente mencionados una igualdad real legislativa o una plena equiparación de derechos de todos los ciudadanos en lo que a esta parte del derecho de familia se refiere, ya que deja expuestos y en peligro los derechos de las parejas del mismo sexo y de las familias homoparentales.

Tal como lo hemos explicado con anterioridad, volvemos a citar el ejemplo del caso de las parejas binacionales, que en el caso heterosexual, no encuentran ningún problema para legalizar su unión y poder acceder, por parte del extranjero, a todos los derechos que la unión con el nacional norteamericano le genera, sin embargo, un homosexual de cualquiera de estos Estados americanos no puede contraer matrimonio con un extranjero, al menos no con uno que no tenga residencia en los Estados Unidos de América, e incluso si así fuera, la parte extranjera no podría cambiar su Estatus de residente para más adelante poder obtener la nacionalidad, como sí ocurre con las parejas de heterosexuales. Por lo tanto, debido a que *“en los Estados Unidos la Ley de inmigración es*

*completamente federal, no estatal*<sup>244</sup>, los Estados que han legalizado los matrimonios entre personas del mismo sexo no pueden brindar, ni garantizar, derechos de inmigración a las parejas extranjeras en estado regular o irregular, de lesbianas y gays de los Estados Unidos que vivan y estén empadronados en los Estados en donde es permitido el matrimonio entre personas del mismo sexo, así lo estipula las leyes de inmigración, *“el Servicio de Inmigración y Naturalización lo ha dicho muy claramente que no van a reconocer los matrimonios entre parejas del mismo sexo. Si mandas una solicitud para la visa por su pareja a base de su matrimonio, la solicitud será negada”*<sup>245</sup>, tales declaraciones demuestran una filosofía homofoba y discriminatoria en el espíritu de la Ley de Estados Unidos de América.

Es por ello que debido a que las leyes Federales no cobijan beneficios para las parejas del mismo sexo, una pareja del mismo sexo sólo podrá beneficiarse de los Derechos de éste Estado y no de los otorgados por las leyes federales de los Estados Unidos de América. Otro ejemplo de discriminación son los beneficios de empleo de las parejas casadas, bajo la Ley del Estado, los matrimonios entre personas del mismo sexo y los de sexo contrario tendrán los mismos efectos en lo que respecta a las leyes de los cuatro Estados, pero, los beneficios otorgados por el Gobierno bajo la Ley federal, como determinadas clases de pensiones, no podrán proceder debido a que esta clase de beneficios sólo están amparados por la Ley Federal que sólo reconoce el acto del Matrimonio heterosexual. De allí la distinción entre el tratamiento Estatal y el Federal<sup>246</sup>.

Respecto a los Impuestos, la situación marca incluso muchas más diferencias, así entonces, *“como el tratamiento federal hacia el Matrimonio de personas del mismo sexo es diferente al estatal y las leyes sobre impuestos derivan de la Ley Federal, las parejas del mismo sexo necesitan de múltiples formas de declaración tributaria para poder obtener la devolución de impuestos”*<sup>247</sup>.

---

<sup>244</sup><http://www.inmigrationequality.org/template.php?pageid=1012>

<sup>245</sup>Idem.

<sup>246</sup>[http://www.morganbrown.com/docs/Same-sex%20marriage%20and%20Cote%20\(article\).pdf](http://www.morganbrown.com/docs/Same-sex%20marriage%20and%20Cote%20(article).pdf)

<sup>247</sup>Idem. While Massachusetts does not distinguish against same-sex and heterosexual couples, federal law still does; and, therefore, where provisions of the Massachusetts tax law derive from federal law (e.g. the definition of gross income or state deductions that are based upon a federal counterpart), same-sex couples need to perform multiple calculations when preparing their tax returns.

Sobre lo concerniente al tema de la adopción, el Estado de Massachusetts permite la adopción de menores por parte de parejas homosexuales, como también de manera individual. *“El Departamento Social del Estado de Massachusetts no puede negar la aplicación de un padre adoptivo basándose en su orientación sexual”*<sup>248</sup>.

De la misma manera que hemos citado estos Estados tenemos que explicar la situación que ocurrió en el Estado de California, ya que realmente fue el segundo y no el último Estado de Estados Unidos que instauró el matrimonio entre personas del mismo sexo en mayo 15 de 2.008 cuando la Suprema Corte de California estimó que el no permitir el matrimonio a lesbianas y gays incurría en la violación del Principio de Igualdad de estos ciudadanos, por lo tanto el continuar con tal discriminación para el entender y análisis de la Suprema Corte era concebido como inconstitucional. La decisión empezó a tener efectos el 16 de junio de 2.008 sin embargo tal avance se convirtió en involución legal cuando el 4 de noviembre de 2.008 durante las elecciones a la presidencia de los Estados Unidos de América se presentó paralelamente un referéndum de una proposición de enmienda constitucional. La proposición 8, la cual tenía como objetivo prohibir los matrimonios entre personas del mismos sexo recientemente celebrados, además de restringir el término matrimonio exclusivamente para las uniones entre un hombre y una mujer en el Estado de California. Tal propuesta fue aprobada por un 52% de las votaciones y un 47% en contra, y como todas las modificaciones constitucionales aprobadas en referéndum entró en vigor al día siguiente de su aprobación. Esta situación dejó en un estado de limbo legal a los matrimonios celebrados entre el rango de tiempo de junio a noviembre de 2.008 dejando en duda si se conservaba el status de matrimonio ó sí se les arrebataría un derecho que legalmente estuvo reconocido en ese periodo de tiempo, pero sea de una forma u otra, éste suceso es el claro ejemplo de la involución de derechos ya que aunque se opte por una u otra opción, se está dejando claro que se está violando los Derechos Humanos de homosexuales y bisexuales puesto que si los enlaces celebrados durante esos cinco meses no se les siguió denominando como matrimonio hasta que el 26 de junio de 2013 la Corte Suprema de los Estados

---

<sup>248</sup><http://www.hrc.org/Template.cfm?section=Home&CONTENTID=24587&TEMPLATE=/ContentManagement/ContentDisplay.cfm>. The state regulatory code provides that Massachusetts Department of Social Services cannot deny an application to be a foster or adoptive parent based on sexual orientation.

Unidos derogó la proposición 8 que prohibió el matrimonio entre personas del mismo sexo, eliminando una clara forma de discriminación por parte del Estado de California en lo que se refiere a los Derechos Humanos de las parejas del mismo sexo y las familias homoparentales, logrando así que dentro del Estado no coexistieran ciudadanos y ciudadanas de primera y de segunda clase ya que ya no se tendría que hacer uso de la anterior Ley civil de personas del mismo sexo que data del 2.003, por lo que con el fallo de la Corte ya no existen uniones denominadas legalmente bajo un término y otras con otro diferente, eliminando así una escala de valores distinta para reconocer los derechos a un grupo social de ciudadanos.

Al mismo tiempo que la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos emitía Sentencia en referencia a la situación de los matrimonios del mismo sexo en el Estado de California y declarando inconstitucional la proposición 8, otro avance se generaba el 26 de junio de 2013 reforzando el Derecho de Igualdad y abriendo el camino para que el colectivo LGTB de los Estados Unidos de América alcance pronto la igualdad legal, éste organismo también dictaba Sentencia declarando como inconstitucionalidad la sección 3 de la Ley de Defensa de Matrimonio o “***Defense of Marriage Act (DOMA)***” de carácter federal en los Estados Unidos que fue promovida en la legislatura del Presidente Bill Clinton el 21 de septiembre de 1996. Dicha sección de la Ley, definía el matrimonio como un hecho jurídico de competencia federal como una unión realizada entre el hombre y la mujer. Sin embargo, aunque con esta derogación se ha realizado un gran avance, la segunda sección de la DOMA sigue actualmente en vigor debido a la composición política de los Estados Unidos, declarando que ningún Estado Federado o subdivisión política de los Estados Unidos, como por ejemplo Puerto Rico, se encuentra obligada a reconocer los matrimonios entre personas del mismo sexo como legal aunque la pareja haya contraído matrimonio en uno de los 15 Estados miembro que en la actualidad reconocen el matrimonio igualitario, esto es debido a que a día de hoy cada Estado tiene la libertad de decidir si reconoce o no los matrimonios del mismo sexo dentro de sus ámbitos jurisdiccionales.

Este avance es producto de la demanda de ***Edith Windsor contra los Estados Unidos de América***. Windsor, es una mujer lesbiana de 83 años de edad, la cual cuando fallece su esposa, *Thea Spyer* en el año de 2009 no puede



acogerse a una serie de derechos y beneficios en materia de sucesiones, obligándola a pagar la suma de \$360.000 en impuestos, incluso cuando la pareja, la cual llevaba 44 años juntas, habían contraído matrimonio en Canadá en el año de 2007, el cual fue posteriormente reconocido por el Estado de New York cuando éste aprobó el matrimonio entre personas del mismo sexo en el año de 2011, debido a la discriminación ante la que se vio sometida decide demandar al Estado para hacer valer sus Derechos Fundamentales<sup>249</sup>.

Debido a lo anteriormente explicado, Windsor expone en su demanda que el no reconocimiento de su matrimonio conlleva a una violación de sus derechos y del Derecho Fundamental de Igualdad el cual se protege dentro de la Constitución de los Estados Unidos de América. Con esta Sentencia, claramente la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, al declarar inconstitucional la exclusividad del matrimonio para las parejas heterosexuales, está protegiendo los Derechos Humanos de las parejas del mismo sexo y sus familias permitiendo que éstas dejen de ser consideradas como menos respetables y protegiendo el Derecho de Igualdad y el de Dignidad del colectivo LGTB. Esto es una gran avance desde el punto de vista legal pero queda aún tramos del camino hacia la igualdad por recorrer, los cuales sólo se podrán recorrer y llegar a buen puerto, cuando la administración del Presidente Barack Obama legalice el matrimonio igualitario a nivel Federal cumpliendo así con lo estipulado en su programa electoral para su segundo mandato como Presidente de los Estados Unidos de América, de hecho incluso la misma administración Obama en febrero de 2011 pidió la inconstitucionalidad de la sección 3 de la DOMA en un informe jurídico presentado ante el Supremo<sup>250</sup>.

Ahora bien, en el caso portugués es diferente a todos los expuestos en este trabajo de investigación puesto que inicialmente contó con una legislación que contenía el concepto de Unión de Parejas en el año de 1999 haciéndolo extensivo a las parejas del mismo sexo en el 11 de Marzo de 2001 con la Ley/7<sup>251</sup>. Años más tarde, en febrero de 2010 Portugal aprueba la Lei 9/2010 en la que aprueba el matrimonio entre personas del mismo pero dejando por fuera el

---

<sup>249</sup><http://www.dosmanzanas.com/2013/06/el-supremo-de-estados-unidos-falla-a-favor-del-matrimonio-igualitario-la-doma-es-declarada-inconstitucional-y-las-bodas-vuelven-a-california.html>

<sup>251</sup><http://portugalgay.pt/frame.asp>

Derecho a la Adopción por lo que el reconocimiento de las familias homoparentales no se genera de forma real desde el punto de vista legislativo, quedando por fuera de la protección legal las familias conformadas por parejas del mismo sexo y sus hijos, violando así no sólo la igualdad de estas parejas sino también los derechos de los menores a tener el reconocimiento legal de sus dos padres o madres así como las obligaciones del otro miembro de la pareja para con sus hijos<sup>252</sup>.

Por otra parte, se encuentran los países que brindan prácticamente todos los derechos a las parejas del mismo sexo, incluyendo la adopción, sin embargo denominan a estas uniones con el concepto jurídico de uniones civiles o parejas de hecho<sup>253</sup>.

Igualmente se encuentran los países que otorgan a las parejas de homosexuales un reconocimiento como tal, ante el Estado, ante la Ley, brindándoles ciertos derechos que protejan dicha unión, pero tampoco se denominan bajo la palabra matrimonio. Estos Estados tampoco reconocen el derecho de adopción de menores por parte de las parejas homosexuales dentro de sus legislaciones, aunque algunos de ellos como lo explicaremos más adelante, si permiten la adopción de los hijos del otro miembro de la pareja. Estos son los casos de Alemania que legisló una Ley de Registro de Parejas de Hecho que obtuvo fuerza de Ley, el 1 de Agosto de 2001<sup>254</sup>, Finlandia, que aprobó una Ley de unión de parejas el 28 de Septiembre de 2001<sup>255</sup>. Aunque ya la hemos citado anteriormente con la legislación del matrimonio entre personas del mismo sexo del 7 de junio de 2012, Dinamarca fue el primer país del mundo en legalizar las uniones entre parejas del mismo en 1989, es importante citar de una manera comparada, el cambio social basado en el reconocimiento de los derechos de lesbianas y gays, el término jurídico utilizado en este país para llamar a las uniones de dos hombres y dos mujeres en el registro de uniones civiles sancionado por el Gobierno danés el 1 de Junio de 1989<sup>256</sup> debido a que fue el primer país que legisló derechos para las parejas del mismo sexo en el mundo bajo un término legal diferente al matrimonio. Igualmente, han legislado leyes

---

<sup>252</sup><http://www.elmundo.es/elmundo/2010/02/11/internacional/1265923662.html>

<sup>253</sup>No confundir uniones civiles o de pareja de hecho con Matrimonio entre personas del mismo sexo.

<sup>254</sup>[http://en.wikipedia.org/wiki/Civil\\_union#Germany](http://en.wikipedia.org/wiki/Civil_union#Germany)

<sup>255</sup>[http://en.wikipedia.org/wiki/Civil\\_unions\\_in\\_Finland](http://en.wikipedia.org/wiki/Civil_unions_in_Finland)

<sup>256</sup><http://www.france.qrd.org/texts/partnership/dk/denmark-act.html>

parecidas, Suiza el 1 de enero de 2.007 y Hungría quien desde el 1 de enero de 2.009 reconoce algunos derechos a las parejas del mismo sexo<sup>257</sup>.

En Dinamarca, dicho acto legislativo fue de gran importancia y tuvo su repercusión a nivel mundial. Este avance social y jurídico influyó en los otros países nórdicos y en poco tiempo estos Estados empezaron a legislar sobre el tema, de hecho Suecia, Noruega e Islandia lo hicieron en los siguientes siete años, como anteriormente hemos citado y dieron incluso un paso adelante de Dinamarca otorgando el derecho del matrimonio igualitario a todos sus ciudadanos antes que lo hicieran los daneses. Además, ésta Ley impulsó a las y los activistas a nivel mundial para seguir en la lucha para la consecución de normativas legales que otorgaran al colectivo LGTB sus derechos civiles. La antigua Ley de parejas de Dinamarca se puede calificar como positiva en el sentido que da a las parejas del mismo sexo casi todas las garantías que a las uniones de parejas heterosexuales, sin embargo también les limitada en los siguientes puntos:

- 1 *“Las parejas del mismo sexo no pueden adoptar, con la excepción que un miembro de la pareja adopte el hijo biológico del otro.*
- 2 *Las parejas del mismo sexo no pueden tener la custodia de un menor excepto cuando proceda la adopción explicada en el punto anterior.*
- 3 *Las Leyes del Estado que hagan referencia a los sexos de una pareja que esté casada no aplicaran a las parejas que del mismo sexo se encuentren registradas.*
- 4 *Las regulaciones internacionales no aplicaran a menos que todos los firmantes estén de acuerdo”<sup>258</sup>.*

Así mismo, la Ley finlandesa tiene la peculiaridad que, independientemente de quienes conformen la pareja, los contrayentes, para poder hacer uso de la Ley deben tener la edad mínima de 18 años y las autoridades competentes para celebrar dichas uniones son las mismas que están tituladas para celebrar el

---

<sup>257</sup>[http://www.ilgaeurope.org/europe/issues/lgbt\\_families/marriage\\_and\\_partnership\\_rights\\_for\\_same\\_sex\\_partners\\_country\\_by\\_country](http://www.ilgaeurope.org/europe/issues/lgbt_families/marriage_and_partnership_rights_for_same_sex_partners_country_by_country)

<sup>258</sup>[www.answers.com/topic/civil-unions-in-demark](http://www.answers.com/topic/civil-unions-in-demark). Registered partners cannot adopt, with the exception that one party can adopt the biological children of the other. Registered partners cannot have joint custody of a child, except by adoption. Laws making explicit reference to the sexes of a married couple don't apply to registered partnerships. Regulations by international treaties do not apply unless all signatories agree.

matrimonio heterosexual<sup>259</sup>. *“La legislación en sí garantiza los mismos derechos y responsabilidades que los matrimonios heterosexuales. El registro y la disolución de estas uniones se hace con un procedimiento similar al del matrimonio. La custodia compartida es permitida. Si uno de los miembros de la pareja es inmigrante tendrá igualmente garantizados los derechos”*<sup>260</sup>.

Alemania por su parte, es un Estado que tiene una Ley avanzada en el reconocimiento de derechos desde el punto de vista legal comparado con otros países de Europa como lo pueden ser actualmente Eslovenia, Italia ó la República Checa pero se queda corta en brindar una igualdad real a las personas homosexuales. La legislación alemana permite desde el 2001 contraer un **“contrato de comunidad de vida”**, el cual otorga derechos similares al matrimonio excepto la adopción y hasta el 2013 los temas de materia de impuestos

Respecto a la adopción, la legislación alemana no lo permite, sólo está permitido adoptar el hijo biológico de uno de los miembros de la pareja, si el otro padre biológico está de acuerdo y renuncia a su paternidad o si éste o ésta ha fallecido. El mismo caso ocurría en la antigua legislación de parejas de hecho danesa, en donde se permitía adoptar al hijo biológico de uno de los miembros de la pareja, caso en donde sí se permitirá la custodia del menor.

Sin embargo, el 6 de junio de 2013 el Tribunal Constitucional alemán. Como principal instancia judicial del Estado, pidió que se equiparan los regímenes fiscales de las uniones civiles de parejas del mismo sexo al aplicado a las parejas heterosexuales puesto que la Corte de Karlsruhe considerase ésta diferenciación como anticonstitucional puesto que entendía que dicha diferencia de regímenes estaba basada en una discriminación por orientación sexual<sup>261</sup>. Dicho avance por vía judicial es importante puesto que si en la pareja existe una diferencia de ingresos o incluso alguno de ellos está en el paro, tal modificación legal les puede resultar claramente ventajosa, al igual como les ocurre a las parejas heterosexuales. Sólo la CDU de Ángel Mérquela se oponía en el Parlamento a

---

<sup>259</sup> <http://www.france.qrd.org/assocs/ilga/dk/euroletter/93.html>

<sup>260</sup> [http://en.wikipedia.org/wiki/Civil\\_unions\\_un\\_Finland](http://en.wikipedia.org/wiki/Civil_unions_un_Finland). The legislature grants similar rights and responsibilities as married partners. Registration and dissolution in undertaken in a similar manner to marriage. Joint custody is allowed. Immigration rights to a foreign partner are granted.

<sup>261</sup> <http://eleconomista.com.mx/internacional/2013/06/06/alemania-establece-igualdad-fiscal-gays>

éste alineamiento en materia fiscal que iguala en condiciones a las parejas del mismo sexo y las de sexo contrario en el ámbito tributario<sup>262</sup>.

Finlandia, por el contrario, expresa que todo lo concerniente al concepto de paternidad y los conceptos que se encuentren basados en estipulaciones para un sexo específico no se aplican a las parejas del mismo sexo. De todos modos, tal como lo citamos en el principio de éste párrafo, este país permite la custodia de un menor también a personas que no sean sus padres. Esto puede ser dictaminado por una orden de la corte cuando se considera que es lo mejor para el bienestar del menor. *“Las Cortes Finesas pueden dar a una pareja del mismo sexo, la custodia de un menor sin importar que ninguno de sus miembros no sea su padre biológico”*<sup>263</sup>. Igualmente, todas las disposiciones dirigidas a los esposos del matrimonio heterosexual no aplican a las parejas homosexuales, como tampoco aplica la denominación del *nombre de familia*, la cual si se aplica a las parejas heterosexuales casadas<sup>264</sup>. Se observa una discriminación expresa a las familias homoparentales pues en la misma Ley dispone que no se le pueda dar el nombre de familia a las uniones de las personas del mismo sexo, por lo cual, a nuestro parecer, el Estado de Finlandia niega a estas personas a disfrutar del Derecho de tener y conformar una *familia*.

La Ley Alemana, en el ámbito de inmigración, es bastante progresista. Los ciudadanos alemanes pueden entrar en el Registro de Parejas de Hecho o contrato de comunidad de vida con un no-alemán, y éste, a su vez, ganaría el derecho de residencia, lo que significa que puede trabajar en la República Federal Alemana, pudiéndose convertir en ciudadanos alemanes después de tres años de residencia en el país y de dos años después que la unión civil haya surgido efectos. Igualmente, un extranjero residente en Alemania, puede entrar en el Registro de Parejas de Hecho, con otro extranjero si éste se encuentra residiendo en el país bajo un estatus regular, cumpliendo éste requisito, su pareja podrá

---

<sup>262</sup><http://www.spiegel.de/international/germany/german-high-court-supports-equal-tax-privileges-for-gay-couples-a-904111.html>

<sup>263</sup><http://www.france.rqd.org/assocs/ilga/dk/euroletter/93.html>. The act on child custody allows the custody of a child to be given to also other person(s) than parents. This can be done if it is in the best interest of the child. Finnish courts to have given joint custody of a child to same sex couples even though one of the cohabitant is not a parent of the child. There is no legislation regulating access to assisted reproduction. Clinics give treatment also to lesbian couples or single women who have no partner.

<sup>264</sup> Ídem.

recibir del Gobierno alemán permiso de residencia y de trabajo<sup>265</sup>. En el caso de Finlandia, una condición sine quanun para poder acogerse a la Ley es que al menos uno de los miembros de la pareja sea ciudadano y residente finés o ambas partes sean residentes en Finlandia durante un tiempo mínimo de dos años<sup>266</sup>. Si parejas extranjeras del mismo sexo provenientes de países en los cuales existe el matrimonio igualitario que otorga el cien por cien de derechos o las Uniones Civiles del Mismo Sexo llegaran a residir en Finlandia, dichas uniones serían validadas por el Gobierno fines<sup>267</sup>.

Es importante citar que legislaciones como la alemana, hacen énfasis en aspectos como la situación económica de los miembros de estas uniones, ya que las parejas que decidan hacer uso del *Eingetragene Lebenspartnerschaft*<sup>268</sup> tendrán que ayudarse económica y financieramente como sucede en el matrimonio, también, si uno de los miembros se encuentra en el paro, éste, recibirá la cobertura del seguro médico de su pareja, de igual manera que lo reciben las parejas de sexo contrario<sup>269</sup>. Por otra parte, esta Ley también recoge otros derechos como el exoneramiento de los miembros de la unión a declarar en la Corte en contra de su pareja y en referencia a los derechos en materia de pensiones, el Estado cubre a las parejas del mismo género de la misma forma que lo hace con las de distinto género. Además de esto, la Corte Constitucional Federal Alemana el 17 de Julio de 2002 se pronunció diciendo que no existen obstáculos legales para que las Uniones Civiles tuvieran el mismo estatus que el matrimonio heterosexual, con los mismos derechos y las mismas obligaciones. Dicho acto, influyó para que el 12 de Octubre de 2004 el Parlamento Alemán incrementara los derechos de las parejas de homosexuales que se hubieran registrado, otorgando entonces, el derecho a adoptar al hijo del biológico del uno de los miembros de ésta, anteriormente a esta fecha no era procedente, también se legisló, que, en materia de divorcio, las parejas del mismo sexo tendrían el mismo tratamiento que las heterosexuales y que los miembros de las Uniones

---

<sup>265</sup>[http://www.ilga-europe\\_union#Germany](http://www.ilga-europe_union#Germany)

<sup>266</sup><http://www.france.rqd.org/assocs/ilga/dk/euroletter/93.html>.

<sup>267</sup>ídem.

<sup>268</sup>Ley de Parejas del Mismo Sexo Alemana.

<sup>269</sup>[http://www.ilga-europe\\_union#Germany](http://www.ilga-europe_union#Germany)

Civiles tendrían las mismas obligaciones de responder económicamente el uno por el otro como está estipulado para las parejas de sexo contrario <sup>270</sup>.

Así mismo, es importante resaltar el caso de Hungría que en 1.996 legisló una Ley general dirigida hacia las parejas que viven en una relación de pareja, independientemente que fueran del mismo sexo o de sexo contrario, la Ley fue reconocida en 1996<sup>271</sup>, por lo que Hungría, se convertía en el primer país de Europa oriental y de los antiguos países comunistas, en legislar una Ley que reconoce derechos a los homosexuales y bisexuales. Ya hoy, en la actualidad, nos encontramos con que el Estado húngaro ha legislado una nueva Ley de Parejas general que como la anterior incluye a las uniones entre personas del mismo sexo otorgando algunos derechos disfrutados por los matrimonios heterosexuales excepto la adopción, el acceso a los tratamientos de fertilidad de las parejas de mujeres lesbianas o bisexuales y la prohibición de compartir el apellido de uno de los miembros de la pareja. La Ley entró a regir a partir del 1 de enero de 2.009.

Igualmente Suiza protege a las parejas del mismo sexo bajo la estructura de un Registro de Parejas, el cual se legisló en Parlamento el 18 de junio de 2.004, sin embargo, la Unión Federal Demócrata Conservadora forzó a que se realizara un referéndum sobre esta normativa, al contrario de lo ocurrido en el Estado de California en los Estados Unidos, la Ley contó con el 58% de aceptación por parte del pueblo suizo y entró en vigor el 1 de enero de 2.007. En esta Ley las parejas del mismo sexo no tienen los mismos derechos que las parejas heterosexuales como lo son el derecho a la adopción, los tratamientos de inseminación artificial y el derecho a compartir el mismo apellido<sup>272</sup>.

Aunque todas estas legislaciones, a través de la figura jurídica de uniones de hecho brinden los derechos anteriormente mencionados e incluso, muchos de sus procedimientos se realicen siguiendo como norma las directrices del matrimonio heterosexual, tienen incluidas en ellas limitaciones para las personas homosexuales y bisexuales. Incluso, es paradójico saber que sus normativas se basan en la unión de personas de sexo contrario y sin embargo la igualdad

---

<sup>270</sup>[http://www.ilga-europe\\_union#Germany](http://www.ilga-europe_union#Germany)

<sup>271</sup>[http://www.russell-cooke.co.uk/downloads/Civil\\_partnerships\\_and\\_Pil\\_at\\_IBC.pdf](http://www.russell-cooke.co.uk/downloads/Civil_partnerships_and_Pil_at_IBC.pdf)

<sup>272</sup>[http://www.ilgaeurope.org/europe/issues/lgbt\\_families/marriage\\_and\\_partnership\\_rights\\_for\\_same\\_sex\\_partners\\_country\\_by\\_country](http://www.ilgaeurope.org/europe/issues/lgbt_families/marriage_and_partnership_rights_for_same_sex_partners_country_by_country)

normativa no está intrínseca en las leyes que regulan las uniones homosexuales, por lo tanto, independientemente de lo pioneras que hayan sido o de la cantidad de derechos que permitan tener a homosexuales y bisexuales, ninguna de estas normativas cumple con el requisito de la igualdad total o real, por lo tanto, el Principio de Igualdad sigue vulnerándose en estas legislaciones ya que no hay un trato igualitario sino más bien abiertamente excluyente.

### **1.1.1.3. Reconocimiento de algunos derechos**

Existen algunos países que tienen legislaciones que conceden algunos Derechos y Libertades a las lesbianas, gays y bisexuales. Estos Estados no han legislado leyes que otorguen a las personas homosexuales y bisexuales una igualdad legal real o como mínimo una igualdad relativa pero por lo menos, dentro de sus ordenamientos jurídicos existen disposiciones que permiten a las parejas del mismo sexo disfrutar de limitados Derechos, aunque la afirmación anteriormente expuesta sea producto del análisis de que es mejor tener el reconocimiento de algún Derecho a ninguno, el aceptar este planteamiento por parte del Estado que así lo ha legislado, lo entendemos claramente como la aceptación de la discriminación a este grupo social. Un hecho curioso es que algunos de estos países son miembros de la Unión Europea, cuando es la misma Unión una de las instituciones a nivel mundial que se ha caracterizado por la defensa y el reconocimiento de los Derechos Humanos en su territorio, la defensa de las minorías y la lucha contra cualquier discriminación no sólo en sus Estados miembros sino también fuera de la Unión como bandera de su política exterior.

Dentro de esta categoría encontramos al Ducado de Luxemburgo el cual no tiene una legislación específica para las uniones entre personas del mismo sexo sino una clase de Ley de Uniones Civiles general que engloba todos los enlaces para toda clase de uniones sea del mismo sexo o del contrario pero que en ninguno de los casos engloba ni protege todos los derechos que reconoce el Estado en el contrato civil del matrimonio, *así mismo las personas homosexuales no tienen derecho a adoptar de manera conjunta*<sup>273</sup>.

---

<sup>273</sup>Nuevamente observamos la connotación de la homofobia pues si se permite adoptar a lesbianas y gays solteros pero no en pareja como tampoco se tiene en cuenta los derechos y las obligaciones que tiene el menor y el otro miembro de la pareja que es no ha sido el adoptante,



Croacia aprueba en su parlamento una Ley de Parejas del mismo sexo el 14 de Julio de 2003<sup>274</sup>, su legislación exige un mínimo de tiempo para poder acceder a los Derechos que genera las respectivas leyes de parejas. *“Así lo estipula la Ley croata que, desde su segundo artículo empieza limitando en un espacio de tiempo, a las personas que estén interesadas en regular su unión bajo la Ley. Dice el Artículo 2: “Las uniones de mismo sexo, están definidas bajo la Ley como una unión de personas que viven juntas al menos durante los último 3 años, basados en los principios de la igualdad entre los miembros de la pareja, el mutuo respeto y la asistencia emocional entre los miembros de la pareja”*<sup>275</sup>. Aquí existe un limitante, que es el tiempo, el cual obliga a los contrayentes a cumplir con un mínimo de habitación conjunta de dos o tres años para poder acceder a los derechos que contemplan la respectiva legislación.

En el caso de la República Checa, *“las condiciones para poder registrarse como pareja de hecho sólo son: que al menos uno de los contrayentes tenga la nacionalidad Checa y que ambos miembros de la pareja tengan como mínimo 18 años de edad”*<sup>276</sup>, dejando por fuera de la Ley todo requerimiento de un término mínimo de tiempo para poder acceder a la Ley. También se dispone que, las personas homosexuales tienen el Derecho que, dado el caso que uno de los contrayentes de la unión llegase a fallecer, quien le sobreviviera, tendrá el primer lugar en el orden sucesorio, por lo tanto el ámbito de sucesiones, las parejas del mismo sexo registradas tienen el mismo tratamiento que las parejas heterosexuales<sup>277</sup>. También, al igual que la Ley alemana, las parejas homosexuales se encuentran protegidas por la Ley para no estar obligadas a dar testimonio en contra de su pareja en el caso que alguno de sus miembros llegase a ser acusado de incurrir en un tipo penal. Sobre el Estado civil, al igual que las

---

que es su padre o madre aunque la Ley diga lo contrario, pues le ha criado y compartido su vida en muchos de los casos de la misma manera que lo ha hecho quien ha efectuado la adopción, por lo tanto estas evidencias demuestran un claro vacío en el derecho de familia de Luxemburgo como de los otros Estados que incurrir en la misma situación.

<sup>274</sup> <http://www.iglhrc.org/site/iglhrc/content.php?type=1&id=73>

<sup>275</sup> [www.housiwien.at/download/pars\\_kroatien.pdf](http://www.housiwien.at/download/pars_kroatien.pdf): In the same sex civil union, the partner which does not possess enough means for life or if she/he can not obtain them from her/his own property or can not become employed, has a right to support from her/his partner.

<sup>276</sup> [http://www.ilgaeurope.org/europe/guide/country\\_by\\_/czech\\_republic/legal\\_details\\_of\\_the\\_czech\\_registered\\_partnership\\_law](http://www.ilgaeurope.org/europe/guide/country_by_/czech_republic/legal_details_of_the_czech_registered_partnership_law): The conditions for entering a partnership as follows: The partners must be at least years of age; legally competent and single are as follows: The partners must be at least 18 years of age, legally competent and single (i.e. neither registered nor married). At least one of the partners must have Czech citizenship.

<sup>277</sup> [http://www.ilgaeurope.org/europe/guide/country\\_by\\_/czech\\_republic/legal\\_details\\_of\\_the\\_czech\\_registered\\_partnership\\_law](http://www.ilgaeurope.org/europe/guide/country_by_/czech_republic/legal_details_of_the_czech_registered_partnership_law).

parejas de sexo contrario, la República Checa exige que “*el estado civil de las parejas del mismo sexo registradas, como en el matrimonio, deberá estar presente en el documento de identidad de cada uno de los contrayente*”<sup>278</sup>.

Sin embargo, a pesar que los derechos anteriormente mencionados pueden ser actualmente disfrutados por las parejas del mismo sexo, “*la Ley de Parejas Checa presenta varias limitaciones, como a continuación las detallamos:*

1. *No gozan, como pareja, de un pleno estado total de Derechos.*
2. *No pueden compartir el mismo apellido.*
3. *Si una de las partes es extranjera, no podrá alcanzar la ciudadanía checa, ni la residencia o el permiso de trabajo.*
4. *No obtendrán las ventajas que provienen de las leyes de Impuestos sobre la renta.*
5. *No tendrá Derecho a compensación en caso de muerte de uno de los contrayentes.*
6. *No procederá la adopción por parte de las parejas homosexuales*<sup>279</sup>.

Croacia dispone que, las regulaciones respecto a la propiedad y la mutua asistencia de los miembros de la pareja se encuentran comprendidos en la Ley en su artículo 6.1.: *en la Unión Civil de Parejas del Mismo Sexo, la parte que no posea lo suficiente para vivir o si el ó ella no pueden obtener de él o ella misma sus propios ingresos y no está empleado/a, éste o ésta tiene el Derecho a que su pareja vele por su seguridad económica*<sup>280</sup>.

Respecto al ámbito de la propiedad, los contrayentes, desde el momento que registran su Unión Civil, adquieren el Derecho de propiedad de los bienes que han sido fruto desde el inicio del Registro.

---

<sup>278</sup> Ídem. The marital status (like in the case of marriage) must be stated in the person's ID Card.

<sup>279</sup> Ídem. What the law does not contain: estate by entirety, common or double surname, impact on citizenship, residence or work permit acquisition, survivor's pensions, advantages stemming from income tax law, financial compensation in case of partner's death.

<sup>280</sup> [www.housiwien.at/download/pars\\_kroatien.pdf](http://www.housiwien.at/download/pars_kroatien.pdf): Same sex civil union, as defined by this Law, is a union of two persons of the same sex living together (later in the text: partner) which lasts at least 3 years and is based on principles of equality between partners, mutual respect, assistance and an emotional relationship between partners.

Es interesante mencionar que ésta Ley en su artículo 20.1, cita que *“ninguna forma de discriminación directa o indirecta se podrá dar por motivo de que una pareja esté registrada en Unión Civil de parejas del mismo sexo, como tampoco se podrá dar ninguna discriminación en base a la orientación sexual de las personas”*<sup>281</sup>. Aunque la Ley así lo estipule, realmente la garantía jurídica no se cumple, el texto croata se encuentra lleno de limitaciones y diferenciaciones entre el tratamiento otorgado a las parejas heterosexuales y el dado a las uniones de homosexuales. A una pareja homosexual, no se le exige que deba estar viviendo bajo un mínimo de tiempo para poder contraer matrimonio, a la homosexual sí se le exige dicho requisito. Un ciudadano checo heterosexual puede contraer matrimonio con cualquier extranjero heterosexual, y a éste le es entregado automáticamente la residencia y el permiso de trabajo para poder laborar en el país, la pareja de un homosexual no puede disfrutar de estos mismos Derechos, por lo tanto, así la Ley checa cite que no puede existir ninguna forma de discriminación directa o indirecta, es claro que el **Principio Fundamental de la Igualdad** es violado totalmente en esta legislación, el tratamiento jurídico no es el mismo, por lo cual la norma se contradice desde su mismo texto de Ley, lo igual, como constantemente citamos en éste estudio, no puede ser tratado de manera diferente.

En el caso esloveno, la Ley como la mayoría catalogadas dentro de esta categoría, brinda a los interesados muy pocos derechos. *“Esta legislación sólo cubre lo relacionado con los Derechos de Propiedad, el Derecho y la Obligación de responder por la otra parte de la pareja en el caso que éste no tenga como sustentarse por él mismo y los Derechos Herenciales en un primer grado”*<sup>282</sup>.

La Ley no contempla ningún Derecho a disfrutar de una seguridad social compartida, ni seguro de salud, ni pensiones.

En el 2004, se hizo la propuesta en el Parlamento esloveno de legislar una carta de derechos que fuera más equitativa para las parejas de lesbianas y gays, dicho proyecto, fue aprobado en la primera cámara, pero, en el momento de leerlo en la cámara alta en marzo de 2005, el proyecto fue rechazado. En sí ésta

---

<sup>281</sup> Ídem. Any form of discrimination, direct or indirect on the basis of same sex civil union, as well as on the basis of sexual orientation is prohibited.

<sup>282</sup><http://www.answers.com/topic/same-sex-union-in-slovenia>: The Law covers only property relations, the right/obligation to support a socially weaker partner, and inheritance rights to a degree.

reforma lo único que pretendía era otorgar todos los derechos que tendrían ser inherentes a las Uniones de Parejas homosexuales, dejando por fuera el Derecho de adopción, el cual hasta la fecha no se encuentra cobijado por la Ley Eslovena<sup>283</sup>.

Referente a la adopción conjunta, como citamos anteriormente algunos como por ejemplo Portugal, especifican en su legislación que sólo podrán adoptar las parejas heterosexuales que hagan uso de la Ley de Parejas<sup>284</sup>.

Ahora yendo al territorio latinoamericano, encontramos el caso de Colombia en donde los derechos de las personas del mismo sexo están más avanzados en comparación al promedio de países con características generales. La Constitución colombiana establece en su Artículo 42 estipula que el matrimonio es una institución reconocida únicamente para las parejas heterosexuales, sin embargo, en los últimos años se han ido produciendo diferentes sucesos que han ido modificando en un periodo de tiempo la realidad jurídica y la protección de los Derechos Fundamentales de las parejas del mismo sexo, así como se han ido subiendo escalones para una posible consecución del matrimonio igualitario en Colombia.

El primer paso fue el fallo de la Corte Constitucional del 17 de abril del 2008 sentencia que las parejas en unión marital de hecho del mismo sexo pueden acceder a la pensión de sobreviviente, tal como sucede con las parejas heterosexuales pero de acuerdo con la norma, para que el otro miembro de la pareja sobreviviente sea quien reciba la pensión, ambos debieron haber convivido, de manera permanente, singular e ininterrumpida, durante **cinco años**, antes de la muerte del pensionado. Es decir que la unión debió mantenerse de manera continua durante cinco años y con una sola persona. Las separaciones temporales por trabajo, estudio o viaje no disuelven la unión, sin embargo este punto, entre otros, manifiesta que el espíritu de la normativa, aunque es avanzado en algunos ámbitos, emana claramente una discriminación expresa y clara hacia las parejas del mismo sexo. Si la persona que pasa a ser beneficiaria tiene más

---

<sup>283</sup>Idem.

<sup>284</sup>Artigo 7. Lei 7/2001. Adopcao: Nos termos do actual regime de adoção, constante do livro IV, título IV, do Código Civil, é reconhecido ás pessoas de sexo diferente que vivam em união de facto nos termos da presente Lei o direito de adoção em condições análogas ás previstas no artigo 1979 do Código Civil, sem prejuízo das disposições legais respeitantes á adoção por pessoas não casadas.

de 30 años de edad, la pensión será vitalicia, si tiene menos de esta edad, la recibirá por 20 años.

Por otra parte, la Corte Constitucional colombiana en su Sentencia C-029/09 se ha pronunciado afirmando que los derechos de las parejas del mismo sexo deben estar reconocidos en el ámbito civil, político, social, económico, migratorio y penal, los cuales hasta ahora solamente habían sido reconocidos a las uniones de personas heterosexuales sin importar que ésta fuera matrimonio civil, católico o unión de parejas de hecho<sup>285</sup>.

Una de las principales reformas realizadas es la modificación al Régimen Pensional de las Fuerzas Militares que determina que las parejas del mismo sexo deben ser cobijadas con la pensión de sobreviviente si un militar en servicio activo tiene una pareja del mismo sexo y muere, la pensión puede ser o podrán ser beneficiarios de subsidios si son pareja del mismo sexo.

Igualmente, en cuanto el Régimen Migratorio, si un ciudadano colombiano tiene una pareja del mismo sexo extranjera, éste puede obtener la nacionalidad.

En lo referente al ámbito sanitario, las parejas del mismo sexo podrán ser beneficiarias del seguro obligatorio de accidentes de tránsito, por la muerte de un miembro de la pareja, igualmente podrán invocar la inasistencia alimentaria y la violencia intrafamiliar, sin embargo paradójicamente la Corte Constitucional no se quiso expresar al respecto si las parejas del mismo sexo representaban como tal una familia y se abstuvo de definir esta condición en la Sentencia, aunque paradigmáticamente les reconoce, como lo explicamos en esta investigación algunos derechos que son por ende derivados del Derechos de Familia. Así mismo, en lo que respecta al Derechos Penal, los homosexuales, al igual que los heterosexuales, no se verán obligados a declarar en contra de su pareja cuando se presente ante un juez en calidad de testigos o sindicados.

Dentro de las reformas también es importante citar que, en cuanto a lo que respecta a los beneficios obtenidos por la Ley de Justicia y Paz, las parejas del mismo sexo que hayan sido víctimas de grupos armados al margen de la Ley como las FARC o los paramilitares, podrán reclamar también al igual que las

---

<sup>285</sup><http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-029-09.htm>

parejas heterosexuales sus derechos de indemnización y de reparación, si han sido víctimas de genocidio, desaparición forzada o tortura<sup>286</sup>.

Por último, la Corte Constitucional colombiana mediante la Sentencia C-557 de 2011 otorga un mayor reconocimiento a los derechos de las parejas del mismo sexo de los que ya había brindado a través de otras Sentencias, incluso en esta ocasión reconoce la existencia de las familias homoparentales, afirmando pese a los derechos adquiridos, todos a través de Sentencias de esta Corte, existe un déficit de reconocimiento de los derechos del colectivo LGTB en el Estado instando al Gobierno de la República a que resarza esta situación poniendo como fecha límite el 20 de junio de 2013, matizando que si para esta fecha el Congreso de la República no ha legislado sobre esta realidad el matrimonio entre personas del mismo sexo empezará a aplicarse en Colombia de forma automática a partir de este día, permitiendo a cualquier parejas del mismo sexo acudir ante notario para legalizar su unión como un matrimonio civil. El Congreso de Colombia en abril de 2013 debatió un proyecto de Ley que no llegó a buen puerto por lo que actualmente al no haberse legislado esta situación las parejas del mismo sexo pueden acudir ante los juzgados o notarías a registrar sus uniones, lo que genera en cierta forma una incertidumbre jurídica ya que continúa existiendo un vacío jurídico en referencia a este tipo de uniones, ya que no se sabe bajo qué términos legales se denominará esos documentos, si bajo el paraguas legal del concepto matrimonio o si se hará como registro de parejas. El día 24 de julio de 2013 la jueza del un juzgado civil de Bogotá D.C anuncia que legaliza bajo el concepto jurídico de matrimonio la unión entre dos varones, aunque no utilizó la palabra sí que desarrolló los mismos efectos solemnes así como la formalización correspondiente para otorgarles el estado civil de casados. La magistrada afirma que hay un vacío legal en la legislación colombiana sobre el tema por lo que, basándose en la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia ha expresado que utilizó las mismas leyes que se aplican para legalizar las parejas heterosexuales para hacerlo con las parejas del mismo sexo, especificando que por esta misma razón utilizó el Artículo 5 del Código de Procedimiento Civil el cual indica que *“cualquier vacío en las disposiciones del presente Código se llenaran con las*

---

<sup>286</sup><http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/CUADRO%20LEY%20DE%20JUSTICIA%20Y%20PAZ.php>

*normas que presenten casos análogos y a falta de éstas con los principios constitucionales y los generales del Derecho Procesal”.*

Por otra parte, el Juzgado 11 Civil Municipal de la ciudad de Cali ha resuelto a favor de otra pareja de hombres una Acción de Tutela interpuesta contra el Notario cuarto de ésta ciudad ya que el mismo manifestaba que *“no podía celebrar la boda porque se declaraba impedido legal y constitucionalmente, pero que si interponíamos una acción de tutela, él acataría lo que allí se decidiera”*<sup>287</sup>. La Acción de Tutela es una herramienta administrativa prevista en el Artículo 86 del ordenamiento constitucional colombiano que busca la protección de los Derechos Fundamentales constitucionales de los individuos cuando se entienda que estos resulten vulnerados y amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, no existiendo otro recurso para que los haga cumplir así como también en el caso de que exista un peligro inminente. El plazo de resolución de la misma no puede transcurrir más de 10 días hábiles desde la solicitud de la Acción de Tutela, siendo una garantía administrativa que goza de preferencia frente a otras acciones judiciales. El Notario cuarto ha manifestado, al conocer el fallo de la Acción de Tutela, que solo esperaba blindarse jurídicamente con la decisión del Juez de Tutela para así proceder a celebrar el acto civil. Tal decisión, ha permitido empezar a construir una jurisprudencia sólida para frenar a los opositores del matrimonio igualitario en Colombia.

Trasladándonos a la región de medio oriente, el Estado de Israel reconoció desde el año de 1994 la cohabitación sin registrar de las parejas del mismo sexo<sup>288</sup>. Después de varias decisiones de la Corte de Justicia Israelí, las parejas del mismo sexo pudieron tener acceso a varios beneficios que anteriormente sólo disfrutaban las parejas de sexo contrario como la ventajas otorgadas a los cónyuges de los empleados de la administración pública y los beneficios que, por parte del Ministerio de Defensa Israelí, daba a un miembro de la pareja si el que fuera parte de las fuerzas armadas y había sido dado de baja en el ejercicio de sus funciones, dicho avance fue dado por la Corte de Justicia Israelí<sup>289</sup>.

---

<sup>287</sup><http://www.elespectador.com/noticias/nacional/tutela-ordena-notario-celebrar-boda-gay-articulo-436582>

<sup>288</sup><http://www.iglhrc.org/site/iglhrc/content.php?type=1&id=91&print=1>

<sup>289</sup>Idem.

Por tanto, en Israel no existe una Ley concreta que de derechos a las personas homosexuales, tan sólo existen apartados jurídicos que otorgan algunos derechos muy condicionados y, sólo otorgados en situaciones específicas a las parejas del mismo sexo.

## 1.2. Desigualdad

Los Estados que citamos a continuación tienen incorporadas dentro de sus sistemas jurídicos, legislaciones que limitan claramente los derechos de las parejas del mismo sexo y sus familias. Aquí encontramos países que no tienen leyes que penalizan las relaciones sexuales homosexuales como delito pero la normativa que los rige está llena, en la mayoría de los casos, de directrices heterosexistas, sexistas y homofobas. No existen restricciones, en lo que la Ley penal respecta pues no hay prohibiciones del acto como tal, pero, sin embargo, si se dan restricciones en lo que se refiere a los Derechos Humanos de los homosexuales y bisexuales ya que existe una carencia de igualdad y de equiparación de derechos en lo que respecta al ámbito del reconocimiento de sus derechos y libertades en materia de la Ley Civil y de Familia.

Actualmente, la mayoría de los sistemas gubernativos en el mundo se encuentran dentro de esta clasificación. La única ventaja que lesbianas, gays y bisexuales tienen en estos países es que el reconocimiento mínimo que la Ley pueda dar a este colectivo, no siendo éste otro más que el hecho que su orientación sexual no se encuentre tipificada como delito en los ordenamientos jurídicos penales de estos Estados.

Este tipo de legislaciones traen consigo lo que denominamos invisibilidad legal de una minoría<sup>290</sup>. El Estado, al no comprender dentro de sus estamentos jurídicos, ninguna clase de garantía legal para el colectivo de las minorías sexuales, los hace invisibles ante la Ley, y, por ende, dicho comportamiento influye para que la realidad social de dicho grupo se vea más vulnerada en la sociedad.

---

<sup>290</sup>Es importante dejar refeljado que aunque lesbianas, gays, transexuales y bisexuales están considerados como una minoría según los estudios de Kinsey sólo hay un 10% de sociedad que es 100% homosexual y otro 100% heterosexual, por lo que el 80% de la sociedad estaría dentro de diferentes facetas de bisexualidad.



El padecer una invisibilidad jurídica, genera que lesbianas, gays y bisexuales no cuenten con la seguridad y/o garantía que sus derechos van a ser respetados, tanto por el Estado, como socialmente por las personas que residen en él. Realmente, todo lo concerniente a los Derechos Fundamentales de este colectivo queda en un limbo jurídico, un vacío legal, el cual en la mayoría de las ocasiones es contradictorio y paradójico. Tales afirmaciones, las hacemos partiendo de la base que en la gran mayoría de los casos, un Estado que se dice de Derecho, que dicha afirmación está declarada y recogida en su Constitución, en su norma máxima, que asegura brindar a los ciudadanos y ciudadanas una protección de los Derechos Humanos, al omitir a un grupo social minoritario en sus legislaciones, al dejarlo por fuera, trae consigo una incoherencia legislativa, pues si todos sus ciudadanos son iguales ante la Ley, *no se puede tratar diferente a quienes son iguales*, y el no otorgar, *ni garantizar todos los derechos a las personas homosexuales, bisexuales y transexuales* es un claro ejemplo de *violación del Principio de No Discriminación*, por lo tanto nos encontramos ante legislaciones exclusivistas para unos, y excluyentes para otros.

Además, es importante resaltar que desde el punto de vista legislativo, un ordenamiento jurídico que pase la frontera de lo anteriormente expuesto, pasa del límite mínimo de dignidad de las minorías sexuales. La invisibilidad en estos sistemas legislativos impera, siendo éste un hecho que perjudica todo posible avance en el equipamiento de los Derechos de lesbianas, gays y bisexuales a escala mundial.

Aunque la orientación sexual es un aspecto fundamental de la personalidad humana y se encuentra directamente conectada con los **Derechos Fundamentales como el Derecho a la Igualdad, el Derecho a la Libre Expresión y el Principio de No Discriminación**, los actuales Gobiernos brillan por la ausencia de normativas que recojan esta realidad, violan los derechos con el reforzamiento de la omisión legal del reconocimiento de normas que protejan la diversidad de orientación sexual e identidad de género. Es evidente entonces la no existencia de un compromiso por parte de la mayoría de Estados en lo que refiere a la protección de los Derechos Humanos de sus ciudadanos homosexuales y bisexuales.

A continuación citamos, según *Vanesa Baird*, basándose en información de ILGA, IGLHRC<sup>291</sup> y el portal [www.sodomylaws.com](http://www.sodomylaws.com), la clasificación de los países que no penalizan las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo pero que tampoco reconocen, en la actualidad, ningún Derecho a las parejas de lesbianas y gays, bisexuales y transexuales excepto el de no penalizar su orientación sexual:

*“Albania, Andorra, Antigua y Bermuda, Armenia, Araba, Austria, Azerbaiyán, Bahamas, Belice, Bermudas, Bielorrusia, Bolivia, Bosnia-Herzegovina, Brasil, Bulgaria, Burkina Faso, Islas Caimán, Camboya, República Centroafricana, Chad, Chile, Chipre, Comores, Congo, Corea del Sur, Costa de Marfil, Costa Rica, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Eritrea, Eslovaquia, Estados Unidos (desde el ámbito federal), Estonia, Ecuador, Filipinas, Gabón, Grecia, Guatemala, Guinea Bissau, Haití, Honduras, Indonesia, Irlanda, Italia, Japón, Jordania, Kazajstán, Kirguistán, Lesoto, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Macedonia, Madagascar, Mali, Malta, México, Micronesia, Moldavia, Mónaco, Níger, Panamá, Paraguay, Perú, Polonia, Puerto Rico, Ruanda, Rumania, Rusia, San Marino, Santo Tomé y Príncipe, Serbia y Montenegro, Sudáfrica, Surinam, Tailandia, Taiwán, Tayikistán, Turcos y Caicos islas, Turquía, Ucrania, Vanuatu, Vaticano, Venezuela, Vietnam”<sup>292</sup>.*

### **1.2.1. Desigualdad absoluta**

La situación más crítica que pueden vivir las minorías sexuales es que su orientación sexual y/o identidad de género se encuentre penalizada como un delito. Este hecho, es una muestra explícita que lesbianas, gays, transexuales y bisexuales están viviendo, dentro de estos Estados, en una absoluta desigualdad frente a los otros ciudadanos violándose sus Derechos Fundamentales por visibilizar una característica inherente a su personalidad.

Así, encontramos legislaciones que penalizan las relaciones sexuales homosexuales y el cambio de sexo de las personas transexuales, en: América, Asia, África y Oceanía. A la fecha de hoy, Europa es el único continente en donde

---

<sup>291</sup>International Gay and Lesbian Human Right Commission (Comisión Internacional de los Derechos Humanos de Lesbianas y Gays).

<sup>292</sup>BAIRD, Vanessa. *Sexo, Amor y Homofobia*. Editorial Egales. Madrid. 2006. Pág. 173 -178.

no se penalizan las relaciones homosexuales consentidas entre adultos ni la transexualidad, la Unión Europea, ha sido clave para poder llegar a esta posición<sup>293</sup>, ya que es un requisito indispensable para poder ser candidato a pertenecer a la Unión.

Ésta es la realidad social y jurídica que viven muchas lesbianas, gays, transexuales y bisexuales en gran parte de los países del mundo. Según *Amnistía Internacional*: *“En ciertos países, las relaciones sexuales consentidas entre adultos del mismo sexo constituyen un delito de «sodomía», «crímenes contra la naturaleza» o «actos antinaturales». En otros, se utilizan disposiciones generales como las relativas a los «actos inmorales» o al «escándalo público» para convertir en delito diferentes expresiones de la identidad homosexual. En muchas partes del mundo, estas leyes son los restos de la dominación colonial, y resulta irónico que algunos dirigentes de gobiernos poscoloniales las defiendan como una salvaguardia frente a lo que califican de «importación extranjera» de la homosexualidad»*<sup>294</sup>.

Sobre la diversidad de penas que pueden recoger los reglamentos jurídicos penales de los Estados, la misma organización nos plantea que *“Las investigaciones de Amnistía Internacional indican que estas leyes también pueden actuar de diversas formas como licencia para infligir torturas y malos tratos. Por ejemplo, en algunos países se imponen judicialmente —es decir, son impuestos por un tribunal de justicia— castigos corporales como la flagelación por el «delito» de homosexualidad. Amnistía Internacional considera que estos castigos constituyen tortura u otras penas crueles, inhumanas o degradantes. Las leyes que penalizan la homosexualidad pueden también alentar a los funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley a no tener en cuenta la condición humana de un detenido cuya propia identidad es delito. Al institucionalizar la discriminación, pueden actuar como incitación oficial a la violencia contra gays, lesbianas, bisexuales y transexuales en la comunidad en general, ya sea bajo custodia, en prisión, en la calle o en el hogar. Al despojar a un sector de la población de la*

---

<sup>293</sup>Para que un Estado pueda ser admitido en la Unión Europea debe derogar toda Ley que penalice las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo, entre otros requisitos, por ende, los países candidatos, en el caso de llegar a tener vigente una Ley que penalice la homosexualidad, deben modificar su legislación si desean iniciar el trámite de integración en la UE. Ejemplo de ello son los cambios legislativos realizados por Rumania y Turquía, actuales países candidatos, en lo que respecta al tratamiento legislativo hacia las minorías sexuales.

<sup>294</sup>[http://www.amnistiainternacional.org/publica/ct\\_crmenes/capitulo1.pdf](http://www.amnistiainternacional.org/publica/ct_crmenes/capitulo1.pdf)

*plenitud de sus derechos, también privan a los gays y lesbianas víctimas de torturas o malos tratos del acceso a una reparación y permiten que sus torturadores continúen maltratando a otras personas con impunidad*<sup>295</sup>.

La posición de los Gobiernos aquí clasificados en la mayoría de las veces, es respaldada por las instituciones religiosas, que, con dogmas fundamentalistas, alimentan sistemas jurídicos homofobos para continuar incrementando la discriminación hacia las personas que tienen una orientación sexual diferente a la heterosexual.

La sexualidad es una característica intrínseca en todos los seres humanos, es una parte esencial de la personalidad del ser, por ende, que un Gobierno penalice determinada orientación y/o identidad sexual, es ir en contra de todos los principios rectores de la normativa internacional de los Derechos Humanos, mostrando así claramente la homofobia institucionalizada que existe en los Estados.

Las leyes que castigan la homosexualidad fomentan la despersonalización de lesbianas y gays ya que se castiga su *Identidad, su Libre Expresión, el Desarrollo de su Personalidad, el Derecho a la Intimidad, la Dignidad de las Personas, el Derecho de Reunión, etc.* Tipificar la homosexualidad como delito es una violación grave a los Derechos Fundamentales de las personas. Un sistema legislativo que comprende esta clase de normativas, no garantiza los Derechos comprendidos en la *Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.*

A continuación citamos, según *Vanessa Baird*, la clasificación de los países que en la actualidad penalizan la homosexualidad, masculina y/o femenina, y en la mayoría de los casos, la pena impuesta por sus legislaciones penales<sup>296</sup>:

Afganistán: ilegal para hombres y mujeres, pena máxima: capital.

Angola: ilegal para hombres y mujeres.

---

<sup>295</sup>Ídem.

<sup>296</sup>BAIRD, Vanessa. *Sexo, Amor y Homofobia*. Editorial Egales. Madrid. 2006. Pág. 173 -178.

Arabia Saudita: ilegal para hombres y mujeres, pena máxima: capital.

Argelia: ilegal para hombres y mujeres, pena máxima: tres años de cárcel.

Barbados: ilegal para hombres y mujeres. Pena máxima: más de diez años de cárcel.

Benin: ilegal para hombres y mujeres.

Bután: ilegal para hombres y mujeres, pena máxima: cadena perpetua.

Botsuana: ilegal para hombres, pena máxima: siete años de cárcel.

Brunei: ilegal para hombres y mujeres, pena máxima: diez años de cárcel.

Burundi: técnicamente legal, pero se castiga como <<acto inmoral>>.

Cabo Verde: ilegal para hombres y mujeres. Pena máxima: más de diez años de cárcel.

Camerún: ilegal para hombres y mujeres.

Congo República Democrática: ilegal para hombres y mujeres.

Cook, islas: ilegal para hombres, pena máxima: catorce años de cárcel.

Corea del Norte: sin información disponible.

Cuba: legal para hombres y mujeres pero la homosexualidad "*públicamente manifestada*" se castigaba hasta con un año de cárcel.

Egipto: técnicamente legal, pero varias leyes se emplean para reprimir a los hombres gays.

Emiratos Árabes Unidos: ilegal para hombres y mujeres, pena máxima: catorce años de cárcel.

Etiopía: ilegal para hombres y mujeres, pena máxima: tres años de cárcel.

Fiyi: ilegal para hombres, pena máxima: catorce años de cárcel.

Gambia: ilegal para hombres, pena máxima: catorce años de cárcel.

Ghana: ilegal para hombres.

Granada: ilegal para hombres. Pena máxima: más de diez años de cárcel.

Guinea: ilegal para hombres y mujeres. Pena máxima: tres años de cárcel o una multa.

Guyana: ilegal para hombres. Pena máxima: cadena perpetua.

India: ilegal para hombres y mujeres. Pena máxima: cadena perpetua.

Irán: ilegal para hombres y mujeres. Pena máxima: capital.

Jamaica: ilegal para hombres. Pena máxima: *diez años de trabajos forzados*.

Kenia: ilegal para hombres. Pena máxima: catorce años de cárcel.

Kiribati: ilegal para hombres y mujeres. Pena máxima: siete años de cárcel.

Kuwait: ilegal para hombres y mujeres. Pena máxima: siete años de cárcel

Laos: Sin información disponible, pero hay informes de arrestos de gays en los 90. Pero se afirma que hay persecuciones de hecho a las personas homosexuales.

Líbano: ilegal para hombres y mujeres. Pena máxima: un año de cárcel.

Liberia: ilegal para hombres y mujeres.

Libia: ilegal para hombres y mujeres. Pena máxima: cinco años de cárcel.

Malasia: ilegal para hombres y mujeres. Pena máxima: veinte años de cárcel.

Malawi: ilegal para hombres y mujeres.

Maldivas: ilegal para hombres y mujeres. Pena máxima: cadena perpetua.

Marruecos y Sahara: ilegal para hombres y mujeres. Pena máxima: tres años de cárcel o una multa.

Marshall Islas: ilegal para hombres. Pena máxima: diez años de cárcel.

Mauritania: ilegal para hombres y mujeres. Pena máxima: capital.

Mozambique: ilegal para hombres. Pena máxima: tres años de trabajos forzados.

Myanmar: ilegal para hombres y mujeres.

Namibia: ilegal para hombres.

Nauru: ilegal para hombres y mujeres.

Nepal: ilegal para hombres y mujeres. Pena máxima: cadena perpetua.

Nicaragua: ilegal para hombres y mujeres. Pena máxima: tres años de cárcel.

Nigeria: ilegal para hombres. Pena máxima: capital.

Omán: ilegal para hombres y mujeres. Pena máxima: tres años de cárcel.

Palestina, Autoridad: Ilegal para hombres y mujeres. Pena máxima: diez años de cárcel.

Papúa Nueva Guinea: ilegal para hombres. Pena máxima: catorce años de cárcel.

Paquistaní: ilegal para hombres y mujeres. Pena máxima: capital.

Qatar: ilegal para hombres y mujeres. Pena máxima: cinco años de cárcel.

Saitn Kitts-Nevis: sin información disponible.

Salomón, Islas: ilegal para hombres y mujeres. Pena máxima: Catorce años de cárcel.

Samoa: ilegal para hombres y mujeres. Pena máxima: siete años de cárcel.

Santa Lucía: ilegal para hombres y mujeres. Pena máxima: siete años de cárcel.

Senegal: ilegal para hombres y mujeres. Pena máxima: cinco años de cárcel o una multa.

Seychelles: ilegal para hombres y mujeres. Pena Máxima: más de Diez años de cárcel.

Sierra Leona: ilegal para hombres y mujeres.

Singapur: ilegal para hombres y mujeres. Pena máxima: cadena Perpetua.

Siria: ilegal para hombres y mujeres. Pena máxima: un año de cárcel.

Somalia: ilegal para hombres y mujeres. Pena máxima: tres años de cárcel.

Sri Lanka: ilegal para hombres. Pena máxima: cárcel o multa.

Sudán: ilegal para hombres y mujeres. Pena máxima: capital.

Tanzania: ilegal para hombres. Pena máxima: catorce años de cárcel.

Togo: ilegal para hombres y mujeres. Pena máxima: tres años de cárcel.

Tokelau: ilegal para hombres. Pena máxima: diez años de cárcel.

Tonga: ilegal para hombres. Pena máxima: diez años de cárcel.

Trinidad y Tobago: ilegal para hombres y mujeres. Pena máxima: diez años de cárcel.

Túnez: ilegal para hombres y mujeres. Pena máxima hasta tres años de prisión.

Turkmenistán: situación legal dudosa.

Tuvalu: ilegal para hombres. Pena máxima: catorce años de cárcel.

Uganda: ilegal para hombres. Pena máxima: cadena perpetua.

Uzbequistán: ilegal para hombres. Pena máxima: tres años de cárcel.

Yemen: ilegal para hombres y mujeres. Pena máxima: capital.

Zambia: ilegal para hombres. Pena Máxima: catorce años de cárcel.

Zimbawe: ilegal para hombres. Pena máxima: tres años de cárcel.

## **2. Principios de Igualdad y de No Discriminación en referencia a la orientación sexual e identidad de género**

Tanto el Principio de No Discriminación como el de Igualdad son preceptos jurídicos que se recogen en legislaciones, pactos, declaraciones, convenios, directrices y otras disposiciones de cualquier Estado de Derecho en aras de garantizar la defensa de los Derechos Humanos y los Derechos Fundamentales de las personas tanto en el ámbito estatal como en el internacional desde el punto de vista de las relaciones y pactos entre Estados.

Un ejemplo de ello es la **Declaración Universal de los Derechos Humanos** del 10 de diciembre de 1948 que proclama en su artículo 1 que “*Todos*



*los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están en razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros*"; al igual que en los artículos 2.1 y 7 del mismo documento se manifiesta que *"Toda persona tiene derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión pública o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición"*; igualmente se cita que *"Todos son iguales ante la Ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la Ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta declaración y contra toda provocación a tal discriminación"*. En referencia al Estado español, el ordenamiento jurídico dictamina en la Constitución española en el artículo 14 que *"Los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social"*. Ambos ejemplos, tanto el de la Declaración Universal desde un punto de vista internacional, como el de la Constitución española desde la visión del ordenamiento interno de un Estado, consagran la garantía de los Principios de Igualdad y de No Discriminación para todas las personas.

Si bien es cierto en ninguno de los dos ejemplos anteriormente expuestos se hace una mención explícita a la discriminación por razones de orientación sexual y/o identidad de género, sin embargo después de las reivindicaciones legales y sociales del movimiento LGTB, se ha empezado a hacer la lectura de que tal discriminación sí viene implícita dentro de la expresión: *"de cualquier otra condición"* o incluso, cuando se cita textualmente la no discriminación por razones de sexo, entendiendo la ampliación de éste concepto no sólo por la posible discriminación que se pueda genera entre los géneros masculino y femenino, sino también las que se puedan originar por razón de orientación sexual o identidad de género.

De todas formas, lo que queda claro es que desde el punto de vista legislativo, en la gran mayoría de las normativas de los Estados, la visibilización de este tipo de discriminación, directamente relacionada con la realidad del colectivo objeto de estudio, brilla por su ausencia jurídica, aunque como afirmamos al inicio de este capítulo la discriminación por razones de orientación

sexual e identidad de género se puedan entender como incluidas dentro de la expresión: “de cualquier otra condición”.

Pese a éstas apreciaciones la mayoría de Estados no poseen una legislación clara que proteja la No Discriminación por razones de orientación sexual e identidad de género, no existiendo una trascendencia jurídica clara que proteja con certeza los derechos éstas personas. Lo anterior se puede constatar observando la evidente discriminación que ha vivido esta comunidad a lo largo de la historia e incluso en la actualidad. Ahora bien, dada la evolución social y legal que desde el 10 de diciembre de 1948 empiezan a desarrollar la gran mayoría de Estados en el mundo dentro de sus Constituciones y diversas legislaciones, se empezó a generar algunas décadas atrás a aceptar desde el punto de vista social y de los Gobiernos que la discriminación hacia éste colectivo es evidente, así lo explica la tesis de *Rodríguez-Piñero, M. y Fernández López, M<sup>a</sup> F* quienes exponen que para que realmente un motivo de diferenciación origine una discriminación real se deben presentar dos requisitos: en primer lugar, la existencia de una condición inherente o intrínseca al individuo que sea lo que ocasiona un trato desigualitario y en segundo lugar, que dicho trato perjudique a un colectivo social al negársele derechos que si se le atribuyen a otros sujetos<sup>297</sup>, trasladando a éste colectivo a una situación de inferioridad frente al mayoritario, lo que en palabras de los defensores de los derechos humanos se ha catalogado como tratamiento de ciudadanos de segunda clase, ya que en casi todos los ámbitos al colectivo LGTB se le han violado constantemente sus Derechos Fundamentales tanto desde el punto de vista legal como desde el social.

Sin embargo, tal como también afirma *Josefina Alventosa del Río*, la inclusión del concepto “*ha sido posteriormente, pues debido, fundamentalmente a las reivindicaciones de los colectivos homosexuales y transexuales, cuando se han incorporado de manera expresa la no discriminación por razón de orientación sexual en algunas disposiciones tanto de carácter internacional como nacional. Por el contrario, aunque parece ínsita en ellas, en ninguna de estas disposiciones se incluye de modo explícito el Principio de No Discriminación por razón de*

---

<sup>297</sup>RODRÍGUEZ PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M<sup>a</sup> F. Igualdad y discriminación. Edit. Legales. Madrid. 1986. Pág 232.

*Identidad de Género*<sup>298</sup>. Lo expuesto por Alventosa deja como manifiesto la realidad jurídica y social a la cual el colectivo transexual se ha visto expuesto, encontrándose en una situación de desprotección más elevada en comparación con la que han estado lesbianas, gays y bisexuales, ya que como lo expone la autora, sí que se ha logrado con el paso del tiempo empezar a integrar en diferentes normativas la definición de *no discriminación por orientación sexual* más ha sido más difícil la inclusión de la *no discriminación por identidad de género*, así entonces las personas transexuales tienen una realidad social y jurídica menos eficaz que la que pudieran tener lesbianas, gays y bisexuales.

### **3. Definición de orientaciones e identidades sexuales**

Desde el punto de vista ilustrativo y pedagógico, aunque corresponda a otras ramas de la ciencia explicarlo, es importante para entender con más profundidad este estudio, hacer referencia explícita en la diferencia de orientaciones sexuales e identidad de género.

#### **3.1. Orientación sexual**

Es la atracción y/o deseo duradero hacia otra persona en el plano sexual, romántico, emotivo y/o afectivo. En función del género de la persona hacia la cual se atraída se puede catalogar la orientación sexual como homosexual, bisexual o heterosexual:

- 1) **Orientación homosexual:** La persona se siente atraída afectiva y sexualmente hacia personas de su mismo sexo.
- 2) **Orientación bisexual:** Cuando un individuo se siente atraído sexual y afectivamente por ambos géneros.
- 3) **Orientación heterosexual:** Es la que tiene una persona que se siente atraída sexual y afectivamente por personas del género opuesto.

---

<sup>298</sup>ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina. Discriminación por Orientación Sexual e Identidad de Género en el Derecho español. Edit. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales Madrid. 2010. Pág. 26.

### **3.2. Identidad de género**

La identidad de género es el sentimiento de pertenencia psicológico que tiene una persona en identificarse como hombre o como mujer independientemente el sexo biológico con lo que haya nacido. Por tanto, la persona transexual es aquella que nace con un sexo biológico de un género que realmente no le corresponde pues su mente no se siente identificada con el sexo de nacimiento. Es decir, un persona nace biológicamente hombre pero psicológicamente se siente mujer o viceversa.

Igualmente, es importante matizar que las personas transexuales pueden manifestar diferentes orientaciones sexuales, por lo que una mujer transexual puede ser lesbiana, heterosexual o bisexual, lo mismo ocurre con los hombres transexuales. Esto demuestra que la identidad de género y la orientación sexual no son el mismo concepto. Una persona transexual no se siente identificada con su sexo biológico pero puede tener una orientación del deseo que puede estar canalizada hacia personas de otro género (en el cual la persona transexual sería heterosexual)<sup>299</sup>, de su mismo género (la persona transexual sería homosexual) o de ambos (en este caso sería un/a transexual bisexual).

### **4. Discriminación y rechazo**

A lo largo de éste estudio hemos podido analizar la situación jurídica y social que el colectivo LGTB ha vivido a lo largo de la historia y la que aún vive en el presente en la mayoría de Estados del mundo. También ha quedado claro que éste es y ha sido un grupo social que siempre ha estado discriminado incluso en Estados en donde en teoría el respeto por los derechos y libertades es bastante amplio y eficaz.

Es una realidad que la orientación sexual que más ha predominado tanto en occidente como en oriente es la heterosexual. Ésta ha estado apoyada socialmente por las religiones mayoritarias y por los Gobiernos de turno. A ésta

---

<sup>299</sup>Una mujer transexual, por lo cual biológicamente nació hombre pero se identifica psicológicamente como mujer, que se sienta atraída por un hombre, es una mujer transexual heterosexual.

situación de aceptación de que la heterosexualidad es la orientación sexual que debe ser predominante, respetada y visible se le llama heteronormatividad o heterosexismo, refiriéndose a la ideología dominante en nuestra sociedad en base a la cual se establece que las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo tienen que ser la norma y el patrón a seguir por la colectividad, tal hecho es lo que genera la base para que toda orientación sexual diferente a la heterosexualidad deba ser rechazada y catalogada de anormal dentro varias sociedades y culturas. Tal situación ha generado una clara discriminación y violación de los derechos fundamentales de las personas LGTB en la historia.

Es importante que se entienda que los derechos del colectivo LGTB no son derechos de una minoría, realmente cuando hablamos de los derechos LGTB estamos hablando de derechos humanos que afectan a todas las personas, ya que los derechos son de la colectividad y no existen derechos humanos específicos para un grupo de individuos en concreto. Las personas tenemos diferentes características dentro de nuestra individualidad como miembros de cualquier endogrupo, son los rasgos de nuestra personalidad humana y de nuestras diferencias individuales. Éstas se nos deben de respetar, nuestra diversidad, la diferencia de características que se presenta en la personalidad humana, debe estar custodiada por los sistemas y mecanismos legales correspondientes, y en la gran mayoría de ámbitos se puede decir que es así, pero es innegable que sólo muy pocos Estados tienen establecido legislaciones que protejan, reconozcan y respeten los derechos fundamentales del colectivo LGTB. La situación es que la orientación sexual y/o la identidad de género han sido consideradas como un factor directo o indirecto, visible o invisible para discriminar por acción u omisión a éste colectivo en la gran mayoría de legislaciones en los diferentes Estados. Tales expresiones de la personalidad humana, al no estar acorde a la mayoritaria expresión sexual, la heterosexualidad, han dado pie para ser consideradas como factores de tratamientos jurídicos de marcadas diferencias en el Derecho positivo al igual que en sus procedimientos, *violando los principios de no discriminación e igualdad y los derechos fundamentales de lesbianas, gays, transexuales y bisexuales.*

En resumen, la heteronormatividad imperante en la sociedad y en la legislación, generada mayoritariamente por la influencia cultural de las religiones como se ha citado en el primer capítulo de ésta investigación, ha sido el germen

inicial para fomentar y generalizar la discriminación hacia el colectivo LGTB. Dicha situación de rechazo, con orígenes sexistas, patriarcales y machistas ha afectado negativamente a las legislaciones y a la política de los Estados aún cuando en la gran mayoría de constituciones y documentos internacionales se afirma que se prohíbe la discriminación por cualquier característica de la personalidad del individuo, es paradójico y contradictorio entonces que, visto lo visto, aunque se cite en las leyes la prohibición de no violar *el Principio de Igualdad* de las personas, los Estados en su mayoría, se han negado a querer ver, lo que es evidente, que el no reconocer legalmente los mismos derechos al colectivo LGTB y que sí se le reconocen a las personas heterosexuales, y el no cubrir desde el punto de vista legal la realidad del colectivo transexual es introducirse en un tratamiento desigual dentro de los miembros de una sociedad, vulnerando la igualdad y violando directamente el *principio de no discriminación* de las personas.

## **5. Estado de Derecho y Derechos Fundamentales del colectivo LGTB**

Es muy común citar entre los requisitos que implica el funcionamiento de un Estado de Derecho el que se ejerza una defensa y reconocimiento en éste de los Derechos Fundamentales.

Un Estado de Derecho debe crear una conciliación entre los derechos de los individuos y la soberanía del Estado como tal. La Ley, en general, dentro del mismo, debe ser entendida y expresada como una voluntad colectiva que se encuentra dirigida a garantizar los derechos fundamentales de los individuos dentro del Estado, quien es quien tiene la obligación y el deber de proteger estos derechos de los individuos, y el ciudadano tiene el Derecho de demandar al Estado la protección de los mismos, los cuales son inherentes a éste sólo por el mero hecho de existir, de ser persona, de ser ciudadano. Por lo que, tal como afirma *Antonio Enrique Pérez Luño*, “*el hombre sólo puede ser libre en un Estado libre, y el Estado sólo es libre cuando se edifica sobre un conjunto de hombre libres*”<sup>300</sup>. Así entonces el hombre y la mujer solo pueden ser libres si se pueden

---

<sup>300</sup>PEREZ LUÑO, Antonio. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. Edit. Tecnos. Madrid. 2001. Pág. 218.

expresar sexualmente sin ser tratados de una manera diferente debido a su orientación sexual o de género por la Ley.

En ese sentido, el Estado de Derecho, o un Estado que se jacte en afirmar que lo es, debe tener la obligación de velar por la protección de las libertades de todos los individuos, a lo cual nos preguntamos, ¿Los Estados de Derecho protegen las libertades y las aseguran y por ende, hacen lo mismo con la igualdad dentro de sus jurisdicciones en referencia al colectivo de lesbianas, gays, transexuales y bisexuales? Si realmente un Estado, es un Estado de Derecho que garantiza las libertades de sus individuos, protegiendo las libertades de los mismos, ¿No tendría la obligación explícita de proteger los derechos fundamentales de todas las personas sin importar su orientación o identidad sexual? ¿Se puede garantizar la igualdad cuando existen diferencias legales en referencia a la sexualidad de las personas? En teoría, dicen la gran mayoría de países, al menos en occidente que lo hacen, pero ¿Cómo pueden asegurar Estados como por ejemplo Italia, Suiza o Finlandia que cumplen con la obligación de un Estado de Derecho de proteger la libertad y la igualdad de sus ciudadanos si legalmente no preservan dichos derechos teniendo un tratamiento legal excluyente haciendo caso omiso de la realidad de homosexuales, transexuales y bisexuales? El no hacerlo o desarrollarlo de forma diferente en comparación como lo hacen con el colectivo heterosexual demuestra la desigualdad que está inmersa dentro de la gran mayoría de Estados. En última instancia la situación es que, la gran mayoría de Estados de Derecho no cumplen con sus obligaciones como tal con el colectivo de lesbianas, gays, transexuales y bisexuales aún cuando sus constituciones o la *Declaración de Derechos Humanos* invoque la igualdad sin discriminación alguna. Nos encontramos entonces ante una hipocresía institucional vestida de fundamentos legales que en el efecto práctico no se cumplen.

Ahora bien, los derechos fundamentales, en teoría, encarnan los principios inspiradores de toda política estatal dentro de un Estado de Derecho. Su función entonces es fundamentar y limitar las normativas que organizan el funcionamiento de los poderes públicos imperando la igualdad. Esto es lo ideal, es lo que tendría que ser, pero a nuestro entender en algunas ocasiones se queda manifiestamente

en una simple teoría que no da el paso a la práctica y por ende, transgrede los derechos de las personas por acción u omisión.

El Estado de Derecho tiene que dirigir su función hacia el individuo a proteger al ciudadano, la mejor manera de hacerlo es protegiendo sus libertades, sus derechos inherentes a su condición de persona, frente a los posibles abusos que éstos en su individualidad o colectividad puedan llegar a ser expuestos. Evidentemente, basándonos en esta exposición, en la actualidad sólo existen pocos Estados como ya lo hemos citado anteriormente, que cumplen con la obligación de un Estado de Derecho ante el colectivo LGTB. He aquí, un ejemplo de la evolución de carácter positiva que ha tenido como dinámica evolutiva el Estado de Derecho en referencia al tema en cuestión en países como España, Holanda, Canadá, Bélgica, Sud África, Noruega, Suecia, Islandia, Uruguay, Argentina, Francia, Reino Unido y Brasil los cuales brindan una igualdad legal, protegiendo los derechos fundamentales de las parejas del mismo sexo y sus familias, reconociendo expresamente su igualdad y sus realidades desde un punto de vista legal el cual ha dado paso para poder empezar a trabajar una igualdad real que sólo se consigue a través de la igualdad social en otras palabras, la concienciación de la sociedad de que todos valemos por igual. Para llegar a éste punto y alcanzar dicha igualdad, es indispensable el reconocimiento de derechos del colectivo LGTB dentro de la norma positiva. Por otra parte recordemos a Portugal, quien tímidamente ha reconocido el Derecho al matrimonio a las parejas del mismo sexo pero no ha legislado la adopción, dejando vulnerables a las madres lesbianas, padres gays y mujeres y hombres bisexuales y lo que es peor a los menores de éstas parejas permitiendo con dicha omisión que se continúe infringiendo el *Derecho del menor* de estos niños, puesto que no son tratados con la misma protección legal que los hijos de las personas heterosexuales. En conclusión si no se legisla la adopción para parejas del mismo sexo y la filiación directa, en el caso de las parejas de mujeres, se abandona en un limbo legal la protección de las familias homoparentales.

Por otra parte está la Igualdad social, la cual es otro camino que aunque es cercano al legal, se recorre por una vía paralela, puesto que la sociedad va cambiando poco a poco, y aunque en la mayoría de países en donde se han legislado o dictado Sentencias Constitucionales a favor de la igualdad LGTB la sociedad se ha manifestado mayoritariamente de acuerdo, siempre quedan



sectores en los que perdura la cultura de la discriminación y el machismo, es por ello que realmente el Estado tiene la obligación de trabajar arduamente para conseguir también la igualdad social a través de mecanismos de fomento y visibilización de los valores del respeto y la defensa de los derechos humanos, en aras de hacer cumplir sus directrices de igualdad y la protección de la dignidad de todas las personas no de sólo un grupo mayoritario, un forma de hacerlo es a través de la educación.

Igualmente, el Estado tiene la obligación de garantizar la coexistencia de las libertades individuales, mediante su no injerencia del *Libre Desarrollo de la Libertad de las Personas*, por lo que el que un Estado no permita el matrimonio entre personas del mismo sexo, el cambio de documentación de las personas transexuales o el reconocimiento de las familias homoparentales, significa una clara injerencia en el *libre desarrollo de la libertad de las personas*. El Estado es en sí el responsable inmediato de tener una orientación en su normatividad de defender los Derechos Humanos y las libertades de todos los ciudadanos sin excepción alguna, cuidando así de las necesidades reales de todos los individuos que conforman la diversidad de la sociedad y de evitar brotes de discriminación dentro de la población civil.

## **6. Derechos Humanos y su conexión con el colectivo LGTB**

A continuación hacemos referencia a los **Derechos Humanos** y cómo se puede entender la existencia de la vulneración que sufre el colectivo LGTB, si bien no en nuestro país y en otros pocos más, sí en la gran mayoría de Estados, lo que hace reflexionar sobre la verdadera eficacia de normativas internacionales como es la **Carta de Derechos Humanos**, que aunque evidentemente no se puede negar que su legislación marcó un antes y un después en el respeto de la Igualdad y los Derechos Fundamentales de las personas y los pueblos, el colectivo LGTB quedó en cierta forma invisibilizado, no de una manera expresa, puesto que el espíritu legal de la Carta sí que les protege, pero si lo suficiente para que los Estados no vincularan de manera expresa y directa la igualdad a lesbianas, gays, transexuales y bisexuales en sus legislaciones, dejándolos como parias sociales ante la Ley debido a la vulneración y el vacío legal experimentado por éstos al ser ciudadanos con las mismas obligaciones pero con diferentes

derechos o lo que es lo mismo, ciudadanos de segunda clase. Así entonces está mal visto y se reprueba legalmente en casi todos los Estados tener acciones xenófobas, antisemitas o discriminar a personas que presentan diversidad funcional pero sin embargo, desafortunadamente no ha sido el mismo caso en lo que respecta a la orientación sexual o a la identidad del individuo.

Igualmente, también, abordamos el concepto de familia, dentro de los mismos derechos, ya que lo consideramos de vital importancia el tratar este concepto al igual que su visibilización dentro de este estudio, ya que en sí, la igualdad de éstas personas radica en gran parte en el reconocimiento de sus familias, de sus derechos y obligaciones entre ella, sus hijos e hijas y la protección que deben tener sus parejas y los menores de éstos entre su mismo núcleo familiar, ante el Estado, la sociedad y la Ley, tanto dentro del ámbito nacional como el internacional. Su reconocimiento, su protección, el salvaguardar la familia homoparental es un tema que es interesante analizar desde el punto de vista del derecho comparado y la teoría de los derechos humanos. Los homosexuales, transexuales y bisexuales como cualquier otro sujeto, también conforman familias y por lo tanto tienen derecho a conformar, proteger y legalizar su núcleo familia. Sus hijos también tienen derecho a que ambos padres tengan obligaciones con los mismos, por ende los Estados también deben reconocer la existencia de éste modelo familiar.

El tema de la familia es crucial y de gran importancia ya que un Estado que no reconoce a las familias homoparentales y las de las personas transexuales, es un Estado que claramente discrimina a este colectivo. Si se denomina con conceptos diferentes a la unión entre dos personas del mismo sexo y a la de dos personas heterosexuales, el Estado transgrede los derechos de sus ciudadanos, puesto que discrimina y clasifica a sus residentes en diferentes castas, en clases disímiles, en grupos discordantes en donde un grupo parece ser que tiene el merecimiento y reconocimiento de unos derechos mientras que “*otros*” no son *dignos* del mismo tratamiento. Mucho más grave es, en lo que al **Derecho de Familia** se refiere, que un país que ni siquiera otorgue un mínimo de protección a las familias homoparentales negándose a aceptar la existencia de éste modelo de familia se apoye en dogmas sociales, culturales, religiosos y desiguales, a nuestro entender, tal acción es la positivización de la desigualdad oculta del Estado de Derecho.

Ahora bien, regresando al tema transversal de la vulneración jurídica y social de los Estados hacia el colectivo objeto de estudio, éstas directrices desafortunadamente son las más comunes en las legislaciones dentro del ámbito internacional. Es paradójica dicha realidad, teniendo en cuenta que la **Declaración Universal de los Derechos Humanos**, firmada por todos los países que conforman las Naciones Unidas, se basa en su totalidad en “**el respeto y la igualdad de todas las personas**” pero es aquí en donde podemos utilizar el ejemplo social de la realidad del colectivo LGTB, para ser conscientes como un régimen mayoritario puede llegar a vulnerar los Derechos Individuales de un grupo de personas que en teoría son una minoría<sup>301</sup>. *Jon Elster*, coautor del libro **De Los Derechos Humanos**, explica como el Estado puede vulnerar a un colectivo específico: *“una mayoría puede anular los Derechos de una minoría étnica o religiosa bajo la influencia de una pasión permanente. En siglos anteriores, el fanatismo religioso ha sido la fuente de esta modalidad de dominación mayoritaria, Hoy, el odio étnico, combinado a veces con diferencias religiosas, es una poderosa opresión. Hay dos distinciones implícitas en lo que he dicho. Por un lado, tenemos que identificar la mayoría relevante y determinar si es parlamentaria o popular. Por otro lado, tenemos que identificar los motivos de los miembros de la mayoría para infringir los Derechos de la minoría”*<sup>302</sup>. El autor no utiliza al colectivo LGTB como ejemplo de minoría, pero tampoco es necesario, el colectivo perfectamente se puede incluir en su exposición, hagamos nosotros mismos el intercambio de palabras, podemos remplazar la palabra *etnia* o *religiosa*, e introducir las palabras: *minorías sexuales* pudiendo conectar su discurso con el expuesto en ésta tesis. Así entonces, ya habiendo realizado éste ejercicio, vemos que el texto se adecua completamente a la realidad vivida por el colectivo LGTB y sus familias.

Ahora bien, desde el punto de vista de las sociedades conservadoras, la distinción social y legal ha sido la pasión permanente, como afirma *John Elster*, de ciertos grupos conservadores para oprimir a las minorías, que, mezclada con una

---

<sup>301</sup> Esta teoría se basa en que es imposible saber la cantidad de personas LGTB ya que no tienen características externas que los identifique identitariamente ante la sociedad, por ejemplo, una persona de raza negra u oriental fácilmente se puede reconocer por sus rasgos físicos, una persona LGTB no, por lo cual la teoría que son una minoría puede llegar a ser bastante inexacta pudiendo también pensar que una supuesta minoría podría a ser más mayoría que lo que socialmente se piensa.

<sup>302</sup> ELSTER, John y otros. *De los Derechos Humanos*. Editorial Trotta S.A. Madrid. 1998. Pág. 171.

ideología religiosa, discriminatoria y excluyente, no sólo ha sido la fuente en los siglos pasados para crear y fomentar la discriminación hacia la *diversidad humana* sino que también ha puesto todo el peso de sus directrices sobre los grupos minoritarios que no están dentro de su concepto de “*normalidad*” en lo referente a sus costumbres, dogmas y creencias que dicho endogrupo proclama. Todo ello en gran parte es debido a la influencia que las jerarquías eclesiásticas, pues todas tienen un funcionamiento y estructura de política interna relativamente similar, ha tenido en las directrices legislativas de los países creando una influencia innegable de discriminación institucionalizada en los Estados de Derecho. Por lo tanto, tenemos como producto de este fenómeno jurídico-social, que la influencia religiosa en los gobiernos ha retrasado la evolución respecto de los Derechos Humanos, de la ejecución y eficacia de la verdadera Igualdad real y legal, de la libertad de todas las personas, de la dignidad los individuos, en especial del género femenino y del colectivo LGTB.

## 6.1. Derecho de Igualdad

Los artículos primero y segundo, inciso primero, de **La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948** señalan que:

*“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.*

*“Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier condición”<sup>303</sup>.*

Según estas disposiciones, toda persona puede disfrutar de todos los derechos y libertades proclamados en dicha declaración sin distinción alguna de raza, color de piel, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o “*cualquier otra condición*”. Por lo tanto, el colectivo LGTB, al igual que las otras personas, no

---

<sup>303</sup>ORAÁ, Jaime y GÓMEZ ISA, Felipe. *Declaración Universal de Derechos Humanos*. Art. 1. Edit. Universidad de Deusto. Bilbao 2002. Pág. 10.

necesitarían en teoría, ser protegidas bajo ningún estatus especial, ya que, sencillamente, por el simple hecho de ser seres humanos deben ser tratados en Igualdad de condiciones por la Ley. Sin embargo, la práctica como ya hemos explicado en muchos Estados de Derecho difiere de esta teoría, ya que el tratamiento no es el mismo y aunque todos los individuos deben recibir un mismo trato, el otorgado a lesbianas, gays, transexuales y bisexuales en los ámbitos sociales y jurídicos se ha construido en bases de desigualdad, de hecho, en el caso concreto de las mujeres lesbianas y las personas transexuales, en la mayoría de las veces, es más fuerte pues son sujetos receptores de una doble o múltiple discriminación, por ser lesbianas, por ser mujeres o por ser transexuales, puesto que presentan otras características identitarias diferentes a los rasgo socialmente más aceptados dentro de otros grupos sociales en donde éste endogrupo también es miembro.

Cada discurso de los Derechos Humanos, en cualquier Estado de Derecho, se encuentra basado en estos artículos. Toda las personas, por norma general, están amparadas bajo éste principio jurídico de Igualdad, sin embargo, como lo podemos observar, el principio se queda corto pues su alcance no llega en su totalidad a todos los sectores sociales, aunque el Art. 7 de la **Declaración Universal de los Derechos Humanos** afirme lo siguiente sobre los seres humanos: *“Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”*<sup>304</sup>.

Nuestro objetivo es entonces el de resaltar los fundamentos por los cuales pensamos y entendemos que los derechos del colectivo LGTB, son Derechos Humanos, dejar claro que, cuando hablamos de derechos del colectivo LGTB estamos hablando de Derechos Humanos, por lo tanto no hay necesidad de crear un nuevo organigrama de derechos en el cual se incluya los derechos de orientación sexual y/o identidad de género como un nuevo derecho fundamental o de otra generación, sencillamente lo que se tiene que hacer es cumplir con el reconocimiento de sus derechos al colectivo LGTB, ya que todo lo concerniente a los derechos de orientación sexual y/o identidad de género se

---

<sup>304</sup>Art. 7. Declaración Universal de los Derechos Humanos.

encuentra intrínsecamente incluido dentro de los derechos fundamentales y sus principios rectores.

En lo referente a los Derechos Humanos, entendemos que su filosofía nace de la igualdad y la libertad, las personas tienen que ser libres, ante la Ley y ante los demás, y dentro de la colectividad, todos los individuos tenemos que ser tratados de la misma manera, en igualdad de condiciones. Por lo tanto, en lo que respecta a los derechos de las personas LGTB, afirmamos que no se puede tratar diferente a quienes son iguales, si todos somos iguales ante la Ley se debe tratar a todos los sujetos **entre iguales y como iguales.**

Si nos basamos en lo establecido en La **Declaración Universal de los Derechos Humanos**, todos los seres humanos deben ser tratados de la misma manera. En teoría, éste tendría que ser el procedimiento a seguir, ya que es un deber, es una obligación del Estado, aunque las Administraciones Públicas y los Gobiernos en general, de una manera no igualitaria no lo hacen, esto entonces se contradice con la idea que la justicia consiste en igualdad, como principio de justicia, el mismo Aristóteles lo decía, *“la igualdad, para ser justa, ha de consistir en igualdad para los iguales, mientras que a su vez, la desigualdad será justa para los desiguales”*. Es una realidad, como lo expresamos en nuestro primer capítulo, que los derechos que pueden disfrutar las personas heterosexuales, son los mismos que, en la mayoría de los sistemas jurídicos, se les limitan y niegan a hombres y mujeres LGTB en el momento que desean ejercerlos. Por lo que, si hablamos de Igualdad, éste concepto implica concebirla como igualdad de trato, ósea la igualdad justa y real consiste en tratar igual a los iguales, por lo que si un Estado de Derecho afirma que dentro de éste no hay desiguales ante la Ley, es incomprensible que él no conceda a las personas LGTB las mismas protecciones jurídicas que confiere al resto de los ciudadanos. Es evidente entonces que aunque no se exprese en la Ley que existen categorías o jerarquías, identificamos como la Ley sin positivizarlo establece como costumbre socio-cultural una estratificación en la ciudadanía, en dónde a un grupo se le permite ejercer ciertos derechos y libertades y a otros se les deniega. Por tanto, para que el Derecho de Igualdad sea realmente reconocido a lesbianas, gays, transexuales y bisexuales, el Estado debe primero garantizar el acceso a todos los derechos, incluido el Derecho al matrimonio, la adopción, y ésta última no sólo por el hecho de tener derecho a que se le reconozca legalmente su núcleo familiar sino también porque

la Ley no puede ignorar la realidad que los miembros de éste colectivo no son estériles puesto que tienen y han tenido siempre descendencia y que éstas familias no se les puede abandonar en un vacío legislativo que desemboca en un desamparo legal de quienes conforman familias homoparentales (padres, madres e hijos).

El reconocimiento de la familia con los mismos mecanismos legales con los que se les reconoce la existencia de la misma a las personas heterosexuales es el punto que realmente otorga la igualdad total desde el punto de vista legal a las personas LGTB, es éste Derecho el que los colectivos LGTB han reivindicado en las últimas tres décadas, el caso español así lo cita, éste era el discurso utilizado por la **Federación Estatal de Lesbianas, Gays, Transexuales y Bisexuales (FELGTB)** hasta el 2005, para reivindicar el matrimonio civil entre personas del mismo sexo y las familias homoparentales: *“lesbianas y gays somos ciudadanas y ciudadanos con todas las obligaciones pero no con todos los derechos. Hasta ahora se nos ha negado la posibilidad de contraer matrimonio civil y con ello poder acceder a toda una serie de derechos que sí tienen las parejas heterosexuales que deciden casarse, como por ejemplo, acceder a una pensión de viudedad, la cobertura de la seguridad social, el derecho de nacionalidad si nuestra pareja es extranjera, hacer la declaración de la renta conjunta, la consideración como primer familiar en la obtención de una herencia, el sistema sanitario o en los seguros de vida... Todos estos derechos y otros más, que tienen las parejas heterosexuales que se casan, están vetados a lesbianas, gays y bisexuales que, en el mejor de los casos, se han tenido que enfrentar a largos procesos judiciales para conseguirlos, a veces sin éxito. Lesbianas, gays y bisexuales formamos con nuestras parejas familias, tenemos hijos. No somos estériles, tenemos hijos biológicos, podemos adoptar individualmente y, en el caso de las lesbianas, pueden recurrir a la inseminación artificial. Exigimos que nuestros hijos/as tengan la misma protección que el resto de niños. Y para ello es necesario que se les reconozca por derecho, legalmente, que tienen dos padres o dos madres, como ocurre ya de hecho, en su vida cotidiana. Lo contrario es vulnerar el interés y bien del menor; por ejemplo, en el caso de una separación de sus padres/madres hay que establecer una pensión y un régimen de visitas o, ante un fallecimiento, heredar el patrimonio de quien, hoy por hoy, no es su madre*

*o padre legal*<sup>305</sup>". La influencia de la FELGTB en los cambios legales y sociales ocurridos en España es una muestra de cómo las asociaciones no gubernamentales (ONG) afectan positivamente a la construcción y al alcance de los Derechos Humanos en la sociedad pues tal como expone Zulima Sánchez Sánchez, citando a García Pelayo, "*el poder social y la posibilidad de influir en los centros de decisión políticos ya no se subjetiviza en personas privadas, sino que se condensa en grandes organizaciones y en los ejecutivos que la representan, es decir, los individuos sólo pueden influir en las decisiones públicas por mediación de las asociaciones*"<sup>306</sup>.

Como hemos dicho en repetidas ocasiones a lo largo de esta investigación, *a lo igual se trata igual*, y si todas las personas somos iguales ante la Ley, ésta, debe tratar de la misma manera, tanto a homosexuales, transexuales y bisexuales como a heterosexuales, por lo que entonces, si una pareja del mismo sexo decide legalizar su unión ante el Estado, éste debe proceder de la misma forma y bajo los mismos conceptos jurídicos como lo hace con las parejas de sexo diferente, incluyendo la misma denominación de la figura jurídica que legaliza a la unión de heterosexuales, en éste caso, el **matrimonio**.

La palabra es clave, el término, matrimonio, **lo es todo**, porque en lo que respecta a la igualdad, lo que reivindican los activistas de los Derechos Humanos sobre éste tema, es que sólo denominando las uniones entre personas del mismo sexo de ésta manera es cuando realmente se logra una verdadera igualdad desde el punto de vista legal, tesis con la cual estamos completamente de acuerdo. El acto de casarse, es un contrato jurídico civil, y como tal, el Estado debe permitir a quienes estén interesados en poder ejecutarlo con todas las facilidades y mecanismos para poder ejercerlo en igualdad de condiciones sin importar la orientación sexual o la identidad de género de sus contrayentes. Otro efecto que tiene el concepto de matrimonio es que protege la figura de las familias homoparentales y no lo hace bajo un reglamentación especial, puesto que de ser así, sería violaría los **Principios de No Discriminación de las Personas** y de **Igualdad**, por lo tanto éste es otro fundamento por el que la Ley debe tratar las uniones de las personas, independientemente de la orientación sexual de éstas,

---

<sup>305</sup><http://www.felgt.org/temas/familias>

<sup>306</sup>SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Zulima. Estudio Práctico de las Asociaciones, democracia directa y otras formas de participación ciudadana. Edit. Lex Nova. Valladolid. 2004. Pág. 310.



de la misma manera y con unos mismos conceptos jurídicos y en los mismos términos para así poder ofertar una verdadera equiparación de derechos en lo que a éste punto se refiere.

Es interesante citar a *Peces-Barba* para profundizar en el concepto de igualdad, *“podríamos decir que la Igualdad consiste en concretar los criterios materiales para llevar a cabo el valor de solidaridad, en crear las condiciones materiales para una libertad posible para todos, y en contribuir a la seguridad con la satisfacción de necesidades a quien no puede hacerlo por su propio esfuerzo<sup>307</sup>”*. Por lo tanto, es el Estado quien se encuentra en la obligación de crear los mecanismos necesarios y suficientes para que todos sus ciudadanos disfruten de aquella libertad, satisfaciendo las necesidades de todas las personas, una tesis que refuerza la teoría del trato igualitario para todos los que habitan en el territorio de un Estado de Derecho, sin discriminar, sin diferenciar, por razones de orientación y/o identidad sexual a las personas, de ésta forma, sí podríamos afirmar que se está otorgando una verdadera Igualdad a todos los miembros de la sociedad en lo que a éste precepto se refiere, lo contrario sería reforzar el contexto de desigualdad dentro de un marco legal.

La Igualdad realmente se da cuando se potencia la libertad y se permite a las personas realizarse, desarrollarse como seres humanos, en última instancia no impedir el desarrollar libremente su personalidad. Ahora, cuando el concepto de Igualdad se refiere al Derecho, y se habla de que se es igual ante la Ley, que se es igual ante la sociedad, hablamos de que se garantiza la igualdad. *“La igualdad ante la Ley es, como igualdad reguladora del Ordenamiento, una dimensión de valor de seguridad jurídica y pretende crear ámbitos de certeza y de saber a qué atenerse, y se articula en los que nos concierne como derecho fundamental a la seguridad jurídica, y como otros derechos conocidos como garantías procesales<sup>308</sup>”*. Mujeres y hombres LGTB tienen el Derecho a que el Estado les otorgue una Igualdad jurídica, así como también que se les brinde las garantías procesales necesarias para que sus derechos sean cabal y eficazmente reconocidos. Por lo tanto, refiriéndonos al Derecho de Igualdad, lo más importante respecto a los derechos de las personas LGTB, es que sean tratadas de igual

---

<sup>307</sup>PECES-BARBA, Gregorio. Curso de Derechos Fundamentales (I) Teoría General. Editorial Eudema. Madrid.1991. Pág. 242.

<sup>308</sup>ídem.

forma por el Estado y por la Ley, *¿Y qué significa dicha afirmación?* Sencillamente que no exista una diferenciación; que se brinden las mismas protecciones que a los demás miembros de la sociedad, las mismas que se otorgan a las personas heterosexuales, que no se permita que un colectivo en teoría minoritario, sólo por basarse en su orientación sexual y/o identidad de género, quede por fuera de las protecciones que brinda un Estado de Derecho a quienes lo componen. Es por ello que afirmamos que cuando hablamos de derechos de personas LGTB se habla de *Derechos Humanos*, porque el dejarlos por fuera de las garantías jurídicas de un Estado, significa excluir a una parte de la sociedad, dejando sin seguridades jurídicas, sin ninguna protección ante las posibles violaciones de sus derechos, es condenar a un colectivo a la desprotección, al desamparo y al fomento de una discriminación social, basándose sólo en el hecho que, por costumbres culturales, éste grupo de personas no hayan podido encajar en lo cotidianamente entendido por el grupo mayoritario de la sociedad.

De cumplir con lo anteriormente expuesto, se conllevaría a fomentar un no respeto a la diversidad puesto que el Estado tiene que velar por la protección de los derechos de todas las personas. Matizamos nuevamente que este colectivo ya conforman familias, la realidad es que existen y el deber del Estado tiene que ser brindarles una protección de la misma manera que lo hace con las familias heterosexuales. La Ley tiene que proteger a todos los tipos de familias existentes, a la homoparental, a la heterosexual, a la monoparental, no puede ignorar las diversas realidades sociales, la sociedad es diversas y el Estado tiene que estar preparado para garantizar la diversidad reconociendo a todas las familias en toda la expansión de su diversidad, pues tal como lo afirma *Virginia Arango Durling*, siguiendo a *Hubner*, *“el principio de igualdad impone que se dé un tratamiento idéntico a todos los seres humanos en cuanto a su calidad de tales, a su dignidad y atributos fundamentales como personas ya que, en cuanto a su naturaleza, todos los hombres están en una situación especial igual, pero exige que, también, se atienda, en forma proporcionalmente diferente pero análoga, en cada una de sus categorías, a lo que de hecho en virtud de factores individuales o accidentales ocupen situaciones concretas distintas<sup>309</sup>.”*

---

<sup>309</sup>ARANGO DURLING, Virginia. Introducción a los Derechos Humanos. Edit. Publicaciones Jurídicas de Panamá. Panamá. 1997. Pág. 243.

Por otro lado, tenemos la definición de igualdad que nos explica *Peces Barba* en su libro, **Curso de Derechos Fundamentales (I), Teoría General**, aquí, el autor expone que, *“la Igualdad ante la Ley, es, como igualdad reguladora del ordenamiento, una dimensión del valor de seguridad jurídica y pretende crear ámbitos de certeza y de saber a qué atenerse, y se articula en los que nos concierne como derecho fundamental a la seguridad jurídica, y como otros derechos conocidos como garantías procesales. Es el concepto de Igualdad como generalización, que expresa la superación del privilegio otorgado a un sector de ciudadanos y la construcción de las normas jurídicas como dirigidas a un abstracto homo iuridicus, que es el hombre y el ciudadano, o en su caso cuando el supuesto de hecho de la norma se acote porque no todos pueden estar en la situación de que se trata, si son compradores o padres de familia, que abarque a todos los que se encuentren en esa situación, y regule la consecuencia jurídica de manera igual<sup>310</sup>”*. La norma jurídica debe regular de manera igualitaria, sin privilegios para unos, y limitaciones para otros. El Estado tiene el deber de legislar la leyes basándose en un concepto de Igualdad generalizada, no en uno excluyente en el cual queden por fuera realidades sociales como los son las familias homoparentales y los derechos del colectivo LGTB.

¿Es entonces la igualdad una utopía legal para las personas LGTB en algunos Estados? Legalmente, puede ser, al menos hasta que las presiones ejercidas desde los movimientos sociales, las organizaciones no gubernamentales y los Gobiernos que están comprometidos con la lucha para el respeto de los Derechos Humanos puedan surtir efecto, Argentina, en la actualidad, puede ser un ejemplo claro de esto, ya que en verano de 2010 se debatió la propuesta de Ley de modificación del Código Civil argentino, para que al igual que en España las parejas del mismo sexo pudieran tener los mismos derechos que las personas heterosexuales, un camino muy similar al ocurrido en España, de hecho ha sido la **Federación Estatal de Lesbianas, Gays, Transexuales y Bisexuales del Estado Español** un ejemplo a seguir en sus estructura y estrategia para sus homólogos en Argentina **FALGTB** (Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Transexuales y Bisexuales) apoyando y asesorando al movimiento LGTB para

---

<sup>310</sup>PECES-BARBA, Gregorio. Curso de Derechos Fundamentales (I) Teoría General. Edit. Eudema S.A. Madrid.1991. Pág.26.

conseguir los mismos derechos que en su momento fueron conseguidos en España en el año 2005 con la modificación del Código Civil y en el 2007 con la denominada **Ley de Identidad de Género** que permitió regresar la dignidad a las personas transexuales, los cuales fueron alcanzados por Argentina el 15 de julio de 2010<sup>311</sup>.

### 6.1.1. La Igualdad: Derecho o Principio

Hemos hablado constantemente de Igualdad, no sólo en este capítulo sino alrededor de todo el desarrollo de ésta investigación. Realmente, la polémica si la Igualdad como tal, es un Derecho o un Principio no importa si lo vemos desde el punto de vista de la eficacia, Principio o Derecho, el objetivo es que su espíritu, su fundamento sea respetado. Incluso la Constitución Española complica más el panorama y le califica de “**valor**”. Así entonces encontramos por ejemplo tratados, monografías, manuales y legislaciones en donde se habla de conceptos de igualdad. De la misma manera hayamos éste mismo tratamiento en las constituciones, generalmente garantizando en todos los Estados esa igualdad para todos sus ciudadanos y ciudadanas, esa garantía de ser iguales ante la Ley.

Para la ideología de los Derechos Humanos, todos los ciudadanos son iguales ante la Ley, por eso es general, es decir, igual para toda la colectividad, una igualdad jurídica ante la Ley, Ahora bien, si objetamos las leyes y detectamos que una Ley no es un instrumento de igualdad sino que perpetúa la desigualdad, nos encontramos con la violación del Principio de Igualdad, del concepto de igualdad en toda su expresión, pongamos un ejemplo al azar ligado con el tema objeto de éste estudio, Irlanda, Estado de Derecho, perteneciente a la Unión Europea, miembro de la ONU, firmante de la **Declaración Universal de los Derechos Humanos** y que respeta la igualdad de las personas, sin embargo no reconoce el matrimonio entre personas del mismo sexo, no permite cambiar la documentación de las personas transexuales, no reconoce las familias homoparentales, sus legislaciones entonces, las cuales hablan de un concepto de igualdad lo que hacen es perpetuar la desigualdad permitiendo las diferencias dentro del trato legal a los miembros de su ciudadanía. Realmente no es necesario penalizar las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo para

---

<sup>311</sup>Diario El País. 15/07/2010.

vulnerar los Derechos Humanos de éste colectivo, es paradójico como muchas personas se asombran de la penalización y continuos asesinatos de hombres homosexuales en Irán por ejemplo<sup>312</sup>, generalmente jóvenes, sin embargo no se cuestionan cómo en países de occidente, particularmente de la Unión Europea, y no precisamente los últimos 13 miembros que han entrado a la Unión en los últimos años, el colectivo LGTB sigue abiertamente discriminado, tanto a nivel individual como colectivo. ¿Es entonces donde nos planteamos una pregunta, la igualdad en la actualidad, realmente está garantizada o es una conquista política que tiene que ser conseguida a través de una revolución en la consciencia social como por ejemplo ocurrió en España cuando se legislaron las normativas que otorgaron la igualdad a las parejas del mismo sexo y a las personas transexuales?, puesto que hay que ser conscientes y recordar que, las leyes que brindaron la igualdad al colectivo LGTB no partieron de una iniciativa política nacida dentro de los grupos parlamentarios o los partidos políticos, realmente éstas fueron producto de la presión del movimiento LGTB y la influencia del asociacionismo y su participación ciudadana clamando lo que entendían de justicia de una forma directa e indirecta dentro de nuestra democracia. Fue el movimiento LGTB quien hizo ver a los partidos el vacío constitucional en el cual se encontraban millones de personas del Estado español, ésta apuesta fue apoyada por todos los partidos políticos excepto por el Partido Popular y Unió, se pudo impulsar una iniciativa que significó el dar un salto no sólo en los avances sociales y en la materialización de una verdadera igualdad legal que acabaría con esa desigualdad expresa inscrita en la legislación española sino el inicio del cambio para la materialización de la igualdad real en la sociedad. Por ende, visto desde este punto de vista, se entiende que, al menos en el caso español el resultado de esta consecución de la igualdad ha sido una conquista política, pero no de partidos, sino una conquista jurídica y social, del movimiento LGTB del Estado español dejando en claro como el asociacionismo puede influir en la legislación y la democracia de un Estado.

Ahora bien, focalizándonos nuevamente en el caso de Constitución Española el Art. 14 expone que *“los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o*

---

<sup>312</sup><http://www.elmundo.es/elmundo/2010/09/02/internacional/1283438338.html>

*social*<sup>313</sup>. Aquí observamos el principio clásico de la igualdad jurídica, éste concepto debe abordar la generalidad de las leyes, amparando y abarcando a toda la colectividad. De hecho este artículo y el Art. 32 *“el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. La Ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución de sus efectos”*,<sup>314</sup> fueron los preceptos constitucionales en los que se fundamentó que en España se estaba vulnerando el derecho de las parejas conformadas por personas del mismo sexo, ya que el matrimonio es un derecho y la legislación civil anterior al 2005 no incluía la protección legal de que los ciudadanos con parejas del mismo sexo pudieran acceder al derecho del matrimonio como contrato civil, el cual en sí, es un derecho que está implícito con la capacidad de obligarse mediante declaración de voluntad, por lo que la voluntad de lesbianas, gays y bisexuales se veía también vulnerada. Además de esto, hay que entender que el poder tener el derecho a acceder y contraer matrimonio es un derecho de libertad personal, que también genera otros múltiples derechos y obligaciones para ambos contratantes por ello es importante recordar que hablamos de un contrato, uno como cualquier otro contrato civil, y como tal éste permite proteger a sus contrayentes entre las obligaciones mutuas que pueden contraer entre sí pero también los protege en lo que respecta al reconocimiento de sus derechos, *M<sup>a</sup> Ángeles González Bustos* lo expone de la siguiente manera: *“La reforma del Código Civil supone la posibilidad de que los miembros de las parejas homosexuales, a través del ejercicio del derecho a contraer matrimonio, accedan a un conjunto de derechos que son efecto directo del vínculo jurídico del matrimonio”*.

*“Entre los derechos civiles podemos destacar los siguientes:*

- 1. La adquisición de la residencia o de la nacionalidad del cónyuge extranjero.*
- 2. La adquisición de la vecindad civil.*

---

<sup>313</sup>Constitución Española.

<sup>314</sup>Ídem.

3. *El Derecho de adopción.*
4. *El Derecho de alimentos.*
5. *El Derecho a ser tutor o curator en caso de incapacidad o declaración de prodigalidad del otro cónyuge.*
6. *El Derecho a ser defensor o representante del cónyuge ausente.*
7. *Derechos sucesorios.*

*En el ámbito de los derechos sociales podemos señalar;*

1. *Los permisos laborales por boda, o por fallecimiento, accidente o enfermedad grave y de hospitalización del cónyuge.*
2. *Reducción de la jornada para el cuidado del cónyuge basada en razones de edad, accidente o enfermedad (Art. 30.1.g LRFEP).*
3. *El Derecho de un funcionario a la adscripción de un puesto de trabajo en distinta unidad o localidad por motivos de salud o rehabilitación de su cónyuge (Art. 29.3 LRFEP).*
4. *La excedencia voluntaria por agrupación familiar (Art. 29.3 LRFEP).*
5. *El Derecho a indemnización en caso de muerte en accidente de trabajo o enfermedad profesional del cónyuge.*
6. *El auxilio por defunción del cónyuge o el subsidio por desempleo por responsabilidades familiares, y*
7. *Los beneficios del régimen de la Seguridad Social como la pensión de viudedad<sup>315</sup>.*

En última instancia, para que el concepto de igualdad se pueda materializar, y ese principio inspirador de las Cartas Magnas pueda ser efectivo y eficaz, la igualdad tiene que garantizarse expresamente en el ámbito legal para

---

<sup>315</sup>GONZÁLEZ BUSTOS, M<sup>a</sup> Ángeles. La Igualdad como compromiso. Estudios de género en homenaje a la profesora Ana Díaz Medina. La Actuación de los Poderes Públicos en Materia de Libertad Sexual. Ediciones Universidad de Salamanca. Salamanca. 2007. Pág. 295.

que como fin último los cambios sociales, amparados por la norma positiva, consigan la igualdad real y efectiva como fin político social.

Así entonces, podemos ser testigos como en España el concepto de igualdad ha experimentado notables transformaciones que han generado, de una manera directa, una superación evolutiva en el derecho positivo. La Ley, en lo que se refiere a las relaciones entre personas del mismo sexo y a sus familias, ha superado el vacío legal que los situaba en la desigualdad para brindarles una igualdad material dentro del espectro jurídico.

En lo que respecta al colectivo transexual, tal como lo define el estudio promovido por el Ararteko de Euskadi, en La Situación de las Personas Transgénero y Transexuales en Euskadi, podemos ver que *“mucho ha cambiado el panorama normativo de los tiempos en que estaban vigentes leyes represoras como la Ley de vagos y maleantes o la Ley de Peligrosidad Social, actualmente superadas por legislaciones y actitudes sociales más integradoras”*<sup>316</sup>. Si vemos su situación real en referencia a la igualdad, y a sus reivindicaciones mucho ha cambiado y evolucionado puesto que la **Ley 3 de 2007 de marzo 22, Reguladora de la Rectificación Registral de la Mención Relativa al Sexo de las Personas**, trajo consigo el regreso de la dignidad a las personas transexuales permitiéndoles cambiar sus documentos conforme al sexo psicológico con el cual ellas se sienten identificadas, así entonces, el Estado español garantiza un tratamiento y un reconocimiento de las y los transexuales para que puedan desarrollarse libremente como personas de acuerdo a la identidad real que sienten, lo cual les permite sentirse iguales ante la Ley y ante la sociedad y poder desarrollar con naturalidad y libremente su personalidad.

El primer avance normativo fue la derogación de la **Ley 16/1970 de 4 de agosto de Peligrosidad Social** en 1979 que consideraba peligrosos sociales a hombres homosexuales y bisexuales y mujeres transexuales, estas últimas no eran consideradas mujeres ante la Ley sino hombres que se vestían de mujer,

---

<sup>316</sup>GABINETE SOCIOLÓGICO, Biker S.L. La Situación de las Personas Transgénero y Transexuales en Euskadi/Transgeneroen Eta Transexualen Egoera Euskadin. Edit. Ararteko, Herriaren Defendatzailea. 2009. Pág. 137.



confundiéndolas incluso con travestís<sup>317</sup>. En lo que respecta a Europa, podemos observar avances sociales en 1.989, cuando el Parlamento Europeo recomienda a los Estados miembros la aprobación de disposiciones sobre el Derecho que tienen las personas transexuales a un cambio de sexo de carácter endocrinológico, plástico-quirúrgico y estético, y la prohibición de su discriminación. Claramente se entiende la recomendación como un llamamiento del Parlamento Europeo a los Estados miembro al respeto de la dignidad humana y el Derecho al Libre Desarrollo de la Personalidad de las personas transexuales para poder vivir acorde a su identidad de género.

A nivel español se materializa otro avance al despenalizar las operaciones de cambio de sexo en el año de 1.983. Igual de importante fue la sentencia del Tribunal Supremo en 1.987 se permitió el poder cambiarse el nombre y el sexo en el acta de nacimiento a las personas transexuales que se hubieran realizado la reasignación de sexo mediante cirugía. Ahora bien, en lo que respecta a la **Ley 3 de 2007 de 22 de marzo, Reguladora de la Rectificación Registral de la Mención Relativa al Sexo de las Personas**, el avance ha supuesto alcanzar una de las reivindicaciones más importantes para el colectivo transexual: la adecuación del nombre y el sexo registral a la verdadera identidad de la persona sin necesidad de haber tenido que pasar por una cirugía de reasignación sexual, siendo requisito para hacer uso de éste derecho el informe de disforia de género y el tratamiento médico, por lo que es requisito presentar informes médicos, psicológicos o psiquiátricos .

Como hemos expuesto en el capítulo II la Ley española comparada con otras legislaciones es bastante avanzada, ya que en España las personas pueden cambiar su documentación sin necesidad de someterse a una CRS<sup>318</sup>, sin embargo hay puntos en los cuales el colectivo transexual no se encuentra satisfecho, puesto que siente que realmente pueda disfrutar de una igualdad desde el punto de vista legal, por lo que menos de una igualdad social o real, ya que como lo transmite el estudio del Gabinete Sociológico realizado desde la

---

<sup>317</sup>Travesti es la persona que siente placer utilizando ropa o vestimenta de otro género sin embargo no se siente identificado con el género contrario. El travestismo no es lo mismo que la transexualidad.

<sup>318</sup>Cirugía de Reasignación Sexual.

**Defensoría del Pueblo Vasco**, personas transexuales y transgéneros<sup>319</sup> consultadas sobre esta situación manifiestan que la propia Ley 3/2007 de 22 de marzo tiene carencias relacionadas para solicitar el cambio de sexo y de nombre:

1. *“El derecho a este cambio registral está basado en la condición de transexualidad porque es necesario el informe de disforia de género y el tratamiento médico; se está dejando fuera a una variedad de realidades como la de las personas transgénero, la de quienes no se identifican con uno de los dos sexos o la de quienes no desean someterse a hormonación.*
2. *El requisito de presentar informes médicos, psicológicos o psiquiátricos significa tildar de patología lo que debería ser un derecho de la persona, sin más requisitos que la libre voluntad de realizar el cambio.*
3. *El requisito de la mayoría de edad implica que no pueden realizarse estos trámites en edades previas a los 18 años.*
4. *El requisito de la nacionalidad española significa que las personas extranjeras que deseen rectificar su nombre y sexo deberán conseguir primero la nacionalidad española.*
5. *Circunscribir el reconocimiento legal de la identidad al cambio de sexo y nombre significa dejar desprotegidas legalmente a las personas que no han realizado dicho cambio”<sup>320</sup>.*

Por todo lo anteriormente expuesto en la investigación realizada por la Defensoría del Pueblo de Euskadi, las personas transexuales en general no tienen la percepción que puedan disfrutar en la actualidad de una igualdad legal conforme la Ley española. No quiere decir que no se haya avanzado, pues se ha hecho, y esto es evidente, sin embargo está claro que todavía quedan algunos vacíos legales para poder otorgar a las y los transexuales las herramientas

---

<sup>319</sup>El concepto de transgénero se asocia principalmente con una persona que no se identifica exclusivamente con uno de los dos géneros. GABINETE SOCIOLOGICO. Biker S.L. La Situación de las Personas Transgénero y Transexuales en Euskadi/Transgeneroen Eta Transexualen Egoera Euskadin. Edit. Ararteko, Herriaren Defendatzailea. 2009. Pág. 137.

<sup>320</sup>Ídem. Pág. 138 y 139.

jurídicas necesarias para poder protegerles legalmente de las violaciones a su Derecho de Igualdad en diferentes ámbitos de su vida.

También está la situación, como hemos tratado en el anterior capítulo, de la realidad sanitaria que viven las personas transexuales en España pues todavía no se encuentran incluidos los derechos de las personas transexuales en Sistema Nacional de Salud. Hoy por hoy aún no existen centros de referencia a donde las personas transexuales puedan recurrir para que se les trate a través de la Seguridad Social, sólo Andalucía a través del Hospital Carlos Haya realiza tratamientos, seguimientos y CRS, ninguna otra Comunidad Autónoma otorga un servicio sanitario como el que está ofreciendo el SAS, un servicio de atención similar lo realiza actualmente la Comunidad Autónoma de Euskadi. Por lo cual, sí que tenemos una Ley de Identidad de Género que desde el punto de vista legal soluciona los problemas de documentación de las personas transexuales, aunque con las críticas constructivas que desde el mismo colectivo transexual se hacen como las recogidas en el estudio realizado por el Defensor del Pueblo en Euskadi, sin embargo, al no brindarse a las personas transexuales una solución a la realidad sanitaria con la que se tienen que encontrar continuamos vulnerando su igualdad, pues *¿Cómo van a poder ser iguales realmente si para poder desarrollarse libremente como personas necesitan de prestaciones sanitarias que actualmente ni el Estado ni las CCAA las están ofreciendo?* Sencillamente sin acceder a este Derecho no pueden ejercer su Derecho a Libre Expresión de la Personalidad.

Ahora bien, si encontramos estas limitaciones en el ordenamiento jurídico español, podemos encontrar que en terceros Estados dicha problemática se multiplica. Por lo tanto, las personas transexuales , vistas desde una perspectiva legal se les continúan vulnerando sus Derechos Fundamentales , ya que tanto desde el ámbito jurídico como en el social, la materialización del respeto a todos sus Derechos Fundamentales aún no es una realidad.

### 6.1.2. El Principio de Igualdad de Trato en referencia al acceso a la reproducción asistida por parte de Lesbianas y mujeres bisexuales en España

Dentro de la esfera de los Derechos Fundamentales de las personas LGTB, queremos citar la realidad dentro del ámbito sanitario del colectivo de mujeres lesbianas y bisexuales. Es importante tener en cuenta que la conquista de los Derechos Humanos significa un avance en torno la materialización del Principio de Igualdad en la sociedad, sin embargo, se tiene que estar alerta, vigilando que estos avances se mantengan en el tiempo y no exista un retroceso. Un ejemplo de ello es el ocurrido en España el 23 de julio de 2013 en dónde el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad ha propuesto al Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud (CISNS) que el único criterio para acceder a las técnicas de reproducción asistida sea el de infertilidad por el cual las mujeres lesbianas, las bisexuales que tengan como pareja otra mujer y las mujeres solteras quedarían excluidas de la reproducción asistida pública<sup>321</sup>. El Estado a través de las Administraciones Públicas es un sujeto fundamental para la promoción de una efectiva igualdad entre hombres y mujeres, es una excelente forma para que la perspectiva de género sea una herramienta importante en el alcance de la igualdad<sup>322</sup>, sin embargo, se entiende que para fomentar la igualdad entre hombres y mujeres primero tenemos que garantizar la igualdad de oportunidades entre los miembros de de cada endogrupo, por consiguiente no podemos fomentar la igualdad dentro de la Administración Pública cuando la misma se insta a sí misma a hacer una clara diferenciación entre ciudadanas miembro de un endogrupo, en éste caso el colectivo de mujeres. Al reservar la cartera común de la Seguridad Social el Derecho de acceder a los sistemas de reproducción asistida o fecundación in vitro *“sólo a las parejas integradas por un hombre y una mujer”* con problemas de fertilidad se retrocede la conquista de igualdad que el colectivo LGTB y la sociedad española lograron en julio de 2005 con la aprobación de la Ley 13/2005 puesto que ésta propuesta, asumida por CISNS, genera una estratificación dentro del colectivo de mujeres, permitiendo

---

<sup>321</sup>[http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/07/18/actualidad/1374178125\\_262676.html](http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/07/18/actualidad/1374178125_262676.html)

<sup>322</sup>MORA RUÍZ, Manuela. El Informe de Impacto de Género en las Disposiciones Administrativas de Carácter General: ¿Una Garantía Efectiva de la Igualdad desde el Derecho Administrativo? Formación y objeto del Derecho antidiscriminatorio de género: perspectiva sistemática de la igualdad desde el Derecho público. Dirección MORA RUÍZ, Manuela y otros. Edit. Atelier Libros Jurídicos. Barcelona. 2010. Pág. 207.

sólo el acceso a las mujeres casadas con un hombre, dejando fuera a las mujeres casadas con otras mujeres o a las solteras que quisieran ser madres, así entonces en referencia a éste cambio podríamos decir que, dentro de dicho ámbito, se vulnera el Principio de Igualdad de Oportunidades catalogando subjetivamente a ciudadanas de primera, las cuales por ser heterosexuales sí pueden acceder a un Derecho en materia de Seguridad Social y ciudadanas de segunda las cuales por ser lesbianas, bisexuales con pareja femenina o solteras, y a falta de varón, como lo ha manifestado la Ministra de Sanidad, Asuntos Sociales e Igualdad, no pueden acceder a los tratamientos de reproducción asistida proporcionados a la ciudadanía por la Seguridad Social. Así mismo el Consejero de Salud de la Comunidad de Castilla-La Mancha y Portavoz de Sanidad de la Ejecutiva Nacional del Partido Popular, expresó en el CISNS que las Administraciones no deben cubrir tratamientos si no son para aliviar patologías y que la Sanidad Pública se creó para atender los problemas de salud de los ciudadanos, sin embargo el concepto de ausencia de salud de la Ministra y el Consejero de Salud de Castilla-La Mancha no tiene en cuenta que la misma Organización Mundial para la Salud (OMS) como *“el estado de completo bienestar físico, mental y social”* no limitando el mismo a la ausencia de enfermedad por lo que tales afirmaciones y la misma decisión en sí no tienen en cuenta las recomendaciones internacionales que los mismos organismos especialistas en el tema realizan a los Estados dentro de la comunidad internacional por lo que el requisito absoluto de ser tener que ser estéril para poder acceder a esta prestación vulnera el Principio de Igualdad y hace flaco favor a la institucionalización de los programas de igualdad dentro de las Administraciones públicas puesto que elimina la transversalidad en la atención a todas las mujeres y la diversidad de las mismas, por lo que el Estado no actúa como sujeto clave para la promoción de la igualdad y la no discriminación, máxime cuando estas decisiones se originan desde el mismo Ministerio de Sanidad, Asuntos Sociales e Igualdad, el cual debe ser a nuestro entender el primer órgano de la Administración Pública en promover, mantener y fomentar la igualdad de oportunidad para todas y todos los ciudadanos sin exclusión alguna y en este caso se observa cómo se excluye a una parte del colectivo de mujeres por razón de su orientación sexual o por el hecho de ser solteras<sup>323</sup>.

---

<sup>323</sup>[http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/07/23/actualidad/1374575386\\_841886.html](http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/07/23/actualidad/1374575386_841886.html)

*Manuela Mora Ruíz, nos habla que para conseguir que existe “un punto de inflexión en una cuestión fundamental para la consecución de la efectiva igualdad entre hombres y mujeres, esto es, supone incorporar la perspectiva de género al Ordenamiento Jurídico, y ello no sólo porque haya normas referidas a la garantía y promoción de la igualdad, sino, también, porque las mismas contemplan diversos dispositivos que han de tener aplicación en todos los ámbitos de actuación de los poderes públicos, consiguiendo, pues, que la posición de la mujer sea considerada como un elemento necesario a tener en cuenta en el diseño de políticas públicas o en la referida actuación de los poderes públicos”<sup>324</sup>.*

Lo que plantea *Mora* es ideal para la enraizar el Principio de Igualdad dentro de las Administraciones Públicas pero el género femenino no podrá empoderarse y conseguir la igualdad efectiva dentro de los Ordenamientos Jurídicos y en la sociedad en sí, si desde la misma Administración e incluso desde el organismo que ostenta las competencias de igualdad se estratifica a las mujeres dentro de un ámbito, en éste caso el del acceso a la reproducción asistida a través de la sanidad pública. Para conseguir la plena igualdad entre hombre y mujeres primero se deben garantizar que dentro del mismo colectivo de mujeres, éstas no sean estratificadas y clasificadas por alguna razón, el hacerlo, incurre en una discriminación, en este caso concreto basada la orientación sexual de las mujeres y en su estado civil en el caso de las solteras. Claramente aquí el Gobierno no está reconociendo la diversidad familiar y la existencias y necesidades de una parte de la misma, las familias homoparentales conformadas por dos mujeres y las de mujeres solteras que quieren crear una familia monoparental por lo que tal hecho incluso podría llegar a ser visto como una medida de carácter sexista en la cual el Estado demandaría subjetivamente que para poder acceder a este servicio los miembros de la pareja deben conformar una familia tradicional, lo que ha llevado a que la opinión pública vea en esta decisión una modificación más que promovida por los efectos de la crisis y los recortes sociales, una medida ideológica acorde a las políticas del actual Gobierno. Ya la norma anteriormente que regulaba dicha prestación contenía en ella una desigualdad puesto que aunque la Ley era igual para todas las Administraciones Sanitarias, las diferentes

---

<sup>324</sup>MORA RUÍZ, Manuela. El Informe de Impacto de Género en las Disposiciones Administrativas de Carácter General: ¿Una Garantía Efectiva de la Igualdad desde el Derecho Administrativo? Formación y objeto del Derecho antidiscriminatorio de género: perspectiva sistemática de la igualdad desde el Derecho público. Dirección MORA RUÍZ, Manuela y otros. Edit. Atelier Libros Jurídicos. Barcelona. 2010. Pág. 209.

Comunidades Autónomas interpretaban la Ley 12/2006 de 26 de mayo de Reproducción Asistida de forma autónoma, ya que la norma dejaba claro que las usuarias de ésta técnica debían ser mujeres mayores de 18 años y con independencia de su estado civil y orientación sexual, por lo que incluía literalmente tanto a mujeres solteras como a lesbianas y mujeres bisexuales puesto que la misma ciencia actualmente desde el punto de vista médico no se limita a realizar estos procesos a combatir problemas de esterilidad. De todas formas, el real decreto 1030/2006 define la lista de servicios que ofrece la Cartera de Servicios del Sistema Nacional de Salud en lo que respecta a las técnicas de reproducción asistida que la cobertura por parte de la Sanidad Pública se realizará cuando exista un diagnóstico de esterilidad o una indicación clínica establecida conforme a los programas de casa servicio de salud autonómico, lo cual ha dejado puertas, desde el año 2006, debido a su ambigüedad dentro del concepto “*indicación clínica*” a que algunos Sistemas de Salud Autonómicos nunca permitieran el acceso a mujeres de ambos colectivos, parejas conformadas por mujeres y solteras, a esta prestación o que se cerrara las puertas de la misma, así como también que el actual Gobierno procediera a matizar de una forma más detallada y excluyente el acceso a la reproducción asistida.

Así mismo los actuales Gobiernos Autonómicos de Asturias, País Vasco, Andalucía y Canarias han anunciado que no limitarán el acceso a éste Derecho de acceder a la reproducción asistida a través de la sanidad pública a mujeres lesbianas, bisexuales y solteras puesto que a su juicio vulnera los Principios de Igualdad y de No Discriminación de estos colectivos. Estas declaraciones dejan claro un problema que comúnmente se puede extrapolar a las garantías reales que los Estados tienen para el respeto de los Derechos Fundamentales, y es que, las ideologías de los distintos Gobiernos pueden impulsar, frenar, modificar la permanencia de garantías administrativas para la defensa y el mantenimiento de los Derechos Humanos. Centrando lo expuesto en referencia a las ideologías en el caso de la reproducción asistida en España, es curioso observar que todas las Comunidades Autónomas citadas que se han opuesto a la nueva orden del Gobierno central están gobernadas por diferentes partidos políticos y por el contrario todas las Comunidades Autónomas que están gobernadas por el partido del Gobierno, han acatado tal disposición. Así entonces, y ya yendo más allá del caso citado, en el tema de la consolidación de la igualdad y del respeto por los

Derechos Humanos queda la sensación que las ideologías políticas pueden llegar a cambiar el rumbo de las garantías administrativas para la protección de los Derechos Fundamentales.

Hay que recordar que tal como expone *Manuela Mora*, las Administraciones Públicas deben ser sujetos para conseguir la efectiva igualdad de mujeres y hombres y que para esto, la misma, debe contar con un marco normativo compuesto por leyes que impulsen la igualdad y acciones administrativas adecuadas que sirvan como herramienta para que la misma se cumpla, y en ese sentido Mora habla de lo que se podría considerar como **“Derecho Antidiscriminatorio de Género”**, desde el punto de vista de la creación de nuevas legislaciones que promuevan la igualdad dentro de las relaciones jurídico-privadas como las generadas dentro del ámbito público, y como dice la autora, dicho planteamiento se ocupa del reconocimiento de la igualdad y la prohibición de la discriminación por razón de sexo con la articulación de procedimientos que resarzan las posibles vulneraciones, así como la construcción de la igualdad entre hombres y mujeres, logrando así un efectivo ejercicio de derechos en condiciones de igualdad<sup>325</sup>. Por lo que es altamente criticable desde el punto de vista de la defensa de los Derechos Humanos que desde el Ministerio de Sanidad, Asuntos Sociales e Igualdad se lidere una acción que discrimina a las mujeres en diferentes grupos por razones de su orientación sexual o estado civil para acceder a un Derecho, así entonces el Estado lejos de promover nuevas legislaciones que promuevan la igualdad y la prohibición de la discriminación lo que hace es materializarla obstaculizando así la consolidación del concepto de la igualdad dentro de la sociedad, por lo que a nuestro concepto no sólo vulnera el Derecho de estas mujeres sino que hace que la igualdad entre hombres y mujeres sea más difícil de alcanzar, ya que no se puede empezar a construir un concepto cuando para llegar al punto de igualdad de géneros estamos creando y fomentando la desigualdad dentro del colectivo de mujeres por razones de su orientación sexual y el estado civil para el acceso de una prestación que ofrece la sanidad pública del Estado. *M<sup>a</sup> Ángeles González Bustos*, explica que para conseguir los objetivos de la igualdad los poderes públicos deben intervenir aprobando políticas públicas que tiendan a eliminar las discriminaciones existentes, así como a compensar los efectos discriminatorios a

---

<sup>325</sup>Ídem Pág. 211.



través de la historia al igual que fomentar la igualdad en los sectores económico, político, y social<sup>326</sup>, lo expuesto por *González Bustos* es el camino ideal para la construcción de un Estado que fomente la igualdad dentro de las Administraciones y la sociedad en general, ahora si transportamos esta idea al caso de la negación de la reproducción asistida a ciertos colectivos de mujeres por parte de la sanidad pública encontramos que enés eliminar discriminaciones por parte de la Administración Pública se está fomentando una dentro de la misma.

Ahora bien, paralelamente a que se estuviera gestando este cambio dentro de la cartera de prestaciones de la Seguridad Social, el Tribunal Superior de Justicia de Asturias Sala Social de Oviedo (TSJA) en su Sentencia 00961/2013 ha condenado a la sanidad pública del Principado a que cumpla con el Derecho de una mujer soltera y lesbiana a acceder a las técnicas de reproducción asistida y al reintegro del dinero que la misma gastó en clínicas privadas para intentar quedarse embarazada ya que en el año de 2011 se le negó éste servicio y el Juzgado de lo Social número 2 de Avilés desestimó su demanda de que se declarara nula la Resolución de la Dirección General de Salud del Principado de Asturias que denegaba el acceso a estos tratamientos por parte de mujeres solteras. La Sentencia de TSJA expone que la Constitución Española ampara el Principio de Igualdad de Trato y de No Discriminación por razones de sexo, por lo que entiende que en casos de esterilidad no se puede excluir de los mismos lo que en términos médicos se denomina “ausencia del factor masculino” puesto que esto obligaría a las lesbianas a tener relaciones sexuales heterosexuales para poder alcanzar la procreación. La Sentencia 00961/2013 de la Sala Social del TSJA es interesante analizarla en varios sentidos, puesto que expone claramente que el negar el acceso a las mujeres lesbianas, bisexuales y solteras a la reproducción asistida vulnera los Derechos Humanos de las mismas, por otra parte conectándola con los sucesos paralelos a nivel estatal que se generaban al momento de ser dictada la misma condenado al Principado de Asturias por haber incurrido en una discriminación hacia una mujer lesbiana, deja claro que el exigir “la presencia de varón” como declaraba la Ministra, Ana Mato, es una vulneración

---

<sup>326</sup>GONZÁLEZ BUSTOS, M<sup>a</sup> ÁNGELES. La Trascendencia del Sistema de Función Público en el Desarrollo de la Igualdad de Oportunidades. Formación y objeto del Derecho antidiscriminatorio de género: perspectiva sistemática de la igualdad desde el Derecho público. Dirección MORA RUÍZ, Manuela y otros. Etit. Atelier Libros Jurídicos. Barcelona. 2010. Pág. 235.

expresa a la mujer lesbiana o soltera a los Derechos Fundamentales de la misma pues no solamente viola su igualdad sino también el Derecho Humano de la Dignidad de la persona, puesto que se envía el mensaje que sólo se podrá acceder a ésta prestación si se tienen relaciones sexuales con un hombre.

La Sentencia 00961/2013 de la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias deja entonces sienta entonces jurisprudencia, la cual podrá ser utilizada como hoja de ruta para las mujeres que vean que vulneran sus derechos por razones de su orientación sexual o su estado civil al intentar acceder a una prestación ofertada por el Sistema Nacional de Salud Pública. Esta Sentencia, constituye en sí una herramienta jurídica bastante útil para intentar volver a reconquistar esta parcela de igualdad en lo que a la igualdad de las mujeres respecta así como la del colectivo concreto de lesbianas, mujeres bisexuales y aquellas que no se encuentren casadas pero que tengan el deseo de ser madres.

## 6.2. Principio de No Discriminación

Siguiendo a *Arango Durling*, “la palabra *Discriminación* del verbo <<discriminar>> <<acción y efecto de discriminar>>, proviene del latín <<discriminare>> que significa <<separar, distinguir, diferenciar una cosa de otra, dar trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, etc”<sup>327</sup>. Sin embargo, desde nuestro punto de vista, creemos que a esta definición se le puede agregar dentro de ese amplio “etcétera”, un motivo más, el de discriminación por orientación y/o identidad sexual.

El discriminador segrega a un colectivo basándose en lo que lo diferencia a éste del grupo discriminado, impone su poder y superioridad sobre quien le considera “diferente”, ignorando sus derechos, vulnerando así el **principio de no discriminación** de las personas que hace parte de éste conjunto. Somos conscientes que desafortunadamente socialmente no se puede obligar a que todas las personas respeten los derechos del resto de la

---

<sup>327</sup> ARANGO DURLING, Virginia citando a HERNÁNDEZ DEL VALLE. Introducción a los Derechos Humanos. Edit. Publicaciones Jurídicas de Panamá. Panamá. 1997 Pág. 57.

colectividad, aunque un cambio en el sistema educativo ayudaría a alcanzar esa diana de la igualdad real pero legalmente sí que se puede, ese, es un trabajo educativo, de años, y el iniciarlo, es obligación del Estado, pero no es el tema de estudio de la presente investigación, sin embargo, pensamos que a la sociedad se la debe educar para respetar la pluralidad de la diversidad, una sociedad educada en el respeto es una sociedad más igualitaria pero antes de pasar a la etapa educativa de la sociedad, el ente gubernativo tiene y debe que legislar un ordenamiento jurídico legal idéntico para todas los individuos en cuanto a su calidad de tales, su dignidad y respeto como seres humanos con el objetivo de garantizar el respeto legal de sus Derechos Fundamentales. Es entonces cuando el Estado tiene que dar los atributos fundamentales a todos los seres humanos y garantizar sus derechos humanos, *“ya que en cuanto a su naturaleza, todos los hombres están en una situación especial igual, pero análoga en cada una de sus categorías, a los que, en virtud de factores individuales o accidentales, ocupen, situaciones concretas distintas”*<sup>328</sup>.

Por discriminación se puede entender la vulneración de la igualdad produciendo una diferenciación que no se está permitida en la Constitución en referencia al Principio de Igualdad, en el caso español atendiendo a todas las causas expuestas en el Artículo 14 de la CE<sup>329</sup>.

A pesar de poder encontrar estos planteamientos, las discriminaciones por razones de orientación sexual y/o identidad de género existen en la mayoría de Estados, incluso, aún teniendo la igualdad legal alcanzada, desde algunos sectores se intenta arrebatarla y hacer retroceder éste avance como lo ocurrido en España con el Recurso de Inconstitucionalidad N° 6864-2005 en relación con la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de Derecho a contraer matrimonio<sup>330</sup>. El discriminar a un individuo en razón de su sexualidad, de su identidad, es una clara violación de los Derechos Humanos de

---

<sup>328</sup>ídem. Pág. 243.

<sup>329</sup>GARCÍA-ATANCHE Y GARCÍA DE MORA, María Victoria. Derechos y Libertades en la Constitución Española de 1978. Edti. Sanz y Tórees. Madrid. 2011. Pág. 117.

<sup>330</sup>El Partido Popular interpuso un recurso de inconstitucionalidad a la reforma del Código Civil que permite los matrimonios entre personas del mismo sexo tres meses después de haberse declarado legales estas uniones en España.

esa persona, sin embargo, esto se ve en el día a día en los Estados, la gran mayoría de ellos, que no tienen las garantías jurídicas necesarias para proteger a una minoría como la que conforma el colectivo de lesbianas, gays, transexuales y bisexuales, incluso teniéndolas como hemos visto con el ejemplo de España y el recurso que interpuso el Partido Popular, no podemos aún afirmar que cuando avanzamos en el reconocimiento de los Derechos Humanos nunca exista quiénes quieran hacerlos retroceder aunque sea disfrazando la homofobia con supuestos de legalidad jurídica.

Realmente, no se puede discriminar cuando se cita la igualdad, el no discriminar va directamente ligado a respetar la igualdad de las personas, la diversidad en general, y cuando se respeta la igualdad, se respeta transversalmente otros aspectos fundamentales que tienen que ver con la dignidad del individuo como lo son claramente la libre expresión de la persona y el derecho a la intimidad. Los seres humanos tenemos todo el Derecho a realizarnos como somos, como nos sentimos y el Estado no puede obstaculizar dicha realización ni por acción, ni por omisión. El espíritu de éste principio es respetar la diversidad, la pluralidad, lo diferente, por lo tanto los derechos del colectivo LGTB están intrínsecamente comprendidos dentro de este principio jurídico.

Es importante citar que dentro del ámbito de la Unión Europea se trató por primera vez el problema de la discriminación por orientación sexual en el Informe *Squarciapuli* en el 13 de Marzo de 1984, éste *“recomendaba que la entonces Comunidad Europea debería aumentar sus esfuerzos para combatir la discriminación contra los homosexuales en el campo del empleo. La propia ponente, la eurodiputada ecologista Vera Squarcialupi, reconoció en aquel momento que había existido una significativa oposición a las conclusiones del Informe Squarcialupi en el seno de la Comisión que lo elaboró, oposición que atribuyó a la existencia de “prejuicios culturales y morales difíciles de superar”. Pese a todo, la Resolución que acompañaba al Informe Squarcialupi fue aprobada por 114 votos contra 45, realizando un llamamiento a la Comisión para que elaborara propuestas que permitieran asegurar que no se produjera en los Estados miembros la discriminación contra los homosexuales en los aspectos relacionados con el acceso al empleo y el despido”*<sup>331</sup>. Sin embargo, fue la

---

<sup>331</sup>[http://www.fundaciontriangulo.es/informes/InformeEuropa1998/e\\_ParlamentoEuropeo01.htm](http://www.fundaciontriangulo.es/informes/InformeEuropa1998/e_ParlamentoEuropeo01.htm)

Resolución A-0028/94 del 8 de febrero de 1994, D.O.C. 28.02.94, que trata sobre la **Igualdad de Derechos de los Homosexuales en la Comunidad Económica Europea**<sup>332</sup>, la que realmente exigió una igualdad en el trato y la no discriminación por razones de orientación sexual para todos los ciudadanos y ciudadanas de los Estados miembros de la comunidad. Es aquí, en donde el Parlamento Europeo solicita a la comisión que se realizase una recomendación acerca de la situación de la igualdad y sobre los derechos que tenían los homosexuales dentro la Unión, en donde al menos, se tendría que acabar con todas las disposiciones jurídicas que criminalizaran y discriminaran las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo, como por ejemplo Irlanda, Estado miembro de la Unión el cual sólo descriminalizó la homosexualidad en el año de 1.991. Así mismo el Parlamento instaba a finalizar la persecución social de calificar a lesbianas, gays, transexuales y bisexuales como un atentado para la sociedad y las buenas costumbres, a acabar con toda forma de discriminación laboral por motivos de orientación sexual y/o identidad de género, a legislar leyes que permitieran el Derecho del matrimonio<sup>333</sup>, o al menos, leyes que permitieran una equiparación de las parejas homosexuales con las de los heterosexuales<sup>334</sup>, a acabar con las restricciones para que las parejas del mismo sexo no pudieran adoptar menores de edad<sup>335</sup>. Ya, con posterioridad, la Comunidad Europea en 1998 recomienda, con **La Resolución Sobre la Igualdad de Derechos de las Personas homosexuales**, acabar con la discriminación de lesbianas y gays en el territorio Europeo perteneciente a la Comunidad. Por otra parte, en los tiempos de la Unión Europea, el Parlamento, a través de la resolución sobre la *Situación de los Derechos Fundamentales den la Unión Europea (2001)*, resalta dos párrafos en los cuales expone la situación que viven las personas homosexuales por razón de su orientación sexual y uno, congratulando el hecho que Austria en el año de

---

<sup>332</sup>8 de Febrero de 1994.

<sup>333</sup> Sólo hasta el 2.001 se materializó esta recomendación cuando Holanda fue el primer Estado de la Unión Europea en modificar su Código Civil para permitir el Matrimonio entre personas del mismo sexo. Tal acción no sería un avance sino un estancamiento para la obtención de la igualdad legal y real, ya que no se puede llamar de otra denominación a lo igual debido que como sujetos de derecho, los heterosexuales son iguales que los ciudadanos homosexuales y bisexuales

<sup>335</sup><http://www.felgt.org/temas/cooperacion-internacional/i/4646/79/resolucion-a-0028-94-del-parlamento-europeo>.

2002 derogara su normativa penal en donde discriminaba a las personas por motivos de su orientación sexual:

*”Discriminación por razón de orientación sexual*

*99. Pide a la Comisión que elabore una relación actualizada y comparativa de la situación de los hombres y las mujeres homosexuales en los Estados miembros que permita comprender el aumento o la disminución de los fenómenos discriminatorios, así como el éxito de las políticas europeas y/o nacionales en materia de lucha contra la discriminación.*

*100. Recomienda a los Estados miembros que apliquen una política explícita y coherente para luchar contra la discriminación de los hombres y las mujeres homosexuales, así como para fomentar su emancipación e integración social y luchar contra los prejuicios por medio del sector cultural y educativo, lanzando en particular una campaña de información y solidaridad a escala europea.*

*101. Se congratula de que el 13 de agosto de 2002 Austria haya suprimido el artículo 209 de su Código Penal, poniendo así fin a la discriminación por razón de orientación sexual en la legislación <sup>336</sup>.*

El **Principio de No Discriminación** entonces, tiene por objeto garantiza la igualdad de trato entre individuos, por lo que todas las personas tienen derechos iguales e igual dignidad por lo que ninguna de ellas debe ser discriminada en relación con otra persona. La discriminación como tal, impide el desarrollo pleno del potencial de la persona, cualquier discriminación hacia un ser humano tiene el resultado de minar como tal la dignidad humana, en los casos de discriminación por razón de orientación sexual y/o identidad de género, generalmente ésta discriminación puede estar acompañada por múltiples discriminaciones, como ejemplos anteriormente expuestos como el de ser mujer transexual y lesbiana, seropositiva e inmigrante, desafortunadamente la sociedad aún sigue alimentando fobias que discriminan a ciertos grupos sociales a lo largo y ancho del planeta, curioso es sin embargo que en los Estados de Derecho no está permitido legalmente, y es mal visto socialmente la discriminación, por

---

<sup>336</sup><http://europa.eu.int/eurlex/pri/es/oj/dat/2004/ce038/ce03820040212es02470262.pdf>.

ejemplo a una persona por razones de raza o religión, sin embargo tales analogías no se manifiestan de la misma manera ni en el ámbito legal, ni social en la gran mayoría de Estados en referencia al colectivo LGTB.

En conclusión, el no otorgar no permitir que las parejas del mismo sexo puedan contraer matrimonio, adoptar y disfrutar de todos los beneficios legales que gozan las parejas heterosexuales y, en el caso de las personas transexuales, el no permitirles vivir legalmente acorde con su identidad de género y el no garantizar a nivel sanitario que así lo puedan hacer con el objetivo de desarrollar su personalidad libremente, evidencia una vulneración y violación del principio de no discriminación, el cual, al violarlo, vulnera la igualdad en todos sus ámbitos, tocando directa e indirectamente una amplia gama de derechos y libertades.

### **6.3. Derecho de la Libertad**

La libertad es el Derecho de poder hacer o no hacer, es la libre elección de poder decidir, sin que la libertad de un ciudadano pase la frontera en donde empiezan los derechos de otro ciudadano. Nadie puede tener la libertad de realizar un acto que vulnere los derechos de otra persona.

En el caso de los Estados que no proveen un trato de igualdad legal al colectivo LGTB, podemos analizar cómo se incurre en una violación expresa del Derecho a la Libertad de las personas, ya que debido a dicha desigualdad los individuos se ven coaccionados y limitados en el día a día.

La libertad de expresión tiene una gran importancia en la configuración y desarrollo del individuo y resultado de ésta, a una escala colectiva, en la de las sociedades democráticas, en las que en muchas de ellas el ámbito de los Derechos Fundamentales juega un papel predominante dentro del ámbito constitucional de las mismas<sup>337</sup>. Basándonos en esto, podemos afirmar que una sociedad en la cual el colectivo LGTB tenga plena Libertad de Expresión visibilizaría un índice de garantías de que la misma es realmente una sociedad democrática que protege y mantiene la difusión y el respeto por la pluralidad y la diversidad en la ciudadanía.

---

<sup>337</sup>GÓMEZ SÁNCHEZ, Amanda. Derecho Constitucional Europeo, Derechos y Libertades. Edti. Sanz y Torres. Madrid. 2008. Pág. 325.

Profundizando en los modelos jurídicos anteriormente explicados, los Estados que no otorgan una plena equiparación de derechos al colectivo LGTB están, desde un punto de vista, coartando la libertad de estas personas. Éstas no tienen la plena libertad de acceder a unos derechos que a los demás miembros de la sociedad si se les permite y que pueden disfrutar plenamente, por lo que la libertad de ejercerlos se les limita y, la norma desigual y discriminatoria, impera sobre el ciudadano homosexual, transexual o bisexual, el cual sin poder hacer nada, pasa a ser calificado intrínsecamente como un ciudadano de segunda clase automáticamente por su *“Estado de Derecho”* en el cual él o ella reside y en dónde desde el punto de vista de las obligaciones sí que es considerado un igual ante Ley, en ese ámbito si es igual al heterosexual, exceptuando claro está las obligaciones que le son exigidas desde el punto de vista del Derecho de Familia, como por ejemplo los alimentos a un cónyuge o sus hijos.

El no otorgamiento de la igualdad de derechos conlleva a la violación de la libertad, el no equiparar los derechos legalmente ayuda a que socialmente la homofobia, la transfobia y la bifobia se incrementen y se alimenten, ayudando a reforzar la idea conservadora y heterosexista que el amor, las emociones, las muestras de cariño, la afectividad en general y que las familias, sólo deben ser y expresarse como lo dicta el modelo heteropatriarcal.

Tales directrices coartan el Derecho a Libertad de éste colectivo en todos los sentidos, sobre ello, *Daniel Borrillo* nos señala que, *“en cambio, si se trata de individuos heterosexuales, su vida privada, especialmente su vida de pareja y su vida familiar, excede ampliamente la esfera privada para encontrar un reconocimiento y una protección específica de la que el mismo Estado se constituye en el primer deudor. Mientras que las parejas heterosexuales se convierten en verdaderas acreedoras de Derechos conyugales, sociales, patrimoniales, sucesorios, extramatrimoniales, familiares... las uniones del mismo sexo son invitadas a permanecer en la discreción de su intimidad”*<sup>338</sup>. Es por ello entonces que aunque el Estado tenga la obligación de regir la conducta y la libertad de los individuos no puede usar su fuerza institucional en contra de un grupo minoritario o de un grupo social, ya que el impedir la libertad y el desarrollo

---

<sup>338</sup>BORRILLO, Daniel. *Homofobia*. Ediciones Bella Terra. Barcelona 2001. Pág. 80.



de éstos, es vulnerar la libertad como Derecho Fundamental, por lo que, una cosa es limitar la libertad de la persona en aras que ésta no vulnere los derechos de otro miembro de la sociedad y otra muy distinta es que por omisión o por acción el Estado prohíba la libertad de un ciudadano a hacer uso de derechos. Incluso, así un Estado en su Constitución promulgue que el matrimonio sólo puede ser contraído entre un hombre y una mujer, claramente se entiende que esta norma constitucional vulnera la igualdad, la libertad y los derechos humanos de las parejas del mismo sexo y sus familias.

**La Declaración Universal de los Derechos Humanos** en su Art. 3 expresa que *“todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de la persona”*; igualmente, en su Art. 20 expone que *“toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacífica. Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación”*. Las personas tenemos que ser libres tal y como somos y podemos asociarnos libremente, sin embargo en algunos Estados como por ejemplo los árabes, no se permite incluso el Derecho de Reunión de los colectivos LGTB por razones de su orientación sexual o identidad de género.

Por otro lado, está la penalización de las relaciones sexuales y afectivas entre parejas del mismo sexo y la transexualidad. Éste hecho vulnera directamente el Derecho de Libertad de las personas, y con ello el Derecho a Libre Personalidad, la dignidad de la persona e incluso en algunos casos vulnera el Derecho a la Vida misma: Realmente los miembros del colectivo LGTB tendría que estar protegido en cualquier parte del mundo como cualquier otra persona, no por su orientación sexual o identidad de género sino por el hecho de ser simplemente seres humanos tal como lo dice **la Declaración de Derechos Humanos** en su artículo 1 *“Todos los seres humanos nacen libres, iguales en dignidad y derechos”*<sup>339</sup>.

Ahora bien, ahondemos un poco más en el concepto de los derechos fundamentales, la libertad y el colectivo LGTB, ser libre como tal implica el poder hacer una acción u omisión sin coacciones. Entonces, si por ejemplo, un homosexual quiere contraer matrimonio, como contrato civil, olvidémonos completamente del rito religioso pues no compete a ésta investigación, tiene el derecho de hacerlo, y el hecho que lo haga no viola en ningún momento los

---

<sup>339</sup>Art. 1. Declaración Universal de los Derechos Humanos.

derechos de las personas heterosexuales, ni su moral, ya que ésta acción que sólo compete al ámbito personal del individuo, sólo le afectará a él y al otro contratante y no a una tercera persona. Ahora bien, aquellos que manifiestan que éste hecho viola la moral de las personas más conservadoras no ven que tal prejuicio también se puede entender al revés, ya que la moral conservadora de aquellos que están en contra de la igualdad legal y el ejercicio de la libertad en la acción de acceder al matrimonio y a otros derechos por parte de las parejas del mismo sexo, ataca directamente disminuyendo los derechos del colectivo LGTB, por lo que, aquí hay una parte que se le resta derechos, se le disminuye dentro de su ámbito personal. Por otro lado el que dos lesbianas se casen civilmente no afecta en absoluto la esfera de los derechos de una tercera persona, por ende la vara con la que miden los sectores conservadores la moral de las personas es directamente desproporcionada pues aquí lesbianas, gays y bisexuales no interfieren en los derechos de terceras personas por poder acceder al Derecho del matrimonio. Así entonces podemos analizar que la Carta de Derechos Humanos en su artículo 30 expone que *“nada en esta Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades en esta Declaración”*<sup>340</sup>, por lo tanto no podemos dar libertad a unos individuos de realizar unos actos y negarle a otros el uso de esas libertades, no se puede entonces permitir el matrimonio entre personas de diferente sexo pero a las parejas del mismo sexo le negamos la libertad de acceder a dicho contrato, mantener ésta posición es sencillamente tal como se expone en el Artículo 30 la supresión de derechos y libertades a lesbianas, gays, bisexuales y transexuales. En conclusión no podemos negar el Derecho a una persona basándonos en que el hecho de que si ésta al hacer uso de Derecho le puede parecer inmoral a un tercero. Si el heterosexual tiene el Derecho, el homosexual o bisexual tiene que tener el Derecho al acceso de esa misma libertad.

Realmente los seres humanos tenemos que tener garantizado el Derecho a la Libertad de ser diversos, a la libertad de poder tener diferentes desarrollos de nuestras personalidades desde el punto de vista sexual y de

---

<sup>340</sup>Artículo 30. Declaración Universal de los Derechos Humanos.

género, a la libertad de no ser como la cotidianidad o el grupo mayoritariamente más numeroso. Éste concepto es una expresión clásica de la noción de libertad, e incluso fue afirmada por la Conferencia General de Educación, Ciencia y Cultura de las Naciones Unidas el 27 de noviembre de 1978 en su declaración sobre la raza y los prejuicios raciales expresando que *“todos los individuos tienen el derecho de ser diferentes, considerándose diferentes y a que se les considere a ellos mismo como tales”*<sup>341</sup>.

### 6.3.1. Derecho a la Libertad de Circulación

La libertad como concepto está íntimamente ligada a la libertad personal de circular y residir en un espacio. Éste punto es importante visibilizarlo ya que existen muchas parejas compuestas por miembros de diferentes nacionalidades y en el caso de Europa muchas de estas parejas uno de los miembros que la conforman es extra comunitario. Traducido en hechos legales y sociales cuando dos parejas del mismo sexo tienen el reconocimiento de sus derechos en un Estado y por razones laborales o personales deben trasladarse a un tercer Estado que no reconoce sus derechos nos encontramos con que en ambas circunstancias se vulnera la libertad de circulación y residencia de las parejas del mismo sexo.

En el caso de los inmigrantes LGTB, estos de residir en un país como por ejemplo Malta que no reconoce los matrimonios entre personas del mismo sexo, si el inmigrante se encuentra en situación regular en este país pero por motivos laborales él o su pareja de nacionalidad maltesa es trasladado a Irlanda o a Chile, ambos tendrían problemas legales para ser tratados con los mismos derechos con los que se trataría a una pareja heterosexual en la misma situación. Así mismo, si una pareja conformada por dos españoles del mismo género por razones laborales debe marcharse a Hungría tampoco tiene las mismas garantías, aunque si bien es cierto, tal como trataremos en nuestro siguiente capítulo la **Directiva de la Unión Europea de Libertad y Movimiento** facilitaría esta última situación.

---

<sup>341</sup> Artículos 1, 5, 6 y 8 de la Conferencia General de Educación, Ciencia y Cultura de las Naciones Unidas. 27 de noviembre de 1978.

### **6.3.2. Derecho de Libertad de Expresión**

Todas las personas tienen el derecho de expresarse libremente como son. La orientación sexual es un componente más de la personalidad humana y el negar la libre expresión de la sexualidad en los individuos es bloquear parte de su ser, es un acto arbitrario que viola el Derecho a la realización del individuo, de la persona, de su sexualidad, la cual es un componente importante y trascendente en la vida de todos los seres humanos. El Derecho a la Libre Expresión y a la realización del ser, le es vulnerado al colectivo LGTB social y culturalmente por la sociedad. Estas directrices sociales y jurídicas discriminan y coartan la libertad de expresión de las personas tanto física como psicológicamente, de hecho tal procedimiento genera un maltrato psicológico que puede ser considerado, en la mayoría de los casos, como una tortura mental prolongada día a día, hechos provocados sólo por no cumplir y encajar en la norma heterosexista impuesta por el resto de la sociedad.

Desafortunadamente el colectivo LGTB han querido ser visto por ciertos grupos conservadores de la sociedad como parias sociales y ha sido éste comportamiento el que ha fomentado la desigualdad, la homofobia, la discriminación y la libertad de expresión de éstas personas en diferentes ámbitos durante diversos periodos en el tiempo, olvidando el carácter fundamental de éste Derecho dentro del marco de los Derechos Humanos, incluso el mismo Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) en su artículo 10 expresa que la Libertad de Expresión le corresponde a toda persona<sup>342</sup>, ahora bien, por supuesto que quienes no estén de acuerdo con las parejas del mismo sexo pueden hacerlo y expresarlo pues sino se vulneraría su Derecho a Libertad de Expresión pero recordando también que la libertad de cada individuo termina cuando empiezan los derechos de otro y que, no porque los mismos tengan Derecho a Libertad de

---

<sup>342</sup>GÓMEZ SÁNCHEZ, Amanda. Derecho Constitucional Europeo, Derechos y Libertades. Edit. Sanz y Torres. 2008. Pág. 327.

Expresión o Pensamientos, tendrán el Derecho de vulnerar social o jurídicamente los Derechos Fundamentales del colectivo que no sea de su simpatía.

En definitiva, lo fundamental debe ser garantizar la existencia del Derecho a la Libertad de Expresión el cual, es inherente al ser humano, que éste, no se quede como un principio ordenador del sistema, sino que se pueda exigir en la medida que se manifieste la conducta del individuo.

#### **6.4. Derecho a la Vida y a la Libertad**

El Derecho a la Vida es uno de los que encabeza los derechos incluidos en la sección primera de los Derechos Fundamentales y las Libertades Públicas, sin éste Derechos los demás, por razones obvias carecen de sentido. El Tribunal Constitucional español en su Sentencia 53/1985 resalta que, dicho Derecho es reconocido y garantizado en una doble significancia, física y moral por el Artículo 15 de la CE, siendo la proyección de un valor superior en el ordenamiento jurídico constitucional, el cual es la vida humana y que constituye el Derecho Fundamental esencial y troncal en cuanto a un supuesto ontológico sin el cual el resto de Derechos Fundamentales no podrían existir<sup>343</sup>, puesto que la vida, tal como expone el Artículo 15 de la CE es el soporte existencial de cualquier otro Derecho, haciendo de la misma, dentro del ámbito de los Derechos Fundamentales, el Derecho que tiene carácter absoluto.

Como hemos hablado a lo largo de éste estudio, son varios los Estados en los que actualmente se encuentran penalizadas las relaciones afectivo sexuales entre personas del mismo sexo al igual que la visibilización de la transexualidad con la pena de muerte. Los países que cuentan con legislaciones de este tipo, vulneran completamente el Derecho a la Vida, el vulnerar éste derecho conlleva a quebrantar de la misma manera otros Derechos Fundamentales que van de la mano con el anteriormente mencionado, como por ejemplo lo son la Libertad, la Igualdad, la Dignidad y el Libre Desarrollo de la Personalidad. El hecho que a una persona se le imponga la pena de muerte o de castigos físicos sólo en razón de su orientación sexual es verdaderamente

---

<sup>343</sup>GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel (Coordinador) y otros. El sistema constitucional de derechos y libertades según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Edti. Universitas Internacional, S.L. Madrid. 2006. Pág. 53.

preocupante partiendo de la base que ya es grave que en la actualidad, que en pleno Siglo XXI aún ocurran estas acciones. Hechos como estos son un modelo expreso de como un Estado coarta la libertad del individuo, llegando hasta el punto de procesarle y asesinarle por motivos de su orientación sexual, realmente no sólo lo desprotege, sino que lo procesa penalmente y le arranca la vida. El Estado debe proteger el bien jurídico de la vida humana desde sus inicios hasta su terminación pero en ningún caso debe actuar como verdugo de la misma siendo el sujeto activo causante de la terminación de la vida del ser humano<sup>344</sup>, en conclusión nos encontramos con una homofobia de Estado.

Países como estos encasillan a todos sus ciudadanos en el comportamiento que el ente estatal quiere para su modelo de sociedad, a la fuerza entonces, se impone un comportamiento heterosexual, por lo que se heterosexualiza la norma y se impone como Ley, es aquí en dónde la heterosexualidad se posiciona como lo única orientación sexual dentro del territorio de un Estado por designación expresa de su Gobierno, de sus legisladores, de sus leyes, y es aquí en donde el colectivo LGTB queda desprotegido totalmente, quitándosele la vida por razones de su diversidad sexual. Ejemplo de ello es lo ocurrido en Irán el 24 de Noviembre de 2005 en donde dos hombres homosexuales jóvenes fueron ejecutados en éste país por su orientación sexual, así denunciaba en su momento la noticia la FELGTB, incentivando a la ciudadanía española a denunciar éste hecho: *"Irán ejecuta a dos jóvenes por mantener relaciones homosexuales. Dos hombres, Mojtar N., de 24 años, y Alí A., de 25, fueron ahorcados en Gogan, al norte de Irán, según Human Rights Watch. Protesta ante la embajada iraní y presiona para poner fin a este horror. La Federación Estatal de Lesbianas, Gays, Transexuales y Bisexuales (FELGTB) manifiesta su horror por las dos nuevas ejecuciones de dos jóvenes iraníes (que se suman a las recientes de dos adolescentes) por mantener relaciones homosexuales. Para combatir estas violaciones de los derechos humanos invitamos a todo el mundo a protestar ante las embajadas de Irán en España y otros países y denunciar ante nuestros gobiernos estas ejecuciones y la persecución a gays, lesbianas, transexuales y bisexuales en Irán para que*

---

<sup>344</sup>SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Santiago (Coordinador) y otros. Dogmática y práctica de los Derechos Fundamentales. Edit. Tirant lo Blanch. Valencia. 2006. Pág. 125.

*presionen al régimen iraní y, de ese modo, acabar con estas terribles situaciones*<sup>345</sup>”.

Según *Bobbio*, la libertad está conectada directamente con la Igualdad, basándose en el Estado de naturaleza de Locke nos interpreta que, “*los hombres son todos iguales, donde por <<Igualdad>> se entiende que son iguales en el disfrute de la libertad, en el sentido que ningún individuo puede tener más libertad que otro*”<sup>346</sup>. El autor considera que el **Artículo 1 de La Declaración Universal de los Derechos Humanos** tiene como objetivo explicar y expresar que todos los hombres nacen iguales en libertad y en derechos, por lo que se entiende que para él *todos los hombres tienen igual derecho a la libertad y los hombres tienen Derecho a una igual libertad*, dos formulaciones en las que se deja por fuera toda especie de discriminación fundada sobre las diferencias específicas que puedan tener la diversidad humana<sup>347</sup>. Una reflexión como ésta encaja perfectamente en nuestra tesis sobre los Derechos Humanos y la diversidad sexual, los miembros del colectivo LGTB, como seres humanos, como parte de la colectividad, de la ciudadanía, tienen el Derecho a tener la misma libertad que los ciudadanos heterosexuales, tiene Derecho a disfrutar en igualdad su libertad y expresar libremente su personalidad, siendo la orientación sexual y la identidad de género parte de misma, de *igual* manera que las personas heterosexuales.

La libertad, como el resto de Derechos Humanos tiene que ser universal, pero esa característica ha de ser real, indistinta y no discriminatoria. La universalidad comprende a todos los individuos por emanar de la propia naturaleza humana, participando todos por igual<sup>348</sup>, teniendo las mismas oportunidades, por lo tanto, el excluir a una minoría de la libertad y la igualdad, en cualquier ámbito del desarrollo de la personalidad, es ir en contra del espíritu de los derechos y libertades de la **Declaración Universal de los Derechos Humanos**, cuando ocurre esto, el verdadero ideal y espíritu legal de la norma no se estaría cumpliendo. Para que esto se dé, los Estados tienen que empezar a

---

<sup>345</sup><http://www.felgt.org/Webportal/DesktopDefault.aspx??Alias=Rainbow&TabID=50&Lang=es&ItemID=2622&mid.=48&smid=78>

<sup>346</sup> BOBBIO, Norberto. *El Tiempo de los Derechos*. Editorial Sistema. Madrid. 1991. Pág. 116.

<sup>347</sup> Ídem. Pág. 116.

<sup>348</sup> ALEMANY VERDAGUER, Salvador. *Curso de Derechos Humanos*. Casa Editorial S.A. Barcelona. 1984. Pág. 13.

entender que el no otorgar la igualdad de derechos al colectivo LGTB es coartar la libertad de las personas.

## 6.5. Derecho a la Intimidad (Privacidad)

El Derecho a la Intimidad y a la Privacidad permite la libertad de establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos con los que a la persona le apetece entablar una comunicación, especialmente en el ámbito emocional, con el objetivo de generar y complementar la propia personalidad del individuo.

El ámbito de la intimidad de las personas pertenece a cada titular del Derecho de Privacidad sea cual sea el contenido de dicho espacio, así mismo tienen el Derecho de impedir que las personas que hayan tenido acceso a éste espacio de intimidad, difundan datos en referencia a su esfera única y personal, ya que nadie puede consentir que en contra de su voluntad sean revelados datos reales de su vida o suposiciones de la misma vida personal o privada<sup>349</sup>. Igualmente, desde el punto de vista de la diversidad afectivo sexual, el mismo Derecho faculta a los seres humanos a escoger con quien quiere relacionarse con absoluta libertad. Lo deciden las personas en su ámbito privado no es de incumbencia de nadie más, ni de un tercero y mucho menos del Estado. Lo que atañe a la vida pública puede ser objeto de información, pero lo que se encuentra directamente relacionado con la intimidad de las personas, es parte de la de la privacidad de las mismas. *“Cualquier intromisión externa no sólo usurpa el derecho, sino que representa la destrucción de esa intimidad y, por tanto, no puede ser justificada ni legitimada desde ningún punto de vista”*<sup>350</sup>.

El artículo 12 de **La Declaración Universal de Derechos Humanos** dice: *“Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene Derecho a la protección de la Ley contra tales injerencias y*

---

<sup>349</sup>GARCÍA-ATANCHE Y GARCÍA DE MORA, María Victoria. Derechos y Libertades en la Constitución Española de 1978. Edit. Sanz y Tórees. Madrid. 2011. Pág. 240.

<sup>350</sup>[http://scholar.google.com/scholar?hl=es&lr=&client=firefox-a&q=cache:3wWNpM59Y0J:www.cepchile.cl/dms/archivo\\_1212\\_1280/rev46\\_desantes.pdf+derecho+de+intimidad+de+la+persona](http://scholar.google.com/scholar?hl=es&lr=&client=firefox-a&q=cache:3wWNpM59Y0J:www.cepchile.cl/dms/archivo_1212_1280/rev46_desantes.pdf+derecho+de+intimidad+de+la+persona)



*ataque*<sup>351</sup>. Sin embargo, como ya anteriormente hemos citado, existen legislaciones en las cuales hay una clara interferencia en la privacidad de quienes conforman el colectivo LGTB. Un ejemplo claro de éste hecho es la tipificación en los Códigos Penales de las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo, que aparte de vulnerar el derecho a la libertad y en algunos casos, el de la vida, son legislaciones que evidencian claramente una interferencia de los Estados en la vida privada de las personas. El caso del Estado de Texas en los Estados Unidos de América es un ejemplo de ello, ya que en su Código Penal llegó al límite de multar o privar de la libertad a los ciudadanos por razones de su orientación sexual, tal como era citado en su Artículo 21.06 del C.P., en la sección que estaba incorporada en el capítulo de ofensas sexuales, en donde se expone hasta el año de 2002, que toda conducta sexual entre personas del mismo sexo se entendía como ofensiva y desviada y por lo consiguiente debía ser penada con una multa. Actualmente la sección 21.06 del Código Penal de Texas ha sido declarada inconstitucional, sin embargo, dentro de la sección de ofensas sexuales del mismo código, se continúa expresando que los actos sexuales en los cuales se involucre el ano o la boca, son actos considerados por la Ley como desviados, así lo cita su ordenamiento jurídico penal: *“En el capítulo 1: contacto sexual desviado significa: (A) Cualquier contacto entre los genitales de una persona y la boca o el ano de otra ó (B) la penetración del ano por los genitales masculinos o la penetración de los genitales o el ano por un objeto. (2) Contacto sexual significa, excepto lo previsto en la sección 21.11 Cualquier toque del ano, el busto o cualquier parte de los genitales de otra persona con la intención de generar un deseo sexual en la otra persona (3) Interacción Sexual significa cualquier penetración al órgano sexual femenino por parte del órgano sexual masculino. 21.06 (A) Esta sección fue declarada inconstitucional en el juicio de Lawrence contra el Estado de Texas. Conducta Homosexual, Una persona comete una ofensa se realiza una conducta sexual con una persona de su mismo sexo, esta es una conducta sexual desviada (B) Una ofensa de estas es considerada en esta sección como de clase C 21.07 “Obscenidades Públicas, (A) Una persona que comete una ofensa de las siguientes ofensas sea en un sitio*

---

<sup>351</sup>ORAÁ, Jaime y GÓMEZ ISA Felipe. Declaración Universal de Derechos Humanos. Art. 12. Edit. Universidad de Deusto. Bilbao 2002. Pág. 10.

*público o privado sí: (1)Comete actos sexuales indecorosos, (2) Actos sexuales desviados indecorosos, (3) Sin importar que sean actos o contactos sexuales (4) Actos o contactos que envuelvan la boca, los genitales o el ano de una persona con los de un animal (B) Una ofensa de las citadas en la sección A de este capítulo*<sup>352</sup> teniendo en cuenta que las relaciones entre personas del mismo sexo, al menos las masculinas, son realizadas vía anal, se puede leer una clara violación del derecho de intimidad de las personas, sin embargo, vale la pena aclarar, que no sólo los hombres homosexuales y bisexuales tienen relaciones sexuales anales, ésta práctica también es realizada por parejas heterosexuales e incluso también por mujeres lesbianas o bisexuales. La forma como vivan las personas su sexualidad hace parte de su espacio privado, es su intimidad, por lo tanto lo anterior expone como el Estado de Texas viola la intimidad de sus habitantes, no sólo en el caso de los homosexuales, sino en general en el de todas las personas, puesto que el Estado no tiene porque entrar en la vida íntima de sus ciudadanos, mucho menor al ámbito de la alcoba de los mismos, el hacerlo, es utilizar el poder que éste tiene para coartar la libertad de las personas. Se impone entonces el poder del más fuerte sobre el débil, dejando atrás todo principio de libertad, intimidad y dignidad, puesto que las relaciones sexuales entre adultos son de carácter íntimo, es un aspecto de la vida privada del ser humano y con dichas legislaciones el Derecho a la Privacidad se vulnera rotundamente y no se ampara ni se protege al individuo en la libre elección de con quién quiera expresar sus relaciones afectivas y emocionales.

---

<sup>352</sup>www.texaspolicecentral.com. Penal Code of the Texas State: 21.01 Definitions: In this chapter: (1) "Deviate sexual intercourse" means: (A) any contact between any part of the genitals of one person and the mouth or anus of another person; or (B) the penetration of the genitals or the anus of another person with an object. (2) "Sexual contact" means, except as provided by Section 21.11, any touching of the anus, breast, or any part of the genitals of another person with intent to arouse or gratify the sexual desire of any person (3)"Sexual intercourse" means any penetration of the female sex organ by the male sex organ. 21.06 This section was declared unconstitutional by Lawrence v. Texas, 123 S.Ct. 2472.] Homosexual Conduct (a) A person commits an offense if he engages in deviate sexual intercourse with another individual of the same sex. (b) An offense under this section is a Class C misdemeanor. 21.07 Public Lewdness (a) A person commits an offense if he knowingly engages in any of the following acts in a public place or, if not in a public place, he is reckless about whether another is present who will be offended or alarmed by his: (1) act of sexual intercourse;(2) act of deviate sexual intercourse;(3) act of sexual contact;(4) act involving contact between the person's mouth or genitals and the anus or genitals of an animal or fowl. (b) An offense under this section is a Class A misdemeanor.

## 6.6. La Dignidad de la Persona

El hablar del hombre, de una forma en general sin entrar a diferenciar los diferentes endogrupos que el mismo crea dentro de la sociedad, supone reconocer la dignidad del mismo, puesto que la misma es consustancial a la propia naturaleza humana<sup>353</sup>. Todas las personas son dignas y tal adjetivo significa ser merecedor de, en el caso de ésta investigación, cuando citamos la dignidad, nos referimos a la dignidad de ser igual ante la Ley, ante la sociedad y ante los demás. Los miembros del colectivo LGTB son tan dignos de ser iguales ante la Ley y ante la sociedad como lo pueden ser los hombres y mujeres heterosexuales. Así lo citaba el manifiesto de la celebración del día del Orgullo LGTB en España el 6 junio de 2005, publicado en el periódico *El Mundo* el día 16 del mismo mes y del mismo año, *“Todos y todas somos iguales ante la ley. Esta es una garantía básica de una sociedad democrática y por ello no es aceptable ningún regateo de los derechos. La dignidad no es negociable, la igualdad es completa o no es igualdad. Lesbianas y gays quieren, como cualquier otro ciudadano, poder decidir libremente si se casan o no y con quién, con todos los derechos y todos los deberes que ello implica”*<sup>354</sup>.

Lo anterior, se puede conectar en discurso con lo que expone *Jesús González Pérez* en referencia a los Derechos Humanos: *“la dignidad de la persona no admite discriminación alguna por razón de nacimiento, raza o sexo; opiniones o creencias”*<sup>355</sup>. Y es que todo lo referente a los derechos de éste colectivo torna alrededor de la igualdad en las libertades: iguales para poder expresarse, iguales para que se les trate con las mismas condiciones legales y sociales que los demás miembros de la sociedad, y es en ese punto donde también entra la familia pues es indigno que las familias homoparentales no sean reconocidas como sí ocurre con los otros modelos de familia. El colectivo LGTB sólo pide, en todos los Estados del mundo recibir un tratamiento igualitario y que

---

<sup>353</sup>DE CASTRO CID, Benito. Introducción al estudio de los Derechos Humanos. Edit. Universitas, S.A. Madrid. 2004. Pág. 162.

<sup>354</sup><http://www.elmundo.es/elmundo/2005/06/16/espana/1118911559.html>

<sup>355</sup>GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. La Dignidad de la Persona. Editorial Civitas S.A. Madrid. 1986. Pág. 25.

se les reconozca legalmente lo que ya tienen: parejas, familias, lo que en teoría el Estado dice brindar a toda la ciudadanía, seguridad jurídica para que sus familias y sus derechos sean respetados y que por circunstancias de la vida, como la muerte de alguno de los miembros de la pareja, estos no le sean vulnerados al que le sobrevive, en conclusión garantías de protección es lo que se exige.

Pero la realidad es que la mayoría de éste colectivo queda excluido a desde un punto vista internacional. Quedan por fuera de las protecciones de los Estados por motivos de su orientación sexual o identidad de género. Lo explicado en éste párrafo encaja dentro de lo expuesto por *Jesús González Pérez*, en su libro *La Dignidad de la Persona*, que aunque no hable directamente del colectivo LGTB, si que enfatiza en que el Estado no puede hacer una exclusión de un grupo de ciudadanos, pudiendo nosotros entonces, interpretarlo como un argumento más para reforzar nuestra investigación sobre la igualdad del colectivo objeto de estudio: *“Todos y cada uno, sin excepción, estamos obligados a respetar la dignidad de los demás, considerando al prójimo como otro yo. Muy especialmente el Estado viene ineludiblemente obligado a respetar y proteger la dignidad. Reconocida la persona y su dignidad, el Estado y demás entes públicos deben respetarla y protegerla. Deben, en primer lugar, respetarla. Es decir, abstenerse de cualquier medida que suponga un atentado a la dignidad. Todos los poderes públicos vienen de sujetos a este deber ineludible. No podrá promulgar normas, dictar actos imperativos, emitir juicios, imponer condiciones a la actividad humana que, de cualquier forma, supongan desconocimiento, atentado y menoscabo de la dignidad de la persona”*<sup>356</sup>.

Se entiende entonces como indigno el no reconocer otros tipos de familias que realmente existen, y no sólo en el presente sino desde el pasado, es una realidad social por lo que es injusto y vergonzoso el alimentar y fomentar esta clase de ideas discriminatorias las cuales en la mayoría de los casos están alimentadas por una cultura religiosa. Es importante que se siga impulsando un cambio social, que se informe a la sociedad, que se hable de diversidad para que así se encuentre más fácil exteriorizar en determinados ámbitos sociales sobre dicha casuística, avanzando en la sociedad la asimilación del concepto de los derechos humanos, es más fácil modificar las legislaciones correspondientes que

---

<sup>356</sup>Idem.Pág. 61.

permitan amoldar a los Estados dentro de una perspectiva de igualdad institucional. La anterior explicación abarca todo un análisis en el cual se expone la vulneración de la Dignidad del colectivo LGTB, teniendo en cuenta que sus derechos y reivindicaciones no van en contra de ninguna persona o colectivo, el hecho que las personas LGTB puedan disfrutar de una Igualdad jurídica no significa que se vulnere los derechos de los demás miembros de la sociedad, tal como lo han afirmado algunos sectores conservadores en España después del logro legal obtenido el 30 de Junio de 2005 con la modificación del Código Civil que permitió los matrimonios entre personas del mismo sexo. El otorgar los Derecho al matrimonio y la adopción a parejas de hombres ó de mujeres, implica sólo una ampliación de derechos de una minoría que derriba una limitación que ha existido por siglos para éste colectivo, por lo tanto, el positivizar estos derechos en ningún momento atenta contra la dignidad de las personas heterosexuales, todo lo contrario, lo que se establece es igualdad de condiciones para todos los ciudadanos, al menos desde el punto de vista legal, para todos los individuos y sólo para un grupo mayoritario, por lo que no existe entonces agresión alguna, lo que sí se suscita con la implantación de estas normativas es la restauración de la Dignidad Humana, la Igualdad y la Libertad de una minoría que se ha sido sujeto de una discriminación constante a través a lo largo de la historia de la humanidad.

La dignidad se puede entender como un pilar constitucional que junto con la igualdad impulsan y defienden el trato igualitario desde el punto de vista legal para todas las personas sin excepción alguna. Éste concepto como tal no puede medirse, es intangible, un hombre o una mujer no pueden ser más dignos que otros, lo que quiere expresar es que la dignidad no se puede graduar según rasgos o características de las personas, así como no se puede afirmar que una mujer de raza negra es más digna que una judía, o que un hombre es más digno que una mujer debido a su género, o que un cristiano sea más digno que un judío, ateo o musulmán, tampoco es correcto afirmar que un heterosexual sea más digno que un gay, un bisexual o una lesbiana, tal como afirma *Peces-Barba*, la dignidad, es igual para todos. La dignidad sólo pertenece al ser humano, ya que por su racionalidad se nos sitúa por encima de toda la naturaleza, por el hecho de ser racional, porque tenemos razón podemos pensar y producto de esto elegimos y es ésta acción la que va directamente relacionada con el precepto de la libertad,

ya que para que la dignidad se desarrolle plenamente es necesaria la libertad de expresión y sólo así se puede hacer efectiva y real la dignidad de las personas. El hombre es digno porque es libre, y ante esto, se puede estar muy de acuerdo con *Kant* cuando expone su máxima: el hombre es digno por que la humanidad misma es una dignidad, ya que éste no puede ser tratado por ningún otro, ni por sí mismo, como un instrumento sino que se tiene que concebir al hombre como un individuo poseedor de dignidad<sup>357</sup>.

Como ejemplo, tenemos el Artículo 10.1 de la Constitución Española, *“La dignidad de la persona, los derechos inviolables que se le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”*<sup>358</sup>, igualmente el mismo Tribunal Constitucional ha calificado la dignidad como *“un valor superior que se contiene en el Artículo 10.1 de la CE como pósito de los demás valores o principios allí consagrados”*<sup>359</sup>. La dignidad es entonces un valor superior que no puede entrar en una ponderación con otro supuesto derecho en conflicto.

Ahora bien, como hemos citado en otras oportunidades a lo largo de este estudio, el origen de muchas de las normativas que vulneran dentro de los Estados los Derechos Fundamentales y la Dignidad del colectivo LGTB puede ser la influencia religiosa en la legislación de los Estados. Vamos a abordar un poco desde el punto de vista filosófico católico para intentar explicar tal vez el origen de la vulneración de la dignidad del colectivo LGTB por determinados grupos con un alto índice de influencia religiosa y la contradicción de los mismos con su mismo discurso, para ello consideremos como interesante citar la reflexión sobre dignidad desde el punto de vista histórico que realiza *Benito de Castro Cid* en su libro *Introducción al Estudio de los Derechos Humanos: “en la tradición cristiana, el hecho diferencial nace con la propia creación del hombre a imagen y semejanza de Dios. Es esta diferencia de naturaleza, igual para todos los hombres, el principio teórico que servirá de fundamentación a la existencia de unos derechos naturales del hombre que deben garantizar sus supervivencia y*

---

<sup>357</sup>KANT. Fundamentación de la metafísica de las costumbres. Edit. Alianza. Madrid. 2002. Pág. 103.

<sup>358</sup> Artículo 10.2 de la Constitución Española.

<sup>359</sup> STC 337/1994, de 23 de diciembre.

*desarrollo humano.*<sup>360</sup>” Éste párrafo nos recuerda como la concepción católica de que Dios hizo al hombre a su imagen y semejanza, lo hace digno de ser respetado e influye dentro de la norma y de la misma sociedad, desde el punto de vista filosófico, la misma ideología religiosa podría entender que Dios creó al hombre y a la mujer y que según éste, los mismos debían tener una función exclusiva reproductiva entre géneros diferentes y no iguales, sin embargo todo esto se puede catalogar como una mera interpretación subjetiva de las creencias religiosas de la sociedad o de gran parte de ella, puesto que desde el punto de vista científico, y según *Darwin* y la evolución de la especie, el ser humano es producto de la evolución de los organismos en el ambiente por lo que, la sociedad ha basado e interpretado diferentes realidades sociales desde un punto subjetivo y folklórico de lo que la misma entendía como correcto según las costumbres religiosas del momento. Esta directriz social a día de hoy no tienen fundamento científico sino más bien todo lo contrario. Dicho esto se puede analizar como la interpretación social de las ideas religiosas han podido afectar la realidad de algunos grupos sociales, tal vez por haber sido calificados como “indignos” debido a que los mismos no estarían cumpliendo con lo que ellos entendían ser hechos a la imagen y semejanza por un Dios omnipotente, aunque desde el punto de vista filosófico olvidaran que si ese supuesto ente divino, el cual en teoría es perfecto y que todo lo ha creado ha permitido la existencia de diversas orientaciones sexuales e identidades a través de los siglos, el colectivo LGTB no tendría que ser catalogado como una expresión no digna de su imagen y semejanza pues también provendrían del mismo origen de todas las cosas.

## **6.7. Derecho a la Integridad Física y Moral**

El Derecho a la Integridad Física y Moral de las personas se puede vincular directamente con el Derecho a la Vida y con el Derecho de la Dignidad Humana, particularmente cuando afirmamos que ninguna persona puede en ningún caso ser sometida a penas ni a tratos inhumanos o degradantes, de ésta misma concepción personalista de los Derechos Humanos se derivan situaciones

---

<sup>360</sup> DE CASTRO CID, Benito. Introducción al estudio de los Derechos Humanos. Edit. Universitas, S.A. Madrid. 2004. Pág. 162.

que se pueden enmarcar dentro del ámbito del Dignidad Humana<sup>361</sup>. Es entonces una vertiente directa de la dignidad de la persona, estando ésta a su vez unida directamente con la Dignidad Moral, la cual se ve vulnerada cuando el trato hacia una persona tiene una connotación humillante. Éste Derechos se respeta o no se respeta, tal como ocurre con el Derecho a la Vida o el de honor puesto que está expuesto dentro de la misma CE con carácter de prohibición afirmando que “en ningún caso se puede someter a una persona a penas o a tratos inhumanos o degradantes”, por lo que realmente existe una prohibición absoluta que matiza que “en ningún caso” la persona debe recibir torturas o maltrato físico<sup>362</sup>.

Todo lo expuesto en referencia a las violaciones de los Derechos Humanos de las personas LGTB se puede catalogar como una vulneración de su integridad moral y psíquica y en muchos casos de física, como por ejemplo cuando el Estado penaliza las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo.

El tipificar las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo o el no proteger jurídicamente en igualdad de condiciones al colectivo LGTB atenta directa o indirectamente según sea el caso a la integridad moral, psíquica y/o física del individuo, por lo tanto, entendemos que es importante hacer ésta corta apreciación en lo que respecta al ámbito de la integridad humana y moral y el colectivo LGTB.

## 6.8. Derecho al Matrimonio

Según el Artículo 16 de la **Declaración Universal de los Derechos Humanos**, en su párrafo 1 dice que *“los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio”*<sup>363</sup>, así entonces se expresa que los hombres y las mujeres tienen

---

<sup>361</sup>GARCÍA-ATANCHE Y GARCÍA DE MORA, María Victoria. Derechos y Libertades en la Constitución Española de 1978. Edit. Sanz y Tórees. Madrid. 2011. Pág. 171.

<sup>362</sup> Ídem. Pág. 172.

<sup>363</sup>Art. 16.1. Declaración Universal de los Derechos Humanos.



derecho a acceder al matrimonio, no distingue en que sólo tendrán derecho al **matrimonio como Derecho Humano**, el hombre que tenga una unión con una mujer o viceversa. Afirma que hombres y mujeres tienen derecho a acceder a éste derecho, por lo cual entendemos que hombres y mujeres sin importar su orientación sexual también tienen Derecho como ocurre con las personas heterosexuales al acceso al matrimonio.

Ahora bien, cuando hablamos del Derecho Humano del matrimonio conectamos directamente el concepto de familia siendo éste un concepto que ha ido modificándose con el tiempo y la sociedad, o mejor aún, ha sido una definición que en la actualidad en algunos países permite reconocer la diversidad de núcleos familiares existentes que por otra parte siempre han existido en la sociedad. Así entonces podemos encontrar diversos modelos de familia: monoparentales, heteroparentales, homoparentales, nietos que viven con sus abuelos, familias homoparentales o heteroparentales que viven con alguno/s de los progenitores de un miembro de la pareja, sobrinos que viven con tíos. Todos estos ejemplos son variedades de familia, tipos de familia tan válidos y con Derecho a estar comprendidos dentro del concepto de familia, tanto por la sociedad como por la Ley. El Estado debe garantizar entonces la protección de todas las clases de familias.

Es una realidad que lesbianas, gays, transexuales y bisexuales siempre han conformado familias, sus núcleos familiares siempre han existido, por otra parte algunos de ellos han sido y son padres o madres, ya que su orientación sexual o su identidad de género no les hace infértiles, por lo tanto el no considerar desde el punto de vista legal el reconocimiento de sus familias viola el Derecho a la Igualdad de este colectivo, el de las parejas miembro y el de las y los hijos de éstas, vulnerando también no solo el Derecho de los padres y madres sino el Derecho al menor en el caso que los hijos sean menores de edad.

El Estado como tal tiene la obligación de proteger a la familia, por lo que éste debe cumplir con el deber de blindar jurídicamente todas las manifestaciones de la diversidad familiar, razón de más para que jurídicamente el matrimonio entre personas del mismo sexo se encuentre protegido de la misma manera como se protegen las uniones de personas heterosexuales ante la Ley. En otras palabras

si la unión entre una mujer y un hombre se le denomina matrimonio ante la Ley, para no discriminar a las parejas de personas del mismo sexo el Estado no sólo debe proporcionar los mismos derechos que gozan los ciudadanos heterosexuales sino también denominar sus uniones con el mismo precepto jurídico utilizado con las uniones de diferente sexo, de lo contrario la discriminación es expresa. Éste motivo es suficiente para afirmar que Estados como Finlandia no reconocen la igualdad de lesbianas, gays y bisexuales ya que la no utilización del término matrimonio en sus legislaciones, hace de su Ley de parejas, una Ley apartheid tal como existía hace unas décadas en Sud África en donde las personas de raza negra se les otorgaba el derecho a la educación pero **“solo en escuelas para negros”**, ya que no podían **“tener el Derecho de mezclarse con un blanco”**.

La realidad es que la Ley ha reconocido tanto a la mujer como al hombre el derecho a contraer matrimonio, y éste como tal, aparte de ser un contrato civil, es un derecho a la libertad personal cuyo reconocimiento como tal está elevado a nivel de derecho humano y generalmente, como ocurre en España, es un derecho constitucional. En última instancia este derecho permite a la persona, independientemente de su sexo o de su orientación sexual, la libertad de contratar y de hacer de éste derecho su manifestación particular. Es un derecho subjetivo que permite entonces la realización de la formalización de un vínculo personal, social, afectivo y patrimonial entre dos personas, que en última instancia es sencillamente un acto que queda reducido a un negocio jurídico entre las partes cuyo contenido hace referencia esencialmente a protecciones sociales y económicas.

La homologación entonces de los matrimonios entre personas del mismo sexo con los derechos y deberes que anteriormente sólo podían acceder heterosexuales, es un acto de igualdad, equilibrio y respeto con las parejas del mismo sexo pero también con la sociedad en general.

### **6.8.1. Constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo y la adopción en España y el reconocimiento de sus familias**

La Ley 13/2005 de 1 de julio fue aprobada por una amplia mayoría de grupos parlamentarios excepto por el principal partido de la oposición en esa legislatura, aunque no sólo votó en contra el Partido Popular, también los diputados de Unió se opusieron a la aprobación de la nueva propuesta de igualdad impulsada por el Gobierno. La posición política del PP era la de legislar una Ley de Parejas para las uniones entre personas del mismo sexo sin que las misma tuvieran el Derecho a adoptar. Algunos grupos conservadores como el Foro de la Familia manifestaron su rechazo a que se legislara ésta Ley e incluso llegó a recoger 500.000 firmas en contra de la misma para intentar presentar un Iniciativa Legislativa Popular a favor de un matrimonio que sólo estuviera compuesto por un hombre y una mujer<sup>364</sup>. El principal partido de la oposición en ésta legislatura entiende que el Gobierno socialista y los otros partidos de la oposición no han creado un pacto de diálogo con la sociedad civil al abordar el impulso y legislación de la Ley 13/2005 de 1 de julio por lo que deciden recurrirla ante el Tribunal Constitucional el 30 de septiembre de 2005, exponiendo que a su entender ponían en duda que ésta Ley gozara de las garantías constitucionales necesarias motivo por el cual se interpone un recurso de inconstitucionalidad a la totalidad de la Ley faltando pocos días para que venciera el plazo para que ésta fuera recurrida. Con éste recurso, la respuesta sobre la legalidad de los matrimonios entre personas del mismo sexo y el reconocimiento jurídico de las familias homoparentales pasaba a manos de los magistrados del Tribunal Constitucional.

Entre los motivos que plantea el recurrente es que, dicha Ley desnaturalizaba la institución básica del matrimonio desde el punto de vista social y legal, entendiéndolo y expresando que el legislador estaba atentando contra preceptos jurídicos asentados durante siglos y que por tanto violaba la garantía institucional que otorga la Carta Magna al concepto de matrimonio concluyendo principalmente sus razones en tres ideas principales:

- 1. El matrimonio tiene un carácter de institución básica entre el hombre y la mujer.*

---

<sup>364</sup>[www.noesigual.org/](http://www.noesigual.org/)

2. *La imposibilidad de que tal modificación haya sido realizada por el legislador ordinario y no por el constituyente que modifique la Constitución.*
3. *La formulación de otras formas más adecuadas a su entender de legislar esta realidad sin necesidad de originar una ruptura de la Constitución producto de la fórmula escogida por el Gobierno para legislar ésta realidad.*

Otro de los ejes centrales en el recurso y en la negativa del recurrente a la Ley 13/2005 de 1 de julio se centraba en la adopción, por lo cual en su impugnación, expresaba que el permitir adoptar a las parejas del mismo sexo atentaba contra los intereses del menor puesto que entendían que “el ámbito natural” de los mismos se encontraba dentro de las uniones heterosexuales.

El recurso de inconstitucionalidad N° 6864-2005, en relación con la Ley 13/2005 de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de Derecho a contraer matrimonio y la adopción de menores por parte de parejas del mismo sexo, mantendría en expectativa aproximadamente durante siete años y dos meses la legalidad y constitucionalidad de los derechos de éste colectivo en el Estado español.

En este sentido el Artículo 88.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, *tal organismo podrá recabar de los poderes públicos y de cualquier órgano de las Administraciones Públicas la remisión del expediente, los informes y documentos relativos a las disposiciones que generan el proceso constitucional, en donde el Alto Tribunal tiene la obligación de estudiar si ésta Ley tiene carácter constitucional o el Congreso de los Diputados la legisló fuera de los parámetros de la carta magna.* Por lo tanto, es entonces el TC el órgano encargado de reconocer, en última instancia, dentro del Estado español, el reconocimiento de ésta Ley y lo que ésta significa como herramienta jurídica de reconocimiento de los Derechos Fundamentales para las familias homoparentales.

Según el recurrente, el recurso se fundamenta en que la Ley 13/2005 de 1 de julio, es contraria a la Constitución Española basándose en que la frase “el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de sexo diferente”. A su vez, manifiesta que no están de acuerdo con la disposición adicional segunda de la Ley que establece que “las

disposiciones legales y reglamentarias que contengan alguna referencia al matrimonio se entenderán aplicables con independencia del sexo de sus integrantes”. Igualmente, la disposición adicional segunda de la Ley modifica tres preceptos de la Ley 8 de 1957, sobre el Registro Civil, concretamente los artículos 46, 48 y 53, a los que da una nueva redacción por razones terminológicas del nuevo artículo 44 del Código Civil.

Se reitera que la Ley modifica la concepción secular, constitucional y legal del matrimonio como unión de un hombre y una mujer, entendiendo que *“con toda seguridad se trata de una de las modificaciones de más honda trascendencia y repercusiones para sociedad española, no obstante lo cual la fórmula elegida por el legislador para producir tan relevante cambio no ha sido la de reconstruir de nueva planta el anterior artículo 44 del Código, que hasta ahora reproducía simplemente lo que señala el artículo 32 de la Constitución (el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio), sino la de añadir un segundo apartado en dicho artículo 44 señalando que el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo<sup>365</sup>”*.

Así entonces quien recurre entiende que esta modificación legislativa envés de traer o consolidar la igualdad de todos los ciudadanos, ha sido capricho del *“legislador ordinario”* y no del *“poder constituyente”* además de modificar según el recurso presentado, *“de raíz”* la idea del matrimonio ya que según su postura todo el conjunto normativo hasta el presente parte de la consideración de que el matrimonio es la unión entre un hombre y una mujer y así estaba expuesto de *“manera coherente”* esa institución en el Código Civil español y en otras innumerables normas del ordenamiento jurídico.

Insiste entonces quien recurre que desde el punto de vista constitucional la palabra matrimonio, o más concretamente, que el derecho al matrimonio, sólo pertenece a hombres y mujeres heterosexuales, en términos jurídicos, y concretamente, constitucionales, no pudiendo acceder ninguna otra persona que no tenga ésta orientación sexual al derecho del matrimonio porque la historia y la costumbre así lo han dictaminado en éste país, por lo cual ese derecho humano no debe ser reconocido. En conclusión, el recurrente pide al Tribunal

---

<sup>365</sup>Recurso de inconstitucionalidad N° 6864-2005, en relación con la Ley 13/2005 de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de Derecho a contraer matrimonio

Constitucional como máximo organismo que vigila las Leyes del Estado de Derecho que revise la constitucionalidad de la Ley 13/2005 y que declare el matrimonio entre personas del mismo sexo, así como la adopción de menores por parte de las mismas como inconstitucionales.

En el recurso manifiesta que las modificaciones realizadas en la Ley 13/2005 de 1 de julio suscitan reproches de todo orden que en su entender se han podido evitar ya que, el Grupo Parlamentario Popular tanto en el Congreso como en el Senado propusieron *otras fórmulas más adecuadas* para las parejas formadas por personas del mismo sexo que se ajustarían más a la Constitución Española. Se expone la idea entonces que sería más apropiada una Ley que hablara de lo mismo pero que se definiera jurídicamente con otro nombre.

En el recurso se expone la idea de buscar un consenso social, aunque no se toman en cuenta los datos del CIS en donde más del 62% de la población española aprobaba el reconocimiento de los mismos derechos y deberes de las parejas heterosexuales a las parejas del mismo sexo.

Sobre éste aspecto del recurso, entendemos como importante citar las declaraciones de el Juez de la Audiencia Nacional, *Fernando Grande Marlaska y Marta del Pozo* que lo explican de esta manera en un artículo del *Diario El País* el 25 de octubre de 2010 en donde explican que *“parece ser, si nos atenemos al barómetro de opinión del CIS de junio de 2004, que esa conciencia social en los tiempos presentes refleja que la exclusión del derecho al matrimonio de las parejas homosexuales es considerada una discriminación injustificada e intolerable, según expresan un 66,2% (en una muestra de 2.479 personas) frente a un 26,5% de los encuestados. Además, en 2007 solo un 19,1 % de los encuestados consideraban excesiva la citada ley, para garantizar el respeto hacia las personas homosexuales”*<sup>366</sup>.

El recurrente pide entonces declarar la Ley como inconstitucional por la violación de los siguientes preceptos constitucionales:

*“1) Vulnera el Artículo 32 de la Constitución por no respetar la definición constitucional del matrimonio como unión de un hombre y una mujer, contenida*

---

<sup>366</sup>GRANDE-MARLASKA, Fernando y DEL POZO, Marta. Diario El País, 25 de octubre de 2010.

*en dicho artículo 32. Lo infringe también por no respetar la garantía institucional del matrimonio reconocida por la Constitución.*

*2) Vulnera el artículo 10.2 de la Constitución, relativo a la interpretación de los derechos fundamentales y libertades públicas a la luz de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y de los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España.*

*3) Vulnera el artículo 14 de la Constitución, en relación con los artículos 1.1 y 9.2.del mismo texto constitucional, relativos al principio de igualdad y a la interdicción de cualquier discriminación por razón de la orientación sexual y su interpretación por el Tribunal Constitucional.*

*4) Vulnera el artículo 39 de la Constitución, en sus apartados 1, 2 y 4 de la Constitución, relativos a la protección de la familia, protección integral de los hijos y protección de los niños.*

*5) Vulnera el artículo 53.1. de la Constitución, por no respetar el contenido esencial del derecho a contraer matrimonio reconocido en el artículo 32 de la Constitución.*

*6) Vulnera el artículo 9, apartado 3, de la Constitución por no respetar el principio de jerarquía normativa.*

*7) Vulnera el artículo 9, apartado 3, de la Constitución, por no respetar el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.*

*8) Vulnera el artículo 167 de la Constitución relativo a la reforma constitucional.*

*Así mismo el Partido Popular aclara en su recurso que no se recurre la Ley porque amplíe los derechos a los homosexuales ni porque se persiga establecer en nuestro derecho un cauce institucional suficiente para encauzar su relación de pareja con plenos efectos jurídico. Los propios recurrentes pertenecen a un partido que ha incluido en su programa electoral uniones civiles estables y que ha presentado una iniciativa legislativa para institucionalizar las uniones homosexuales con igualdad de derechos, y han contribuido a aquella ampliación en su trabajo como legisladores e impulsado abundantes reformas legales en materia civil, administrativa, sanitaria, social y penal para erradicar cualquier*

*discriminación contra las personas homosexuales y para promover la plena igualdad jurídica y social de los mismos*<sup>367</sup>.

Con lo expuesto en el recurso se entiende que el recurrente interpone ésta acción porque intuye como inconstitucional la extensión de derechos a éste colectivo puesto que afirman que *“ya que podría hacerse de otra manera sin mermar el objetivo perseguido, desvirtuando una institución social y jurídica, fácil y universalmente reconocible, como es el matrimonio, y sin respetar el derecho querido por millones de ciudadanos y protegido por la Constitución a adherirse personalmente a una institución como es la del matrimonio entre mujer y hombre, entre personas de distinto sexo, considerada fundamental por nuestro ordenamiento y para nuestra sociedad*”<sup>368</sup>.

Por otra parte, advierte que “no se puede privar de derechos a quienes legítimamente los tienen para reconocer los nuevos derechos legítimos de otros como se respeta la Constitución y se progresa en nuestra democracia. Se avanza dando derechos a quienes no los tenían, pero sin perturbar ni discriminar a los que la constitución se los garantiza”<sup>369</sup>.

Sin embargo, hay algo que observamos que se omite en éste recurso, y es que las uniones entre personas del mismo sexo son análogas a las uniones heterosexuales, la única característica particular son los miembros que componen a unas y a otras y que, la consideración de la Constitución Española es proteger a todos los individuos por igual. Por otra parte, uniendo esto a la problemática jurídica del matrimonio, tal como se ha venido exponiendo en este estudio, son numerosos los derechos fundamentales y valores constitucionales que se encuentran afectados por la orientación sexual de las personas como la libertad, la igualdad, la dignidad, el libre desarrollo de las personas, la no discriminación, la intimidad, tanto individual como familiar, entre otras, todos estos aspectos a nuestro modo de ver, están siendo omitidos por el recurrente en sus fundamentos de derechos. Realmente, si nos centramos en el discurso de igualdad legal, todos estos aspectos deben ser protegidos por el Estado, ya que como afirma *María Martín Sánchez “en un Estado Social y Democrático de Derechos, que propugna*

---

<sup>367</sup>Recurso de inconstitucionalidad N° 6864-2005 en relación con la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de Derecho a contraer matrimonio.

<sup>368</sup>Ídem.

<sup>369</sup>Ídem.



*como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político, parece no encajar un tratamiento diferente para las uniones homosexuales con respecto a las heterosexuales*<sup>370</sup> Por ende, tal como afirma Sánchez, la misma Constitución Española está otorgando fundamentos con peso y valor jurídicos para avalar la constitucionalidad de la paridad de derechos de lesbianas, gays, transexuales y bisexuales en lo que respecta al matrimonio y a la adopción. Se ignora pues por parte del recurrente con la interposición de este recurso el espíritu de la norma de la CE y en especial su Artículo 14 en el cual se expresa que *“los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, sexo, religión, opinión, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”*<sup>371</sup> . Y es en este mismo artículo en donde se puede encontrar la más sólida tesis y fundamentación de la constitucionalidad de Ley 13/2005 de 1 de julio, en base de la igualdad y la no discriminación de las personas.

Quando se habla de derechos, de Derechos Humanos, se tiene que entender que la igualdad es el fundamento más fuerte desde el punto de vista constitucional y legal para reconocer a través de la Ley el matrimonio entre personas del mismo sexo. La Constitución garantiza la igualdad de las personas independientemente la orientación sexual de las mismas, ya que predica la igualdad de todas y todos ante el Estado y ante la Ley, así entonces según este precepto la Constitución es igual para todos y debe aplicarse sin distinción alguna a toda la ciudadanía.

Es una realidad que hay una omisión jurisprudencial en la actualidad en referencia al tema, y que es el Tribunal Constitucional quien debe pronunciarse y ampliar la vía interpretativa del Artículo 14 de la CE, viendo el acomodo de éste a la realidad socio-jurídica actual, de acuerdo con la voluntad del constituyente, el cual, como bien se analiza en el artículo no quiso cerrar las posibilidades, puesto que podemos entender que, en cuestión de la orientación sexual, ésta se puede encuadrar como una causa de prohibición de discriminación bien sea a través de su inclusión de la cláusula abierta in fine o también, acorde a los tratados internacionales firmados por España conforme al Artículo 10.2 de la CE.

---

<sup>370</sup>SÁNCHEZ MARTÍN, María. Matrimonio Homosexual y Constitución. Edit. Tirant do Banch. Valencia, 2008. Pág. 35.

<sup>371</sup>Artículo 14 Constitución Española.

También es importante que se entienda que la prohibición de discriminación que emana del Artículo 14 de la CE se prevé para una serie de cuestiones pero que sin embargo no se trata de una lista cerrada, puesto que el constituyente introdujo la denominada cláusula abierta, la cual permite la ampliación de la prohibición de discriminación a *“cualquier otra condición o circunstancia personal o social”*<sup>372</sup>, así entonces esta puerta del Derecho Constitucional permite la posibilidad de ampliar la prohibición constitucional de la discriminación a otras condiciones o circunstancias como lo pueden ser la orientación sexual y la identidad de género<sup>373</sup>. Dicha cláusula tiene un carácter fundamental e importante puesto que la prohibición de la discriminación se puede aplicar a otras causas aparte de las que se encuentran expresas en el Artículo 14 de la CE, así entonces, cualquier medida legislativa podría ser sometida al análisis de igualdad por las propias exigencias constitucionales.

De todas formas, hay que ser conscientes que la orientación sexual es comparable a las cláusulas expresas del Artículo 14 de la CE, ya que todo lo expresa dicho artículo es equiparable a los rasgos identificativos del colectivo LGTB. Visto lo visto, la Ley 13/2005 abre una nueva etapa en lo que respecta a Derechos Civiles de un colectivo, sustentándose principalmente en los derechos y principios constitucionales más esenciales que son la igualdad y la no discriminación, así como el mandato constitucional hacia los poderes públicos previsto en el Artículo 9.2.de la CE, ya que éste junto con los Artículos 1.1 y 14 de la CE tienen una estrecha relación, puesto que los poderes públicos están obligados a proteger y garantizar los derechos fundamentales de las personas con carácter de orden constitucional. Entiéndase que la igualdad como concepto no está sólo inmersa en el Artículo 14 sino también en los otros preceptos que hemos citado, la igualdad entonces está consagrada en el texto constitucional como uno de los pilares y valores más relevantes de la Carta Magna, razones suficientes por la cuales el recurso interpuesto ha sido fallado en contra como explicaremos en el siguiente apartado.

La norma entonces tiene que ser entendida desde el punto de vista de la generalidad, eso quiere decir, que la Ley es igual para todas y todos, no para un

---

<sup>372</sup> Artículo 14 CE.

<sup>373</sup>Nos referiremos constante a la identidad de género en la sección dedicada a la constitucionalidad de la Ley 13/2005 de 1 de julio debido a que no podemos olvidar que hay muchas personas transexuales que también son lesbianas, gays o bisexuales.

grupo social en concreto o para una supuesta mayoría, sin hacer distinción, garantizando así los principios de igualdad y de no discriminación.

Se fundamenta el recurso la constitucionalidad la Ley 13/2005 de 1 de julio era una infracción del Artículo 32 de la Constitución española, en el que se establece la garantía institucional del matrimonio y el Derecho a contraerlo entre el hombre y la mujer.

Por lo que recurrente entiende que el artículo 32 transmite jurídicamente lo siguiente:

*“A) El derecho a contraer matrimonio lo tienen constitucionalmente el hombre y la mujer, siendo la igualdad y la heterosexualidad las dos notas principales del mismo.*

*B) Que la Constitución dota al matrimonio de garantía institucional, asegurando su existencia en el ordenamiento jurídico y además con el contenido predeterminado que ha acogido el texto constitucional, dado que la garantía institucional del matrimonio no se reduce a su propia existencia sino que incluye su preservación en los términos que lo hacen reconocible conforme a la Constitución”<sup>374</sup>.*

Comprenden entonces que la Ley evidentemente altera sustancialmente la institución del matrimonio con la apertura “a cualquier pareja” ya que entienden que la argumentación que el Artículo 32 no precisa que el hombre y la mujer hayan de casarse “entre sí”, puesto que según ellos es sabido que no hay plena coincidencia en la doctrina sobre la etimología latina del vocablo matrimonio. Para el recurrente el Artículo 32 CE expresa un vínculo jurídico entre varón y mujer, y basa tal afirmación en la definición que da el Diccionario de la Real Academia de la Lengua entre otras.

Aparte de la anterior consideración, el recurrente cree que el precepto constitucional que se hace en referencia al inciso inicial del artículo 32.1 de la Constitución sobre la mujer y el hombre, permite deducir de una manera evidente la reserva del matrimonio por parte de la Carta Magna sólo a favor de las parejas de sexo contrario.

---

<sup>374</sup>Recurso de inconstitucionalidad N° 6864-2005 en relación con la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de Derecho a contraer matrimonio.

Solicita también el recurrente que *“el único precepto que hace referencia a la diversidad sexual de las personas, en el que se basa el presupuesto de hecho de su formulación sea precisamente el artículo 32.1, y que lo haga además mencionando expresamente al hombre y a la mujer, resulta desde luego significativo y determinante”*<sup>375</sup>.

Para quien recurre ésta Ley, el hombre y la mujer tienen constitucionalmente garantizado el Derecho a contraer matrimonio pero entienden que la norma no abarca a las parejas del mismo sexo. Para el PP es entonces concluyente que la referencia expresa en el Artículo 32 de CE sobre el hombre y la mujer, es concretamente a la pareja heterosexual, según lo expuesto en el recurso éste es un elemento constitutivo a la hora de configurar el modelo de matrimonio que para el recurrente reconoce la Constitución Española. Sin embargo el Partido Popular jurídicamente parece no tener en cuenta en la redacción de éste recurso que no es lo mismo el concepto jurídico de “diferencia” que el de “discriminación”, como afirma *María Martín Sánchez* el *“establecer una diferenciación entre dos supuestos aparentemente similares es perfectamente admisible constitucionalmente – siempre que respete los principios requisitos ya analizados- la discriminación rompe con el principio de igualdad”*<sup>376</sup>. Todo esto, máxime cuando la propia Constitución prohíbe imperativamente establecer la discriminación a una causa personal o social, el ordenamiento español prevé entonces un principio que garantiza la protección de la igualdad, el trato igual a los iguales, siendo lo dicho una garantía misma de no ser tratado diferente por la Ley.

La Igualdad entonces no es la universalización de la heterosexualidad o de las relaciones heterosexuales, de afirmar esto romperíamos con ella misma. *Luigi Ferrajoli*, explica como que *“los diferentes deben ser tratados y respetados como iguales”*<sup>377</sup>. La diferencia entonces se debe de interpretar como las características de la identidad de cada persona, estas mismas diferencias son las que deben ser entonces respetadas y protegidas por el principio de igualdad. Creemos entonces que *Ferrajoli* está en lo correcto cuando expone que la igualdad jurídica no es sino la idéntica titularidad y garantía de los Derechos Fundamentales

---

<sup>375</sup>Idem.

<sup>376</sup>SÁNCHEZ MARTÍN, María. Matrimonio Homosexual y Constitución. Edit. Tirant do Banch. Valencia, 2008. Pág. 48.

<sup>377</sup>FERRAJOLI, Luigi. Derechos y Garantías. Edit. Trotta. Madrid, 1999. Pág. 77.

independientemente que los titulares de estos derechos presenten características diferentes<sup>378</sup>. Esto quiere decir garantizar los derechos constitucionales a todas y todos, independientemente de sus diferencias, que no son más que rasgos o características de las personas, es lo que individualiza a cada individuo, la suma de sus factores, de sus características, las cuales a pesar de su existencia siguen haciendo igual al ser humano. Es importante entonces no confundir los conceptos de diferencia con el término de fomento de la desigualdad.

También el recurrente expone que el Artículo 39 de la Constitución, relativo a la protección de la familia, se refiere en su apartado 2 a la protección de las madres y que en su apartado 3 se refiere a los hijos habidos dentro del matrimonio, así como el artículo 58 se refiere a la “Reina consorte o al consorte de la Reina”.

*Manifiestan “que debe tenerse también presente que la referencia expresa que el artículo 32 de la Constitución hace al “hombre y la mujer” debe interpretarse a la luz de la mención que en el inciso final del mencionado precepto se hace a la igualdad jurídica. Según este precepto constitucional, el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. Pues bien, tal referencia expresa a la igualdad jurídica (y más concretamente a la plena igualdad jurídica), se justifica por la desigualdad entre hombre y mujer en el ordenamiento civil preconstitucional, y. En lo que ahora interesa presupone por sí misma la diversidad sexual en la que se basa el matrimonio, pues malamente cabría la exigencia de igualdad jurídica entre los cónyuges si no fuere porque el constituyente se refería al matrimonio como unión constituida por un hombre y una mujer”<sup>379</sup>.*

Se entiende que el recurrente interpreta que cuando se habla en la Constitución Española del hombre y la mujer, se hace refiriéndose a que los hombres solo podrán acceder a este derecho con las mujeres y no entre mujeres y hombres, aunque tal prohibición no está expresa en la Constitución quien interpone el recurso sí lo entiende en estos términos.

---

<sup>378</sup>Idem.

<sup>379</sup>Recurso de inconstitucionalidad N° 6864-2005 en relación con la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de Derecho a contraer matrimonio.

Ahora bien, después de lo expuesto en el recurso, podríamos lanzar esta pregunta en lo que se refiere a los diferentes tipos de convivencia, ¿No es igual entonces un matrimonio entre personas de diferente sexo y otro entre personas del mismo sexo si ambos comparten un proyecto de vida en común, ya que ambas uniones constituyen circunstancias exactamente iguales tan sólo con la diferencia o característica que sus miembros son de igual o de diferente sexo? La única diferencia es una característica individual de los sujetos contrayentes.

Ante ello, ciertamente si se valora que se tienen en juego los Derechos Humanos de las personas y los Principios de la Igualdad y la no Discriminación, sumados a la Libertad de Expresión del ser humano, el dato de la orientación sexual no tiene por qué tener un peso suficiente para que no se otorgue a éste colectivo un trato en igualdad de condiciones, ya que el hacerlo alimentaría por lo contrario la desigualdad, permitiendo una discriminación más que arbitraria e injusta.

El recurrente critica las enmiendas presentadas al anteproyecto de Ley por los Grupos Parlamentarios Socialista y de Izquierda Unida ya que ambos propusieron lo siguiente: el PSOE *“que el matrimonio se basa en la plena igualdad de derechos y deberes de ambos cónyuges”*<sup>380</sup> e IU que *“toda persona tiene derecho al desarrollo de su afectividad y su sexualidad: a contraer matrimonio, a crear en libertad, relaciones estables de familia y a decidir, libremente, los hijos que desea tener, a cuyo fin tiene derecho a acceder a la información necesaria y a los medios que permitan su ejercicio”*<sup>381</sup>. Así entonces el recurrente encuentra “incorrecto” que ambas formaciones políticas entiendan que cuando la Constitución Española habla de hombre y mujer, se refiere a todas y todos los hombres y mujeres son iguales y por lo tanto pueden acceder al derecho humano del matrimonio, para el Partido Popular, el PSOE e IU omiten que el hombre y la mujer sólo pueden contraer matrimonio entre sexos diferentes.

Reiterándose que *“es forzoso concluir, por tanto, que la voluntad del constituyente de la que es fiel reflejo el “iter” parlamentario someramente expuesto fue la institución matrimonial como siempre había sido concebida, es decir, como una unión entre hombre y mujer, en la que la diferenciación de sexos*

---

<sup>380</sup>Ídem.

<sup>381</sup>Ídem.

*es una cualidad esencial y determinante. Precisamente por ello, y porque el fin principal perseguido por el artículo 32 era procurar la igualdad jurídica del hombre y la mujer en el matrimonio, eliminando las discriminaciones de la legislación civil precedente, es por lo que nunca se planteó siquiera que resultara imprescindible que el mencionado precepto constitucional, cuando previene que “el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”, intercalara el inciso “entre sí” para dejar definitivamente clara la voluntad del legislador*<sup>382</sup>. En referencia a éste planteamiento, la verdad deja ver claramente que el principal partido de la oposición admite que la negación al matrimonio entre personas del mismo sexo no existe y no procede, lo que pasa es que dan por sentado que al constituyente no le faltaba hacer la aclaración del precepto debido a que buscaba eliminar la discriminación entre el hombre y la mujer. Ahora bien, se reitera y hace referencia a la eliminación de desigualdades en el siglo XX pero con su exposición lo que se puede entender es que su discurso en el siglo XXI lleva la voz cantante para que se recorten los derechos civiles y se regrese a la desigualdad la colectivo LGTB. En definitiva plantean que el hecho que la Constitución Española proclame que el hombre y la mujer tienen Derecho a casarse con plena igualdad jurídica no autoriza a lesbianas, gays y bisexuales a hacerlo y mucho menos comparten la posición de los Grupos Parlamentarios que apoyaron ésta iniciativa a concluir que se tenía que legislar sobre esta realidad ya existente.

También hace referencia a las legislaciones históricas y de la historia del Derecho Civil en donde se evidencia que la institución del matrimonio ha concitado diversos debates relevantes sobre su configuración histórica, su naturaleza y las regulaciones sobre las causas de separación disolución pero que nunca antes se había planteado que la institución del matrimonio pudiera dar cabida a que dos hombres o dos mujeres pudieran casarse, sin embargo no recuerda que antes de que se aprobara la Ley del divorcio tampoco históricamente se había hablado de ello sin embargo, se legisló y que aunque los recurrentes en ese momento tampoco estaban de acuerdo y amenazaban constantemente que al llegar al poder derogarían la Ley, no la recurrieron y muchos de ellos incluso hicieron uso y en la actualidad hacen uso de la Ley del divorcio, tal como también lo hacen con la Ley 13/2005 a día de hoy, y no sólo

---

<sup>382</sup>ídem.

militantes como lo comunica el *Diario El Mundo* el 2 de febrero de 2008 cuando publicaba la boda entre *Javier Gómez y Manuel Rodenas*, militantes del Partido Popular casados por en el en esos momentos Alcalde de Madrid, *Alberto Ruiz-Gallardón*<sup>383</sup> y actual Ministro de Justicia, sino también de cargos públicos como el Concejal de Cultura, Fiestas y Festival de Cine de Ourense, *José Araujo* quien también fue casado por el Alcalde de dicha ciudad gobernada por el Partido Popular<sup>384</sup>. El recurrente habla de historia, pero no tiene en cuenta que también en los anales de la misma, hace algunos años la mujer no tenía derecho al voto, o que en muchas partes del mundo los sujetos de raza negra no tenían derecho a la educación y en su momento fueron esclavizados y que también bajo la Ley según la misma historia, millones de personas murieron hace algunos siglos en la inquisición. Todo lo anteriormente expuesto ha cambiado, la sociedad ha avanzado, la forma de relacionarnos también, se han conquistado derechos y ahora tales injusticias del pasado no existen hoy por hoy, por lo tanto éste avance encarnado en la Ley 13/2005 de 1 de julio es un ejemplo de cómo el legislador puede cambiar los errores de la historia.

Por otra parte en el recurso hace referencia al Derecho comparado, afirmando que en el 2005 que son muy pocos países los que permiten los matrimonios entre personas del mismo sexo, de hecho les cataloga de testimoniales, aunque viene muy bien recordar que hoy en la actualidad, poco más de 8 años más tarde de la interposición del recurso de inconstitucionalidad la cifra de la ampliación del matrimonio a todas las personas se haya más que triplicado ya que en la actualidad son 16 Estados los que permiten el matrimonio y en proceso para que así sea se encuentran en este momento El Ducado de Luxemburgo y Eslovenia. Sin embargo, volvamos al momento de presentación de este recurso, el recurrente entonces afirma que el caso holandés y belga son muy diferentes al español debido que el marco constitucional en el que ambas legislaciones han permitido el matrimonio entre personas del mismo sexo no incluye el derecho a contraer matrimonio entre los recogidos en el caso de Holanda<sup>385</sup> y que la Constitución belga se limita en su Título II (artículos 8 al 32) a garantizar que el matrimonio civil deberá preceder la bendición nupcial, salvo las

---

<sup>383</sup><http://www.elmundo.es/elmundo/2008/02/21/eleccionesgenerales/1203589803.html>

<sup>384</sup><http://www.20minutos.es/noticia/108016/2/boda/homosexual/gay/>

<sup>385</sup>Título, artículos del 1 al 23 Constitución de Holanda.



excepciones que la Ley establezca en su caso<sup>386</sup>. Entiende entonces el Partido Popular que desde esta misma perspectiva constitucional comparada, resulta significativas las regulaciones establecidas en los países bajos y Bélgica y la española en dónde, según su comprensión la institución del matrimonio sí está protegida como también su Derecho a contraerlo. Paradigmática explicación, ya que de ante mano los populares dejan caer de efecto una estratificación en la escala de derechos, determinadas personas si tienen Derecho a hacer uso de un Derecho Constitucional y “otros no”, ósea entiéndase ciudadanos de primera y de segunda. Por otra parte los populares citan la Constitución de Bonn en la que en el artículo 6 de la Ley Fundamental del Estado Federal de Bonn en Alemania se expone que el matrimonio y la familia se encuentran bajo la protección del orden estatal, considerando el PP que la Constitución alemana impide que dos personas del mismo sexo puedan contraer matrimonio, ya que en su comprensión de la Ley, la garantía institucional del matrimonio incluiría la heterosexualidad, incluso aún cuando tal artículo 6, no hace referencia al hombre y la mujer, ejemplifican en el recurso que en el año de 2001 se institucionalizó por los motivos anteriormente expuestos “la pareja registrada”<sup>387</sup>, la cual legisla las uniones de las parejas de mismo sexo. Afirma el PP que incluso aunque tal situación no suponía una alteración en la configuración institucional del matrimonio, tal Ley de Parejas fue cuestionada en lo que respecta a su constitucionalidad, y que sobre ella se pronunció el Tribunal Alemán en Sentencia de 17 de julio de 2002, en dónde se declara que la Ley era conforme a la Ley Fundamental, al considerar que la protección que tal Ley dispensa al matrimonio no impedía al legislador alemán atribuir “a las parejas derechos y deberes parecidos o análogos a los que derivan el matrimonio” y que por supuesto, ésta de esa manera no se vería “amenazada” por personas que no pueden contraerlo. Realmente, vista esta cita de los populares en su recurso deja al descubierto lo siguiente: que el Estado español debe utilizar como ejemplo el proceso de un país vecino en dónde no se hace alusión al hombre y a la mujer en su Constitución y el cual ha legislado una Ley análoga, con otra denominación y con desigualdades entre parejas del mismo sexo y de sexo discordante, da entender que los alemanes fueron *prudentes* y que aún así legislaron una Ley diferente al matrimonio, la cual incluso suscitó dudas sobre constitucionalidad y que el Tribunal Constitucional de Alemania

---

<sup>386</sup> Artículo 21 Constitución de Bélgica.

<sup>387</sup> Lebenspartnerschaft.

resolvió afirmando que se pueden dar derechos y deberes “parecidos y análogos”, ante esto se debe tener en consideración varios aspectos, primero que el hecho que Alemania haya legislado la **Lebenspartnerschaft** no quiere decir que España haya tenga que hacerlo, igual el caso alemán deja clara una homofobia de Estado expresa en su planteamiento, por lo que el hecho que Alemania tenga una legislación desigualitaria y homofoba, no implica que nosotros tengamos que tenerla. Por otra parte se continúa omitiendo en todas las ejemplificaciones para demostrar la supuesta inconstitucionalidad de la Ley 13/2005 de 1 de julio, que la Constitución Española habla del hombre y la mujer pero no establece que sólo entre ellos se puedan casar, no se refleja que la heterosexualidad de un Derecho, como se intuye presume el recurrente, así mismo, es incluso preocupante que un partido político mayoritario se apoye en la legislación de otro país para avalar la estratificación de ciudadanos. Realmente, no podemos obviar que por mucho que los países vecinos puedan encontrarse avanzados en ámbitos de legislaciones de igualdad, no quiere decir que estén en el momento correcto en lo que respecta a muchas situaciones legales y sociales de todos los colectivos sociales, desafortunadamente actualmente no tenemos un sistema homogéneo que garantice la protección de los Derechos Humanos, tristemente cuando se habla de Derechos Humanos, de sus avances, aún no se puede decir que el hecho de avanzar significa poder mantener dichas conquistas con un 100 por 100 de seguridad, un ejemplo de esto puede ser el recurso de inconstitucionalidad presentado por el Partido Popular a la Ley 13/2005 de 1 de julio. En referencia a Alemania, sí que podemos citar que obvió ejecutar las indemnizaciones a lesbianas, gays, transexuales y bisexuales víctimas del nazismo durante décadas y que éste colectivo fue el último en percibirlos a principios de los años 90, así como también fueron los últimos en abandonar las prisiones después de la guerra mundial a mediados de los años 50. Por lo tanto, se entienden estas ejemplificaciones del derecho comparado europeo como comparaciones que realmente no se ajustan al concepto del fomento y asentamiento de la igualdad.

Así mismo, resalta el hecho que en el recurso se plantee el ejemplo del derecho comparado extra europeo citando algunos territorios de Canadá, ya que en el momento que se presentó éste, Canadá había sido el cuarto país del mundo en legalizar los matrimonios entre personas del mismo sexo por lo que desde julio de 2005 no se podía hablar de legislaciones territoriales sino de una Ley que

abarcaba ya el ámbito estatal. En éste caso, ocurre algo similar con Bélgica y Holanda, traen a colación la realidad de Canadá, explicando que la Carta Canadiense de Derechos y Libertades del 17 de abril de 1982 no incluye el Derecho a contraer matrimonio, ejemplos similares de algunos Estados de los Estados Unidos de América son también expuestos, sin embargo dichos argumentos carecen a nuestro parecer, como lo expones en estos párrafos, de un carácter jurídico válido dentro del derecho comparado para que sirvan como base jurídica para derogar o modificar la Ley 13/2005 de 1 de julio en España.

Otro de los motivos que el recurrente afirma es que el matrimonio entre personas del mismo sexo es inconstitucional debido a una posible infracción al artículo 10.2 de la Constitución Española, el cual se refiere a la interpretación de los derechos fundamentales y las libertades públicas a la luz de **La Declaración Universal de los Derechos Humanos** y de los tratados y acuerdos internacionales en materia de Derechos Humanos ratificados por el Estado español. Así entonces el recurrente manifiesta que el artículo 10.2 de la C.E. se ha vulnerado, ya que *“según el citado precepto constitucional “las normas relativas a los Derechos Fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”, tales como el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, la Carta Social Europea firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales firmado en el mismo lugar y fecha que el anterior”*<sup>388</sup>.

Se omite que el Artículo 10.2 se puede considerar como una vía con la que puede argumentarse la inclusión de la orientación sexual como una causa de prohibición de discriminación en el Artículo 14 de la CE, ya que mediante mandato constitucional del mismo Artículo 10.2 de la CE se obliga a interpretar la Constitución conforme a los Tratados Internacionales en materia de derechos, y estos en su regulación del concepto de igualdad y en aras de materializar el principio de no discriminación, prohíben expresamente discriminar en razón de la

---

<sup>388</sup>Recurso de inconstitucionalidad N° 6864-2005 en relación con la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de Derecho a contraer matrimonio.

orientación sexual de las personas pues todos los supuestos que exponen la no discriminación encuadran perfectamente con las situaciones vividas por un individuo que pertenezca al colectivo LGTB.

Así entonces, queda por ver cómo va a ser interpretada la argumentación expresada en este recurso de inconstitucionalidad ya que el TC tendría la tarea de determinar si lo expuesto en el texto del recurso es o no una medida diferenciadora, o si realmente con lo exigiendo no se está imponiendo o no un requisito de heterosexualidad para poder hacer uso del Derecho al matrimonio, el cual hace parte del un conjunto de derechos de la esfera individual del individuo.

De la misma manera se reiteran todos los acuerdos anteriormente expuestos matizando que el matrimonio está destinado a la pareja heterosexual, advierten que estos se refieren al derechos del hombre y la mujer a casarse y fundar una familia pero entonces ¿Qué ocurre con las familias monoparentales? ¿Acaso estas familias no tienen derechos por existir la ausencia de un padre o madre? Evidentemente no, y por otra parte ¿Lesbianas, gays, bisexuales y transexuales no tienen hijos e hijas? ¿Por no ser heterosexuales no pueden tener hijos, son estériles? La realidad es que muchas personas LGTB tienen hijos e hijas. Por otra parte, y ya no centrándonos en los padres y madres sino en el menor, ¿Esos hijos no tendrían derecho a tener una familia? El aceptar la tesis planteada por el recurrente sería aprobar por Ley el discriminar a las y los hijos de lesbianas, gays, bisexuales y transexuales y a este colectivo sólo por razones de su orientación sexual, en conclusión el recurso y sus hechos y argumentos pueden llegar a catalogarse como una propuesta que induce a la implantación de la desigualdad en el tratamiento de la Ley a los ciudadanos.

El recurrente cita el artículo 16.1 de **La Declaración Universal de los Derechos Humanos** en donde se reconoce al matrimonio como un Derecho Humano, recordemos que el artículo explica que *“los hombre y las mujeres tienen derecho al matrimonio y fundar una familia”* ¿Pero entonces, las lesbianas y mujeres bisexuales no son mujeres? ¿Los hombres gays y bisexuales no son hombres? ¿Y las personas transexuales no tienen derecho a conformar una familia, no son ellos también hombres y mujeres? Como son seres humanos, como hombre y mujeres pueden acceder a este derecho, ese es el espíritu de la

Ley, el objetivo de la carta de los Derechos Humanos, el acabar con la desigualdad, para que no existieran “clases” de hombres y mujeres, pues bien en ese sentido entonces el recurrente omite que lo que pretende **La Declaración de Derechos Humanos** es garantizar la protección colectiva de la ciudadanía no fomentar su estratificación social.

Por otra parte es importante resaltar que aunque las leyes hablen del hombre y la mujer, así en estos términos, no se puede entender que la misma da por sentado una heteronormatividad aplicable o el utilizar de una forma exclusiva un principio de heterosexualidad como criterio determinante del derecho para que una persona pueda casarse. Así mismo cuando el recurrente cita estos convenios y acuerdos internacionales o a los Estados de Bélgica, Canadá y Holanda, no tiene en cuenta que estos países han firmado los mismos convenios que ha firmado el Estado español, como en el caso de la igualdad legal del matrimonio civil.

Igualmente, afirma que en relación con el artículo 12 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos, el Tribunal ha proclamado de manera expresa la concepción heterosexual del matrimonio y el reconocimiento de los requisitos para contraerlo. Así entonces si cada Estado reconoce sus requisitos, España ha modificando su Código Civil para que las parejas del mismo sexo tengan los mismos derechos que las personas heterosexuales, conforme a vencer la desigualdad que un grupo de ciudadanos sufría debido a la ausencia y el vacío legal en el que estaban.

Otro motivo que se expone como inconstitucional es lo que entienden como infracción del artículo 14 de la Constitución en relación con los artículos 1.1. y 9.2 del texto constitucional, en lo que se refiere al principio de igualdad y a la no discriminación por razón de la orientación sexual. Se critica que la Ley 13/2005 tenga como fundamento la remoción de toda discriminación basada en la orientación sexual de las personas, para permitir el libre desarrollo de la personalidad y preservar la libertad en cuanto a las formas de convivencia entre las parejas del mismo sexo, instaurando un marco de igualdad real para que todas las personas puedan disfrutar de los mismos derechos pero para el recurrente no toda desigualdad de trato se puede entender como constitucionalmente admisible, de hecho con estas mismas palabras lo explica en

el recurso interpuesto, aclarando que tampoco toda desigualdad se puede reputar de discriminatoria.

Otro de los argumentos expuestos es lo que entienden como infracción del artículo 39 en sus apartados 1, 2 y 4 de la C.E. en lo que respecta a la protección de la familia<sup>389</sup> y a la protección integral de los hijos<sup>390</sup>, los cuales tienen su principal fundamento en el matrimonio. Aquí se profundiza en el terreno de la familia, la adopción y los menores, ya que la posibilidad de adoptar por parte de las parejas del mismo sexo es uno de los puntos de los cuales el recurrente se ha opuesto más férreamente antes y después de la Ley 13/2005 de 1 de julio. Afirman pues que ésta previsión es contraria a los intereses del menor, señalando que en lo que se refiere a la adopción, se debe buscar el beneficio del adoptado, sin embargo tal concepción o interpretación del asunto en cuestión olvida que precisamente uno de los objetivos de la Ley13/2005 de 1 de julio busca es el reconocimiento de derechos a las y los hijos biológicos de uno de los miembros de las parejas del mismo sexo reconociendo los derechos y deberes de estos, de ambos miembros de la pareja hacia los menores, siempre y cuando el otro progenitor/a no exista. La realidad jurídica es que, estos menores quedan más protegidos legal y socialmente. Por otra parte, en referencia a la adopción conjunta, cabe decir que no se puede poner en tela de juicio la capacidad de ser padre o madre por razones de orientación sexual o identidad de género y además, tal como se expresa en otro capítulo, la misma asociación de psicólogos americana (APA), así como expertos en España como **Félix López, catedrático de Psicología de la Sexualidad de la Universidad de Salamanca** manifiestan que la orientación sexual de una persona no afecta en lo más mínimo el desarrollo de un menor, por lo que si éste crece en el seno de una familia homoparental no se ve afectado en lo más mínimo en su desarrollo psico-social, expresando que lo que el infante necesita para su correcto desarrollo como menor y como personas es sencillamente afecto y amor. Así mismo, no se puede omitir que las personas homosexuales ya adoptaban con anterioridad a ésta Ley, lo hacían de una manera unipersonal, más no conjunta, pero lo hacían y muchos de ellos no conformaban familias monoparentales, pues la gran mayoría de ellos y ellas tenían pareja, lo que un tiempo después se transformaba de ser una familia

---

<sup>389</sup> Artículo 39.1. de la Constitución Española.

<sup>390</sup> Artículo 39.2. de la Constitución Española.

monoparental a una homoparental, en conclusión el niño o la niña empezaban con un padre legal y social y terminaban con dos madres o padres con la diferencia que antes de la Ley 13 /2005 de 1 de julio quien ante la Ley no lo había adoptado no tenía derechos ni deberes con este menor.

Se acepta en el recurso el planteamiento que *“una Ley como la impugnada que reconoce a las parejas del mismo sexo un derecho que no tienen constitucionalmente garantizado, determina una alteración de la configuración institucional del matrimonio que va mas allá de lo constitucionalmente admisible y que, por consiguiente, afecta al contenido esencial del artículo 32 de la Constitución, lo que se supone una violación flagrante del artículo 53.1 del mismo texto constitucional”*<sup>391</sup>. Esta petición al Tribunal Constitucional deja al descubierto el afán jurídico del recurrente por hacer que el colectivo de lesbianas, gays, transexuales y bisexuales sea un agujero en la Constitución española, idea que se alimenta con su afirmación que las parejas del mismo sexo no tienen la garantía de tales derechos constitucionales, basándose entonces en esta idea, el recurrente afirma que la Ley 13/2005 de 1 de julio por la que se modificó el Código Civil vulnera **el principio de jerarquía normativa** reconocido en el artículo 9.3. así como también el **principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos**, todo ello basándose en que en su entendimiento jurídico la Constitución sólo permite las uniones matrimoniales entre un hombre y una mujer, por lo que se comete una infracción en la Ley recurrida.

Por último se expresa en el recurso que otro motivo de inconstitucionalidad es la infracción del artículo 167 de la Constitución Española en lo relativo a la reforma constitucional, afirmando entonces que la Ley 13/2005 de 1 de julio supone una infracción implícita de las reglas constitucionales en materia de reforma constitucional y, más concretamente, de la previsión recogida en el Artículo 167 de la C.E. en cuanto se refiere a las otras reglas del mismo Título X. En otras palabras, ya que el recurrente se centra en la tesis que la Constitución Española sólo permite al hombre y la mujer acceder al Derecho Humano del matrimonio entre sí y no faculta al hombre y a la mujer, *como seres humanos*, a hacer uso de éste Derecho, entiende quien interpone el recurso que la única

---

<sup>391</sup>Recurso de inconstitucionalidad N° 6864-2005 en relación con la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de Derecho a contraer matrimonio.

forma jurídica y constitucional de que las uniones entre personas del mismo sexo se desarrollaran en España sería la reforma de la Constitución y que entonces, al no haber realizado este proceso para que dichas uniones fueran consideradas como matrimonio, se ha violado el Artículo 167 de la Constitución Española. Ante éste último punto demandado en el recurso, queda una percepción confusa de lo que comprende el recurrente por igualdad, sobre todo la visión de igualdad que tiene sobre los derechos civiles del colectivo LGTB, ya que en todas las declaraciones públicas realizadas ante los medios de comunicación o en el Parlamento español sobre el tema jamás han manifestado la opción o la idea de modificar la Constitución Española para “*subsana*r” éste “*supuesto error*”, todo lo contrario sus declaraciones han llegado al extremo de afirmar que aunque el Tribunal Constitucional llegase a dictar Sentencia favorable de las uniones entre personas del mismo sexo cuando ellos llegasen al poder podrían derogar la Ley<sup>392</sup>, aunque a fecha de hoy como o explicaremos más adelante esa opción no se ha ejecutado.

Por último, en lo que a este punto se refiere, hay que reflejar que quienes se han opuesto al matrimonio entre personas del mismo sexo, a la adopción y a su Derecho a que se les reconozca como una familia, olvidan que el no admitir el reconocimiento de estos derechos inherentes al individuo, a la persona, significa retroceder décadas en lo que esta sociedad ha logrado en temas de democracia, igualdad, respeto e incluso sentido común. Por otra parte, el limitar al individuo en el matrimonio para desarrollarse libremente como persona en su faceta individual y familiar no es el medio más correcto para salvaguardar los Derechos Humanos y el orden público, sin olvidar que no existen motivos para pensar que el hecho que se garantice y respete las libertades de las parejas del mismo sexo, va a afectar el orden público o disminuir los derechos de las personas heterosexuales.

Así entonces, el **Tribunal Constitucional dicta Sentencia el día 6 de noviembre de 2012** en la cual desestima el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley 13/2005 de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de Derecho a contraer matrimonio apoyándose en los siguientes hechos:

---

<sup>392</sup><http://www.20minutos.es/noticia/859522/81/rajoy/matrimonio/homosexual/>



Los magistrados del TC exponen que la duda que se plantea en el recurso *“radica en determinar si la nueva regulación supone un ataque al contenido esencial del derecho al matrimonio que el legislador debe respetar por imperativo del art. 53.1 CE”*<sup>393</sup>. Por lo tanto han entrado a determinar si la modificación realizada en la Ley 13/200 de 1 de julio representaba una vulneración al contenido esencial de la Constitución Española.

Para el TC, *“la Ley 13/2005 supone una modificación de las condiciones de ejercicio del derecho constitucional a contraer matrimonio, y esta modificación, una vez analizado el Derecho Comparado europeo, la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo y el derecho originario de la Unión Europea, se manifiesta en la tendencia a la equiparación del estatuto jurídico de las personas homosexuales y heterosexuales. Esta evolución parte de la despenalización de las conductas homosexuales (cabe citar aquí la pionera STEDH Dudgeon c. el Reino Unido, de 22 de octubre de 1981), y pasa por el reconocimiento de la tutela antidiscriminatoria frente a las discriminaciones por razón de la orientación sexual de las personas (véanse aquí, entre otras las SSTEDH en los asuntos Salgueiro Da Silva Mouta contra Portugal, de 21 de diciembre de 1999, § 28, y L. y V. contra Austria de 9 de enero de 2003, § 48, después recogidas en nuestra STC 41/2006, de 13 de febrero, así como el art. 21.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adoptada en Estrasburgo el 12 de diciembre de 2007)”*<sup>394</sup>. Así entonces los magistrados entienden que la aprobación de la Ley 13/2005 de 1 de julio realmente no representa una limitación al Derecho del matrimonio sino más bien una equiparación de derechos dentro de los estatutos jurídicos, no impidiendo a las personas heterosexuales o alterando el ejercicio de los derechos que antes ejercían, por consiguiente el TC manifiesta no ver una vulneración del ejercicio de derechos por parte de las personas heterosexuales con el equiparamiento de derechos otorgado con la modificación de la Ley 13/2005.

Los magistrados entienden también que el reconocimiento del Derecho del matrimonio a todas las personas permite el hecho que cada individuo pueda reconocer claramente la orientación sexual del mismo, ante ello porque esto ocurra dentro de la esfera social y legal, las personas heterosexuales no ven en

---

<sup>393</sup>Sentencia matrimonio entre personas del mismo sexo 06864STC-1.

<sup>394</sup>Ídem.

absoluto vulnerados sus derechos, su esfera de la libertad no se encuentra interferida como tampoco se desnaturaliza el matrimonio entre personas de sexo contrario. El contenido esencial del Derecho no se ve afectado por la extensión de derechos permitida en la Ley 13/2005 de 1 de julio. Sin embargo, las parejas del mismo sexo sí que gozan de la opción de poder acceder a los mismos derechos que han sido disfrutados por las personas heterosexuales *“de tal modo que el respeto a su orientación sexual encuentra reflejo en el diseño de la institución matrimonial, y por tanto su derecho individual a contraer matrimonio integra también el respeto a la propia orientación sexual”*<sup>395</sup>. Por lo tanto el Tribunal Constitucional comprende que lo que ha generado la Ley 13/2005 de 1 de julio es un avance en el reconocimiento de las garantías de la dignidad de la persona, concretamente de los individuos que sienten atracción afectiva/sexual por los miembros de su mismo género, así como también en el libre desarrollo de su personalidad, en sí, la Ley orienta a la protección fundamental de los Derechos Humanos.

Se interpreta que el legislador en uso de la libertad que le concede la Constitución para modificar las leyes, concretamente en este caso, del ejercicio del Derecho Constitucional al matrimonio, no afectando el contenido de la figura ni tampoco el derecho al matrimonio de las personas heterosexuales por lo que no se está de acuerdo con lo planteado por el recurrente al afirmar que la Ley recurrida introduce una modificación material en las disposiciones legales que rigen los requisitos del matrimonio civil en España, no negándole o restringiéndole en absoluto a contraer o no matrimonio a ningún individuo. *“La opción que contiene la Ley 13/2005, sometida a nuestro examen se inscribe en la lógica del mandato que el constituyente integró en el art. 9.2 CE, de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, apoyándose en la interpretación que ya ha hecho este Tribunal de la cláusula antidiscriminatoria del art. 14 CE, en la que hemos incluido la discriminación por razón de la orientación sexual (STC 41/2006, de 13 de febrero, FJ 3), en la línea de la jurisprudencia de Estrasburgo (entre otras, STEDH en el asunto L. y V. contra Austria de 9 de enero de 2003, § 48)”*<sup>396</sup>.

---

<sup>395</sup> Ídem.

<sup>396</sup> Ídem.

Por lo tanto, para el Tribunal Constitucional visto desde la perspectiva de la composición del matrimonio, entiende que no existe reproche alguno que pueda ser utilizado a la Ley 13/2005.

En referencia a la adopción, la Sentencia expone que *"el apartado séptimo del art. único de la Ley 13/2005 da nueva redacción al apartado 4 del art. 175, que queda redactado en los siguientes términos: "Nadie puede ser adoptado por más de una persona, salvo que la adopción se realice conjunta o sucesivamente por ambos cónyuges. El matrimonio celebrado con posterioridad a la adopción permite al cónyuge la adopción de los hijos de su consorte. En caso de muerte del adoptante, o cuando el adoptante sufra la exclusión prevista en el artículo 179, es posible una nueva adopción del adoptado."*

*Sin aludir expresamente a la orientación sexual de los adoptantes, la redacción resultante de la reforma posibilita la adopción conjunta de menores por matrimonios entre personas del mismo sexo, y los recurrentes entienden, desarrollando esta idea como argumento principal de su impugnación, que tal previsión resulta contraria al mandato de protección integral de los hijos (art. 39.2 CE), puesto que antepone la legitimación u homologación de las relaciones homosexuales al interés del menor, que también es el interés rector de la adopción, así como a la idoneidad de los adoptantes.*

*A este respecto, tal y como dice el Abogado del Estado en su escrito de contestación a la demanda, el interés del menor adoptado por un matrimonio entre personas del mismo sexo, o por un matrimonio entre personas de distinto sexo, ha de ser preservado conforme a lo dispuesto en el art. 39.2 CE. Y este interés se tutela en cada caso concreto en función del escrutinio al que se somete a los eventuales adoptantes con independencia de su orientación sexual, de modo que el deber de protección integral de los hijos que se deriva del art. 39.2 CE no queda afectado por el hecho de que se permita o se prohíba a las personas homosexuales adoptar, bien de forma individual, bien conjuntamente con su cónyuge<sup>397</sup>.*

Así entonces el TC entiende que en el acto de adoptar el Estado tiene que asegurarse que los candidatos adoptantes sean idóneos para ofrecer al menor un bienestar garantizado desde varios ámbitos y que, no existe certeza alguna que

---

<sup>397</sup>Ídem.

manifieste o compruebe que el hecho que un menor sea criado por una pareja conformada por dos miembros del mismo sexo sea contraproducente para el desarrollo del menor y que por el hecho de ser lesbiana, gay o bisexual estas personas no reúnan los requisitos para ser candidatos a adoptantes en un proceso de adopción por lo que entiende que en ningún momento la protección a la familia recogida en el Artículo 39.1. de la CE y de los hijos 39.2. C.E. no se encuentran vulnerados ni incumplidos con la modificación de la Ley 13/2005 de 1 de julio, reiterando que de haber una vulneración al menor tendría que ser si *“la eventual lesión del art. 39.2 CE vendría dada si la legislación no garantizase que, en el procedimiento de adopción, el objetivo fundamental fuese la preservación del interés del menor, circunstancia que no concurre en este caso, en el que la normativa del Código Civil establece que la resolución judicial que constituya la adopción tendrá siempre en cuenta el interés del adoptando, y la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad, idoneidad que nada puede tener que ver con su orientación sexual (art. 176 CC). Además, como recoge la recién citada STC 124/2002, el juez que conoce del proceso de adopción tiene la facultad de denegarla cuando sea contraria al interés del menor, sea cual sea el motivo y después de su correcta valoración, que se realiza mediante el procedimiento reglado pertinente”*<sup>398</sup>.

Según el Artículo 16 de **la Declaración Universal de los Derechos Humanos**, en su párrafo 1 dice que *“los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio”*<sup>399</sup>, así entonces se expresa que los hombres y las mujeres tienen Derecho a acceder al matrimonio, no distingue en que sólo tendrán derecho al **matrimonio como Derecho Humano**, el hombre que tenga una unión con una mujer o viceversa. Afirma que hombres y mujeres tienen derecho a acceder a éste derecho, por lo cual hombres y mujeres sin importar su orientación sexual también tienen derecho como ocurre con las personas heterosexuales al acceso al matrimonio.

---

<sup>398</sup>Idem.

<sup>399</sup>Art. 16.1. Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Ahora bien, cuando hablamos del Derecho Humano del matrimonio conectamos directamente el concepto de familia, pero ¿Qué es la familia? Realmente la familia es un concepto que ha ido modificándose con el tiempo y la sociedad, o mejor aún, ha sido una definición que en la actualidad en algunos países permite reconocer la diversidad de núcleos familiares existentes que por otra parte siempre han existido en la sociedad. Así entonces podemos encontrar diversos modelos de familia: monoparentales, heteroparentales, homoparentales, nietos que viven con sus abuelos, familias homoparentales o heteroparentales que viven con alguno/s de los progenitores de un miembro de la pareja, sobrinos que viven con tíos. Todos estos ejemplos son variedades de familia, tipos de familia tan válidos y con derecho a estar comprendidos dentro del concepto de familia, tanto por la sociedad como por la Ley. El Estado debe garantizar entonces la protección de todas las clases de familias.

Es una realidad que lesbianas, gays, transexuales y bisexuales siempre han conformado familias, sus núcleos familiares siempre han existido, por otra parte algunos de ellos han sido y son padres o madres, ya que su orientación sexual o su identidad de género no les hace infértiles, por lo tanto el no considerar desde el punto de vista legal el reconocimiento de sus familias viola el derecho a la igualdad de este colectivo, el de las parejas miembro y el de las y los hijos de éstas, violando también no solo el derecho de los padres y madres sino el derecho al menor en el caso que los hijos sean menores de edad.

El Estado como tal tiene la obligación de proteger a la familia, por lo que éste debe cumplir con el deber de blindar jurídicamente todas las manifestaciones de la diversidad familiar, razón de más para que jurídicamente el matrimonio entre personas del mismo sexo se encuentre protegido de la misma manera como se protegen las uniones de personas heterosexuales ante la Ley. En otras palabras si la unión entre una mujer y un hombre se le denomina matrimonio ante la Ley, para no discriminar a las parejas de personas del mismo sexo el Estado no sólo debe proporcionar los mismos derechos que gozan los ciudadanos heterosexuales sino también denominar sus uniones con el mismo precepto jurídico utilizado con las uniones de diferente sexo, de lo contrario la discriminación es expresa. Éste motivo es suficiente para afirmar que Estados como Finlandia no reconocen la igualdad de lesbianas, gays y bisexuales ya que la no utilización del término matrimonio en sus legislaciones, hace de su Ley de

parejas, una Ley apartheid tal como existía hace unas décadas en Sud África en donde las personas de raza negra se les otorgaba el derecho a la educación pero **“solo en escuelas para negros”**, ya que no podían **“tener el Derecho de mezclarse con un blanco”**.

La realidad es que la Ley ha reconocido tanto a la mujer como al hombre el Derecho a contraer matrimonio, y éste como tal, aparte de ser un contrato civil, es un derecho a la libertad personal cuyo reconocimiento como tal está elevado a nivel de Derecho Humano y generalmente, como ocurre en España, es un derecho constitucional. En última instancia este Derecho permite a la persona, independientemente de su sexo o de su orientación sexual, la libertad de contratar y de hacer de éste derecho su manifestación particular. Es un Derecho subjetivo que permite entonces la realización de la formalización de un vínculo personal, social, afectivo y patrimonial entre dos personas, que en última instancia es sencillamente un acto que queda reducido a un negocio jurídico entre las partes cuyo contenido hace referencia esencialmente a protecciones sociales y económicas.

La homologación entonces de los matrimonios entre personas del mismo sexo con los derechos y deberes que anteriormente sólo podían acceder heterosexuales, es un acto de igualdad, equilibrio y respeto con las parejas del mismo sexo pero también con la sociedad en general.

## **6.9. Derecho a la Familia**

Es claro que hoy por hoy el concepto de familia ha evolucionado, incluso de un modo insospechado en las últimas décadas, lo que ha generado un giro de 360° al concepto tradicional y conservador que tenía de él.

El colectivo LGTB actualmente en España, en otros pocos países y en algunos Estados de los Estados Unidos puede hacer uso del Derecho Humano de fundar una familia tal como lo indica el Artículo 16 de **La Declaración Universal de los Derechos Humanos**. Así entonces, estos Estados asumieron la responsabilidad de entender que las parejas del mismo sexo debían de tener los mismos derechos y obligaciones que el resto de los ciudadanos en lo que respecta a formar una familia contara ésta con hijos o no.

Anteriormente la familia y la homosexualidad eran dos realidades jurídica y socialmente irreconciliables e incompatibles, hoy por hoy las consciencias han cambiado y así la sociedad y por supuesto las leyes, avance que ha generado una sociedad y sistemas legales más justos, igualitarios e incluyentes así como menos heteronormativos, pudiéndoseles catalogar como defensores de la diversidad y del respeto.

En España y Argentina por ejemplo, sólo la iglesia oficial, entiéndase la jerarquía católica, más no la iglesia de base, y el sector conservador de la sociedad, basan su posicionamiento sobre estos avances legales más en sus creencias religiosas que en conocimientos científicos y profesionales. El sector conservador manifiesta una consideración negativa y de rechazo contras las parejas del mismo sexo, queriéndoles negar algunos derechos civiles, concretamente el matrimonio, como ya antes se ha expuesto en este estudio y la adopción, así como la denominación social jurídica de **familia** a sus núcleos y uniones.

En el tema de la familia, tenemos que recordar que la realidad es y siempre ha sido que lesbianas, gays, transexuales y bisexuales no son estériles y siempre han podido tener hijos e hijas, no ahora, sino realmente en cualquier momento histórico que tomemos como ejemplo. Otra cosa es que debido a la coyuntura social, tal realidad sólo ha sido visible a cuenta gotas debido a la problemática social y jurídica que en algunos Estados representa visibilizar la verdadera orientación sexual o identidad de género de una persona. Es por ello que los hechos sobrepasan las legislaciones y la mentalidad común de los sujetos, mientras algunas legislaciones de algunos países no reconocen a las parejas homosexuales lo que no pueden negar es que existen diversos núcleos de familia y que dentro de su jurisdicción ninguno de sus miembros se encuentran protegidos, ni los padres o madres, ni los menores hijos de estas parejas. Así entonces nos encontramos que en Estados como Portugal en donde sí se ha legislado el matrimonio entre personas del mismo sexo, existen parejas homosexuales que tienen hijos procedentes de una pareja heterosexual anterior, es decir, hijos e hijas biológicos de una persona homosexual bisexual o transexual que convive con otra persona de su mismo sexo y en donde el otro padre o madre biológico del menor ha fallecido o no. Parejas del mismo sexo en donde, una de ellas, generalmente ocurre con los casos de parejas conformadas por

mujeres lesbianas o bisexuales, que tienen hijos procedentes de relaciones heterosexuales, y que han creado debido al abandono del padre o cualquier otro motivo una familia monoparental. Generalmente ocurre con una madre, aunque no podemos negar la realidad masculina, pues también ha ocurrido, aunque si bien es cierto esto se da más de forma excepcional.

Igualmente, existen mujeres lesbianas o bisexuales que han decidido ser madres solteras por reproducción asistida y tienen hijos e hijas biológicos, tal realidad también ocurre con las mujeres heterosexuales que deciden hacer uso de éstos métodos para ser madres y que en primera instancia crean una familia monoparental, en éste caso, si la mujer heterosexual, más adelante re-organiza su vida íntima y decide hacer uso del Derecho del matrimonio, el marido de ésta sí puede adoptar al menor nacido de un proceso de reproducción asistida sin ser su padre biológico, sin embargo en muchos Estados en dónde no está regulada la adopción por parte de parejas del mismo sexo el menor no tendría la misma suerte que el hijo de la madre heterosexual, como es el caso del Estado de Portugal. Así entonces, también podemos encontrar parejas de dos mujeres conformadas por lesbianas y/o bisexuales en las que una de ellas o las dos tienen hijos e hijas biológicos por reproducción asistida o parejas de mujeres que tienen hijos adoptados por parte de una de ellas o de las dos, adoptados en cuanto mujeres solteras, o por supuesto, hombres gays o bisexuales que han adoptado a sus hijos/as antes de iniciar una relación sentimental con otro hombre. Por los casos anteriormente expuestos se comprende la necesidad jurídica de proteger todos estos posibles y diversos casos de núcleos familiares.

Por lo tanto, independientemente de la postura de los poderes públicos actuales o del pasado de cualquier Estado y de las actitudes por parte de la población que no acepta dicha realidad, nos encontramos ante una realidad de dimensiones bastante altas, y sobre todo con un desarrollo creciente. Ha ocurrido entre nosotros y continúa desarrollándose en otros con independencia que se regule o no en las leyes civiles o constitucionales de los Estados.

En España por ejemplo, el precepto constitucional de la familia no cubre sólo la familia tradicionalmente considerada como nuclear o heterosexual, sino a todo núcleo de familias, ya que lo que se entiende como importante es la



protección del concepto de familia como tal y no las características individuales de cada grupo familiar.

Está claro entonces que se tiene aceptar y reforzar la idea que las familias homoparentales tienen el mismo Derecho a que el Estado les reconozca su núcleo familiar. Así entonces, se entiende de manera clara que desde el punto de vista de las hijas e hijos, las cosas son aún más claras, ya que no se puede dejar desprotegido al menor de edad que se encuentra dentro del seno de una familia homoparental, especialmente si su padre o madre biológica tiene problemas graves, como por ejemplo problemas de salud o si fallece en un accidente, si fuese así el otro padre o madre tendría que asegurarse de la protección del menor si su progenitor llegara a fallecer, asegurándose de su protección y cuidado, por lo que en nombre de la infancia, tal realidad, tendría que estar regularizada en todo Estado de derecho, favoreciendo el hecho que estos menores estén realmente protegidos por quienes tienen que continuar con su protección, su otra madre o padre, no los Servicios Sociales del Estado y mucho menos la familia de la madre o padre biológico, máxime cuando en muchos casos el menor ni siquiera conoce a estas personas. Se trata entonces como se cita en este ejemplo de evitar daños emocionales y de desarrollo psicológico al menor. En la posible situación de no estar regularizada la adopción entre personas del mismo sexo, el menor se encontraría ante un doble duelo, la pérdida de su madre o padre biológico/a y la pérdida de su otra padre o madre debido al vacío legal de los Estados o por la homofobia institucionalizada en algunas democracias.

La existencia de las familias homoparentales es un hecho que desborda la realidad legal y las convenciones sociales. Según el catedrático de Psicología de la Sexualidad, del Área de Psicología Evolutiva y de la Educación de la Universidad de Salamanca, *Dr. Félix López*, los hijos pueden tener un desarrollo adecuado dentro de las familias homoparentales, razón por la cual entiende que los padres y madres de estos menores deben ser reconocidos legalmente. Igualmente, *López* afirma que es mejor tener varios adultos a cargo de un menor, dos mejor que uno, como protectores, cuidadores y educadores.

Nos encontramos pues que tal vez, así como ocurrió con la erradicación del estigma de la maternidad en solitario o las familias monoparentales, las leyes deben reforzar la afectividad y el amor de los diversos núcleos familiares como

principio constitutivo de una familia, de todas las familias no solamente la mayoritaria. La homosexualidad, la transexualidad y la bisexualidad, son una realidad innegable, presente en la sociedad actual y la organización y estructura familiar también entra en juego, lo quiera el Estado o no, otra cosa es que éste lo reconozca.

La familia entonces no es sólo una estructura esquemática forjada dentro del concepto *iure Sanguinis*, la familia adoptiva, sean ambos padres o madres los adoptantes o un sólo miembro de la pareja, tienen como cimientos el afecto, el amor, la educación y la voluntad de crear un núcleo familiar.

Por consiguiente, la adopción es un vínculo catalogado como un acto jurídico que es creado por la Ley, entre el adoptante y el adoptado. Es entonces una ficción legal a la cual, independientemente la orientación sexual o la identidad de género de los adoptantes, para reconocer como hijo o hija a una persona que biológicamente no lo es, rompiendo como regla general los vínculos jurídicos que el menor tenía con su familia biológica. Hablamos entonces que la institución de la adopción lo que busca entonces es el interés superior y el bien supremo del menor, en consecuencia de las mejores condiciones y favorables contextos de calidad de vida en todos sus aspectos.

En referencia a todo lo expuesto en este punto, tenemos que recordar que el concepto de familia, lejos de ser un concepto intemporal, se puede remitir a un criterio que ha venido desarrollándose como sociológico evolutivo.

Así entonces, lo verdaderamente esencial y relevante a determinar es si el candidato a padre o madre adoptante es un sujeto viable o no para la adopción de un menor. Se tiene que analizar y estudiar su capacidad y madurez para garantizar al menor un entorno idóneo que le permitirá un equilibrio y bienestar en su vida y desarrollo como persona.

Por tanto, las reivindicaciones del movimiento LGTB no sólo en España sino a nivel mundial, no es más que el hecho que no se excluya a ninguna persona al acceder al inicio de un proceso de adopción en razón de su orientación sexual y/o identidad de género, ya que el excluir a priori a una persona como un posible sujeto idóneo para adoptar a un menor se vulnera el Derecho de Igualdad del candidato a padre o madre como también se viola el derecho del menor al

excluir y retirarle la posibilidad de que éste pueda ser adoptado por unos padres o madres idóneas para su educación y desarrollo como persona en el seno de una familia homoparental. En referencia a dicho punto, es importante citar que la **Academia Americana de Pediatría (AAP)** expresa que existe suficiente bibliografía médica que asegura que los menores que viven dentro de familias homoparentales tienen niveles de ajuste, autoestima y de felicidad comparables a los hijos de padres heterosexuales, declarando que el desarrollo óptimo de los menores está más influenciado por la naturaleza de la relación de sus padres y las interacciones y grado de amor dentro del núcleo de la unidad familiar que por la particular estructura o conformación del modelo de familia.

Ahora, basándonos en la realidad, en el conocimiento de ésta, se lanza el interrogante jurídico y social, si los miles de menores que son excluidos en el mundo por razones de su edad, su raza, su género, sus hermanos, su minusvalía o cualquier otra situación concreta deben estar excluidos de la posibilidad de ser adoptados o acogidos por una pareja del mismo sexo que les puede proporcionar cuidado y afecto o si es mejor para su desarrollo emocional, y psíquico continuar internos en un centro de acogida de los Servicios Sociales. Así mismo, es innegable y así también lo afirma la AAP<sup>400</sup>, que a efecto prácticos, la adopción del hijo del conviviente del mismo sexo puede suponer grandes beneficios para estos menores, por lo que la AAP respalda la adopción legal de los niños por parte de “su segundo padre o madre” porque conlleva a:

1. A garantiza el bienestar del menor.
2. A garantizar que los derechos de la custodia y visita del otro padre o madre y sus responsabilidades para con el menor sean protegidas si el otro padre o madre fallece o queda incapacitado parcial o permanentemente.
3. Asegura las prestaciones sanitarias del menor de ambos padres o madres.
4. Estable los requisitos para el mantenimiento y sostenimiento del menor por ambos padres o madres en el supuesto caso de separación de estos.

---

<sup>400</sup>Asociación americana de pediatras.

5. Permite que ambos padres o madres puedan otorgar un consentimiento en lo que respecta a procedimientos y cuidados médicos, educación y cualquier otro aspecto relevante de la vida del menor.
6. Crea las bases para la seguridad económica de las y los menores en el caso de muerte de ambos padres o madres garantizando las prestaciones de todas las ayudas sociales pertinentes, así como los beneficios de los familiares del padre o madre fallecido propios de la seguridad social.

### **6.9.1. Filiación directa en los matrimonios compuestos por dos mujeres**

Aunque cuando se legisló la Ley 13/2005 de 1 de julio se permitió a las parejas del mismo sexo acceder al matrimonio y a la adopción y se tuvo la intención de equiparar a éstas con las parejas heterosexuales, dicha Ley quedó con un vacío legal, concretamente en lo que se refiere a la filiación directa entre los matrimonios entre mujeres.

Así entonces, tanto el movimiento LGTB instó a los partidos políticos a que se subsanara este vacío legal en la cámara baja por decidió por lo que el legislador decide modificar la **Ley sobre las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en el trámite de la Ley 3/2007 de 22 de marzo**, que regula la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas modificando el Artículo 7 de la Ley 14/2006<sup>401</sup> de 26 de mayo quedando éste redactado de la siguiente manera:

*“Artículo 7- Filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida.*

*1. La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por la leyes civiles, a salvo de las especificaciones establecidas en los tres siguientes artículos.*

*2. En ningún caso, la inscripción en el Registro Civil reflejará datos de los que se puedan inferir el carácter de la generación.*

---

<sup>401</sup>Ley 14/2006 de 16 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Asistida.

3. Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido<sup>402</sup>.

Esta modificación trajo consigo la protección legal de las familias y matrimonios compuestos por dos mujeres, sobre todo protección a las madres no gestantes y evidentemente a las y los hijos de ambas, quienes desde el momento de su nacimiento pueden contar con el vínculo legal de su otra madre.

Ahora bien, de no haber modificado la **Ley 14/2006 de 16 de mayo de Técnicas de Reproducción Asistida**, la madre no gestante tendría que iniciar un proceso de adopción de su propio hijo, situación que en el caso de las parejas heterosexuales no se da, incluso teniendo en cuenta que el esperma aportado para la concepción no proviene del hombre con el cual la madre gestante está casada, en estos casos el padre siempre ha pasado a tener la filiación directa del menor sin importar si su esperma fue utilizado o no en el proceso de inseminación por métodos de reproducción asistida.

### **6.9.2. Régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por subrogación**

La Ley 14/2006 de 26 de mayo sobre **Técnicas de Reproducción Asistida** establece en su Artículo 10.1. que son nulos de pleno derecho en España el contrato por el que se pacte la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncie voluntariamente a la filiación materna a favor de la persona contratante o de otro tercero<sup>403</sup>, por lo que establece que los menores nacidos por gestación de sustitución se determinará por el parto, quedando a salvo la posible reclamación del padre biológico conforme a las reglas generales.

La gestación por sustitución es lo que comúnmente se conoce como "**vientre de alquiler**". Siendo éste un procedimiento de reproducción asistida que tiene como objetivo permitir la paternidad o maternidad a una familia que no es

---

<sup>402</sup>Artículo 7. Ley 14/2006 de 26 de mayo, de Técnicas de Reproducción Asistida.

<sup>403</sup>Art. 10.1. Ley 14/2006 de 26 de mayo de Técnicas de Reproducción Asistida.

capaz por sí misma de llevar a término la gestación, sin importar si estas familias están compuestas por un hombre y una mujer o dos hombres o un hombre u hombre soltero que desee ser padre o madre sin estar casado con otra persona. Para superar esta incapacidad la familia establece un acuerdo contractual con una mujer para que gesticione y dé a luz a su hijo. El óvulo, generalmente es de una donante y en el caso de los matrimonios de hombres el espermatozoides es de uno de los padres por lo que la mujer que gesta al feto no tiene ningún vínculo biológico con el menor. Así mismo si es una mujer la que acude a estos métodos generalmente es su óvulo el que es utilizado en la inseminación, ya que estas mujeres presentan problemas de gestación pero sus óvulos son perfectamente viables para procrear.

Ante lo expuesto anteriormente, existió un problema jurídico con hijos de nacionales españoles bajo este método en el extranjero: ¿Qué hacer con los menores nacidos en el extranjero, hijos de padres españoles, a través del método de gestación por sustitución?

Durante los años de 2005 y 2010, hubo más de 50 menores hijos de matrimonios españoles conformados por parejas de hombres los cuales no habían podido ser inscritos en el Registro Civil encontrándose en situación irregular en España.

Estos menores no pudieron acceder en igualdad de condiciones al Registro Civil, más concretamente al procedimiento habitual de inscripción que consiste en la transcripción literal del documento registral del país de nacimiento, debido a que los consulados españoles inicialmente negaban sistemáticamente la inscripción en el Registro Civil a los hijos de parejas de hombres españoles nacidos en el extranjero por gestación subrogada. Lo que conlleva a que estos menores se encontraban sin la ciudadanía española y jurídicamente desprotegidos siendo catalogados como irregulares. Así entonces, fuera legal o no en España, era una realidad que estos menores existían, siendo hijos de padres españoles y que en cierta forma es un efecto social que con naturalidad se iba gestando después de la equiparación de la igualdad de las familias homoparentales y los cambios sociales derivados de la Ley 13/2005 de 1 de julio que permitió el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Un punto importante a resaltar es que dentro de éste contrato de subrogación la familia establece un pacto con una mujer que ejecuta el papel de gestante, quien es la persona que da a luz al hijo de estos padres. En la mayoría de los casos, media una compensación económica acordada previamente por la partes, otros la mujer decide no recibir nada a cambio, generalmente esto ocurre cuando la gestante es familiar de alguno de los padres del menor. Los gastos generalmente estipulan las necesidades que la mujer y el nasciturus tendrán durante el periodo de gestación.

El menor no es hijo biológico de la mujer gestante o lo que se entiende científicamente como subrogación tradicional, es fruto de un procedimiento de fecundación in vitro (FIV) utilizando el óvulo de una donante quien no es la misma mujer que ejerce de gestante. Tal técnica es la que ha sido utilizada por varias parejas de padres españoles y por mujeres españolas que se les imposibilitaba poder gestar a sus hijos<sup>404</sup>. El embrión obtenido por FIV es posteriormente transferido al útero de la mujer gestante, de esta manera no tiene ninguna vinculación genética con el menor que da a luz, por lo que se entiende que no hay madre, en el caso de una pareja de hombres, sino sólo dos padres o que éste menor es hijo de un padre y “otra madre” en el caso de las parejas de diferente sexo que acuden a este procedimiento. La gestante jamás tiene un vínculo genético con el recién nacido, es sencillamente alguien que libremente ha decidido ayudar a otras personas a gestar a su hijo.

Actualmente la legislación española no permite la gestación subrogada al declarar nulo de pleno derecho cualquier contrato de este tipo. La Ley 14/2006 de 26 de mayo de **Tratamientos de Reproducción Asistida** así lo establece, e insta a las autoridades a inscribir como madre legal del nacido a la mujer que le dio a luz pero ¿Qué ocurre si este menor nace en otro país y ante este Estado no existe una madre biológica sino sólo dos padres? De todas formas se puede entender que desde el punto de vista de la Ley no existe ninguna prohibición expresa de los acuerdos de subrogación sino que están implícitamente no permitidos al no ser reconocidos legalmente en España pero volvemos a matizar

---

<sup>404</sup>[http://cuatro.com/conexión-samanta/programatemporada-05/t05xp06-ventre-de-alquiler/conexión\\_samanta-Mucho\\_mas\\_que\\_un\\_ventre\\_de\\_alquiler\\_0\\_1501500520.html](http://cuatro.com/conexión-samanta/programatemporada-05/t05xp06-ventre-de-alquiler/conexión_samanta-Mucho_mas_que_un_ventre_de_alquiler_0_1501500520.html)

si ocurre en otro país y éste Estado los reconoce nos encontramos con vacío legal o lo que es peor, un conflicto jurídico en donde los primeros afectados son los menores.

La situación legal en Europa varía en función de los Estados. Sólo algunas legislaciones de pocos países permiten los acuerdos de subrogación. De la misma manera, la regulación de la subrogación en los Estados Unidos varía según sus Estados miembro. Si bien no en todos se permite, sí que es una práctica que se encuentra regulada en varios Estados, siendo ella habitual y socialmente aceptada. Jurídicamente existen diferentes maneras de regularla. El Estado de Illinois por ejemplo cuenta con una legislación específica. California por ejemplo, tiene un marco legal diferente el cual está basado casi exclusivamente en la jurisprudencia, lo que lo convierte en el ámbito legal más abierto del mundo en lo que respecta a este tema.

Han sido entonces las Sentencias judiciales pronunciadas en las últimas décadas las que han sentado las bases jurídicas de un sistema que protege los derechos de las gestantes subrogadas, las y los niños y las personas que desean ser padres bajo éste método. En California la filiación se establece por la voluntad de las personas por tener hijos, lo que quiere decir que padre o madre son quienes desean serlo y llevan a cabo el proyecto de paternidad cerrando un contrato con una mujer gestante subrogada. Esto contrasta con los marcos legales en Europa, los cuales se basan en el derecho romano, como por ejemplo en España, donde la **Ley Tratamiento de Reproducción Asistida** basa su espíritu en la terminología latina de "*mater semper certa est*" para regular la filiación materna. El problema es que ahora no vivimos en la Roma clásica en donde se daba por hecho que madre era la mujer que paría, el conflicto es que en el año 52 A.C. no existía la fecundación in vitro y tampoco se reconocían las familias homoparentales. Por lo tanto las sociedades y las leyes civiles tiene que evolucionar a la vez que las formas de relacionarse los seres humanos lo hacen.

Por otra parte, es importante citar el procedimiento administrativo que regula **el Estado de California** en los Estados Unidos en referencia al tema de la **paternidad por subrogación**, en éste Estado, la pareja de padres debe presentar una demanda de filiación ante el juzgado de familia de la jurisdicción correspondiente antes de que el menor nazca, así mismo el juez dicta Sentencia previa al parto dentro de un juicio de paternidad en donde el contrato de



subrogación realizado con la mujer gestante cobra validez jurídica. La Sentencia entonces se dicta al poco tiempo, estableciendo la filiación del nasciturus con sus padres siendo ésta comunicada al hospital en donde ocurre el parto. Esta Sentencia es la que permite a los padres adquirir la patria potestad del menor desde el momento en que se corta el cordón umbilical. La consecuencia jurídica de este procedimiento es que el menor nace como hijo o hija de sus padres legales y como tal es inscrito en el Registro Civil local del Estado. Por otra parte, la mujer gestante subrogada no figura en ningún documento público relacionado con el menor. Es importante resaltar que en estos casos **no existe madre**, la gestante es sólo una gestante.

Es importante visibilizar que cualquier modelo de familia puede formalizar un contrato de subrogación ya sea monoparental, homoparental o familia tradicional, entiéndase las parejas heterosexuales. En todos los casos anteriormente citados son los padres o madres que promueven la subrogación con quienes resulta establecida la filiación del menor.

Ahora bien, si esta situación ocurre con una pareja de diferente sexo o con una madre soltera, los menores no suelen tener ningún inconveniente para ser inscritos en el Registro Civil español, independientemente de que su madre no haya sido la gestante, lo que supone en sí una discriminación para los padres y para los hijos que sí tuvieron problemas para inscribir a los hijos de parejas conformadas por hombres que nacieron bajo ésta técnica en el extranjero. A nuestro entender, al existir estos menores y al ser los mimos hijos de españoles, la obligación del Estado debe ser solucionarles a ellos y a sus padres la situación de irregularidad en la cual se pudieron encontrar los menores. Hay que tener en cuenta que para el Estado de California padre es quien desea serlo y así lo establece mediante el contrato de subrogación, independientemente de la relación biológica que pueda tener éste con el menor. Debido a esto, California es uno de los destinos preferidos por las parejas del mismo sexo, más concretamente hombres, para acceder a la paternidad por subrogación.

Ahora bien, aunque en España no se encuentra legalizados los procedos de gestación subrogada, nos encontramos con el problema jurídico que muchos matrimonios conformados por dos hombres o heterosxuales que por razones de infertilidad no pueden procrear, han recurrido a dichos procedmiento en extranjero, siendo Estados Unidos de América el destino mayoritariamente

escogido para la realización de dichos procesos. Lo anteriormente citado generó un problema jurídico que dentro de la jurisdicción española y más concretamente en las competencias de **la Dirección General de Registro y Notariado**, de hecho a principios de abril de 2009 una familia homoparental valenciana que en un principio se les había negado la inscripción de sus hijas como españolas, recibió un e-mail del **Consulado General de España en Los Ángeles, California** en donde se les informaba que la DGRN había resuelto a su favor y se les pedía que volvieran a enviar el Libro de Familia a San Diego, California para proceder a la inscripción de sus hijas. Éste mismo Consulado había negado la inscripción de las menores en ésta ciudad debido a que las mismas aparecían ante los Estados Unidos como hijas de dos hombres y basándose en que España no permitía la paternidad por subgración, negándosele la inscripción de sus hijas así como la entrega del pasaporte español a las menores.

Se procedió entonces a enviar el Libro de Familia tras lo cual recibieron las respectivas partidas de nacimiento de sus hijas y el libro con su respectivo asiento. Tal hecho permitió a ambos padres poder presentar los respectivos documentos a la Seguridad Social para poder proceder a realizar los pagos de las prestaciones que anteriormente les habían sido denegadas como por ejemplo el denominado “cheque bebé”, ayuda que el Gobierno otorgaba a los padres y madres de recién nacidos hasta la fecha de 31 de diciembre de 2011. Es importante citar que esta pareja de gemelas son los primeros españoles inscritos en un registro civil directamente como hijos naturales de dos varones.

Desde el punto de vista del Derecho Civil, el CC en su artículo 17.1.a expone que en referencia al *jus sanguinis* materia de nacionalidad el criterio que se debe de seguir es que son españoles los hijos de españoles, sin embargo la situación de los menores hijos de españoles nacidos a través de la gestación por subgración planteaba un problema circular según la Dirección General de Registro y Notariado, ya que en efecto cuando no se está acreditada la filiación de un hijo puesto que es necesario saber la filiación es la que ostenta un sujeto para determinar si éste tiene derecho a acceder a la nacionalidad española pero también es necesario saber qué nacionalidad tiene el mismo para conocer cuál es su filiación, en otras palabras, quiénes son sus padres, así lo expone el artículo 9.4. del Código Civil.

Así mismo el artículo 17.1 a de Código Civil se refiere a los “nacidos de padre” o madre españoles, tal expresión resolvería las dudas y permitiría que tal problemática continuara siendo un círculo vicioso legal sin salida para aquellos menores hijos de españoles nacidos en el extranjero a través de la gestación subrogada. Al citar éste artículo la expresión “nacidos de padre” el precepto legal no exige que haya quedado legalmente determinada la filiación puesto que es suficiente con que quede acreditado el hecho físico que un individuo sea hijo biológico de otro, por lo que se considera “español” tan sólo constando la existencia de indicios racionales de la generación física del progenitor español. Por éste motivo la Dirección General de Registro y de Notariado acordado en la Resolución 18 de 2009:

1. *“Estimar el recurso y revocar el auto apelado.*
2. *Ordenar que se proceda a la inscripción, en el Registro Civil Consular, del nacimiento de los menores y consta en la certificación registral extranjera presentada, con las menciones de filiación constantes en la certificación registral aportada, de la que resulta que son hijos de D. XXX y de Don.XXXX*  
*Contra esta Resolución cabe recurso en la vía judicial ordinaria: la jurisdicción civil (cfr. art. 362 del Reglamento del Registro Civil)<sup>405</sup>”.*

Esta novedosa situación en el Derecho Internacional Privado instó incluso a que dos expertos en este ámbito, Calvo Caravaca y Carrascosa González, publicaran el siguiente artículo aplaudiendo el contenido de la resolución:

*“Esta Resolución de la DGRN de 18 febrero 2009 constituye una decisión pionera en relación con este delicado y complejo tema. Para ello, la RDGRN 18 febrero 2009 utiliza con maestría las mejores técnicas del Derecho internacional privado (DIPr.) y se muestra, sin duda alguna, vanguardista y audaz en la solución del caso. La RDGRN 18 febrero 2009 pone de relieve que los oscuros tiempos del aislacionismo jurídico español han quedado plenamente superados. En efecto, la DGRN ofrece, en esta*

---

<sup>405</sup>Resolución Dirección General de los Registros y del Notariado 18 de febrero de 2009.

*resolución, una solución legal de tecnología punta, que muestra la alta calidad de la ciencia jurídica internacional-privatista que hoy día se practica en España. Una solución que sintoniza con las tendencias que, en esta materia, comienza a mostrar el Derecho comparado. Desde ese punto de vista, puede también subrayarse que, a la hora de resolver problemas jurídicos de Derecho internacional privado, España ya no es la cenicienta de Europa. Y que el Derecho internacional privado ya no constituye un “Arte Povera”, sino el Battlefield en el que las distintas propuestas de método debaten entre sí en un diálogo cualificado dirigido a mejorar la vida internacional de los particulares. Para comprender correctamente la riqueza de matices de esta RDGRN 18 febrero 2009 es preciso, igualmente, acabar con prejuicios propios del pensamiento vertical y abrir las ventanas al típico modus operandi de la DGRN. Porque para la DGRN, el DIPr. es una “creación coral”, una “opera aperta” que crece y adquiere nuevas dimensiones cada vez que un lector aporta su propia perspectiva personal”<sup>406</sup>.*

Sin embargo pese a ésta novedosa resolución sorprendentemente el **Ministerio de Justicia** dio un giro involutivo y posteriormente se empezaron a negar los casos de otros menores hijos nacidos por gestación por subrogación en el Registro Civil.

Esta denegación en el Registro Civil español trajo como consecuencia el no acceso a la ciudadanía española por lo que estas familias homoparentales no pudieron obtener el pasaporte español para que sus hijos e hijas pudieran ingresar al país como ciudadanos españoles, motivo por el cual el ingreso a España fue como extranjeros con un visado de estancia de 90 días. Estos menores no son apátridas porque los EEUU conceden la nacionalidad a los menores nacidos en cualquier parte de su territorio sin importar que sus padres sean o no nacionales americanos, lo cual ha permitido que los menores pudieran viajar a España con sus familias pero ingresando al país con pasaporte americano, no existiendo inconvenientes para ingresar a España en primera instancia debido a que los ciudadanos americanos pueden ingresar a la Unión

---

<sup>406</sup>CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis. Catedrático de Derecho Internacional Privado, Universidad Carlos III de Madrid. Vocal Permanente de la Comisión General de Codificación y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. Profesor Titular de Derechos intencional Privado de la Universidad de Murcia. Cuadernos de Derecho Internacional. Vol. 1 N° 2. 2009. Pág. 294-319.

Europea por un periodo inicial de 3 meses sin necesidad de ningún visado específico. Los menores después de este periodo pasaron a encontrarse en una situación irregular. Con estos hechos inmigración podría incluso legalmente deportarlos, pero de hacerlo estos menores tendrían que pasar bajo la tutela de sus padres y estos son españoles, entonces nos encontramos con un conflicto legal. La realidad fue que el Ministerio del Interior no abrió expedientes de expulsión a los hijos de estas familias españolas homoparentales compuestas por dos hombres pero en cualquier caso estos niños no disfrutaron de un trato igualitario por parte del Estado español mientras que no se solucionó el conflicto, violándose sus derechos humanos en todos los sentidos ya que claramente no disfrutaron de la misma protección legal que el resto de ciudadanos españoles.

Por supuesto, esta denegación genera discriminaciones como el impedir acceder a los beneficios sociales que disfrutaban todas las familias españolas pues al no contar con la inscripción registral, el INSS deniega cualquier solicitud de prestación por paternidad, así mismo, los padres empleados por cuenta ajena no pudieron justificar la interrupción de sus contratos para cuidar de sus hijos, poniendo incluso en riesgo sus empleos por absentismo laboral si decidieran faltar a su trabajo. Por otra parte, los menores no pueden ser incluidos como beneficiarios de la seguridad social de sus padres. En referencia a Hacienda, las delegaciones denegaron las deducciones y prestaciones por paternidad.

Ahora bien, en el caso de los menores nacidos en los EEUU estos por lo menos cuentan con un pasaporte pero los nacidos en India, Rusia y Ucrania no, debido a que ninguno de estos países otorga la nacionalidad a los hijos de extranjeros nacidos en su territorio y al ser denegada la inscripción en el Registro Civil español, estos niños quedan bajo el estatus de apátridas.

Toda esta situación generó que en enero de 2010 la Fiscalía de Valencia informa a la familia de las menores que fueron admitidos en el Registro Civil en el 2009 que por indicación del Fiscal General del Estado se procedía a **demandar a la Dirección General de Registro y Notariado y al matrimonio compuesto por los padres de los menores** registrados por “**duda de legalidad**” contra la resolución de la misma Dirección General que permitió la inscripción de los mismos en el Registro Civil.

Es curioso que la Fiscalía ignore en su procedimiento el bienestar de los menores de edad ya reconocidos como españoles en ese momento, solicitando

así la nulidad de la resolución y pidiendo la anulación de la inscripción registral de los niños así como el retiro implícito de la nacionalidad española, máxime cuando en la Resolución de la Dirección General de Registros y Notariado se dan razones jurídicas como el art. 81 del Reglamento del Registro Civil que acoge una perspectiva totalmente opuesta afirmando que las certificaciones registrales extranjeras deben superar, naturalmente, un “control de legalidad”, pero que dicho control no consiste en exigir que la autoridad registral extranjera haya resuelto el caso de modo idéntico a como lo habría resuelto una autoridad registral en España. Igualmente la Resolución matiza que la constancia registral del nacimiento y de la filiación de los nacidos es el resultado de un proceso lógico jurídico y constitutivo llevado a cabo por la autoridad registral extranjera competente y que por tanto, puede afirmarse que, en éste caso, la certificación registral californiana constituye una auténtica “decisión” y ello permite comprobar que el Registro Civil de California desarrolla funciones similares a las españolas y que por consiguiente se debe permitir la inscripción de los menores y otorgarles el pasaporte español <sup>407</sup>.

Actualmente el juicio sigue pendiente de celebración en el Juzgado de 1ª Instancia N° 15 de la Provincia de Valencia siendo esta niñas, los únicos menores que actualmente no se ha hecho efectivo su registro civil español, DNI y pasaporte.

Ahora bien, sobre toda la problemática jurídica de gestación por subrogación, sí que es importante resaltar algunos aspectos legales de los menores nacidos por ésta técnica y la violación de los Derechos Humanos de los mismos y de sus padres dentro del Estado español. Debemos empezar teniendo en cuenta que el Reglamento del Registro Civil permite la inscripción de un menor aportando al consulado español la certificación extranjera de la autoridad local homologa al Registro Civil de nacimientos. Así entonces los padres del menor no están haciendo valer un contrato civil de subrogación sino la transcripción al Registro Civil español de un documento de registro extranjero.

Igualmente, hay que tener en cuenta que el Código Civil en su Artículo 17 establece que son españoles de origen los nacidos de padre o madre españoles.

---

<sup>407</sup>Resolución Dirección General de Registro y Notariado 19 de Febrero de 2009.

Por otra parte la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, establece varios principios que a simple vista tanto el Ministerio de Justicia como la Fiscalía General del Estado omitieron en sus actuaciones sobre estos casos concretos, tales como:

1. Todo menor debe tener los mismos padres en todos los países, así como un mismo nombre y filiación.
2. Toda decisión tanto administrativa como judicial, debe atenderse al Derecho del menor como “interés superior” a cualquier otro concepto.
3. Todo menor tiene derecho a una nacionalidad.

Por último, viene bien recordar que La ley 13/2005 que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo trajo la igualdad ante la Ley los derechos y deberes de las parejas del mismo sexo y las de sexo contrario. Además, desde 2007, como lo hemos explicado con anterioridad, la modificación de la Ley de Tratamientos de Reproducción Asistida permitió en España solucionar un vacío legal en lo que respectaba al registro de los hijos e hijas de los matrimonios entre mujeres desde el mismo momento del nacimiento y con independencia de la ausencia de vinculación biológica con la madre no gestante. Sin embargo paradójicamente la Constitución Española consagra la igualdad absoluta entre todas las personas con independencia de su sexo u orientación sexual, y éste es un caso claro de discriminación por razón de la orientación sexual de los padres de los menores nacidos por gestación por subrogación ya que en las parejas heterosexuales que han realizado este procedimiento no han tenido los inconvenientes que las familias homoparentales conformadas por dos hombres.

Para poder encontrar una solución jurídica y debido a que la problemática de estos menores continuaba, la Dirección General de Registro y Notariado emitió una “**instrucción**” el 5 de octubre de 2010 con el objetivo de solucionar la situación jurídica de las y los menores hijos de dos hombres, en donde se exponen las directrices para la inscripción de nacimiento de los menores nacidos en el extranjero por gestación por sustitución:

*“La Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, establece en su artículo 10.1 que será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. Para estos*

casos, en el párrafo segundo de dicho precepto se prevé que la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.

Esta previsión legal contempla la posibilidad de atribuir la paternidad del nacido mediante esta técnica, por los medios ordinarios regulados en nuestra legislación, permitiendo la inscripción del menor en el Registro Civil. En efecto, el artículo 10.3 de la Ley 14/2006, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, permite el ejercicio tanto de la acción de reclamación de la paternidad correspondiente al hijo como la de reclamación por parte del padre biológico de la filiación paterna. Las acciones a las que se refiere el precepto referido son las generales de determinación legal de la filiación, reguladas en los artículos 764 y siguientes de la LEC, siendo competentes los Tribunales españoles, en virtud de los criterios sobre competencia judicial internacional fijados en el 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Pese a que, como se ha indicado, la legislación española regula otras vías legales que permiten la atribución de paternidad del nacido, ante esta Dirección General ciudadanos españoles han interpuesto recurso contra resoluciones de distintos encargados de Registros civiles consulares, que deniegan la inscripción del nacimiento de niños nacidos en el extranjero de madres gestantes que, en virtud de un contrato de gestación de sustitución, han renunciado a su filiación materna.

Esta Dirección General ya dictó una Resolución fechada el 8 de febrero de 2009 en la que se ordenaba la inscripción en el Registro Civil de un nacido como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución. La inscripción registral practicada en ejecución de la referida Resolución ha sido recurrida en sede judicial.

Atendiendo a la finalidad de dotar de plena protección jurídica el interés superior del menor, así como de otros intereses presentes en los supuestos de gestación por sustitución, resulta necesario establecer los criterios que determinen las condiciones de acceso al Registro Civil español de los nacidos en el extranjero mediante esta técnica de reproducción asistida. Dicha protección constituye el objetivo esencial de la presente Instrucción, contemplado desde una



*perspectiva global, lo que comporta, al menos, abordar tres aspectos igualmente importantes: en primer lugar, los instrumentos necesarios para que la filiación tengan acceso al Registro Civil español cuando uno de los progenitores sea de nacionalidad española, como vía de reconocimiento a efectos registrales de su nacimiento; en segundo lugar, la inscripción registral en ningún caso puede permitir que con la misma se dote de apariencia de legalidad supuestos de tráfico internacional de menores y; en tercer lugar, la exigencia de que no se haya vulnerado el derecho del menor a conocer su origen biológico, según se expresa en el artículo 7, número 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, artículo 12 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, así como en Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1999.*

*Junto a los del menor, deben valorarse otros intereses presentes en los contratos de gestación por sustitución, especialmente la protección de las mujeres que se prestan a dicha técnica de reproducción, renunciando a sus derechos como madres.*

*Dentro de las competencias de ordenación y dirección que ostenta la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre los Registros civiles en virtud de las atribuciones que le confiere el artículo 9 de la Ley del Registro Civil y 41 del Reglamento del Registro Civil, mediante la presente Instrucción se fijan las directrices para la calificación de los Encargados del Registro Civil en relación con las solicitudes de inscripción de nacimiento formuladas por ciudadanos españoles, de los menores nacidos en el extranjero como consecuencia del uso de técnicas de gestación por sustitución. A estas directrices deberá ajustarse la práctica registral en esta materia en beneficio de su conveniente uniformidad y de la deseable seguridad jurídica.*

*Para garantizar la protección de dichos intereses, la presente Instrucción establece como requisito previo para la inscripción de los nacidos mediante gestación por sustitución, **la presentación ante el Encargado del Registro Civil de una resolución judicial dictada por Tribunal competente.** La exigencia de resolución judicial en el país de origen tiene la finalidad de controlar el cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del contrato respecto del marco legal del país donde se ha formalizado, así como la protección de los*

*intereses del menor y de la madre gestante. En especial, permite constatar la plena capacidad jurídica y de obrar de la mujer gestante, la eficacia legal del consentimiento prestado por no haber incurrido en error sobre las consecuencias y alcance del mismo, ni haber sido sometida a engaño, violencia o coacción o la eventual previsión y/o posterior respeto a la facultad de revocación del consentimiento o cualesquiera otros requisitos previstos en la normativa legal del país de origen. Igualmente, permite verificar que no existe simulación en el contrato de gestación por sustitución que encubra el tráfico internacional de menores.*

*El requisito de que la atribución de filiación deba basarse en una **previa resolución judicial** tiene su fundamento en la previsión contenida en el artículo 10.3 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida humana que, a través de la remisión a las reglas generales sobre determinación de la filiación, exige el ejercicio de acciones procesales y la consecuente resolución judicial para la determinación de la filiación paterna de los menores nacidos como consecuencia de gestación por sustitución. Con la presente Instrucción se protege el interés del menor, facilitando la continuidad transfronteriza de una relación de filiación declarada por Tribunal extranjero, siempre que tal resolución sea reconocida en España.*

*En relación con el reconocimiento de la resolución que determina la filiación del menor, dictada por Tribunal extranjero, la presente Instrucción incorpora la doctrina plenamente consolidada por el Tribunal Supremo. De acuerdo a esta doctrina, serán de aplicación los artículos 954 y siguientes de la LEC 1881, preceptos que mantuvieron su vigencia tras la entrada en vigor de la LEC 2000, en virtud de los cuales, será necesario instar el exequátur de la decisión ante los Juzgados de Primera Instancia, tal y como señala el artículo 955 de la LEC 1881 tras la reforma operada por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre de medidas, fiscales, administrativas y del orden social. No obstante, en aquellos casos en los que la resolución judicial derive de un procedimiento equiparable a un procedimiento español de jurisdicción voluntaria, el Tribunal Supremo ha proclamado en numerosas ocasiones, que su inscripción no queda sometida al requisito del exequátur, bastando a tales efectos con el reconocimiento incidental de la resolución como requisito previo a su inscripción.*

*En definitiva, si el encargado del Registro Civil considera que la resolución extranjera fue dictada en el marco de un procedimiento jurisdiccional de naturaleza contenciosa, denegará la inscripción de la resolución, al requerirse previamente el exequátur de ésta de acuerdo a lo establecido en la LEC. Por el contrario, si estima que la resolución extranjera tiene su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria controlará incidentalmente si la resolución puede ser reconocida en España, como requisito previo a su inscripción.*

*En los casos en los que se solicite la inscripción del nacido en el extranjero mediante gestación por sustitución sin que se presente una resolución que determine la filiación, reconocible incidentalmente o por exequátur, el encargado del Registro Civil denegará la inscripción. Ello no impedirá que el solicitante pueda intentar dicha inscripción por los medios ordinarios regulados en el artículo 10.3 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana y artículos 764 y siguientes de la LEC.*

*En consecuencia, esta Dirección General, en ejercicio de las competencias que le vienen atribuidas por el artículo 9 de la Ley del Registro Civil, 41 de su Reglamento y 7 del Real Decreto 1125/2008, de 4 de junio, ha acordado establecer y hacer públicas las siguientes directrices:*

*Primera.–1. La inscripción de nacimiento de un menor, nacido en el extranjero como consecuencia de técnicas de gestación por sustitución, sólo podrá realizarse presentando, **junto a la solicitud de inscripción, la resolución judicial dictada por Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido.***

*2. Salvo que resultara aplicable un Convenio internacional, la resolución judicial extranjera deberá ser objeto de exequátur según el procedimiento contemplado en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. Para proceder a la inscripción de nacimiento deberá presentarse ante el Registro Civil español, **la solicitud de la inscripción y el auto judicial que ponga fin al mencionado procedimiento de exequátur.***

*3. No obstante lo anterior, en el caso de que la resolución judicial extranjera tuviera su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, el encargado del Registro Civil controlará incidentalmente, como*

*requisito previo a su inscripción, si tal resolución judicial puede ser reconocida en España. En dicho control incidental deberá constatar:*

*a) La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado.*

*b) Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española.*

*c) Que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante.*

*d) Que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante. En especial, deberá verificar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente.*

*e) Que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que éste hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado.*

*Segunda.—En ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido, una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante.*

*Madrid, 5 de octubre de 2010.—La Directora General de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz <sup>408</sup>.*

Así entonces la Dirección General de los Registros y del Notariado consigue solucionar un conflicto en donde a falta de la existencia de una madre biológica, la cual no existe y nunca ha existido, ya que los menores nacieron a través de técnicas de reproducción asistida en donde los óvulos provienen de una donante y la mujer que gesta al embrión no tiene ningún vínculo biológico, ni legal con el menor, y al permitir éste Estado la gestación por subrogación, ha emitido

---

<sup>408</sup>Instrucción de 5 de octubre de 2010 Dirección General de los Registros y del Notariado sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación pos sustitución.

las directrices y requisitos con los cuales se puede proceder a la inscripción de estos menores.

En conclusión el proceso de legalización de las respectivas inscripciones en Registro Civil de los menores nacidos en el extranjero fue solucionado no con la **Resolución de la Dirección General de Registro y Notariado del 18 de febrero de 2009** sino con la **Instrucción Dirección General de Registro y Notariado de 5 de octubre de 2010** puesto que fue ésta disposición la que matizó que para que un menor nacido en el extranjero a través de subrogación asistida pudiera ser inscrito en el Registro Civil español se debía aportar la resolución jurisdiccional dictada por el Tribunal Competente, sin embargo actualmente de todos los países en donde legalmente se realizan los procesos de paternidad por subrogación tan sólo los Estados Unidos emite una resolución que se adecua al requisito solicitado por la instrucción de la Dirección General de Registro y Notariado, ya que en el momento que nace el menor se ejecuta un **juicio de parentabilidad**, y es debido a la aportación de ésta Sentencia ante el Consulado que los equipos consulares españoles en los Estados Unidos iniciaron las inscripciones de los menores nacidos en éste país hijos de parejas homoparentales compuestas por dos hombres.

Ahora bien, según todo lo expuesto, y en palabras de **Antonio Vila-Coro**, portavoz de la Plataforma Nuestros Hijos son Españoles, *“ésta instrucción fue la que permitió legalizar el registro de nuestros hijos, permitiendo sólo que estos procesos se puedan realizar en los Estados Unidos de América ya que debido a que otros Estados como Rusia, India y Ucrania no emiten una resolución judicial después del nacimiento del menor, tales procedimientos no podrían ser válidos conforme a lo expuesto en la instrucción de la Dirección General de Registros y Notariado”*<sup>409</sup>

Lo planteado en la Instrucción tiene mucho sentido puesto que de no existir un documento judicial como por ejemplo es la Sentencia de parentabilidad que se emite en el proceso judicial que se lleva a cabo en los Estados Unidos después del nacimiento del menor, no se estaría garantizando que la gestante a realizado el proceso con plena capacidad jurídica y de obra, por lo cual una Sentencia como la expuesta aparte de garantizar la paternidad de los padres y legalizar el vínculo

---

<sup>409</sup>Entrevista a Antonio Vila-Coro, portavoz de la Plataforma nuestros hijos son españoles.

jurídico con los menores, también protege tanto al menor como a la gestante, situación que no ocurre en Estados como India, Rusia o Ucrania en donde el procedimiento no garantiza que la gestante actúe en plena libertad como ocurre en los Estados Unidos de América.

## **7. Violencia intragénero y su regulación**

La violencia dentro de la pareja es una realidad social que no podemos negar que haya existido en el pasado y que exista en el presente. La CE demanda a los poderes públicos el que se promuevan para que la libertad y la igualdad del individuo sean reales y efectivas con el objetivo de alcanzar la igualdad no sólo jurídica sino real, exigiendo a los poderes públicos la adopción de medidas concretas con el fin de alcanzar los objetivos planteados en referencia a la igualdad y la libertad<sup>410</sup>.

Basándose en estas medidas se legisla la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, y concretamente en su Capítulo I, se reconoce y desarrolla el Derecho a la información, la asistencia social integral y jurídica gratuita con el objetivo de garantizar de forma eficaz los derechos constitucionales de las mujeres en lo que respecta a su Derecho Fundamental de integridad física y moral así como a la libertad y su seguridad. Esta medida legislativa es una herramienta real para el alcance de la igualdad de las mujeres y aborda directamente la problemática de la violencia dentro de la pareja pero sólo desde una perspectiva de género, tal precepto es entendible puesto que estamos hablando que el legislador intenta equilibrar las diferencias reales que existen entre los géneros y los abusos que dentro de la familia puede ocasionar el hombre hacia la mujer dentro de la pareja puesto que es una realidad que existe una violencia estructurada del hombre hacia la mujer, la cual no se pueden comparar con los problemas que se pueden suscitar dentro de las parejas del mismo género, integrar las situaciones producto de la violencia entre núcleos familiares de personas del mismo género, dentro de la Ley Orgánica contra la Violencia de Género sería deslegitimar la

---

<sup>410</sup>GONZÁLEZ IGLESIAS, Miguel Ángel. Derecho a la Información, a la Asistencia Social Integral y a la Asistencia Jurídica Gratuita. Comentarios a la Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (LO 1/2004, de 28 de diciembre). Coordinado por GONZÁLEZ BUSTOS, M<sup>a</sup> Ángeles. Edit. Iustel, 2005. Barcelona. Pág. 80.

misma y restarle el valor real de importancia que ésta demanda para poder frenar y erradicar dicha lacra social. Se puede considerar entonces que es una acción positiva el dirigir esta Ley concretamente a este tipo de violencia específica puesto que ayuda a deslegitimar esa cierta idea errónea cultural enraizada en la sociedad de que los hombres tienen “*el derecho*” de *atacar y vejar a las mujeres*”. Hay que tener en cuenta que no es lo mismo la violencia que se puede generar de un hombre hacia otro hombre, de una mujer hacia otra mujer o de una mujer hacia un hombre dentro del seno de la pareja, que la que ejerce un hombre hacia una mujer dentro de la pareja, por lo cual ésta última necesita un tratamiento jurídico específico que no mezcle todo tipo de violencia para que no se desdibuje la sanción hacia la violencia de género que de alguna manera estructura una parte del sistema sexo afectivo alimentado por el machismo de ésta sociedad.

Lo anterior no implica recordar que cualquier tipo de violencia es terrible, hay violencia en muchas situaciones, y en sí en la familia en dónde se entrecruzan diferentes variables sociales, en muchos casos existe violencia y por supuesto que existe en todos los núcleos familiares y no sólo en el conformado por un hombre y una mujer. Sin embargo, queremos resaltar, que si bien es cierto la LOMPVG sólo se centra en la violencia dentro de la pareja conformada por un hombre y una mujer o de género, la violencia intragénero o de parejas conformadas por personas del mismo sexo, no queda fuera del ordenamiento jurídico español puesto que esta tipología de violencia la podemos encuadrar dentro del concepto de violencia familiar y está incluida dentro del Artículo 173 numeral 2 del Código Penal que estipula que *“el que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de*

*dos a cinco años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica*<sup>411</sup>. Se puede entender entonces que al hablar el legislador de la figura del conyugue la violencia intragénero o la violencia familiar en sí dentro de una pareja conformada por personas del mismo sexo queda penalizada y cuenta con las garantías jurídicas dentro del ordenamiento jurídico.

---

<sup>411</sup> Artículo 173. Numeral 2 del Código Penal.



### **Capítulo III**

#### **TRANSEXUALIDAD Y DERECHOS FUNDAMENTALES:**

#### **LA IMPORTANCIA DE POLÍTICAS DE IGUALDAD DENTRO DEL ÁMBITO DE LA IDENTIDAD DE GÉNERO**

Dentro del colectivo LGTB, las personas transexuales han sido el grupo social que se ha visto más afectado por la discriminación social y legal. La identidad transexual aún se desconoce y está mucho más invisibilizada que la homosexualidad o incluso la bisexualidad, tal realidad, la de ser invisible, ha tenido también un precio en el ámbito legal: el no reconocimiento de sus Derechos Fundamentales en la gran mayoría de Estados del mundo.

La identificación o percepción propia, única y persistente de la individualidad femenina o masculina es lo que se conoce como identidad de género o identidad sexual. Por lo cual, independientemente de lo que la biología pueda determinar en su nacimiento, las personas psicológicamente nos identificamos con un género u otro, las personas transexuales se sienten identificadas con el sexo contrario al de su nacimiento o sexo genético, tal situación trasladada al ámbito legal conlleva diversas dificultades jurídicas para éste colectivo dado que, a menos que exista una Ley que abarque esta realidad solucionando su día a día en aras del bienestar del sujeto de derecho, estas personas se encuentran en una constante colisión jurídica dentro de todos los ámbitos sociales puesto que su documentación legal está en discordancia con su identidad de género, con su verdadera identidad, transgrediendo el libre desarrollo de su identidad y de una manera transversal todos sus Derechos Fundamentales.

El Parlamento Europeo legisló su **Resolución A3-16/89 de 12 de 1989** sobre la discriminación de las personas transexuales en la Comunidad Europea en donde pedía a los Estados miembros que revisaran sus legislaciones sobre los siguientes puntos teniendo en cuenta que el procedimiento para un cambio de sexo para las los transexuales aún no se encontraba regulado en todos los Estados miembros de la Comunidad y que los costes del mismo no corren a cargo de la seguridad social, se tuviera en cuenta que:

*“ Deplorando que los transexuales estén todavía discriminados, marginados y a veces criminalizados en todas partes; consciente de que el índice de desempleo de los transexuales durante la fase del cambio de sexo es de un 60 a un 80%; Considerando que la transexualidad es un problema psicológico y médico, pero también un problema de la sociedad, que no sabe hacer frente a un cambio de los papeles sexuales específicos culturalmente establecidos; Tiene el*

*convencimiento de que la dignidad humana y el derecho al libre desarrollo de la personalidad debe abarcar el derecho a vivir de acuerdo con la identidad sexual; Pide a los Estados miembros que aprueben disposiciones sobre el derecho de los transexuales a un cambio de sexo de carácter endocrinológico, plástico-quirúrgico y estético, el procedimiento y la prohibición de su discriminación;*

*El procedimiento debería, como mínimo, conceder las siguientes posibilidades:*

- a) Diagnóstico diferencial, psiquiátrico y psicoterapéutico, de la transexualidad en el sentido de ayuda al auto diagnóstico.*
- b) Período de consulta: seguimiento y apoyo psicoterapéutico, información sobre lo que supone el cambio de sexo, reconocimientos médicos.*
- c) Control diario del comportamiento de las hormonas, lo que significa vivir de acuerdo con la nueva identidad sexual durante por lo menos un año.*
- d) Operación quirúrgica practicada, tras ser autorizada por un equipo de profesionales integrado por un o una médico especialista, un o una psicoterapeuta, y, llegado el caso, por un o una representante nombrado o nombrada por el afectado o la afectada.*
- e) Reconocimiento jurídico: cambio del nombre, corrección de la inscripción del sexo en la partida de nacimiento y en el documento de identidad.*
- f) Posterior asistencia psicoterapéutica y médica.*

*1. Pide al Consejo de Europa que promulgue una Convención sobre la protección de los transexuales;*

*2. Pide a los Estados miembros que traten de que los costes del tratamiento psicológico, endocrinológico, quirúrgico, plástico-quirúrgico y estético de los transexuales corran a cargo de la seguridad social;*

*3. Pide a los Estados miembros que concedan prestaciones sociales a los transexuales que, inmerecidamente, hayan perdido su trabajo o su vivienda por razón de su adaptación sexual;*

*4. Pide a los Estados miembros que creen consultorios para transexuales y que protejan financieramente a las organizaciones de autoayuda;*

*5. Pide a los Estados miembros que den información sobre los problemas*

*de los transexuales en particular a los miembros de sus servicios sociales, a la policía, a los funcionarios de fronteras, a las centrales de información, a la administración militar, a los centros de detención;*

*6. Pide a la Comisión y al consejo que dejen claro que las directivas comunitarias relativas a la equiparación de hombres y mujeres en el lugar de trabajo también prohíben una discriminación de los transexuales;*

*7. Pide a la Comisión, al Consejo y a los Estados miembros que preparen documentos de identidad donde conste, a petición del interesado, la condición de transexual del titular durante el período de adaptación sexual, que los identifiquen como tales y que sean reconocidos en toda la Comunidad;*

*8. Pide al Consejo de Ministros y a los Estados miembros que, a la hora de unificar el derecho de asilo, incluyan como causa de asilo la persecución por motivo de transexualidad;*

*9. Pide a la comisión que, en el marco de sus programas de promoción, facilite medios para una investigación más profunda de la transexualidad, de la propagación de la misma y de los conocimientos médicos existentes en materia de transexualidad”<sup>412</sup>.*

Así entonces el Parlamento Europeo consciente de la realidad vivida por el colectivo transexual legisla una resolución que visibiliza la realidad de las personas transexuales en Europa e insta a los Estados miembro a que empiecen a estudiar como solucionar los diferentes conflictos relacionados con su documentación, tratamientos de reasignación, re-inserción social y laboral dejando claro que es evidente la vulneración de sus Derechos Fundamentales.

La población transexual por la tanto ha sido excluida y en la mayoría de los Estados sigue siendo un colectivo el cual sufre una múltiple discriminación. Así mismo, la transexualidad también es víctima de la violencia de género y el machismo pues es una realidad que las mujeres transexuales cotidianamente

---

<sup>412</sup>Resolución A3-16/89 de 12 de septiembre de 1989 del Parlamento Europeo.

viven constantes vejaciones por razón de su identidad de género, son discriminadas por ser mujeres y algunas de ellas por otras circunstancias más como pueden ser por razón de raza, nacionalidad, su seroestatus<sup>413</sup>, entre otras más.

Por otra parte, las necesidades sociales y legales de las personas transexuales apenas están siendo sujeto de análisis en el mundo actual. Es un hecho constatado que la vivencia de una identidad de género diferente a la del sexo biológico provocan situaciones y problemáticas personales, jurídicas, familiares y sociales que no experimentan las personas que no son transexuales. El colectivo entonces desde el punto de vista social y legal ha vivido una discriminación más profunda que lesbianas, gays y bisexuales.

## **1. Avances legales en materia del reconocimiento de los Derechos Fundamentales de las personas transexuales**

### **1.1. España**

Las transformaciones legales habidas en España en materia de derechos para las personas transexuales han sido fruto de la presión ejercida por el asociacionismo y el movimiento LGTB, en especial el ejercido por la **Federación Estatal de Lesbianas, Gays, Transexuales y Bisexuales (FELGTB)**, a los diferentes Gobiernos, partidos políticos y sindicatos para que pudieran comprender la realidad del colectivo transexual, así mismo para que ese cambio legal se pudiera desarrollar, las organizaciones LGTB utilizaron como herramienta la visibilidad transexual para que la sociedad en general entendiera las reivindicaciones legales y sociales que desde este colectivo se demandaba.

Las bases del reconocimiento de los derechos de las personas transexuales las podemos encontrar en la Constitución Española. El Artículo 1 reconoce que España se proclama un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la *libertad*, la justicia, la *igualdad* y el pluralismo político. Así mismo, el Artículo 10 establece que *“la dignidad de la personas, los derechos inviolables que le son inherentes, el*

---

<sup>413</sup>Estado serológico de una persona que cual indica si presenta o no anticuerpos del VIH.

*libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento de orden político para la paz*<sup>414</sup>.

Igualmente, la Constitución Española en el Capítulo de Derechos y Libertades, recoge el Artículo 14, que expone por primera vez la igualdad ante la Ley de la ciudadanía y contra la discriminación con el siguiente texto:

*“Los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”*<sup>415</sup>. Este texto fue el punto de partida para muchas reivindicaciones del movimiento LGTB español ya que se trataba del primer punto de apoyo a la diversidad, en este caso la partida para defender el Principio de la No Discriminación por razones de orientación sexual y/o identidad de género.

La Ley Orgánica 8/1983 de 25 de junio que reformó parcialmente el Código Penal, incluyó un párrafo en el artículo 428 que expresamente reconocía *“el consentimiento libre y expresamente manifestado, exime de responsabilidad en los supuestos de trasplante de órganos, esterilizaciones y cirugía transexual, efectuados legalmente y por facultativos”*<sup>416</sup>. Hasta esta fecha la transexualidad estuvo penalizada en España, incluso durante los cinco primeros años de democracia, no obstante el colectivo transexual siguió siendo objeto de persecución legal en determinadas ocasiones acusándoles de escándalo público, tal situación fue, al menos legalmente subsanada, en la reforma del Código Penal por la Ley Orgánica de 9 de junio de 1.988, la cual suprime el delito de escándalo público.

En los últimos 30 años se ha superado entonces la situación legal del hecho transexual pasando de la penalización a la legalización.

Sin embargo, España seguía sin tener una legislación específica para las personas transexuales, los logros que se obtuvieron aparte de las modificaciones legales anteriormente expuestas, se generaron a través de las Sentencias emitidas por los jueces. El 2 de julio de 1.987, el Tribunal Supremo reconoció el Derecho de una persona transexual en la Comunidad Autónoma de Canarias en su Sentencia 02/07/87 al inscribirse legalmente con otro sexo y nombre que el

---

<sup>414</sup>Artículo 2. Constitución Española.

<sup>415</sup>Artículo 14 Constitución Española.

<sup>416</sup>Art. 428. Ley Orgánica 8/1983 de 25 de junio.

inscrito en el momento de su nacimiento, éste hecho creó jurisprudencia en lo que respecta a la realidad de las personas transexuales en el país. Años después, en 1.991 se unifican los criterios exigiendo la irreversibilidad física tras la cirugía, dándosele mayor prioridad al sexo psicológico que al biológico, sin embargo hasta la fecha se contempla, en este caso a la mujer transexual como una “ficción de hembra” ya que se le negaban los derechos o negocios jurídicos adyacentes al nuevo sexo, como el matrimonio y la adopción, generando un limbo jurídico para las personas transexuales al igual que el de sus familias, en especial a las mujeres que elegían pasar por una cirugía de reasignación sexual para poder cambiar su documentación según se estableció en las Sentencias del Tribunal Superior: 4665/1987<sup>417</sup>, 5590/1988<sup>418</sup> y 1564/1989<sup>419</sup>. Así entonces se empezó a dictar jurisprudencia en materia de rectificación registral de nombre y mención al sexo de las personas amparándose en los artículos 10 y 14 de la Constitución española, que declaran respectivamente el Derecho de las personas al Libre Desarrollo de la Personalidad y la prohibición por discriminación por razón de sexo, las Sentencias se basaron en la realidad psico-social de las personas trans.

Particularmente, la Sentencia 1564/1989 argumenta que *“a la hora de valorar los parámetros que, con mayor peso, habrán de influir en nuestra decisión de clasificar al individuo en uno de los dos géneros sexuales que el derecho reconoce -tertium nom licet- es evidente que no podrá ser el factor cromosómico el que predomine aún sin negarle su influencia, ni aún tampoco el gonadal, muchas veces equívoco y, en ocasiones, parcialmente modificado por la técnica quirúrgica y médica, sino el fenotípico, que atiende al desarrollo corporal y, con mayor fuerza, al psicológico que determina el comportamiento caracterial y social del individuo. Y ello, no sólo por que son los factores psíquicos los más nobles de una persona y los que determinan su diferencia con las especies de grado inferior, sino también porque en los factores anímicos anida el centro del desarrollo de la personalidad”*<sup>420</sup>.

Sin embargo, a pesar de estos avances, las personas transexuales tenían que seguir recurriendo a los Tribunales y Juzgados para lograr el anhelado

---

<sup>417</sup> <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=match=TS&reference=1169036&links=transexualidad&optimize=20051011&publicinterface=true>

<sup>418</sup> ídem.

<sup>419</sup> ídem.

<sup>420</sup> López Galiacho Perona, Javier. La Problemática Jurídica de la Transexualidad. Editorial Mc Graw Hill. Madrid. Pág. 185.

cambio de nombre y sexo en su documentación: DNI, pasaporte, seguridad social, tarjeta sanitaria, entre otros. Esta precaria situación creadora de un vacío legal fue la precursora de que la Audiencia Provincial de Valencia denegará en el año de 2.003 el cambio legal de nombre y sexo en su documentación a un hombre transexual, sometido previamente a histerectomía (extirpación de útero y ovarios) y a una mastectomía (extirpación de mamas), por el único motivo de no haberse operado sus genitales y someterse a una faloplastia, a pesar de que mucho informes médicos afirmaban la peligrosidad de esta intervención quirúrgica contraindicándola por el gran riesgo que podía sufrir el paciente. Esta decisión judicial acarrea graves consecuencias para el Libre Desarrollo de la Personalidad de este individuo vulnerando así gravemente sus Derechos Fundamentales.

Tesis como la expuesta por la Audiencia Provincial de Valencia obligaban a las personas transexuales a pasar sí o sí por las cirugías de reasignación sexual tal como lo expresa en su decisión: *“De conformidad con la doctrina jurisprudencial antes expuesta, el recurso de apelación debe ser desestimado, pues en el presente caso si bien la demandante, sufre un trastorno de identidad sexual, habiendo sido sometida a unas intervenciones quirúrgicas de mastectomía e histerectomía, que han sufrido sus caracteres físicos femeninos, no se la ha podido implantar el aparato sexual masculino. Sin que la posibilidad de llevar a cabo dicha intervención quirúrgica por problemas ajenos a la voluntad de la actora, como es el grave riesgo para su vida si se efectuara dicha operación, puede tener el efecto que pretende tener la parte apelante, consistente en que se le debe eximir de ese requisito que la doctrina jurisprudencial viene a exigir, como es la implantación de los órganos sexuales semejantes a los correspondientes al sexo que emocionalmente siente como propio”*<sup>421</sup>. Como se puede entender, el caso de los hombres transexuales es más complejo, se entendía por parte del poder judicial que para ser “un hombre completo” debía de haberse construido un pene a través del procedimiento quirúrgico de una faloplastia, el no hacerlo implicaba el no poder acceder a la documentación que permitía a estas personas poder recuperar su dignidad y la igualdad social, la cual no era reconocida dentro del Estado de Derecho. El problema es que esta cirugía concretamente es altamente compleja y muchos hombres transexuales se negaban a ser intervenidos para realizar esta cirugía. En síntesis la condición sine quae non de

---

<sup>421</sup>Sentencia del la Audiencia Provincial de Valencia nº 832, de 30/12/2.003.



que las personas transexuales debieran pasar por cirugías de reasignación sexual para poder cambiar toda su documentación violaba transversalmente sus Derechos Humanos. Las mujeres transexuales que accedían a operarse lo tenían más sencillo en el sentido que sus órganos sexuales externos podían ser físicamente reconstruídos pero la realidad es que no todas las personas transexuales, independientemente de su género, querían ser sometidas a la reasignación de sus órganos genitales fuera por motivos de salud o porque sencillamente no querían ser expuestas a una intervención quirúrgica para poder cambiar su documentación, este hecho fue uno de los principales puntos a reivindicar por el movimiento LGTB en la defensa de los Derechos Humanos de las personas transexuales.

En referencia a los matrimonios de las personas transexuales, el 9 de septiembre de 2.001 se celebró en Igualada, Barcelona, la primera boda de una persona transsexual en España. Así mismo, la primera Sentencia favorable para el matrimonio de una persona transsexual fue emitida el 08/01/2001 desestimando el recurso presentado por el Ministerio Fiscal y confirmando la resolución del encargado del Registro Civil de Melilla que autorizaba el matrimonio entre una persona nacida varón, cuyo sexo de nacimiento ha sido rectificado judicialmente por el de mujer, con un hombre.

En lo que respecta al avance legal del reconocimiento de los Derechos Fundamentales de las personas transexuales, estos serían alcanzados en gran parte en España por la **Ley 3/2007 de 22 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas**. El objetivo de esta Ley fue regular los requisitos necesarios para acceder al cambio de documentación relativa al sexo de las personas en el Registro Civil cuando dicha inscripción no se corresponde con su verdadera identidad de género. Así mismo, contempla también el cambio del nombre con el sexo con el cual se identifica la persona.

La Ley 3/2007 de 22 de marzo garantizó la dignidad de las personas transexuales ofreciendo una respuesta a una realidad social, para que la inicial asignación registral del sexo y del nombre propio pudieran ser modificadas, con la finalidad de garantizar el Derecho a Libre Desarrollo de la Personalidad, el Derecho a la Igualdad y la Dignidad de las personas cuya identidad de género no

se corresponde con el sexo con el que inicialmente fueron inscritas en el Registro Civil.

De acuerdo con la regulación establecida, la rectificación registral del sexo y el cambio del nombre se dirigen a constatar como un hecho cierto el cambio **ya producido** de la identidad de género, de manera que queden garantizadas la seguridad jurídica y las exigencias del interés general. Para que ello se cumpla, este cambio de identidad debe acreditarse correctamente, y la rectificación registral tiene que llevarse a cabo de acuerdo con la regulación de los expedientes gubernativos del Registro Civil español.

Mediante la Ley 3/2007, de 22 de marzo, España se suma a aquellos Estados que cuentan con una legislación específica que da cobertura y seguridad jurídica a la necesidad de las personas transexuales adecuadamente diagnosticadas, de ver corregida la inicial asignación registral de su sexo, la cual es contradictoria con su verdadera identidad de género, así como a ostentar un nombre que no resulte discordante con su identidad y con el cual se sienta plenamente identificada la persona interesada que realiza dicho cambio registral.

A continuación, se procede a citar los requisitos legales exigidos en la Ley para poder solicitar la rectificación registral del cambio de sexo en el Registro Civil:

Tenemos que empezar resaltando que **sólo pueden acceder a lo estipulado en ésta Ley los ciudadanos españoles**, ningún extranjero puede acogerse a los presupuestos estipulados en la Ley 3/2007 de 22 de marzo. Desde el punto de vista global que abarca toda la realidad “*de todas las personas transexuales que viven en España*”, el que esta Ley sólo beneficie a los ciudadanos españoles tiene una gran limitación, así lo expone la Ley en su Artículo 1 en donde expresamente afirma que sólo podrán hacer uso de esta Ley los nacionales españoles<sup>422</sup>, este punto ha sido motivo de crítica para el movimiento LGTB, en especial para el transexual. Desde el punto de vista jurídico, basándonos en el hecho en que para poder que las personas extranjeras pudieran hacer uso de este avance jurídico se hubiera tenido que haber modificado la Ley de extranjería, máxime si partimos de la base que las personas extranjeras sólo pueden ser identificadas por el Estado español con los datos con

---

<sup>422</sup>Art. 1. Ley 3/2007 de 22 de marzo.

los cuales se identifican las mismas en sus países de origen, es con esta información con la cual España puede expedir documentación a las personas extranjeras, sin embargo, los colectivos LGTB, en especial las agrupaciones de transexuales, reivindican que los Derechos Humanos de las personas trans extranjeras se vulneran al no poder ser beneficiadas con el contenido de esta Ley. Jurídicamente se entiende el por qué el legislador ha dejado por fuera esta realidad, desde el punto de vista social y humano, entendemos por qué el movimiento LGTB demanda que se subsane el vacío legal y social en el cual han quedado las personas transexuales extranjeras, sobre todo porque esto incrementa el peligro de exclusión social del colectivo transexual extranjero.

Por lo tanto, en la actualidad, la única forma por la cual las personas transexuales extranjeras pueden acceder al cambio de su sexo y nombre en su documentación es adquiriendo la nacionalidad española, lo que nos lleva a analizar las diferentes situaciones jurídico sociales que se pueden generar en este caso, ya que por ejemplo los ciudadanos de la Unión Europea no necesitan cambiar su documentación para poder residir y trabajar en el territorio español ni en ningún otro Estado miembro de la Unión, sin embargo, aquellas provenientes de Estados en donde no se permite el cambio registral de nombre y sexo a las personas transexuales como por ejemplo Rumanía, para poder acceder a la nacionalidad española, primero deben haber residido 10 años en el Estado español para iniciar el trámite de solicitud de nacionalidad y segundo algunos no permiten tener doble nacionalidad, por lo que en algunos casos los interesados deben renunciar a su nacionalidad de origen para poder acceder a la española, este es el caso de Rumanía que no permite tener doble nacionalidad. Este problema jurídico social no lo tiene ningún otro ciudadano rumano, es un conflicto que no lo tiene por ejemplo un ciudadano extranjero gay, bisexual o una lesbiana, mucho menos una persona heterosexual, esta situación realmente sólo es sufrida por el colectivo transexual.

Por otra parte, tenemos que observar las diversas realidades del colectivo transexual extranjero no comunitario, ya que aquí también hay diferencias, pues las personas provenientes de los Estados hispanoamericanos, Portugal, Guinea Ecuatorial y Filipinas pueden iniciar el proceso para acceder a la nacionalidad española después de haber vivido en calidad de residente durante dos años en el territorio español, por lo cual les permite iniciar la solicitud de nacionalidad

española con un periodo menor a los extranjeros procedentes de otros Estados y posteriormente, una vez tengan la doble nacionalidad, hacer uso de la Ley 3/2007 de 22 de marzo. Contrariamente el colectivo transexual inmigrante que no sea procedente de los Estados anteriormente citados deben residir primero con su identificación de origen durante diez años para poder “iniciar el proceso de nacionalización”, y cuando la administración de respuesta favorable, si lo da, posteriormente deberá empezar el proceso de cambio de nombre y sexo en su nueva documentación española. Esta situación es un drama real para el colectivo transexual inmigrante generando que sus Derechos Fundamentales sean vulnerados por un rango amplio de tiempo.

Por otra parte, es importante citar en esta investigación que el Artículo 3 de la Ley expone que *“la competencia para conocer de las solicitudes de rectificación registral de la mención del sexo corresponderá al Encargado del Registro Civil del domicilio del solicitante”*<sup>423</sup> y no a ningún otro funcionario, lo que deja por fuera a los jueces y magistrados en el desarrollo de todo este proceso, convirtiéndose éste en uno meramente administrativo.

Otro requisito es el de ser mayor de edad, y éste es otro tema que socialmente ha resultado un poco complejo de ser tratado para la realidad de algunos jóvenes transexuales, incluso para aquellos que cuentan con el apoyo de sus padres para poder realizar los cambios anhelados tanto en el Registro Civil como aquellos que están interesados en iniciar el proceso transexualizador, el cual como se verá posteriormente es requisito sine cuanom para poder cambiar la documentación. Si bien es cierto se entiende la posición del legislador en sólo facultar quien tenga la mayoría de edad para iniciar el proceso, no podemos negar que la situación que viven muchos jóvenes transexuales podría ser remediada si empezaran con su proceso transexualizador desde el momento que ellos así lo demanden, evidentemente con el visto bueno del equipo médico y los profesionales de salud. Sobre estos mismo hechos, la activista transexual y Diputada del Grupo Socialista en la Asamblea de Madrid, Carla Antonelli afirma que *“las organizaciones que trabajan para ampliar los derechos de gays, lesbianas, transexuales y bisexuales, y que estiman en un uno el porcentaje de personas que nacen con una identidad sexual que no se corresponde con su anatomía, coinciden en la necesidad de revisar la legislación para que no sea*

---

<sup>423</sup>Artículo 3. Ley 3/2007 de 22 de marzo.

*necesaria la autorización judicial en el caso de los menores*<sup>424</sup>. Por otra parte, desde la coordinación del Área Transexual de la FELGTB (2009-2012) se entiende que *"negar la transexualidad hasta la mayoría de edad sólo alarga el sufrimiento de la juventud, que debería tener los mismos derechos que el resto y poder decidir, por supuesto contando con la opinión de los profesionales sanitarios. Para subrayar la gravedad del problema, Cambrolle destaca que un diez por ciento de los transexuales que reciben tratamiento en la Unidad de Trastorno de Identidad de Género del Hospital Carlos Haya de Málaga -Andalucía fue la primera comunidad autónoma en incluir la cirugía de reasignación de sexo en la sanidad pública-, son menores. "¿Por qué prolongar su sufrimiento?, insiste*<sup>425</sup>.

Así mismo, la persona tiene que tener plena capacidad para obrar por lo que tendrá que ser mayor de edad tal como lo establece el Código Civil<sup>426</sup>. Así mismo, el sujeto no puede presentar una incapacidad que le impida gobernarse por sí mismo<sup>427</sup> por lo que no debe ser interdicto, teniendo que estar en plena capacidad mental y jurídica para poder hacer uso de esta Ley.

Igualmente es necesario un **informe de diagnóstico de disforia de género** el cual debe de ser emitido por un médico ó psicólogo clínico que se encuentre colegiados. Éste, debe incluir una mención de la existencia de la disforia<sup>428</sup> así como la ausencia de trastornos de la personalidad. Tal informe puede ser relativo al tratamiento médico, hormonal o quirúrgico, por lo que la gran mayoría de las personas transexuales se presentan habiéndose sometido sólo al tratamiento hormonal, el cual es el primer paso para iniciar el proceso transexualizador. Este hecho es de suma importancia porque tal como dice el Artículo 4.2 de la Ley 3/2007 de 22 de marzo **"No será necesario para la concesión de la rectificación registral de la mención del sexo de una persona que el tratamiento médico haya incluido cirugía de reasignación sexual"**<sup>429</sup>. Así mismo incluye que *"los tratamientos médicos a los que se refiere la letra b) del apartado anterior no serán un requisito necesario para la concesión*

---

<sup>424</sup>Diario Digital Transexual: <http://www.carlaantonelli.com/notis-24012010-menores-transexuales-colectivos-medicos-activistas-especialistas-de-espana-opinan.htm>

<sup>425</sup>Mar Cambrolle, Coordinadora del Área Transexual de la FELGTB (2009-2012), según la realidad de las personas transexuales jóvenes.

<sup>426</sup> Artículo 315, Código Civil español.

<sup>427</sup> Artículo 200, Código Civil español.

<sup>428</sup>Disonancia entre el sexo morfológico o género fisiológico.

<sup>429</sup>Artículo 4.2. Ley 3/2007 de 22 de marzo.

*de la rectificación registral cuando concurren razones de salud o edad que imposibiliten su seguimiento y se aporte certificación médica de tal circunstancia*". Estos artículos humanizan la realidad de las personas transexuales ya que no condicionan su cambio de documentación al paso por un quirófano para poder cambiar sus documentos de identidad como ocurría en el pasado y como se exige en otros Estados del mundo que han legislado la realidad transexual. La Ley también exonera del tratamiento médico a las personas que por razones de salud o edad, (se refiere a las personas mayores que por razones médicas no lo puedan realizar), no puedan someterse a éste.

Por otra parte como nos expone el ***Informe de la Situación de las Personas Transexuales y Transgénero de Euskadi***, realizado por la **Defensoría del Pueblo de Euskadi**, "aquellas personas que se hayan sometido a esta cirugía antes de la entrada en vigor de la Ley están exentas de acreditar el informe diagnóstico de disforia de género y el relativo al tratamiento hormonal, siendo necesario, eso sí, que acrediten la realización de dicha cirugía mediante informe médico"<sup>430</sup>.

Este informe debe hacer constar que bajo la dirección del personal médico que se han realizado los tratamientos correspondientes para organizar las características físicas externas del individuo a las correspondientes al sexo reclamado, mediante informe de un médico forense especializado<sup>431</sup>.

El tiempo mínimo requerido para poder modificar la documentación legal de sexo y nombre es de dos años de hormonación, sin embargo algunas personas transexuales afirman que este requisito no tiene sentido, ya que durante este tiempo el no tener la documentación acorde a su sexo psicológico es un grave problema para poder desarrollarse libremente dentro de la sociedad<sup>432</sup>.

Una vez obtenida la rectificación en mención al sexo y el nombre de la persona en el Registro Civil, se renueva el documento nacional de identidad el cual está exento de abono de tasas, y posteriormente, la persona interesada podrá modificar el resto de documentos en los que aparezcan sus antiguos datos.

---

<sup>430</sup>Arakateko, Defensoría del Pueblo Vasco. La situación de las personas Transexuales y Transgénero en Euskadi. Informes extrarodinarios. Editorial, Gráficas Santa María. 2009. Pág. 100.

<sup>431</sup>Idem.

<sup>432</sup>Idem. Pág 101.

Con este procedimiento, a efectos legales, la rectificación permite a las personas transexuales ejercer todos sus derechos inherentes a su nueva identidad, lo cual faculta a que su documentación esté en concordancia con su aspecto físico exterior y con su sexo psicológico.

En referencia a los avances realizados en materia legal en beneficio de las personas transexuales **se puede valorar esta Ley como avanzada pero desde el punto registral**, puesto que es la materia que se desarrolla en ella ya que el texto no incluye los permisos de residencia para las personas transexuales extranjeras, debido a que estos documentos administrativos no se piden en base al Registro Civil español sino respecto al Registro Civil del país de origen del extranjero, por lo cual desde el punto de vista socio jurídico éste tema continúa quedando pendiente. Por otra parte el tratamiento clínico, tal como desarrollaremos posteriormente, no está incluido en el desarrollo de la Ley debido a que la Sanidad Pública no entra dentro de las competencias en materia de Registro Civil. De la misma manera esta Ley no incluye la realidad de los menores de edad transexuales porque el legislador consideró que para estos menores las preocupaciones más inmediatas eran la atención sanitaria y educativa. En conclusión la Ley beneficia al colectivo transexual y ha significado un avance en los Derechos Humanos del colectivo pero aún así es una realidad que puede ser mejorable y que no ha terminado englobando las soluciones que la realidad transexual demanda para que respeten los Derechos Fundamentales de este grupo social.

Ahora bien, si bien es cierto la Ley 3/2007, de 22 de marzo legisla la realidad de las personas transexuales en cuanto al cambio de su documentación, la norma deja por fuera lo que respecta al tratamiento clínico integral de la reasignación de sexo.

La Constitución Española reconoce en su Artículo 43 el Derecho a la protección a la salud, añadiendo que *“compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios sanitarios”*, su principal garante es el Sistema Nacional de Salud y subsidiariamente los sistemas sanitarios gestionados por las Comunidades Autónomas, las cuales también tienen competencia legislativa en lo que se refiere a la organización de materias de salud y de sus prestaciones sanitarias. Hoy por

hoy, la sanidad pública no recoge el Derecho de las personas transexuales a recibir el adecuado tratamiento clínico de reasignación de sexo, tan sólo se cubre las cirugías que por motivos intersexuales patológicos<sup>433</sup>. Ahora bien, sí que existen Comunidades Autónomas que en la actualidad disponen de Unidades de Trastorno de Identidad de Género como Catalunya, Asturias, Madrid, Euskadi y Andalucía, Comunidad Autónoma que lleva trabajando en este campo desde finales de los años noventa dentro del Servicio de Salud Andaluz (SAS) en el Hospital Carlos Haya, con un equipo multidisciplinar que ofrece el tratamiento clínico integral (atención psicológica, tratamiento hormonal y operación de reasignación de sexo), desde que en 1.999 este fuera incluido en el catálogo de prestaciones sanitarias por la Junta de Andalucía<sup>434</sup>. Así mismo la Junta de Extremadura incluyó el tratamiento clínico de reasignación de sexo en su sistema público de salud, garantizando la asistencia sanitaria de las personas transexuales a través de un convenio de colaboración con el Sistema Andaluz de Salud.

La realidad es que las personas transexuales tienen el Derecho que el Estado solucione la necesidad social de la inclusión del tratamiento clínico integral de reasignación de sexo en el sistema público de salud. Se tiene que comprender que la única forma de aliviar la angustia constante y el sufrimiento de las personas transexuales, debido a la persistente contradicción anatómica con su verdadera identidad de género, consiste en proporcionar el acceso a dicho tratamiento clínico. Por otro lado, está el punto de vista económico, ya que las personas transexuales que viven en Comunidades Autónomas que no cuentan con la atención médica directa a personas transexuales, o en Comunidades Autónomas como Castilla-La Mancha que derivaron hasta el 2011 a sus pacientes a otra Comunidad como Andalucía, aceptando la canalización de procesos transexualizadores, deben recurrir a la sanidad privada, esta situación de desprotección social produce un efecto de discriminación fundada en recursos económicos.

Ahora, ya ahondando dentro dentro del ámbito autonómico, encontramos la **Ley Foral 12/2009, de 19 de noviembre, de no discriminación por motivos de identidad de género y reconocimiento de los derechos de las personas**

---

<sup>433</sup>Anexo III, Apartado 5. Real Decreto 63/1995 de 20 de Marzo. Sobre Ordenación de Prestaciones Sanitarias del Sistema Nacional de Salud (BOE 10/02/1995).

<sup>434</sup>Boletín Oficial de la Junta de Andalucía nº 307, de 09/03/1999.



**transexuales**, la cual tuvo como objetivo el reconocimiento de los Derechos Humanos de las personas transexuales, así entonces el Parlamento Foral de Navarra manifestó en su exposición de motivos que aunque la regulación de la Ley de Rectificación Registral Relativa al Sexo de las Personas ha sido un avance, tal hecho era solo parcial, *“ya que se detiene únicamente en los requisitos necesarios para acceder al cambio de la inscripción relativa al sexo de la persona en el Registro Civil”*<sup>435</sup> manifestando que *“la Ley Foral no define cuales son los supuestos para el cambio registral de nombre, sino que define qué considera el legislador es una persona transexual y cómo se acredita tal condición, para que los derechos que en esta Ley Foral se definen sean efectivos en el ámbito competencial propio de la Comunidad Foral de Navarra”*<sup>436</sup>.

Esta Ley entonces tiene como objeto que las Instituciones Públicas en general proyecten un discurso respetuoso hacia las personas transexuales, lo cual incluye incluso la puesta en marcha de medidas idóneas de discriminación positiva dentro de los mecanismos de empleo e inclusión ya existentes, la activación de programas de educación y captación y del desarrollo de planes de inserción laboral para los casos de riesgo de exclusión social de las personas transexuales.

La Ley fue propuesta por iniciativa de Nafarroa Bai y apoyada por el PSN<sup>437</sup>, IUN<sup>438</sup> y CDN<sup>439</sup>. Así entonces la Comunidad Foral de Navarra hasta el 2012<sup>440</sup> fue la única Comunidad Autónoma que garantizó que las personas transexuales se pudieran adoptar socialmente a su sexo identitario, a recibir de la Administración Foral de Navarra una atención integral y adecuada a las necesidades médicas, jurídicas y psicológicas necesarias en el proceso transexualizador.

Según el Artículo 3 de la Ley Foral, se consideran beneficiarias de las prestaciones de esta legislación todas las personas residentes en la Comunidad Autónoma de Navarra, que con independencia de su situación legal o administrativa, tengan la condición de ser transexuales. Esta disposición abarca

---

<sup>435</sup>Exposición de Motivos: Ley Foral 12/2009, de 19 de noviembre, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales.

<sup>436</sup>Ídem .

<sup>437</sup>Partido Socialista de Navarra.

<sup>438</sup>Izquierda Unida de Navarra.

<sup>439</sup>Convergencia Demócratas de Navarra.

<sup>440</sup>En Julio de 2012 la Comunidad Autónoma del País Vasco legisla una Ley dirigida hacia las personas transexuales que abarcaría más derechos que la legislada en la Navarra.

un espacio bastante amplio ya que otorga Derechos por ejemplo a las personas transexuales inmigrantes residentes en Navarra que se encuentren en situación de irregularidad.

Igualmente, la norma contempla una disposición específica que precisa que los menores de edad transexuales tienen pleno derecho a recibir un diagnóstico oportuno y un tratamiento médico relativo a su identidad de género, especialmente en lo que respecta a la terapia hormonal.

En general la Ley pretende brindar calidad de vida a las personas transexuales, por ello no sólo contempla aspectos en materia de salud pública sino también ámbitos como el laboral, el social o educativo. Es importante citar que esta Ley reconoce también el Derecho de las y los transexuales a las prestaciones quirúrgicas aparte de las otras medidas sanitarias necesarias en el proceso transexualizador.

Para garantizar el cumplimiento de la Ley por parte de los funcionarios públicos, la Ley contempla la creación de una comisión de expertos encargados de realizar un **“Guía Clínica de Atención Integral a las Personas Transexuales”** y la regulación, dentro de la Osasunbidea (servicio navarro de salud) de una unidad de referencia en materia de transexualidad. Igualmente se pretende que todas las Instituciones públicas proyecten a través de sus funcionarios y el sistema educativo un discurso respetuoso con todas las orientaciones sexuales y la transexualidad, lo cual incluye la puesta en marcha de medidas adecuadas de discriminación positiva dentro de los mecanismos ya existentes, la activación de programas y capacitación y el desarrollo de planes de inserción laboral para casos de riesgo de exclusión social, lo cual es bastante innovador y oportuno pues no podemos olvidar que el colectivo transexual es uno de los grupos sociales que presenta más peligro de exclusión social en especial en el caso de las mujeres transexuales, las cuales en muchas ocasiones son obligadas a ejercer la prostitución por no poder encontrar un puesto de trabajo cualificado o no en el mercado laboral debido a la transfobia existente en este ámbito, así mismo es importante recordar que muchas mujeres transexuales viven múltiples discriminaciones pues aparte de ser transexuales son seropositivas, latinoamericanas, lesbianas, bisexuales entre otras.

En la misma línea de la Comunidad Foral de Navarra, el Parlamento de la Comunidad Autónoma del País Vasco con el objetivo de crear las herramientas

jurídicas necesarias para la consecución de la igualdad de las personas transexuales decide aprobar la Ley de no discriminación por motivos de identidad de género y reconocimiento de la personas transexuales legisla la **Ley 14 de 2012, de 28 de junio, de la Comunidad Autónoma del País Vasco, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales**, Ley que va más allá que las Leyes 13/2007 de 22 de marzo y 12/2009 de 19 de noviembre de la Comunidad Foral de Navarra permitiendo a las personas transexuales la posibilidad que las administraciones vascas otorguen una documentación de identidad transitoria y provisional a las personas que se encuentren realizando un proceso transexualizador y que aún no se les ha entregado el nuevo DNI correspondiente con su verdadera identidad de género. Una legislación de ésta índole implica un avance en la protección de los Derechos Humanos de las personas transexuales en el periodo de tiempo que transcurre entre el inicio de su proceso de transexualización, la petición de la nueva documentación en el Juzgado de Registro correspondiente y la entrega del nuevo DNI del interesado puesto que en éste lapso de tiempo el sujeto podrá ser identificado con la identidad que realmente presenta protegiendo así los derechos sociales del colectivo transexual e incluso sirviendo ésta herramienta como instrumento útil para ayudar a evitar el peligro de exclusión social de éste colectivo debido a que en el periodo en que hay una discordancia entre su físico y la documentación que porta el individuo la gran mayoría de estas personas están más expuestas a una múltiple discriminación en diversos ámbitos de la sociedad<sup>441</sup>. El documento administrativo sólo tendrá validez en los servicios que ofrezca el Gobierno Vasco y las tres Diputaciones de la Comunidad Autónoma. Esta clase de documentación permitirá por ejemplo a las personas que se encuentren en la tramitación del DNI el poder acudir a una biblioteca y solicitar el préstamo de un libro o acceder a los vestuarios de una piscina sin que se les estigmatice más<sup>442</sup>.

En general Ley 14/2012 de 28 de junio de la Comunidad Autónoma de Euskadi tiene como objetivo que las administraciones públicas vascas otorguen una atención integral a todas las necesidades y demandas del colectivo transexual en lo que respecta a la atención psicológica, médica, jurídica o de

---

<sup>441</sup><http://www.20minutos.es/noticia/1523987/0/>

<sup>442</sup>[http://ccaa.elpais.com/ccaa/2012/06/28/paisvasco/1340879491\\_582515.html](http://ccaa.elpais.com/ccaa/2012/06/28/paisvasco/1340879491_582515.html).

cualquier otra índole para que estos sujetos puedan disfrutar de la misma igualdad que el resto de la ciudadanía<sup>443</sup>.

En referencia a los menores de edad transexuales, la Ley 14/2012 e 28 de junio reconoce los derechos de los mismos exponiendo en su Artículo 11 que *“las personas transexuales menores de edad tienen pleno derecho a recibir el oportuno diagnóstico y tratamiento médico relativo a su transexualidad, especialmente la terapia hormonal. La atención sanitaria que se les preste, en tanto que menores, se hará de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 3/2005, de 18 de febrero, de atención y protección a la infancia y la adolescencia, y en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica”*<sup>444</sup>. Esta disposición es de vital importancia pues permite a los menores de edad iniciar su proceso transexualizador de forma que, debido a los cambios hormonales generados en la vida de cualquier adolescente, se podrá evitar que los caracteres genéticos de los mismos sean expresados externamente de una forma contundente, por lo que se evita futuras intervenciones al menor en materia de reorganización y/o adecuación de sus características físicas ya que, evitando el desarrollo hormonal característico de la adolescencia de acuerdo a su genotipo, el menor podrá acoplar su cuerpo con su verdadera identidad de género mediante la intervención de un proceso de transexualizador que evite que su cuerpo se desarrolle según la información cromosómica del individuo.

La Ley también incluye un apartado que hace referencia a la atención sanitaria por parte del servicio vasco de salud (Osakiditza) en referencia a las prestaciones gratuitas por parte de la sanidad pública en lo que respecta a diagnósticos, tratamientos psicológicos, hormonales e intervenciones plástico-quirúrgicas o cualquier otra situación generada por la adecuación del género real de la persona<sup>445</sup>. El Gobierno Vasco se compromete a contar con profesionales capacitados atiendan a las personas transexuales a través de una Unidad de Género, así como también con la atención de una guía clínica que sirva como protocolo de atención para las personas transexuales. Las administraciones también tendrán que eliminar de sus archivos cualquier dato en referencia a la

---

<sup>443</sup>Artículo 1. Ley 14/2012.

<sup>444</sup>Artículo 11. Ley 14/2012.

<sup>445</sup>Artículo 8 Ley 14/2012.

identificación anterior de la persona, así como cualquier dato que permita conocer que el individuo ha pasado por un proceso transexualizador.

En referencia al ámbito laboral, el objetivo del Gobierno Vasco es materializar el Principio de No Discriminación en éste sector promoviendo que las mismas administraciones vascas y los organismos adscritos a ellas se aseguren de no exista discriminación alguna en la contratación de personal y en las políticas de promoción de empleo<sup>446</sup>.

Así mismo las administraciones vascas se comprometen a desarrollar políticas de acción positiva en el ámbito laboral dentro de los mecanismos de empleabilidad ya existentes para favorecer la contratación y empleo de las personas transexuales<sup>447</sup>. De la misma manera la Comunidad Autónoma se compromete a trabajar para que se informe y sensibilice a la ciudadanía sobre la realidad del colectivo transexual en materia educativa con la colaboración preferente de los colectivos transexuales creando programas de capacitación basándose en las normas internacionales de Derechos Humanos y los Principios de Igualdad y No Discriminación<sup>448</sup>.

Por lo tanto la Ley de Comunidad Autónoma de Euskadi comprende una interpretación más amplia de la transexualidad que la misma Ley 13/2007 puesto que la Ley vasca entiende por transexual a quien haya iniciado un proceso de cambio de nombre y sexo ó se encuentre en proceso de rectificación en el Registro Civil.

La misma Ley también establece que a las personas intersexuales se les brindará el mismo asesoramiento y apoyo otorgado a las personas transexuales en la Comunidad Autónoma Vasca<sup>449</sup>.

Desde luego el permitir contar a las personas transexuales con un documento administrativo que les reconozca su verdadera identidad de género comprende una protección legal de sus Derechos Humanos y de su dignidad como personas, protegiéndoles durante ese periodo de tiempo de posibles discriminaciones innecesarias.

---

<sup>446</sup>Artículo 14 Ley 14/2012.

<sup>447</sup>Artículo 15 Ley 14/2012.

<sup>448</sup>Artículo 17 Ley 14/2012.

<sup>449</sup>Artículo 6.4/ Ley 14/2012.

## 2. Reconocimiento legal de los derechos de personas transexuales en otros Estados

La realidad de la situación legal de las personas transexuales fuera de España, vista desde un marco de reconocimientos de derechos, brilla mayoritariamente por la ausencia del reconocimiento del Derecho de Igualdad y el respeto a los Derechos Fundamentales de las personas transexuales en prácticamente todos los Estados, incluso los que han legislado sobre la realidad transexual.

Así entonces encontramos que la mayoría de Estados que reconocen legalmente derechos las personas transexuales son europeos sin embargo es de justicia destacar la Ley británica, que difiere de la española en un aspecto importante como es el trámite del procedimiento puesto que en España éste es trámite es administrativo a través de Registro y el Reino Unido ha legislado una Ley de Reconocimiento del Género en 2004 que expresa en su Clausala 1.4 que el trámite de legal de las personas transexuales debe ser ejecutado por un “panel de reconocimiento de géneros” el cual evalúa el cumplimiento de los requisitos solicitados y la viabilidad de proseguir con el proceso de reconocimiento de la identidad de género demandada por el solicitante<sup>450</sup>. Aparte de los requisitos

---

<sup>450</sup>En el caso de una solicitud presentada al amparo de la cláusula 1(1)(a), el Panel debe aprobar la solicitud si resulta que el solicitante

- (a) Tiene o ha tenido disforia de género,
  - (b) Ha vivido en el género adquirido a lo largo de los dos años inmediatamente anteriores a la fecha de la solicitud,
  - (c) Tiene la intención de continuar viviendo en el género adquirido hasta su muerte, y cumple los requisitos impuestos por la cláusula 3: (1) Una solicitud presentada al amparo de la cláusula 1(1)(a) debe incluir uno de los siguientes:
    - (a) Un informe elaborado por un médico colegiado en ejercicio en el campo de la disforia de género y un informe elaborado por otro médico colegiado (que puede, pero no necesita, tener práctica en ese campo), o
    - (b) Un informe elaborado por un psicólogo colegiado con práctica en ese campo y un informe elaborado por un médico colegiado (que puede, pero no necesita, tener práctica en ese campo).
- (2) Se cumple con el apartado (1) cuando un informe requerido por dicho apartado y elaborado por:
- (a) Un médico colegiado en ejercicio, o
  - (b) Un psicólogo colegiado,

Con práctica en el campo de la disforia de género incluye detalles del diagnóstico de la disforia de género del solicitante.

(3) Se cumple con el apartado (1) cuando:

establecidos por la Ley, dicho panel podrá solicitar cualquier otra información o prueba que requiera para resolver la solicitud de cambio de género.

En lo que respecta a las solicitudes aprobadas, si el panel de reconocimiento aprueba la solicitud tendrá que expedir al solicitante un certificado de reconocimiento de género, el cual tendrá plenos efectos a menos que el sujeto no esté casado, de estarlo, se expedirá un certificado “provisional” del género y su matrimonio se anulará o disolverá tras la expedición de éste ya que al no existir matrimonio entre personas del mismo sexo hasta el momento en el Reino Unido ésta unión no tiene validez en el caso, por supuesto, que la otra pareja quisiera continuar con la unión marital, incluso es de extrañar que existiendo Ley de Parejas para las lesbianas, gays y bisexuales la Ley no contemple la posibilidad de que el vínculo civil continúe bajo esta figura legal como si ocurre en el caso de Finlandia en donde aunque es requisito no estar casado ni encontrarse bajo el estatus de Pareja de Hecho, si lo llegasen a estar, la Ley finesa permite la opción de cambiar jurídicamente de matrimonio a pareja de hecho en el caso que la pareja estuviera conformada inicialmente por dos personas con “sexo biológico” diferente o de pareja de hecho a matrimonio si la pareja estuviera conformada por dos personas con el mismo “sexo biológico”. Tal ejemplo puede dejar a simple vista una actitud de transfobia y homobia en ambos sistemas, ya que el Reino Unido vulneraría el Derecho Humano a continuar con su matrimonio a la persona transexual y a su pareja, violando también los Principios de Igualdad y de No Discriminación y en el caso de Finlandia la discriminación hacia las personas homosexuales y bisexuales es patente ya que si existe una pareja del mismo sexo, la cual están unidas civilmente bajo el vínculo de pareja de hecho y una de las partes decide cambiar su género, y ambas manifiestan continuar con su unión, ésta pareja cambiaría su estatus civil a matrimonio, subiendo un peldaño en el escalafón social y legal, sin embargo de ser lo contrario “bajan” ya que se

---

(a) El solicitante ha emprendido tratamiento o está bajo tratamiento con el propósito de modificar sus caracteres sexuales, o

(b) Se ha prescrito al solicitante o se ha planeado tratamiento para el mismo con dicho propósito, y al menos uno de los informes requeridos por dicho apartado incluye detalles del mismo.

transforma el concepto legal y civil de matrimonio a unión civil violando los conceptos de igualdad legal y real y en definitiva los Derechos Humanos de las personas transexuales y en este caso, homosexuales y/o bisexuales, ya que como bien lo exponemos en este esquema y hemos expuesto a lo largo de esta investigación, existen personas transexuales que son gays, lesbianas o bisexuales, por lo que claramente según lo explicado una mujer transexual lesbiana se le vulnerarían sus derechos de forma doble, por ser transexual y por ser lesbiana.

Por otra parte, la Ley Británica visibiliza otra particular discriminación (en su clausula 19 que trata sobre el deporte, en donde en su sección 1 cita que *“el organismo responsable de la admisión de participantes en competiciones de un deporte afectado por el género puede, bajo las condiciones del apartado (2), prohibir o restringir la admisión de aquellos participantes cuyo género haya sido adquirido al amparo de esta Ley”*<sup>451</sup>).

Así mismo la sección dos de ésta clausula expresa que, *“la prohibición o restricción ha de ser necesaria para asegurar:*

*(a) una competición justa, o*

*(b) la seguridad de los participantes”*

Y su clausula tercera define al deporte como un juego u otra actividad de naturaleza competitiva, ligandolo con lo que expresa en su clausula 4 en donde se manifiesta que un deporte afectado por el género es aquél en el que la fortaleza física, resistencia o estructura corporal de un miembro medio de un género les pondría en desventaja respecto a un miembro medio del otro género en la misma competición.

Otros Estados como Austria exigen a las personas transexuales que sean estériles así como también que no tengan un vínculo marital con otra persona. Ambos preceptos van en contra de los Derechos Humanos de una persona. No se puede obligar a nadie a que se esterilice para que pueda desarrollar su personalidad y ejercer el Derecho de la libre expresión de su ser.

---

<sup>451</sup>Clausula 19. Sección 1 y 2. Ley Británica de Reconocimiento de Género.



En general la mayoría de Estados que permiten la transexualidad piden los mismo requisitos, un tiempo determinado de años viviendo con la identidad de género sentida, no estar casados y haber pasdo por una cirugía de reasignación sexual, la gran mayoría de ellos según ILGA-Europe<sup>452</sup> cubren las operaciones de reasignación sexual tal como es el caso de Bélgica, Holanda Hungría, Eslovaquia, Suecia, Noruega y Reino Unido. Francia, Irlanda y Holanda cubren las cirugías de reasignación sexual basándose en que no hacerlo sería discriminar a las personas transexuales. España y Dinamarca pueden realizar el pago de este proceso bajo la perspectiva de sus Cortes Constitucionales interpretando la Ley actual para que así sea. Por otra parte en Bulgaria, Chipre, República Checa, Estonia, Lituania, Letonia, Liechtensen, Malta, Luxemburgo, Malta, Polonia, Italia, Portugal, Rumania, Grecia, Croacia y Eslovenia las personas transexuales se encuentran desprotegidas en lo que respecta a la cobertura clínica del proceso de reasignación sexual. Por último Austria y Alemania no tienen ninguna disposición que exprese la cobertura de las cirugías de reasignación sexual pero los expertos legales presumen que en el caso que el paciente demande el pago de este proceso al Estado la autoridad competente fallará favorablemente en conformidad con las Directivas de la Unión Europea.

Es importante resaltar que el caso de la República Federal Alemana también coincide con el hecho que para que una persona transexual pueda cambiar su documentación acorde con el género real de su identidad se debe asegurar que ésta no se pueda reproducir permanentemente después del cambio, así como también exige el mínimo de tres años viviendo conforme al género deseado. Un punto interesante de la Ley alemana es que en su sección 1 Art 1.1. establece que pueden hacer uso de esta legislación no sólo los alemanes sino también los apatrias al igual que los asilados y refugiados. La Ley también tasa un mínimo de edad de 25 años para poder realizar el cambio correspondiente como también requiere que la persona no se encuentre casada, como se puede entender todos estos requisitos dejan abierta la reflexión que para poder hacer valer la dignidad de las personas transexuales se vulnerara la dignidad de la persona.

Por otra parte Italia exige un mínimo de 18 años de edad para ejercer este derecho, la anulación de matrimonio si lo hay, y la cirugía de reasignación sexual.

---

<sup>452</sup>Organización Europea de lesbianas, gays, transexuales y bisexuales.

Turquía, exige los mismos requisitos en el caso que la persona transexual esté casada y tenga hijos, será el magistrado quien decida la custodia de los menores, eso sí, el progenitor transexual continuará con la obligación de alimentos para con los menores y se le puede imponer la obligación de pasar alimentos a su anterior conyuge.

### 3. Perspectiva legal de la transexualidad en Irán

Consideramos importante incluir en éste capítulo la realidad de las personas transexuales en Irán debido a que es un caso único a nivel mundial, además de llamar social y jurídicamente la atención teniendo en cuenta que es un Estado islámico y que contradictoriamente a que en Irán los hombres gays y bisexuales son perseguidos y sentenciados a pena de muerte “en el nombre de Alá” por mantener relaciones sexuales con otro hombre y que las mujeres lesbianas y bisexuales están destinadas a socialmente no existir y a no ser visibles ya que de serlo correrían la misma suerte que los hombres gays y bisexuales, las mujeres y hombres transexuales son reconocidos desde el punto de vista legal, religioso y sanitario.

Tal situación se debe a la insólita disposición religiosa impuesta por los Ayatolas desde el año 1983 cuando el Ayatolá Jomeini bendijera legalmente a las personas transexuales, emitiendo una fatwa<sup>453</sup> que autorizaba a los hombres y a las mujeres a cambiar de sexo. Previa a esta situación las y los transexuales habían sido perseguidos en el Gobierno de Jomeini identificándolos como homosexuales.

Sin embargo la situación social no es la misma que la legal, según la entrevista del Diario El Mundo realizada a personas transexuales iraníes<sup>454</sup>, son muy pocos los que son aceptados por su familias, aunque agradecen el hecho que legalmente puedan realizar su cambio de sexo tanto físicamente como en sus documentos de identidad. Así entonces, la gran mayoría de personas transexuales en Irán deben esconder su identidad, su pasado ya que aunque existe *la bendición* realizada en 1983 por el Ayatolá, la sociedad los sigue viendo con ostracismo como unos parias en la comunidad.

---

<sup>453</sup>Ley en Irán.

<sup>454</sup>Magazine, El Mundo, 22 de Enero de 2009.

Es interesante resaltar que en la realidad islámica de Irán y de los Ayatolás hay una contradicción, tal como apunta el Magazine El Mundo en enero de 2009, ya que *“Mofsed fel arz” (corrupto en la tierra) es la etiqueta que el régimen de los ayatolás iraníes coloca a quienes osan violar los límites marcados por la interpretación que ellos hacen del Corán. Antes de su llegada al poder en 1977, la homosexualidad era más o menos tolerada, aunque con el triunfo de la revolución de Jomeini, la situación cambió radicalmente. Desde entonces, se ha ejecutado a más de 4.000 gays. Además, no son aislados los casos de lapidación de mujeres acusadas de adulterio y las condenas a la pena capital por delitos sexuales o por ser crítico con el régimen son denunciadas, año tras año, por organismos en defensa de los derechos humanos como Amnistía Internacional: sólo en 2004 fueron condenados a muerte 159 iraníes. Una trágica realidad que contrasta con las cerca de 400 operaciones de cambio de sexo autorizadas desde 1983, un hecho singular en todo el mundo islámico*<sup>455</sup>.

Desde luego, si la transexualidad no hubiese sido entendida como una realidad de carácter divino por parte del Ayatolá en 1983 ésta hubiera sido igual de perseguida que las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo, nos podemos preguntar si éste líder religioso también hubiera entendido las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo como algo divino, si también lesbianas, gays y bisexuales hubieran corrido con la misma suerte que la población transexual en Irán, hecho el cual, demuestra como el fundamentalismo religioso lleva a entender un aspecto de la personalidad humana según convenga a un líder u otro, lo ocurrido con el colectivo LGTB en Irán es un claro ejemplo de ello, aunque por suerte, en esta ocasión el colectivo transexual ha corrido con mejor suerte legal. Así mismo también podemos ver cómo las costumbres, las creencias y la influencia de quienes ejercen el poder influye en el respeto de las minorías para bien o para mal en lo que se refiere a las garantías de sus Derechos Fundamentales

---

<sup>455</sup>ídem.

## **Capítulo IV**

### **Herramientas Jurídicas Internacionales contra la Homofobia, Bifobia y Transfobia**

## 1. Principios de Yogyakarta de las Naciones Unidas

Los Principios de Yogyakarta son un documento que recopila una gama de principios legales cuya finalidad es la aplicación de las normativas de Derecho Internacional en materia de Derechos Humanos en relación a la orientación sexual y la identidad de género de las personas. El texto marca entonces los parámetros básicos para que las Naciones Unidas y los Estados avancen en la garantía de las protecciones a los Derechos Fundamentales de la diversidad sexual y afectiva.

La elaboración de estos Principios estuvo a cargo de 29 expertos en Derechos Humanos de varios países los cuales identificaron la situación real y vigente del colectivo LGTB en referencia al Derechos Internacional en el ámbito de los Derechos Fundamentales. Tal iniciativa se realizó a petición de **Louise Arbour ex Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos** (2004-2008) siendo redactada en noviembre de 2006 en Yogyakarta, Indonesia. Entre los miembros más relevantes se encuentra **Mary Robinson, ex Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos** (1997-2002), los restantes son expertos independientes de la ONU o integrantes de los órganos de dirección de éste organismo que dan seguimiento a los tratados, jueces, académicos y activistas por los Derechos Humanos.

La presentación de los Principios de Yogyakarta tuvo lugar el 26 de marzo de 2007 en el Consejo de Derechos Humanos de la ONU en Ginebra y posteriormente fueron ratificados por la Comisión Internacional de Juristas.

Es importante citar que esta iniciativa tuvo sus orígenes en el llamamiento inmediato por realizado por 54 Estados miembro de la ONU en el **Consejo de Derechos Humanos** en el año 2006 con el objetivo que se respondiera ante las graves violaciones de los derechos humanos de éste colectivo y las personas intersexuales que ocurren constante y habitualmente en numerosos Estados.

**Estos Principios son importantes porque recuerdan que todos los seres humanos nacemos libres e iguales en dignidad y derechos y que**

**todas las personas como tales tenemos el derecho de disfrutar y de que se nos garanticen los Derechos Humanos sin distinción alguna, entre ellas la orientación sexual y la identidad de género.** Tal iniciativa ha sido el fruto de la realidad social y legal del colectivo de lesbianas, gays, transexuales y bisexuales. Hechos concretos como la estigmatización, discriminación, prejuicios y el hostigamiento vividos por su orientación sexual o identidad de género, las cuales a su vez se ven agravadas por una doble o múltiple discriminación según sea el caso del individuo, si éste tiene un credo poco predominante en su región, si presenta diversidad funcional, si es seropositivo, si pertenece al género femenino o si su situación económica no es muy boyante.

La ONU ha sido consciente de la persecución histórica sufrida por el colectivo LGTB y teniendo en cuenta que la legislación internacional sobre derechos humanos afirma que las personas tienen el Derecho al pleno disfrute de los mismos sin importar su orientación y/o identidad de género y que la aplicación de estos derechos tendría que tener en cuenta situaciones reales y concretas que viven en el día a día, Naciones Unidas decide celebrar una reunión de especialistas sobre el tema en la ciudad de Yogyakarta, Indonesia del 6 al 9 de noviembre del año 2006 para instar posteriormente a los gobiernos pertenecientes a las ONU a adoptar los Principios que en dicha asamblea se analizaron y estudiaron, siendo estos los siguientes:

### **1.1. Principios que versan sobre los Derechos Fundamentales y las Libertades Públicas**

El **Primer principio** expone que: *"Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Los seres humanos de todas las orientaciones sexuales e identidades de género tienen derecho al pleno disfrute de todos los derechos humanos.*

*Los Estados:*

*A. Consagrarán los principios de la universalidad, complementariedad, interdependencia e indivisibilidad de todos los derechos humanos en sus constituciones nacionales o en cualquier otra legislación relevante y garantizarán la realización práctica del disfrute universal de todos los derechos humanos.*

*B. Modificarán toda legislación, incluido el derecho penal, a fin de asegurar su compatibilidad con el disfrute universal de todos los derechos humanos.*

*C. Empezarán programas de educación y sensibilización para promover y mejorar el disfrute universal de todos los derechos humanos por todas las personas, con independencia de su orientación sexual o la identidad de género.*

*Integrarán a sus políticas y toma de decisiones un enfoque pluralista que reconozca y afirme la complementariedad e indivisibilidad de todos los aspectos de la identidad humana, incluidas la orientación sexual y la identidad de género.*

Este Principio básicamente se inspira en el Artículo 1. de la Declaración de los Derechos Humanos que cita *“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.”* En conclusión se visibiliza como tal y se recuerda que todos los seres humanos, sin importar su orientación sexual o su género, enfatizándolo desde el punto de vista de la perspectiva de su identidad, tienen Derecho a que se les reconozca sus Derechos Humanos, por lo que se demanda a los Estados que reconozcan tales derechos, o más bien que reconozcan de una forma expresa que el las personas que pertenecen al colectivo LGTB se les debe de tratar como tales, ya que los Derechos Fundamentales son inherentes a la calidad de persona y como tal todas y todos debemos ser respetados.

Se insta entonces a que se consagre dicha universalidad de los Derechos Humanos en las Constituciones de cada Estado y a modificar cualquier tipo de legislación, en donde se incluye el Derecho Penal, con el fin de que ese disfrute universal tenga un carácter real. En referencia al Derecho Penal, es muy importante que se mencione esta rama, ya que no podemos olvidar que según los datos de Amnistía Internacional son más de 70 Estados en el mundo quienes actualmente persiguen a lesbianas, gays, transexuales y bisexuales<sup>456</sup>. Incluso hoy en la actualidad existen Estados como Malawi que continúan modificando sus legislaciones penales para penalizar las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo, en éste caso como podemos observar las protagonistas de la reforma son las mujeres lesbianas: *“La modificación legal, aprobada a finales de*

---

<sup>456</sup><http://www.es.amnesty.org/noticias/noticias/articulo/la-homosexualidad-sigue-perseguida-por-ley-en-mas-de-70-paises-y-en-8-puede-suponer-la-pena-de-muert/>

2010 por el Parlamento de Malawi, habría sido promovida -y no es una broma macabra- para poner punto final a la “discriminación” que suponía que solo las relaciones homosexuales masculinas estuvieran castigadas. Malawi se convierte así en uno de los pocos países africanos que, a diferencia de lo que sucede con los varones, criminalizan explícitamente la homosexualidad femenina, considerada (al igual que la masculina) una “importación occidental”. La reforma legal, no demasiado divulgada hasta ahora, ha merecido las críticas de Markus Löning, comisario del Gobierno federal alemán para los derechos humanos. Críticas que vienen a coincidir en el tiempo con la reducción de la ayuda económica a Malawi de Alemania, uno de los principales donantes de fondos al país africano, debido al reiterado incumplimiento de las promesas de democratización<sup>457</sup>”.

Por otra parte, el tercer inciso del Principio matiza la importancia de la educación para poder garantizar la eficacia de la Ley y del respeto de los Derechos Humanos. Es una realidad que la única forma de cambiar la conciencia de la sociedad es a través de la educación, siendo ésta un pilar básico para la transformación de las sociedades, como por ejemplo la del Estado español cuando implantó la asignatura de Educación para la Ciudadanía y los Derechos Humanos, la cual fue incluso recomendada por el Comisario de Educación de la Unión Europea, **Jan Figel**.

Por último, éste Principio finaliza siendo muy explícito instando a los Estados a que integren en sus ordenamientos “*un enfoque pluralista*” que reconozca dentro del espectro de la identidad humana, las características de la orientación sexual y la identidad de género.

Sobre la **Igualdad y la No Discriminación** encontramos que el **segundo Principio** expone que: “*Todas las personas tienen derecho al disfrute de todos los derechos humanos, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género. Todas las personas tienen derecho a ser iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección por parte de la ley, sin ninguna de las discriminaciones mencionadas, ya sea que el disfrute de otro derecho humano también esté afectado o no. La ley prohibirá toda discriminación de esta clase y*

---

<sup>457</sup><http://www.dosmanzanas.com/2011/02/malawi-reforma-su-codigo-penal-para-castigar-expresamente-la-homosexualidad-femenina.html>



*garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier forma de discriminación de esta clase.*

*La discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género incluye toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en la orientación sexual o la identidad de género que tenga por objeto o por resultado la anulación o el menoscabo de la igualdad ante la Ley o de la igual protección por parte de la Ley, o del reconocimiento, o goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales. La discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género puede verse y por lo común se ve agravada por la discriminación basada en otras causales, incluyendo género, raza, edad, religión, discapacidad, estado de salud y condición económica.*

*Los Estados:*

*A. Si aún no lo hubiesen hecho, consagrarán en sus constituciones nacionales o en cualquier otra legislación relevante, los principios de la igualdad y de la no discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, inclusive por medio de enmienda e interpretación, y garantizarán la efectiva realización de estos principios.*

*B. Derogarán todas las disposiciones penales y de otra índole jurídica que prohíban, o de hecho sean empleadas para prohibir, la actividad sexual que llevan a cabo de forma consensuada personas del mismo sexo que sean mayores de la edad a partir de la cual se considera válido el consentimiento, y garantizarán que se aplique la misma edad de consentimiento para la actividad sexual entre personas del mismo sexo y de sexos diferentes.*

*C. Adoptarán todas las medidas legislativas y de otra índole que resulten apropiadas para prohibir y eliminar la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género en las esferas pública y privada.*

*D. Adoptarán todas las medidas apropiadas a fin de garantizar el desarrollo adecuado de las personas de diversas orientaciones sexuales e identidades de género, según sean necesarias para garantizarles a estos grupos o personas el goce o ejercicio de los derechos humanos en igualdad de condiciones. Dichas medidas no serán consideradas discriminatorias.*

*E. En todas sus respuestas a la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, tendrán en cuenta la manera en que esa discriminación puede combinarse con otras formas de discriminación.*

*F. Adoptarán todas las medidas apropiadas, incluyendo programas de educación y capacitación, para alcanzar la eliminación de actitudes y prácticas prejuiciosas o discriminatorias basadas en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquier orientación sexual, identidad de género o expresión de género”.*

Este Principio versa sobre la igualdad como tal y la prohibición de discriminación, en donde se resalta la orientación sexual y la identidad de género. Este artículo lo podemos ligar directamente con la exigencia del Derecho Humano del matrimonio en los diferentes Estados, así como el reconocimiento de las familias homoparentales y la adopción como ejemplos a que la no incorporación de estos aspectos en las legislaciones estatales conlleva a no otorgar un trato igualitario ante la Ley, incluso el denominar a las uniones entre personas del mismo sexo con otro nombre a la denominación establecida en los Códigos Civiles, incurriría en la violación del Principio de No Discriminación a las personas ya que no brinda, ni garantiza una protección igual y efectiva para las parejas y familias homoparentales.

El Principio enmarca entonces la idea que si los Derechos Humanos son inalienables, y que pertenecen a todas las personas no se puede excluir de este derecho de pertenencia a lesbianas, gays, transexuales y bisexuales, así mismo se resalta la dignidad humana del colectivo LGTB, así como también la exigencia de garantizar las libertades fundamentales de las personas LGTB dentro de los Estados miembro, máxime cuando muchos de ellos pueden ser víctimas de otras discriminaciones por otras características de su personalidad.

Igualmente se pide a los Estados que de una forma u otra visibilicen en sus Constituciones Nacionales la no discriminación por razones de orientación sexual o identidad de género, sea citándola de manera expresa como por ejemplo lo hace el Estado de Ecuador en su Artículo 11. Inciso 2. en donde se expresa que *“Todas las personas son iguales y gozaran de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, **identidad de género**, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-*

*económica, condición migratoria, **orientación sexual**, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación. El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad<sup>458</sup>” o de una forma genérica como lo hace la Constitución española en su Artículo 14 en donde se expresa que “Los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social<sup>459</sup>”.*

En referencia a la solicitud de derogación de leyes discriminatorias, es importante que así que se realice debido al alto número de países que aún penan las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo. También se cita otra discriminación, el trato diferente que muchos Estados dan a la edad mínima de consentimiento para tener relaciones sexuales entre personas del mismo sexo en comparación a la permitida a las personas heterosexuales. Así mismo, los Principios de Yogyakarta van más allá, pidiendo a los Estados que no sólo deroguen tales leyes sino que adopten las medidas oportunas para que la prohibición de la discriminación sea tangible desde en el ámbito legislativo y que se elimine cualquier discriminación concerniente por motivos de orientación sexual e identidad de género tanto en el ámbito público como en el privado de las personas.

Se solicita también que los Estados apliquen medidas para garantizar el libre desarrollo de la personalidad y de los Derechos Humanos de las personas LGTB y es aquí en donde es importante adecuar estas medidas al ámbito de la educación ya que como se ha mencionado con anterioridad en este estudio sin esta herramienta es imposible poder ejecutar un cambio social. No todo está en el cambio de la Ley, que sí es un elemento más que importante en el camino de la igualdad, pero la continuidad de estos cambios sólo reposa en el cambio de conciencia social de las personas, por ello es importante la educación en valores y en Derechos Humanos, ya que tal como se afirma en el segundo Principio, los

---

<sup>458</sup>Constitución Ecuatoriana. Título II, Artículo 11.2.

<sup>459</sup>Constitución Española. Título I Artículo 14.

programas de educación y capacitación son de vital importancia para poder eliminar las actitudes y prácticas prejuiciosas y de discriminación basadas en las ideas que la sociedad puede tener en referencia de cualquier colectivo, sea ésta de superioridad o de inferioridad.

Así mismo lo que respecta al Derecho de disfrutar de una **Personalidad Jurídica** queda estipulado de la siguiente manera: *“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.*

#### **Los Estados:**

*A. Garantizarán que a todas las personas se les confiera capacidad jurídica en asuntos civiles, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, y la oportunidad de ejercer dicha capacidad, incluyendo los derechos, en igualdad de condiciones, a suscribir contratos y a administrar, poseer, adquirir (incluso a través de la herencia), controlar y disfrutar bienes de su propiedad, como también a disponer de estos.*

*B. Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole que sean necesarias para respetar plenamente y reconocer legalmente el derecho de cada persona a la identidad de género que ella defina para sí;*

*Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole que sean necesarias a fin de asegurar que existan procedimientos mediante los cuales todos los documentos de identidad emitidos por el Estado*

*que indican el género o el sexo de una persona — incluyendo certificados de nacimiento, pasaportes, registros electorales y otros documentos — reflejen la identidad de género profunda que la persona define por y para sí.*

*C. Garantizarán que tales procedimientos sean eficientes, justos y no discriminatorios y que respeten la dignidad y privacidad de la persona concernida.*

*D. Asegurarán que los cambios a los documentos de identidad sean reconocidos en todos aquellos contextos en que las leyes o las políticas requieran la identificación o la desagregación por sexo de las personas.*

*E. Empezarán programas focalizados cuyo fin sea brindar apoyo social a todas las personas que estén atravesando una transición o reasignación de género”.*

Este Principio está enfocado básicamente a evitar la discriminación que puede sufrir las personas transexuales en razón de su identidad de género. Igualmente esta disposición se puede ligar directamente al Artículo 6 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en donde se expresa que *“Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”<sup>460</sup>*

La razón de éste punto es la múltiple discriminación que viven hombres y mujeres transexuales por motivos de su identidad de género y en algunas ocasiones sin lesbianas, bisexuales y gays, también por su orientación sexual. Las personas transexuales deben tener una documentación, una personalidad jurídica acorde a su apariencia externa. Es por ello que este Principio insta a los Estados a que adopten todas las medidas necesarias para que las y los transexuales puedan cambiar toda su documentación con el nombre y sexo con el cual se sienten definidos realmente. El no existir medidas legales y administrativas que permitan la modificación de los documentos de identidad de las personas transexuales genera una constante discriminación en el día a día de estas personas, ayudando así a que se les vulneren sus Derechos Humanos. Ejemplo de ello es el ámbito laboral, independientemente de su preparación académica y profesional, las y los transexuales encuentran una constante discriminación a la hora de intentar acceder a un puesto de trabajo al notarse una diferencia entre la apariencia externa y la información del documento de identidad.

---

<sup>460</sup>Artículo 6. Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Otro ejemplo cotidiano es la constante humillación que tienen que sufrir estas personas, vulnerando su dignidad a la hora de embarcar en un avión, presentar sus tarjetas de crédito en un supermercado, abrir una cuenta bancaria, etc. Tal situación veja constantemente a la persona.

Es por eso que los Principios de Yogyakarta demandan procedimientos eficaces y justos que respeten la dignidad de la persona. Igualmente procedimiento médicos y científicos necesarios para que la persona pueda realizar su proceso transexualizador<sup>461</sup>, porque aunque el Principio 3 no lo exprese literalmente, una persona transexual no puede vivir dignamente si no tiene los medios para modificar su identidad exterior acorde y consonancia con su identidad psicológica. Así mismo de brindar el Estado éste servicio no exigir requisitos de esterilidad como ocurre con el Estado austriaco, el cual permite las cirugías por reasignación sexual pero con la condición anteriormente expuesta.

Ahora abordaremos el **Principio del Derecho a la Vida**, uno de los Derecho más importantes pues sin éste es imposible el poder acceder a los demás Derechos Fundamentales, quedando estipulado de la siguiente forma en Yogyakarta: *“Toda persona tiene derecho a la vida. Ninguna persona será privada de la vida arbitrariamente por ningún motivo, incluyendo la referencia a consideraciones acerca de su orientación sexual o identidad de género. A nadie se le impondrá la pena de muerte por actividades sexuales realizadas de mutuo acuerdo entre personas que sean mayores de la edad a partir de la cual se considera válido el consentimiento, o por su orientación sexual o identidad de género.*

*Los Estados:*

*A. Derogarán todas las figuras delictivas que tengan por objeto o por resultado la prohibición de la actividad sexual realizada de mutuo acuerdo entre personas del mismo sexo que sean mayores de la edad a partir de la cual se considera válido el consentimiento y, hasta que tales disposiciones sean derogadas, nunca impondrán la pena de muerte a ninguna persona sentenciada en base a ellas.*

---

<sup>461</sup>Procesos psicológicos, endocrinos y cirugías de ser necesarias para que las personas puedan sentirse acorde a su verdadera identidad.

*B. Perdonarán las sentencias de muerte y pondrán en libertad a todas aquellas personas que actualmente están a la espera de ser ejecutadas por crímenes relacionados con la actividad sexual realizada de mutuo acuerdo entre personas que sean mayores de la edad a partir de la cual se considera válido el consentimiento.*

*C. Cesarán todos los ataques patrocinados o tolerados por el Estado contra las vidas de las personas por motivos de orientación sexual o identidad de género y asegurarán que todos esos ataques, cometidos ya sea por funcionarios públicos o por cualquier individuo o grupo, sean investigados vigorosamente y, en aquellos casos en que se encuentren pruebas apropiadas, se presenten formalmente cargos contra las personas responsables, se las lleve a juicio y se las castigue debidamente”.*

Este artículo es de suma importancia dado que en la actualidad las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo son perseguidas con pena de muerte en 5 países<sup>462</sup> y en varias regiones de Nigeria y Somalia.

Este principio tiene una conexión directa con el Artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos el cual expresa que “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”.

En estos casos no solamente las minorías sexuales se encuentran no sólo con la persecución legal sino también con la social que en muchos casos se encuentra impulsada o fomentada por los mismos Gobiernos tal es el caso del asesinato de David Kato, activista LGTB procedente de Uganda quien estaba siendo investigado por ser homosexual pero quien fue brutalmente asesinado por civiles que irrumpieron en su domicilio causándole la muerte días después que su fotografía hubiese aparecido en el diario estatal Rolling Stone junto con otros 99 gays y lesbianas.

Sobre el **Derecho a la Seguridad Personal** se decide estipular en los Principios de Yogyakarta que: *“Toda persona, con independencia de su orientación sexual o identidad de género, tiene derecho a la seguridad personal y a la protección del Estado frente a todo acto de violencia o daño corporal que sea cometido por funcionarios públicos o por cualquier individuo o grupo.*

---

<sup>462</sup> Sudán, Mauritania, Irán, Arabia Saudí y Yemen.

*Los Estados:*

*A. Adoptarán todas las medidas policíacas y de otra índole que sean necesarias a fin de prevenir todas las formas de violencia y hostigamiento relacionadas con la orientación sexual y la identidad de género y a brindar protección contra estas;*

*B. Adoptarán todas las medidas legislativas necesarias para imponer castigos penales apropiados frente a la violencia, amenazas de violencia, incitación a la violencia y hostigamientos relacionados con ella, motivados por la orientación sexual o la identidad de género de cualquier persona o grupo de personas, en todas las esferas de la vida, incluyendo la familia;*

*C. Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de asegurar que la orientación sexual o la identidad de género de la víctima no sea utilizada para justificar, disculpar o mitigar dicha violencia;*

*D. Asegurarán que la perpetración de tal violencia sea investigada vigorosamente y, en aquellos casos en que se encuentren pruebas apropiadas, se presenten cargos legales contra las personas responsables, se las lleve a juicio y se las castigue debidamente, y que a las víctimas se les brinden recursos y resarcimientos apropiados, incluyendo compensación;*

*E. Empezarán campañas de sensibilización, dirigidas al público en general como también a perpetradores y perpetradoras reales o potenciales de violencia, a fin de combatir los prejuicios subyacentes a la violencia relacionada con la orientación sexual y la identidad de género.”*

El Principio número 5 de este documento recoge aspectos de vital importancia para poder garantizar la protección legal y social de los Derechos Humanos de las personas LGTB desde el punto de vista legal pero también en el ámbito social con aras de prevenir la homofobia, bifobia y transfobia legal y social en los diferentes Estados desde el punto de vista institucional como también en la población.

Aparte de los 7 Estados citados en la explicación del Principio anterior que penalizan la homosexualidad con la pena de muerte, existen 75 países que penalizan las relaciones entre personas del mismo sexo con otras penas, la



mayoría de estos se encuentran ubicados en África, oriente medio, Asia y Oceanía.

En referencia al ámbito del **Derecho de la Privacidad**, se afirma que: *“Todas las personas, con independencia de su orientación sexual o identidad de género, tienen derecho a gozar de su privacidad, sin injerencias arbitrarias o ilegales, inclusive en cuanto a su familia, su domicilio o su correspondencia, así como derecho a la protección contra ataques ilegales a su honra o a su reputación. El derecho a la privacidad normalmente incluye la opción en cuanto a revelar o no información relacionada con la propia orientación sexual o identidad de género, como también las decisiones y elecciones relativas al propio cuerpo y a las relaciones sexuales o de otra índole consensuadas con otras personas.*

*Los Estados:*

*A. Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de garantizar el derecho de cada persona, con independencia de su orientación sexual o identidad de género, a disfrutar de la esfera privada, las decisiones íntimas y las relaciones humanas, incluyendo la actividad sexual realizada de mutuo acuerdo entre personas mayores de la edad de consentimiento, sin injerencias arbitrarias;*

*B. Derogarán todas las leyes que criminalizan la actividad sexual que se realiza de mutuo acuerdo entre personas del mismo sexo que son mayores de la edad a partir de la cual se considera válido el consentimiento, y asegurarán que se aplique una misma edad de consentimiento a la actividad sexual entre personas tanto del mismo sexo como de sexos diferentes;*

*C. Garantizarán que las disposiciones penales y otras de carácter jurídico de aplicación general no sean utilizadas de hecho para criminalizar la actividad sexual realizada de mutuo acuerdo entre personas del mismo sexo que son mayores de la edad a partir de la cual se considera válido el consentimiento;*

*D. Derogarán cualquier ley que prohíba o criminalice la expresión de la identidad de género, incluso a través del vestido, el habla y la gestualidad, o que niegue a las personas la oportunidad de modificar sus cuerpos como un medio para expresar su identidad de género;*

*E. Pondrán en libertad a todas las personas detenidas bajo prisión preventiva o en base a una sentencia penal, si su detención está relacionada con la actividad sexual realizada de mutuo acuerdo entre personas mayores de la edad a partir de la cual se considera válido el consentimiento o con su identidad de género;*

*F. Garantizarán el derecho de toda persona a decidir, en condiciones corrientes, cuándo, a quién y cómo revelar información concerniente a su orientación sexual o identidad de género, y protegerán a todas las personas contra la divulgación arbitraria o no deseada de dicha información o contra la amenaza, por parte de otros, de divulgarla”.*

La privacidad de las personas es algo fundamental, ninguna persona tiene que verse obligada a revelar su orientación sexual o identidad de género sino lo desea hacer. Así mismo, nadie tiene porque verse sometido a ocultar parte de su personalidad por temor a tener repercusiones legales o sociales, muestras de afecto o la construcción de la verdadera identidad de las personas transexuales son un ejemplo de ello.

Igualmente este Principio toca directrices tan importantes como lo son la libertad de expresión, la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad y la no discriminación.

Por último insta a los Estados a realizar los cambios necesarios para erradicar la discriminación contra el colectivo LGTB así como también garantizar la privacidad de los mismos.

Sobre el **Derecho de toda persona a no ser juzgada arbitrariamente** encontramos y en lo que respecta a los Derechos Humanos del colectivo LGTB, la ONU ha querido plasmar el siguiente texto: *“Ninguna persona deberá ser arrestada o detenida en forma arbitraria. Es arbitrario el arresto o la detención por motivos de orientación sexual o identidad de género, ya sea en cumplimiento de una orden judicial o por cualquier otra razón. En base a la igualdad, todas las personas que están bajo arresto, con independencia de su orientación sexual o identidad de género, tienen el derecho a ser informadas de las razones del arresto y notificadas del carácter de las acusaciones formuladas en su contra; asimismo, tienen el derecho a ser llevadas sin demora ante un funcionario o funcionaria a quien la ley habilite para ejercer funciones judiciales, como también a recurrir ante*

*un tribunal a fin de que este decida sobre la legalidad de su detención, ya sea que se les haya acusado o no de ofensa alguna.*

*Los Estados:*

*A. Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de garantizar que la orientación sexual o la identidad de género no puedan, bajo ninguna circunstancia, ser la base del arresto o la detención, incluyendo la eliminación de disposiciones del derecho penal redactadas de manera imprecisa que incitan a una aplicación discriminatoria o que de cualquier otra manera propician arrestos basados en prejuicios;*

*B. Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias para asegurar que todas las personas bajo arresto, con independencia de su orientación sexual o identidad de género, tengan el derecho, en base a la igualdad, a ser informadas, en el momento de su detención, de las razones de la misma y notificadas del carácter de las acusaciones formuladas en su contra y, hayan sido o no acusadas de alguna ofensa, a ser llevadas sin demora ante un juez, jueza u otro funcionario o funcionaria a quien la ley habilite para ejercer funciones judiciales y a recurrir ante un tribunal para que este decida sobre la legalidad de su detención;*

*C. Empezarán programas de capacitación y sensibilización a fin de educar a agentes de la policía y otro personal encargado de hacer cumplir la ley acerca de la arbitrariedad del arresto y la detención en base a la orientación sexual o identidad de género de una persona;*

*D. Mantendrán registros exactos y actualizados de todos los arrestos y detenciones, indicando la fecha, lugar y razón de la detención, y asegurarán una supervisión independiente de todos los lugares de detención por parte de organismos que cuenten con un mandato adecuado y estén apropiadamente capacitados para identificar arrestos y detenciones cuya motivación pudiese haber sido la orientación sexual o identidad de género de una persona”.*

Este Principio básicamente lo que propone es la obligatoriedad de legislar procedimientos para la detención de las personas, matizando que bajo ninguna causa se podrá arrestar a un ser humano por razones de su orientación sexual o identidad de género. En todo caso, cualquier detención debe estar completamente

fundamentada con el objetivo que no se encubra bajo ésta el interés de procesar a una personas por razones de su orientación sexual, intentando así impedir que la mera sexualidad de la persona sea causa única para que de forma discrecional se proceda a detener a un sujeto.

Complementario al anterior Principio encontramos el **Derecho a un Juicio Justo**, Derecho que es fundamental para que se respeten la igualdad de los individuos en un Estado de Derecho, por lo que el comité de expertos de la ONU establece que: *“Toda persona tiene derecho a ser oída en audiencia pública y con justicia por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, para la determinación de sus derechos y obligaciones en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada en su contra, sin prejuicios ni discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género.*

Los Estados:

A. *Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de prohibir y eliminar el trato prejuicioso basado en la orientación sexual o la identidad de género en todas las etapas del proceso judicial, en procedimientos civiles y penales y en todo procedimiento judicial y administrativo que determine los derechos y las obligaciones, y asegurarán que no se impugne la credibilidad o el carácter de ninguna persona en su calidad de parte, testigo/a, defensor/a o tomador/a de decisiones en base a su orientación sexual o identidad de género;*

B. *Adoptarán todas las medidas necesarias y razonables para proteger a las personas contra acusaciones penales o procedimientos civiles que sean motivados enteramente o en parte por prejuicios acerca de la orientación sexual o la identidad de género;*

C. *Emprenderán programas de capacitación y sensibilización dirigidos a jueces y juezas, personal de los tribunales, fiscales, abogados, abogadas y otras personas en cuanto a las normas internacionales de derechos humanos y los principios de igualdad y no discriminación, incluidos los concernientes a la orientación sexual y la identidad de género”.*

En este Principio se busca que se garantice el debido proceso, así mismo conecta con el artículo 9 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos el cual expresa que nadie podrá ser detenido arbitrariamente ni desterrado, ligando así directamente que los arrestos a personas LGTB por el simple hecho de serlo son producto de una discriminación por razones de su orientación sexual o identidad de género instando así a los Estados miembro de la ONU a que en busca de garantizar el debido proceso no se continúe procesando a lesbianas, gays, transexuales o bisexuales que visibilicen su identidad en espacios públicos o privados.

Sobre el **Derecho de toda persona privada del Principio de Libertad a ser tratada humanamente** se manifiesta que: *“Toda persona privada de su libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. La orientación sexual y la identidad de género son fundamentales para la dignidad de toda persona.*

Los Estados:

*A. Asegurarán que la detención evite una mayor marginación de las personas en base a su orientación sexual o identidad de género o las exponga al riesgo de sufrir violencia, malos tratos o abusos físicos, mentales o sexuales;*

*B. Proveerán a las personas detenidas de un acceso adecuado a atención médica y consejería apropiada a sus necesidades, reconociendo cualquier necesidad particular con base en su orientación sexual o identidad de género, incluso en lo que respecta a salud reproductiva, acceso a información sobre el VIH/SIDA y la terapia correspondiente, y a terapia hormonal o de otro tipo, como también a tratamientos para reasignación de género si ellas los desearan;*

*C. Garantizarán que, en la medida que sea posible, todas las personas privadas de su libertad participen en las decisiones relativas al lugar de detención apropiado de acuerdo a su orientación sexual e identidad de género;*

*D. Establecerán medidas de protección para todas las personas privadas de su libertad que resulten vulnerables a la violencia o los abusos por causa de su orientación sexual, identidad de género o expresión de género y asegurarán que dichas medidas no impliquen más restricciones a sus derechos de las que*

*experimenta la población general de la prisión, en la medida en que esto pueda llevarse razonablemente a la práctica;*

*E. Asegurarán que las visitas conyugales, donde estén permitidas, sean otorgadas en igualdad de condiciones para todas las personas presas y detenidas, con independencia del sexo de su pareja;*

*F. Estipularán el monitoreo independiente de los establecimientos de detención por parte del Estado, como también de organizaciones no gubernamentales, incluyendo aquellas que trabajan en los ámbitos de la orientación sexual y la identidad de género;*

*G. Empezarán programas de capacitación y sensibilización dirigidos al personal penitenciario y a todos los otros funcionarios y funcionarias de los sectores público y privado involucrados en los establecimientos de detención sobre las normas internacionales de derechos humanos y los principios de igualdad y no discriminación, incluidos los referidos a la orientación sexual y la identidad de género.”*

Este Principio busca que en el momento que una personas LGTB cometa algún delito el Estado pueda asegurar que no va a recibir ningún tipo de discriminación en el centro penitenciario por razones de su orientación sexual o identidad de género.

No podemos obviar que muchos hombres gays y bisexuales son violados en los Centros Penitenciarios o abusados de diversas maneras en el momento que se visibiliza su orientación sexual. Así mismo las personas transexuales pueden ser vejadas al ser ingresadas en centros penitenciarios en razón del sexo que aparece en su documentación y no con el que se sienten identificadas, o sea su verdadera identidad de género. Tal situación puede generar múltiples problemas para las personas transexuales, tanto hombres como mujeres, que se encuentren pagando una pena de privación de la libertad.

Así mismo, se insta a garantizar que las personas transexuales pueden continuar con su proceso transexualizador, así como también la respectiva información sobre información sobre la prevención del VIH/sida.

Igualmente el texto hace referencia al derecho de las personas LGTB a poder ver con libertad a sus parejas en un espacio seguro sin importar el género de las mismas.

Por último el Principio hace énfasis en la capacitación y sensibilización al personal penitenciario en lo que respecta la realidad LGTB y el respeto a la diversidad en aras de garantizar la protección de los Derechos Humanos de los reclusos LGTB.

En referencia al **Derecho de toda personas a no ser sometidas a torturas ni a penas o tratos crueles inhumanos o degradantes**, se expone que: *“Todas las personas tienen el derecho a no ser sometidas a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, incluso por razones relacionadas con la orientación sexual o la identidad de género.*

*Los Estados:*

*A. Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de impedir que se perpetren torturas y penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes por motivos relacionados con la orientación sexual o la identidad de género de la víctima, así como la incitación a cometer tales actos, y brindarán protección contra ellos;*

*B. Adoptarán todas las medidas razonables para identificar a las víctimas de torturas y penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes perpetrados por motivos relacionados con la orientación sexual o la identidad de género y ofrecerán recursos apropiados, incluyendo resarcimientos y reparaciones, así como apoyo médico y psicológico cuando resulte apropiado;*

*C. Empezarán programas de capacitación y sensibilización dirigidos a agentes de la policía, al personal penitenciario y a todos los otros funcionarios y funcionarias de los sectores público y privado que se encuentren en posición de perpetrar o impedir que ocurran dichos actos”.*

Este Principio intenta garantizar la dignidad y la protección de la persona para que ésta no sea tratada de forma vejatoria o torturada dentro de un centro penitenciario por razones de orientación sexual o identidad de género. Así mismo

insta a la lucha para acabar con estos comportamientos si estos llegasen a ocurrir con el amparo o no de la Ley.

Igualmente se reitera nuevamente la necesidad de formación y sensibilización de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado sobre el tema.

Por otra parte, un tema muy importante que se trata en los Principios de Yogyakarta es el **Derecho a la protección de las personas contra todas las formas de explotación, venta y trata de personas**, reiterando que: *“Toda persona tiene derecho a la protección contra la trata, venta y toda forma de explotación, incluyendo la explotación sexual pero sin limitarse a ella, por causa de su orientación sexual o identidad de género real o percibida. Deberá garantizarse que las medidas diseñadas para prevenir la trata tengan en cuenta los factores que aumentan la vulnerabilidad frente a ella, entre ellos las diversas formas de desigualdad y de discriminación por orientación sexual o identidad de género reales o percibidas, o por la expresión de estas u otras identidades. Tales medidas deberán ser compatibles con los derechos humanos de las personas que se encuentran en riesgo de trata.*

*Los Estados:*

*A. Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y otras de carácter preventivo y de protección que sean necesarias con respecto a la trata, venta y toda forma de explotación de seres humanos, incluyendo la explotación sexual pero sin limitarse a esta, basadas en una orientación sexual o identidad de género real o percibida;*

*B. Garantizarán que dichas leyes o medidas no criminalicen la conducta de las personas vulnerables a tales prácticas, no las estigmaticen ni de ninguna otra manera exacerben sus desventajas;*

*C. Establecerán medidas, servicios y programas legales, educativos y sociales para hacer frente a los factores que incrementan la vulnerabilidad a la trata, venta y toda forma de explotación de seres humanos, incluyendo la explotación sexual pero sin limitarse a esta, en base a una orientación sexual o identidad de género real o percibida, incluso factores tales como la exclusión social, la discriminación, el rechazo por parte de las familias o comunidades culturales, la falta de independencia financiera, la falta de vivienda, las actitudes sociales*



*discriminatorias que conducen una baja autoestima y la falta de protección contra la discriminación en el acceso a la vivienda, el alojamiento, el empleo y los servicios sociales.”*

Realmente el Principio insta a que se proteja la integridad de las personas LGTB actuando en contra de la trata de blancas que busca como objetivos concretos personas LGTB. Tal disposición es importante ya que en la actualidad existen mafias tanto en Asia, África como Europa que tienen como objetivo capturar a personas, concretamente jóvenes gays o transexuales para prostituirles en Europa o en Japón. Estas mafias actúan con los mismos procedimientos utilizados en la trata de blancas de mujeres heterosexuales. En lo que respecta a ésta problemática, la Unión Europea ha afrontado tal realidad a través de la Directiva 2011/36 de 5 de abril en la cual se establecen las correspondientes infracciones y sanciones penales en materia de trata de seres humanos, así como también las correspondientes medidas para prevenir con más eficacia éste fenómeno al igual que los métodos de refuerzo en materia de protección a los seres humanos que hayan sido víctimas de explotación sexual y trata de personas.

Ahora bien, en Yogyakarta se toca uno de las piedras angulares para la prevención de cualquier tipo de violación a los Derechos Humanos y ésta es la **educación como Derecho** es por ello que se ha querido estipular y resaltar que: *“Toda persona tiene derecho a la educación, sin discriminación alguna basada en su orientación sexual e identidad de género, y con el debido respeto hacia estas.*

*Los Estados:*

*A. Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de garantizar el acceso a la educación en igualdad de condiciones y el trato igualitario de estudiantes, personal y docentes dentro del sistema educativo, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género;*

*B. Garantizarán que la educación esté encaminada al desarrollo de la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física de cada estudiante hasta el máximo de sus posibilidades y que responda a las necesidades de estudiantes de todas las orientaciones sexuales e identidades de género;*

*C. Garantizarán que la educación esté encaminada a inculcar respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales, así como por la madre, el padre y familiares de cada niña y niño, por su propia identidad cultural, su idioma y sus valores, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia e igualdad entre los sexos, teniendo en cuenta y respetando las diversas orientaciones sexuales e identidades de género;*

*D. Asegurarán que los métodos, currículos y recursos educativos sirvan para aumentar la comprensión y el respeto de, entre otras, la diversidad de orientaciones sexuales e identidades de género, incluyendo las necesidades particulares de las y los estudiantes y de sus madres, padres y familiares en este sentido;*

*E. Garantizarán que las leyes y políticas brinden a estudiantes, personal y docentes de las diferentes orientaciones sexuales e identidades de género una protección adecuada contra todas las formas de exclusión social y violencia, incluyendo el acoso y el hostigamiento, dentro del ámbito escolar;*

*F. Asegurarán que no se margine ni segregue a estudiantes que sufran dicha exclusión o violencia con el objetivo de protegerlas o protegerlos, y que se identifiquen y respeten, de manera participativa, sus intereses superiores;*

*G. Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de garantizar que en los establecimientos escolares se administre la disciplina de modo compatible con la dignidad humana, sin discriminación ni castigos basados en la orientación sexual, la identidad de género de las y los estudiantes, o la expresión de las mismas;*

*H. Velarán por que todas las personas tengan acceso, en todas las etapas de su ciclo vital, a oportunidades y recursos para un aprendizaje sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, incluyendo a las personas adultas que ya hayan sufrido dichas formas de discriminación en el sistema educativo”.*

Este Principio aboga porque todas las personas sin importar su orientación sexual o identidad de género puedan tener acceso y derecho a una formación académica idónea que le permita tener un nivel de autosuficiencia y que dicha

formación ayude para que con ella no puedan ser menoscabados por su orientación sexual o identidad de género.

Así mismo, también se insta a la protección del profesorado LGTB dentro del sistema educativo, así como también se recomienda el impulso de temarios de Derechos Humanos y respeto a través de las diferentes asignaturas para crear conciencia dentro de las y los alumnos del respeto a la diversidad de todas las personas y lo que éste concepto significa como tal.

El **Derecho a la libre expresión** es uno de los pilares fundamentales para que el colectivo LGTB pueda desarrollarse como individuos por lo tanto desde la ONU se ha querido reforzar ésta idea incluyendo dentro de los principios que: *“Toda persona tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión, con independencia de su orientación sexual o identidad de género. Esto incluye la expresión de la identidad o la personalidad mediante el lenguaje, la apariencia y el comportamiento, la vestimenta, las características corporales, la elección de nombre o por cualquier otro medio, como también la libertad de buscar, recibir e impartir información e ideas de todos los tipos, incluso la concerniente a los derechos humanos, la orientación sexual y la identidad de género, a través de cualquier medio y sin tener en cuenta a las fronteras.*

Los Estados:

*A. Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de garantizar el pleno goce de la libertad de opinión y de expresión, respetando los derechos y libertades de otras personas, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, incluyendo los actos de recibir y comunicar información e ideas, la promoción y defensa de los derechos legales, la publicación de materiales, la difusión, la organización de conferencias o participación en ellas - todo ello relativo a la orientación sexual y la identidad de género - así como la difusión de conocimientos acerca de las relaciones sexuales más seguras y el acceso a los mismos;*

*B. Asegurarán que tanto la producción como la organización de los medios de comunicación regulados por el Estado sea pluralista y no discriminatorio en lo que respecta a asuntos relacionados con la orientación sexual y la identidad de*

*género, como también que en la contratación de personal y las políticas de promoción, dichas organizaciones no discriminen por motivos de orientación sexual o identidad de género;*

*C. Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de asegurar el pleno disfrute del derecho a expresar la identidad o la personalidad, incluso a través del lenguaje, la apariencia y el comportamiento, la vestimenta, las características corporales, la elección de nombre o cualquier otro medio;*

*D. Asegurarán que las nociones de orden público, moralidad pública, salud pública y seguridad pública no sean utilizadas para restringir, en una forma discriminatoria, ningún ejercicio de la libertad de opinión y de expresión que afirme las diversas orientaciones sexuales o identidades de género;*

*E. Velarán por que el ejercicio de la libertad de opinión y de expresión no viole los derechos y libertades de las personas en toda su diversidad de orientaciones sexuales e identidades de género;*

*F. Garantizarán que todas las personas, con independencia de su orientación sexual o identidad de género, gocen de acceso, en igualdad de condiciones, a la información y las ideas, así como a la participación en debates públicos.”*

Este Principio reivindica el derecho a ser de toda persona. Las personas pueden ser como cada una lo desee y decida manifestar. La creación de la personalidad, la fotografía exterior de cada individuo debe ser respetada, así como cada una de las características personales e identitarias de cada sujeto. Todos estos aspectos se deben proteger desde el punto de vista legal y los Estados deben emprender un camino legal para garantizar el Libre Desarrollo de las personas permitiendo la pluralidad y la no discriminación en ningún aspecto o sentido.

Igualmente, se insta a los Estados a que adopten las medidas necesarias para que las personas transexuales puedan modificar su documentación para que sean identificadas tanto en el ámbito público como en el privado de acuerdo con verdadera identidad o sea con el sexo psicológico de las personas. Todo ello implica igualmente que las y los transexuales tengan el derecho de escoger su

propio nombre, así como también poder vestirse acorde a sus características personales y corporales.

En síntesis, el Principio propone que las personas a manera individual puedan ser, expresarse o visibilizar su orientación sexual o identidad de género en cualquier ámbito de su vida sin que la sola sospecha pueda entenderse como una amenaza o riesgo para el individuo como hoy ocurre en muchos Estados. También, y no menos importante invita a que los medios de comunicación puedan emitir libremente cualquier información sobre la diversidad sexual sin que sean censurados por tratar la temática homosexual, transexual o bisexual.

**El Derecho a la libertad de reunión y de asociación pacífica** forma parte de los Derechos Fundamentales, siendo éste una de las protecciones esenciales para el alcance de la igualdad . Así mismo, es importante citar que muchos de los cambios sociales y el reconocimiento de los Derechos Humanos del colectivo LGTB en varios Estados como puede ser el caso de España, Argentina y Francia se han originado e impulsado dentro del asociacionismo, por lo cual garantizarlo es fundamental para el alcance real de la igualdad legal y posteriormente de la igualdad social, es por ello que dentro de los Principios de Yogyakarta se estipula que: *“Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas, incluso con el fin de manifestarse de manera pacífica, con independencia de su orientación sexual o identidad de género. Las personas pueden crear reconocer, sin discriminación, asociaciones basadas en la orientación sexual o la identidad de género, así como asociaciones que distribuyan información a, o sobre personas de las diversas orientaciones sexuales e identidades de género, faciliten la comunicación entre estas personas y aboguen por sus derechos y hacer que dichas asociaciones les sean reconocidas.*

*Los Estados:*

*A. Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de asegurar los derechos a la organización, asociación, reunión y defensa pacíficas en torno a asuntos relacionados con la orientación sexual y la identidad de género, así como el derecho a obtener reconocimiento legal para tales asociaciones y grupos, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género;*

*B. Garantizarán particularmente que las nociones de orden público, moralidad pública, salud pública y seguridad pública no sean utilizadas para restringir ninguna forma de ejercicio de los derechos a la reunión y asociación pacíficas únicamente sobre la base de que dicho ejercicio afirma la diversidad de orientaciones sexuales e identidades de género;*

*C. Bajo ninguna circunstancia impedirán el ejercicio de los derechos a la reunión y asociación pacíficas por motivos relacionados con la orientación sexual o la identidad de género y asegurarán que a las personas que ejerzan tales derechos se les brinde una adecuada protección policial y otros tipos de protección física contra la violencia y el hostigamiento;*

*D. Proveerán programas de capacitación y sensibilización para las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley y otros funcionarios o funcionarias pertinentes a fin de que sean capaces de brindar dicha protección;*

*E. Asegurarán que las reglas sobre divulgación de información referidas a asociaciones y grupos voluntarios no tengan, en la práctica, efectos discriminatorios para aquellas asociaciones o grupos que abordan asuntos relacionados con la orientación sexual o la identidad de género, ni para sus integrantes.”*

Así entonces se plantea que las personas LGTB o cualquier persona en general tiene derecho a asociarse y apoyar la reivindicación de los Derechos Humanos de este colectivo pudiendo reunirse y asociarse para discutir, organizar y trabajar por la mejora de las condiciones de vida de las minorías sexuales. Este precepto se liga directamente al artículo 20 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Así mismo se hace un llamado a que se faciliten los vínculos con organizaciones de cooperación internacional con las que se puedan fomentar el establecimiento dentro de los Estados de medidas legales y sociales para vencer la LGTBfobia en la sociedad así como en las instituciones del Estado.

Como expone *Zulima Sánchez Sánchez en el Estudio Práctico de las Asociaciones, democracia directa y otras formas de participación ciudadana*, “*el Derecho de asociación, es un Derecho Fundamental subjetivo que cumple un*

*papel esencial en el Estado social y democrático de Derecho*<sup>463</sup>, y realmente el disfrute del mismo origina la creación y empoderamiento de los movimientos sociales, los cuales dentro de una perspectiva de la participación y de la comunicación de los mismos con las Administraciones Públicas pueden llegar a generar grandes avances sociales y conquistas en referencia a los Derechos Humanos, ejemplo de ello es el miso movimiento feminista el cual ha luchado por la igualdad de la mujer y e movimiento LGTB, el cual nace del anterior y que fruto del mismo y de sus estrategias ha conseguido influir políticamente para la consecución legal del matrimonio entre personas del mismo sexo, la adopción y el reconocimiento de las familias homoparentales así como leyes de igualdad para el colectivo transexual alrededor del mundo.

Partiendo de la base que lesbianas, gays, transexuales y bisexuales se encuentran en todos las culturas, se ha resaltado dentro de los Principios el **Derecho a la libertad de pensamiento, de consciencia y de religión** afirmando que: *“Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, con independencia de su orientación sexual o identidad de género. Estos derechos no pueden ser invocados por el Estado para justificar leyes, políticas o prácticas que nieguen el derecho a igual protección de la ley o que discriminen por motivos de orientación sexual o identidad de género.*

*Los Estados:*

*A. Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de asegurar el derecho de las personas, con independencia de su orientación sexual o identidad de género, a profesar y practicar creencias religiosas y no religiosas, ya sea solas o en asociación con otras personas, a que no haya injerencias en sus creencias y a no sufrir coerción o imposición de creencias;*

*B. Velarán por que la expresión, práctica y promoción de diferentes opiniones, convicciones y creencias concernientes a asuntos relacionados con la orientación sexual o la identidad de género no se lleve a cabo de una manera que resulte incompatible con los derechos humanos.”*

---

<sup>463</sup>SÁNCHEZ SÁNCEHZ, Zulima. Estudio Práctico de las Asociaciones, democracia directa y otras formas de participación ciudadana. Edit. Lex Nova. Valladolid. 2004. Pág. 310.

Se hace un llamamiento al respeto de las creencias del colectivo LGTB. Este artículo está ligado directamente con el artículo 18 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos el cual incluye la libertad de religión o creencia, el cambio de la misma así como el poder manifestar y expresar públicamente las creencias religiosas de una forma individual o colectiva sea ésta practicada tanto en público como en privado.

Por otra parte, dentro del espectro de las libertades encontramos que en Yogyakarta se quiso hacer énfasis en la **libertad de movimiento** exponiendo que: *“Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado, con independencia de su orientación sexual o identidad de género. La orientación sexual y la identidad de género nunca podrán ser invocadas para limitar o impedir el ingreso de una persona a un Estado, su salida de este o su retorno al mismo, incluyendo el Estado del cual la persona es ciudadana.*

*Los Estados:*

*A. Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de asegurar que se garantice el derecho a la libertad de movimiento y de residencia, con independencia de la orientación sexual o la identidad de género.”*

Este apartado liga directamente el derecho de circulación del colectivo LGTB y el de sus familias. Las personas heterosexuales pueden moverse libremente con sus parejas si cumplen los requisitos legales que exige un tercer Estado, sin embargo, en el caso del colectivo LGTB en la gran mayoría de ocasiones, incluso dentro de estructuras internacionales como lo es la Unión Europea, se encuentran con la tesitura de que este derecho se ve coartado y limitado tan sólo por razones de su orientación sexual o identidad de género.

Ejemplo de ello es que si una lesbiana americana se casa con una mujer portuguesa ésta no podrá entrar, ni residir en los Estados Unidos como pareja legal de la ciudadana americana tan solo porque su cónyuge es mujer, incluso sin importar que las mismas se hubieran casado con anterioridad en el Estado portugués en donde está legalizado el matrimonio entre personas del mismo sexo.



Igualmente no podemos dejar la oportunidad de recordar la realidad que viven muchas parejas de hombre casados en Estados en donde se permite el matrimonio entre personas del mismo sexo y que han recurrido al método de paternidad por subrogación en el extranjero no permitiéndoles el ingreso de sus hijos biológicos a su país como es el caso de Bélgica al haber nacido el menor en un Estado al cual a sus nacionales se les exige un visado para poder ingresar a la Unión Europea y al haberle sido negado en la misma Embajada Belga el pasaporte al menor tal como ocurrió en Ucrania<sup>464</sup> o en el caso de España tan como se ha explicado en el capítulo III de ésta tesis, en donde muchos padres han realizado el proceso de gestación por subrogación en los Estados Unidos y habiendo quedado estos menores como irregulares hasta violándoles no sólo su derecho a libre circulación ya que no se pueden mover con plena libertad dado su estatus irregular sino también los derechos del menor hasta que la Dirección General de Registro y de Notariado se pronunció con la instrucción del 5 de octubre de 2010.

En referencia al caso belga, es importante citar que en la actualidad el Estado ha rectificado y a otorgado el pasaporte al menor, habiendo podido éste regresar por fin con sus dos padres<sup>465</sup>.

Otro punto importante que se cita en los Principios de Yogyakarta es el **Derecho a procurar asilo político**, máxime por la situación que muchas personas que pertenecen al colectivo LGTB viven en los Estados en los que sea desde el punto de vista legal y/o social se fomenta la homofobia de Estado, sobre esto los Principios matizan que: *“En caso de persecución, incluida la relacionada con la orientación sexual o la identidad de género, toda persona tiene derecho a procurar asilo, y a obtenerlo en cualquier país. Un Estado no podrá remover, expulsar o extraditar a una persona a ningún Estado en el que esa persona pudiera verse sujeta a temores fundados de sufrir tortura, persecución o cualquier otra forma de penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes en base a la orientación sexual o identidad de género.*

*Los Estados:*

---

<sup>464</sup><http://slog.thestranger.com/slog/archives/2011/01/31/belgian-boy-growing-up-in-ukrainian-orphanage-because-belgium-wont-let-his-fathers-take-him-home>

<sup>465</sup>[http://www.terra.cl/actualidad/index.cfm?id\\_cat=303&id\\_reg=1602465](http://www.terra.cl/actualidad/index.cfm?id_cat=303&id_reg=1602465)

*A. Revisarán, enmendarán y promulgarán leyes a fin de garantizar que un temor fundado de persecución por motivos de orientación sexual o identidad de género sea aceptado como base para el reconocimiento de la condición de refugiado o refugiada y del asilo;*

*B. Asegurarán que ninguna política o práctica discrimine a solicitantes de asilo por su orientación sexual o identidad de género;*

*C. Garantizarán que ninguna persona sea removida, expulsada o extraditada a ningún Estado en el que pudiera verse sujeta a temores fundados de sufrir tortura, persecución o cualquier otra forma de penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes por su orientación sexual o identidad de género.”*

Este es un Derecho que tiene como objetivo la necesidad de reconocer la persecución que existe en el interior de muchos Estados tanto social como institucionalmente por motivos de orientación sexual o identidad de género. Así entonces se busca que los Estados que no persigan al colectivo LGTB o en donde estos tengan más garantía de que se les respeten sus Derechos Humanos concedan el estatus de asilo a los perseguidos por razones de su orientación o identidad sexual.

Igualmente, hay que tener en cuenta que mientras no se apliquen estas medidas, sin número de personas en el mundo se encuentran bajo el desamparo y desprotección debido a la persecución que sufren día a día.

La UE aborda esta problemática a través de su Directiva 2013/32/UE de 26 de junio de 2013 en donde trata los procedimientos comunes para conceder o retirar el estatuto de protección internacional de 10/06/2013 la cual será explicada posteriormente en este estudio

Así mismo dentro de los Principios se insta a la **Protección de la Promoción de los Derechos Humanos** manifestando que: *“Toda persona tiene derecho, individualmente o asociándose con otras, a promover la protección y realización de los derechos humanos en los planos nacional e internacional, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género. Esto incluye las actividades encaminadas a promover y proteger los derechos de las personas de diversas orientaciones sexuales e identidades de género, así como*

*el derecho a desarrollar y debatir nuevas normas relacionadas con los derechos humanos y a trabajar por la aceptación de las mismas.*

*Los Estados:*

*A. Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de asegurar condiciones favorables para actividades encaminadas a la promoción y realización de los derechos humanos, incluidos los derechos pertinentes a la orientación sexual y la identidad de género;*

*B. Adoptarán todas las medidas apropiadas para combatir acciones o campañas contra defensores y defensoras de los derechos humanos que trabajen en asuntos relacionados con la orientación sexual y la identidad de género, así como aquellas que ataquen a defensores y defensoras que luchan por los derechos humanos, haciendo referencia a sus orientaciones sexuales e identidades de género;*

*C. Velarán por que las y los defensores de los derechos humanos, con independencia de su orientación sexual o identidad de género y de los asuntos de derechos humanos que defiendan, gocen de acceso a organizaciones y órganos de derechos humanos nacionales e internacionales, de participación en estos y de comunicación con ellos, sin discriminación ni trabas;*

*D. Garantizarán la protección de los defensores y las defensoras de los derechos humanos que trabajan en asuntos relacionados con la orientación sexual y la identidad de género contra toda violencia, amenaza, represalia, discriminación de hecho o de derecho, presión o cualquier otra acción arbitraria perpetrada por el Estado o por agentes no estatales en respuesta a sus actividades en materia de derechos humanos. A los defensores y defensoras de los derechos humanos que trabajan en cualquier otro asunto, debería garantizárseles la misma protección contra tales actos basados en su orientación sexual o identidad de género;*

*E. Apoyarán el reconocimiento y la acreditación de organizaciones que promueven y protegen los derechos humanos de personas de diversas orientaciones sexuales e identidades de género a los niveles nacional e internacional.”*

Se trata entonces de garantizar la protección del **Derecho de Asociación** de las personas LGTB y la defensa de los Derechos Humanos de dicho colectivo.

Un ejemplo de obstáculos para la promoción de los derechos humanos es las piedras en el camino con las que se encuentran los y las activistas en Estados como Chipre, República Checa, Eslovaquia, Bulgaria y Lituania<sup>466</sup> para realizar manifestaciones que reivindican la realidad LGTB. Estos ejemplos son más preocupantes debido a que todos los Estados citados se encuentran en occidente y son miembros de la Unión Europea. La situación de otros países es mucho más preocupante como ocurre en Rusia o algunos Estado de Asia y América Latina. En referencia al caso ruso<sup>467</sup>, ha llegado a límites de prohibir hablar sobre homosexualidad como propaganda e ilegalizar manifestaciones como la que sea realiza para reivindicar los Derechos Humanos de éste colectivo el 28 de junio<sup>468</sup>.

También, dentro de los Principios se incluye el **Derecho a la presentación de recursos y resarcimientos** efectivos, ésta es una clara medida a la protección del debido proceso, en referencia a ésta idea encontramos que dentro del documento se explica que: *“Toda víctima de una violación de los derechos humanos, incluso de una violación basada en la orientación sexual o la identidad de género, tiene el derecho a recursos eficaces, adecuados y apropiados. Las medidas adoptadas con el propósito de brindar reparaciones a personas de diversas orientaciones sexuales e identidades de género, o de asegurar el adecuado desarrollo de estas personas, son esenciales para el derecho a recursos y resarcimientos efectivos.*

*Los Estados:*

*A. Establecerán los procedimientos jurídicos necesarios, incluso mediante la revisión de leyes y políticas, a fin de asegurar que las víctimas de violaciones a los derechos humanos por motivos de orientación sexual o identidad de género tengan acceso a una plena reparación a través de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción, garantía de no repetición y/o cualquier otro medio que resulte apropiado;*

---

<sup>466</sup> 27 Fjellner Christofer. Pictures of pride. EPP –ED. 2010.

<sup>467</sup><http://www.elmundo.es/elmundo/2012/06/07/internacional/1339080744.html>

<sup>468</sup><http://www.abc.es/sociedad/20130125/abci-rusia-propaganda-homosexual-201301251713.html>

- B. Garantizarán que las reparaciones sean cumplidas e implementadas de manera oportuna;*
- C. Asegurarán la creación de instituciones y normas efectivas para la provisión de reparaciones y resarcimientos, además de garantizar la capacitación de todo el personal de la misma en lo que concierne a violaciones a los derechos humanos basadas en la orientación sexual y la identidad de género;*
- D. Velarán por que todas las personas tengan acceso a toda la información necesaria sobre los procesos para obtención de reparaciones y resarcimientos;*
- E. Asegurarán que se provea ayuda financiera a aquellas personas que no puedan pagar el costo de obtener resarcimiento y que sea eliminado cualquier otro obstáculo, financiero o de otra índole, que les impida obtenerlo;*
- F. Garantizarán programas de capacitación y sensibilización, incluyendo medidas dirigidas a docentes y estudiantes en todos los niveles de la educación pública, a colegios profesionales y a potenciales violadores o violadoras de los derechos humanos, a fin de promover el respeto a las normas internacionales de derechos humanos y el cumplimiento de las mismas, de conformidad con estos Principios, como también para contrarrestar las actitudes discriminatorias por motivos de orientación sexual o identidad de género.”*

El objetivo buscado en éste principio es luchar contra la discriminación hacia el colectivo LGTB dentro de las instituciones públicas. Así mismo se insta a que se respete el debido proceso. Realmente lo que se busca es la inclusión de normativas que permitan la protección de los derechos humanos del colectivo LGTB para que no se produzcan violaciones de sus derechos en diferentes ámbitos, por lo que las Administraciones Públicas deben aportar los recursos suficientes, así como resarcimientos eficaces para que se proteja cabalmente a este colectivo, sea legislando las normativas necesarias o revisando las actuales para modificar las que sean ineficaces y inoperantes. Así mismo el Principio insta a que existan garantías para que tales discriminaciones sean realizadas así como también a que exista una compensación económica basada en el la indemnización o resarcimiento por razón de discriminación por orientación sexual y/o identidad de género.

Igualmente, los Principios de Yogyakarta contienen una disposición que expone que deben existir diferentes procedimientos jurídicos y administrativos que garanticen, bajo el concepto de **Principio de Responsabilidad**, que quienes violen los Derechos Humanos del colectivo LGTB sean responsables de la violación de los derechos de los mismos, estipulando que: *“Toda persona cuyos derechos humanos sean violados, incluyendo los derechos a los que se hace referencia en estos Principios, tiene derecho a que a las personas directa o indirectamente responsables de dicha violación, sean funcionarios o funcionarias públicas o no, se les responsabilice por sus actos de manera proporcional a la gravedad de la violación. No deberá haber impunidad para quienes cometan violaciones a los derechos humanos relacionadas con la orientación sexual o la identidad de género.*

Los Estados:

*A. Establecerán procedimientos penales, civiles, administrativos y de otra índole, así como mecanismos de vigilancia, que sean apropiados, accesibles y eficaces, a fin de asegurar que a quienes cometan violaciones a los derechos humanos relacionadas con la orientación sexual o la identidad de género se las y los responsabilizará por sus actos;*

*B. Garantizarán que todas las denuncias sobre delitos cometidos en base a la orientación sexual o identidad de género real o percibida de la víctima, incluidos aquellos descritos en estos Principios, sean investigadas rápida y minuciosamente y que, en aquellos casos en que se encuentren pruebas apropiadas, se presenten cargos formales contra las personas responsables se las lleve a juicio y se las castigue debidamente;*

*C. Crearán instituciones y procedimientos independientes y eficaces que vigilen la redacción y aplicación de leyes y políticas para asegurar que se elimine la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género;*

*D. Eliminarán cualquier obstáculo que impida iniciar procesos contra personas responsables de violaciones de los derechos humanos basadas en la orientación sexual o la identidad de género.”*

Este Principio brinda un giro radical en lo que respecta a la concepción de los sujetos que vulneran los derechos así como quien es agredido o vulnerado por

razones de su orientación sexual o identidad de género. Así entonces las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo o la transexualidad no podrán ser una justificación para cometer ninguna agresión. Ejemplo de ello pueden ser los países islámicos en donde en muchos de ellos se veja o castiga con agresiones físicas como la lapidación a las personas LGTB. Por lo cual, de producirse esta actuación, se reconoce que se están vulnerando los Derechos Fundamentales de las personas por lo cual se debe sancionar ya que se está utilizando la orientación sexual o la identidad de género para infligir un daño en el individuo por lo que sobre el agresor deberán aplicarse las penas establecidas.

Sin duda alguna, es éste, el último Principio quien hace la una demanda expresa a la revisión completa de la gran mayoría de ordenamientos jurídicos de los países islámicos, tanto en la legislación civil como en la penal así como también, y tal vez lo que debe resaltar más, la demanda de un reconocimiento mundial e internacional de los Derechos las personas lesbianas, gays, transexuales, bisexuales y de sus familias como Derechos Humanos, recordando que cuando se habla de los Derechos de éste colectivo no se está hablando de Derechos que pertenecen a una minoría sino que se está hablando de Derechos Humanos y que les pertenecen de forma inalienable tan solo por el hecho de ser personas.

Por tanto, corresponde a todos los Estados el reconocer e implementar estos Principios que sin duda contribuyen no sólo a mejorar la realidad del colectivo LGTB sino al progreso y al desarrollo de la sociedad y de la humanidad como colectividad.

## **1.2. Principio que versan sobre los derechos sociales, culturales y económicos**

En éste grupo de Principios podemos encontrar la realidad del **ámbito laboral**, sobre ésta tema la carta de Yogyakarta expone que: *“Toda persona tiene derecho al trabajo digno y productivo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género.*

*Los Estados:*

*A. Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de eliminar y prohibir la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género en el empleo público y privado, incluso en lo concerniente a capacitación profesional, contratación, promoción, despido, condiciones de trabajo y remuneración;*

*B. Eliminarán toda discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género a fin de garantizar iguales oportunidades de empleo y superación en todas las áreas del servicio público, incluidos todos los niveles del servicio gubernamental y el empleo en funciones públicas, incluyendo el servicio en la policía y las fuerzas armadas, y proveerán programas apropiados de capacitación y sensibilización a fin de contrarrestar las actitudes discriminatorias.”*

Este apartado es importante ya que hace alusión al Derecho Humano del trabajo y lo conecta directamente con la realidad del colectivo LGTB y el ámbito laboral. Es una realidad que este colectivo tiene más inconvenientes en el trabajo a la hora de poder expresarse libremente y desarrollarse como personas desde el punto de vista de poder vivir su orientación sexual o identidad de género sin ocultarla en dicho ámbito.

Como anteriormente se ha citado, las mujeres lesbianas y bisexuales tienen más inconvenientes que los hombres en el ámbito laboral. Así mismo, son las personas transexuales quienes se ven más vulneradas pues muchas de ellas no se les contrata por ser transexuales o, se encuentran con discriminaciones activas o pasivas cuando deciden iniciar su proceso transexualizador.

Otro ejemplo de la lucha contra esta discriminación es la ejecutada por el Presidente de los Estados Unidos de América, Barak Obama quien derogó la **Ley Don't Ask Don't Tell** del 21 de diciembre de 1993 impulsada por el ex presidente Bill Clinton<sup>469</sup>, fomentaba y legalizaba la discriminación de lesbianas, gays y bisexuales en el ejército de los Estados Unidos. Las personas transexuales directamente no eran aceptadas en las fuerzas armadas tan sólo por el hecho de serlo materializando la discriminación por razones de identidad de género de las personas.

---

<sup>469</sup>No preguntes, no digas nada.



La Ley derogada por el Presidente Obama expulsó del ejército a 13.000 personas gays, lesbianas y bisexuales a lo largo de los 17 años que estuvo vigente y consistía en que estos no podían visibilizar en ningún momento su orientación sexual dentro o fuera del ejército de los Estados Unidos violando directamente los Derechos Humanos de las y los soldados LGTB<sup>470</sup>.

De la mano del Derecho del Trabajo va el **Derecho a la Seguridad Social y sus respectivas medidas de protección**, así entonces los Principios de Yogyakarta afirman que: *“Todas las personas tienen derecho a la seguridad social y a otras medidas de protección social, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género.*

Los Estados:

*A. Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de asegurar el acceso, en igualdad de condiciones y sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, a la seguridad social y a otras medidas de protección social, incluyendo beneficios laborales, licencia por maternidad o paternidad, beneficios por desempleo, seguro, atención o beneficios ligados a la salud (incluso para modificaciones del cuerpo relacionadas con la identidad de género), otros seguros que cubran cuestiones sociales, beneficios familiares, beneficios funerarios, pensiones y beneficios para paliar la pérdida de apoyo como resultado de enfermedad o muerte de cónyuges o parejas;*

*B. Asegurarán que no se someta a niñas y niños a ninguna forma de trato discriminatorio en el sistema de seguridad social o en la prestación de beneficios sociales o de bienestar social por su orientación sexual o identidad de género, o la de cualquier integrante de su familia;*

*C. Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de garantizar el acceso a estrategias y programas de reducción de la pobreza, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género”.*

---

<sup>470</sup>[http://www.elpais.com/articulo/internacional/Obama/promulga/ley/pone/fin/discriminacion/homos-exuales/Ejercito/elpeuint/20101222elpeuint\\_10/Tes](http://www.elpais.com/articulo/internacional/Obama/promulga/ley/pone/fin/discriminacion/homos-exuales/Ejercito/elpeuint/20101222elpeuint_10/Tes)

Este Principio versa sobre la realidad socio sanitaria de las personas LGTB. Realidades como la atención sanitaria de las personas transexuales y sus procesos de transexualización, el acceso de las parejas de mujeres a tratamientos de reproducción asistida y la protección de los derechos de las y los hijos de las personas homosexuales y sus familias dentro del espectro de la seguridad social son ejemplos de medidas que se pueden impulsar basándose en este artículo de los Principios de Yogyakarta.

En conclusión cualquier beneficio otorgado a las personas heterosexuales y a sus familias debe ser brindado en las mismas condiciones las personas LGTB y sus familias.

Un punto importante dentro de ésta normativa es la incorporación como Principio del concepto de **nivel de vida adecuado**, el cual, realmente es importante para el verdadero desarrollo de individuo, es por esto que en la reunión de Yogyakarta se decide incorporar el siguiente texto dentro de los Principios: *“Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado, lo cual incluye alimentación adecuada, agua potable, servicios sanitarios y vestimenta adecuadas, así como a la mejora continua de sus condiciones de vida, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género.*

*Los Estados:*

*A. Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de garantizar el acceso de las personas a la alimentación, el agua potable, los servicios sanitarios y la vestimenta adecuadas, en igualdad de condiciones y sin discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género.”*

Un ejemplo real en donde se puede aplicar este Principio es la realidad del colectivo transexual, ya que por regla general, incluso en el primer mundo, dicho grupo social se encuentra en peligro de exclusión, encontrándose en un peligro social bastante alto y en límites de pobreza degradantes.

También se ha tenido en cuenta el Derecho a una **vivienda adecuada**, sobre éste tema se afirma que: *“Toda persona tiene derecho a una vivienda adecuada, lo que incluye la protección contra el desalojo, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género.*

Los Estados:

*A. Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de garantizar la seguridad en cuanto a la tenencia y el acceso a una vivienda asequible, habitable, accesible, culturalmente apropiada y segura, incluyendo refugios y otros alojamientos de emergencia, sin discriminación por motivos de orientación sexual, identidad de género o estado marital o familiar;*

*B. Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de prohibir la ejecución de desalojos que sean incompatibles con sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos y asegurarán la disponibilidad de recursos legales u otros apropiados que resulten adecuados y efectivos para cualquier persona que afirme que le fue violado, o se encuentra bajo amenaza de serle violado, un derecho a la protección contra desalojos forzados, incluyendo el derecho al reasentamiento, que incluye el derecho a tierra alternativa de mejor o igual calidad y a vivienda adecuada, sin discriminación por motivos de orientación sexual, identidad de género o estado marital o familiar;*

*C. Garantizarán la igualdad de derechos a la propiedad y la herencia de tierra y vivienda sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género;*

*D. Establecerán programas sociales, incluyendo programas de apoyo, a fin de hacer frente a los factores relacionados con la orientación sexual y la identidad de género que incrementan la vulnerabilidad -especialmente de niñas, niños y jóvenes- a la carencia de hogar, incluyendo factores tales como la exclusión social, la violencia doméstica y de otra índole, la discriminación, la falta de independencia financiera y el rechazo por parte de familias o comunidades culturales, así como para promover esquemas de apoyo y seguridad vecinales;*

*E. Proveerán programas de capacitación y sensibilización a fin de asegurar que en todas las agencias pertinentes exista conciencia y sensibilidad en cuanto a las necesidades de las personas que se enfrentan a la falta de vivienda o a desventajas sociales como resultado de su orientación sexual o identidad de género.”*

El espíritu de éste Principio se materializa evitando la discriminación que pueden sufrir alguno de los miembros de las parejas del mismo sexo, puesto que en los Estados en donde estos no se encuentran protegidos por legislaciones como la española, las leyes en torno al Código Civil en materia de sucesiones no protegen a las parejas del mismo sexo, puesto que en ocasiones, muchas parejas en el momento de fallecer uno de sus miembros, el superviviente es desalojado de su propia vivienda por miembros de la familia del miembro de la pareja que ha fallecido de estar los bienes inmuebles a nombre de éste, por lo que su pareja al no tener el reconocimiento civil de cónyuge pasa a estar completamente desprotegido. Es por esto que éste Principio insta a los Estados a acabar con dicha discriminación y proteger a los miembros de las parejas del mismo sexo en lo referente al derecho de vivienda.

En lo que respecta al ámbito sanitario, los Principios abordan el Derecho al **disfrute del más alto nivel posible de salud** expresando que: *“Todas las personas tienen el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género. La salud sexual y reproductiva es un aspecto fundamental de este derecho.*

*Los Estados:*

*A. Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de asegurar el disfrute del derecho al más alto nivel posible de salud física y mental, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género;*

*B. Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias para asegurar que todas las personas tengan acceso a establecimientos, productos y servicios para la salud, incluidos los relacionados con la salud sexual y reproductiva, así como a sus propias historias clínicas, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género;*

*C. Asegurarán que los establecimientos, productos y servicios para la salud estén diseñados de modo que mejoren el estado de salud de todas las personas, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género; que*

*respondan a sus necesidades y tengan en cuenta sus singularidades, y que las historias clínicas relativas a estos aspectos sean tratadas con confidencialidad;*

*D. Desarrollarán e implementarán programas encaminados a hacer frente a la discriminación, los prejuicios y otros factores sociales que menoscaban la salud de las personas debido a su orientación sexual o identidad de género;*

*E. Garantizarán que todas las personas estén informadas y su autonomía sea promovida a fin de que puedan tomar sus propias decisiones relacionadas con el tratamiento y la atención médica en base a un consentimiento genuinamente informado, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género;*

*F. Garantizarán que todos los programas y servicios de salud, educación, prevención, atención y tratamiento en materia sexual y reproductiva respeten la diversidad de orientaciones sexuales e identidades de género y estén disponibles en igualdad de condiciones y sin discriminación para todas las personas;*

*G. Facilitarán el acceso a tratamiento, atención y apoyo competentes y no discriminatorios a aquellas personas que procuren modificaciones corporales relacionadas con la reasignación de género;*

*H. Asegurarán que todos los prestadores de servicios para la salud traten a sus clientes, clientas y las parejas de ellos y de ellas sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, incluso en lo concerniente al reconocimiento como parientes más cercanas o cercanos;*

*I. Adoptarán las políticas y los programas de educación y capacitación que sean necesarios para posibilitar que quienes trabajan en el sector de salud brinden a todas las personas el más alto nivel posible de atención a su salud, con pleno respeto por la orientación sexual e identidad de género de cada una.”*

Este Principio está directamente ligado y se complementa con el **Derecho a la seguridad social y a otras medidas de protección social** ya que expone en términos generales las acciones que se deben ejecutar con el objetivo de evitar posibles discriminaciones en el ámbito de la salud y sanitario por razones de orientación sexual o identidad de género.

Así mismo, con el objetivo de fomentar **la protección del colectivo LGTB en lo que respecta a abusos médicos o psicológicos** debido a su orientación sexual y/o identidad de género, como por ejemplo técnicas “reparadores de orientación sexual” o abusos médicos de cualquier índole los Principios contemplan que: *“Ninguna persona será obligada a someterse a ninguna forma de tratamiento, procedimiento o exámenes médicos o psicológicos, ni a permanecer confinada en un establecimiento médico, por motivo de su orientación sexual o su identidad de género. Con independencia de cualquier clasificación que afirme lo contrario, la orientación sexual y la identidad de género de una persona no constituyen, en sí mismas, trastornos de la salud y no deben ser sometidas a tratamiento o atención médicas, ni suprimidas.*

Los Estados:

*A. Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de asegurar la plena protección contra prácticas médicas dañinas basadas en la orientación sexual o la identidad de género, incluso en estereotipos, ya sea derivados de la cultura o de otra fuente, en cuanto a la conducta, la apariencia física o las que se perciben como normas en cuanto al género;*

*B. Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de asegurar que el cuerpo de ningún criatura sea alterado irreversiblemente por medio de procedimientos médicos que procuren imponerle una identidad de género sin su consentimiento pleno, libre e informado, de acuerdo a su edad y madurez y guiándose por el principio de que en todas las acciones concernientes a niñas y niños se tendrá como principal consideración su interés superior;*

*C. Establecerán mecanismos de protección infantil encaminados a que ningún niño o niña corra el riesgo de sufrir abusos médicos o sea sometido o sometida a ellos;*

*D. Garantizarán la protección de las personas de las diversas orientaciones sexuales e identidades de género contra procedimientos o investigaciones médicas carentes de ética o no consentidas, incluidas las relacionados con vacunas, tratamientos o microbicidas para el VIH/SIDA u otras enfermedades;*

*E. Revisarán y enmendarán todas las disposiciones o programas de financiamiento para la salud, incluyendo aquellos con carácter de cooperación al desarrollo, que puedan promover, facilitar o de alguna otra manera hacer posibles dichos abusos;*

*F. Garantizarán que ningún tratamiento o consejería de índole médica o psicológica considere, explícita o implícitamente, la orientación sexual y la identidad de género como trastornos de la salud que han de ser tratados, curados o suprimidos.”*

El objetivo de este Principio es el de establecer la prohibición de realizar comprobaciones físicas con la intención de comprobar si una persona ha mantenido relaciones sexuales con otra del mismo sexo en un periodo de tiempo reciente.

Por otra parte se demanda la no imposición de penas a trabajos forzosos o a recibir terapias de aversión con el objetivo de intentar modificar la orientación o identidad de género de las personas.

Así mismo, plantea una revisión del concepto de la transexualidad, ya que aún es considerada por la OMS<sup>471</sup> como trastorno, pidiendo entendimiento sobre ésta realidad y el derecho al libre desarrollo de la personalidad de estos individuos, exponiendo que la plena adecuación completa del sexo y género con el cual se identifican estas personas es lo que garantiza su bienestar físico y mental por lo cual los Estados deben proveerles de todas las herramientas necesarias en referencia a intervenciones médicas y sanitarias para obtener dicha adecuación así como la debida protección y el reconocimiento jurídico para poder desenvolverse con libertad dentro de la sociedad.

Uno de los puntos angulares dentro de la reivindicación de los Derechos Humanos del colectivo LGTB es el **reconocimiento de las familias** homoparentales y de las personas transexuales por lo tanto éste Derecho queda plasmado dentro del texto de los Principios afirmando que: *“Toda persona tiene el derecho a formar una familia, con independencia de su orientación sexual o identidad de género. Existen diversas configuraciones de familias. Ninguna familia*

---

<sup>471</sup>Organización Mundial de la Salud.

*puede ser sometida a discriminación basada en la orientación sexual o identidad de género de cualquiera de sus integrantes.*

*Los Estados:*

*A. Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de asegurar el derecho a formar una familia, incluso a través del acceso a adopción o a reproducción asistida (incluyendo la inseminación por donante), sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género;*

*B. Velarán por que las leyes y políticas reconozcan la diversidad de formas de familias, incluidas aquellas que no son definidas por descendencia o matrimonio, y adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole necesarias para asegurar que ninguna familia sea sometida a discriminación basada en la orientación sexual o identidad de género de cualquiera de sus integrantes, incluso en lo que respecta al bienestar social y otros beneficios relacionados con la familia, al empleo y a la inmigración;*

*C. Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de garantizar que en todas las medidas o decisiones concernientes a niñas y niños que sean tomadas por las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial sea el interés superior del niño o la niña y que la orientación sexual o identidad de género del niño o la niña o la de cualquier miembro de la familia u otra persona no sea considerada incompatible con ese interés superior;*

*D. En todas las medidas o decisiones concernientes a niñas y niños, velarán por que un niño o niña que esté en condiciones de formarse un juicio propio pueda ejercer el derecho de expresar sus opiniones con libertad y que estas sean debidamente tenidas en cuenta en función de la edad y madurez del niño o la niña;*

*E. Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de asegurar que en aquellos Estados que reconocen los matrimonios o las uniones registradas entre personas de un mismo sexo, cualquier derecho, privilegio, obligación o beneficio que se otorga a personas de*



*sexo diferente que están casadas o han registrado su unión esté disponible, en igualdad de condiciones, para parejas del mismo sexo casadas o que han registrado su unión;*

*F. Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de garantizar que cualquier obligación, derecho, privilegio o beneficio que se otorga a parejas de sexo diferentes que no están casadas esté disponible, en igualdad de condiciones, para parejas del mismo sexo que no están casadas;*

*G. Garantizarán que el matrimonio y otras uniones reconocidas por la ley se contraigan únicamente mediante el libre y pleno consentimiento de ambas personas que conformarán el matrimonio o la unión.”*

Este artículo es fundamental para poder aplicar la igualdad legal y real del colectivo LGTB. Uno de los problemas más profundos que tiene esta minoría es el no reconocimiento de sus familias dentro de la jurisdicción de muchos Estados. Realmente, el concepto de familia tiene que tener una revisión profunda tanto en occidente como en oriente debido a que aún predomina el concepto de familiar nuclear heteropatriarcal desconociéndose tanto legal y en algunos casos socialmente en muchos Estados las monoparentales u homoparentales, lo cual trae consigo implícito una discriminación constante a estos núcleos familiares así como a sus miembros.

Para poder crear una igualdad absoluta, uno de los pasos a dar es la consideración real de las familias homoparentales al igual que el reconocimiento de las familias de las personas transexuales. Todo éste proceso se tiene que hacer necesariamente desde una distinción implícita entre la visión civil de las uniones y las religiosas.

Es una realidad que toda la vida han existido familias homoparentales y que el hecho que una persona sea homosexual o transexual no quiere decir que sea infértil. Así mismo, las personas bisexuales en muchas ocasiones son padres o madres producto de relaciones sexuales y/o afectivas con personas de sexo contrario, por lo tanto es una necesidad real que se solucione desde todos los puntos de vista la protección de las familias del colectivo LGTB.

También se incluye el **Derecho a participar en la vida pública**, artículo que, ayuda al fomento de la igualdad no sólo legal sino social, la cual en realidad es la llave para alcanzar la igualdad absoluta dentro de la sociedad, la idea de los Principios de Yogyakarta es instar a los Estados a que ésta se consiga por lo que ha estipulado que: *“Todas las personas que sean ciudadanas gozarán del derecho a participar en la conducción de los asuntos públicos, incluido el derecho a postularse a cargos electivos, a participar en la formulación de políticas que afecten su bienestar y a tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a todos los niveles de funcionarias y funcionarios públicos y al empleo en funciones públicas, incluso en la policía y las fuerzas armadas, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género.*

Los Estados:

*A. Revisarán, enmendarán y promulgarán leyes para asegurar el pleno goce del derecho a participar en la vida y los asuntos públicos y políticos, incluyendo todos los niveles de servicios brindados por los gobiernos y el empleo en funciones públicas, incluso en la policía y las fuerzas armadas, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género y con pleno respeto a la singularidad de cada persona en estos aspectos;*

*B. Adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar los estereotipos y prejuicios referidos a la orientación sexual y la identidad de género que impidan o restrinjan la participación en la vida pública;*

*C. Garantizarán el derecho de cada persona a participar en la formulación de políticas que afecten su bienestar, sin discriminación basada en su orientación sexual e identidad de género y con pleno respeto por las mismas.”*

Se hace alusión a que las personas LGTB no sean excluidas de éste espacio por razones de orientación sexual y/o identidad de género. En este caso también podemos traer a colación la derogada Ley de la administración Clinton **Don't Ask, Don't Tell**, la cual también ha sido anteriormente citada en otro principio que al igual que éste también vulneraba. En referencia a éste principio ésta no permitía a lesbianas, gays y bisexuales visibilizar su orientación sexual y/o identidad de género dentro de las Fuerzas Armadas Americanas, de hacerlo, tal acción era considerada motivo de expulsión. Igualmente si en el

momento de apuntarse a las Fuerzas Armadas se visibilizaba su orientación, ésta misma era razón para no recibir la inscripción de los mismos a los cuerpos de seguridad del Estado.

La cultura es un Derecho y en cierta forma la clave para que los cimientos de la igualdad se construyan de una manera firme, es a través de esta que la sociedad pasa, de generación en generación las diferentes conductas sociales que rigen la sociedad, por lo tanto el **Derecho a participar en la vida cultural** fomentará que todas las personas expresen su diversidad y se pueda compartir modelos sociales de igualdad y respeto, es por esto que se incluye dentro de los Principios que: *“Toda persona, con independencia de su orientación sexual o identidad de género, tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural y a expresar la diversidad de orientaciones sexuales e identidades de género a través de la participación cultural.*

*Los Estados:*

*A. Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de asegurarles a todas las personas oportunidades para participar en la vida cultural, con independencia de sus orientaciones sexuales e identidades de género y con pleno respeto por estas;*

*B. Fomentarán el diálogo y el respeto mutuo entre quienes expresan a los diversos grupos culturales que existen dentro del Estado, incluso entre grupos que tienen opiniones diferentes sobre asuntos relacionados con la orientación sexual y la identidad de género, de conformidad con el respeto a los derechos humanos a que se hace referencia en estos Principios.”*

Este Principio tiene que ver con **el Derecho a la Libertad de Expresión** a través de las artes y la cultura. Las personas tienen el derecho de participar en la vida cultura de sus comunidades, éste es un derecho político y social. En ese sentido en España la FELGTB a través de su área de cultura LGTB expone la realidad del colectivo desde el punto de vista de las artes y la cultura en diversos ámbitos y formatos con el objetivo de visibilizar y reivindicar la cultura de lesbianas, gays, transexuales y bisexuales dentro la sociedad acercando a la población hacia la realidad del colectivo pero también matizando que la cultura es un elemento central en la construcción de las identidades y por lo tanto ésta

misma es entendida por la organización como una herramienta política reivindicativa utilizada para la defensa y la expresión de los derechos humanos de las personas con la que se trabaja para la valoración y la visibilidad de los hechos culturales de la lucha política de la igualdad del colectivo LGTB. La FELGTB ha creado un espacio denominado “Festival La Cultra” el cual favorece la realización de actividades culturales en torno a las reivindicaciones de la semana del orgullo estatal LGTB en España.

### **1.3. Conclusiones generales sobre la eficacia y cumplimiento de los principios de Yogyakarta**

Los principios de Yogyakarta fueron realizados debido al contexto de violencia en el cual las Naciones Unidas entendieron que se encontraba el colectivo de lesbianas, gays, transexuales y bisexuales a nivel mundial. Realmente los principios cumplen una función de interpretación en el ámbito del Derecho Internacional en lo que respecta al valor de su análisis sobre las normativas de Derechos Humanos en materia de la diversidad afectivo-sexual, básicamente, estos, acercan la diversidad sexual al concepto de humanidad y la necesidad de protección de la misma debido a la discriminación sufrida bajo el fomento del machismo y la homofobia social y legal en la gran mayoría de Estados.

Aunque los principios tienen el objetivo de instar a los Estados para que legislen en materia de igualdad en lo que respecta a la diversidad sexual, actualmente, los mismo, pueden llegar ser vistos sólo como un instrumento doctrinal más que legal, ya que aunque contienen elementos importantes para avanzar en materia de igualdad del colectivo LGTB, estos no dejan de ser una mera recomendación, la cual si bien es cierta sí ha sido interiorizada por algunos gobiernos del mundo, sobre todo en los últimos años, ejemplo de ello son los cambios legislativos que han ocurrido sobre la materia y más concretamente en referencia a la legalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo o matrimonio igualitario en diversos Estados en los últimos años. Así entonces, podemos concluir que los Principios de Yogyakarta dinamizan e impulsan y exportan el concepto de humanidad, el cual es subyacente al derecho internacional de los Derechos Humanos.

Un ejemplo claro en el cual se puede ver como los Principios de Yogyakarta pueden influir positivamente en los Estados, a través de la presión realizada por la comunidad internacional es la situación de violencia a la que se ven expuestas las personas LGTB en los países africanos, como por ejemplo Uganda en donde el tratamiento del tema de la diversidad sexual ha generado graves brotes de violencia política, creando un clima de homofobia de Estado legislando leyes que penalizan incluso la visibilidad de muestras afectivas entre personas del mismo sexo. Ejemplo de esto es el asesinato de David Kato, un activista LGTB de los derechos humanos, cuya fotografía fue publicada en la revista nacional Rolling Stone junto con otras 99 personas LGTB bajo el titular *"Hang Them"* (a la horca), posterior a estos hechos David fue brutalmente asesinado. Lo realizado por Rolling Stone es un ejemplo de cómo los medios de comunicación pueden instar a la sociedad a actuar de determinadas maneras, fomentando el odio y la discriminación dentro de la sociedad. La reacción de la comunidad internacional no tardó en mostrar su rechazo a lo ocurrido, no sólo por el asesinato de Kato sino por la política de homofobia de Estado de Uganda, concretamente el Parlamento de la Unión Europea emitió el 17 de noviembre de 2009 una resolución rechazando los avances legislativos en materia de penalización de la homosexualidad con sanciones de muerte en Uganda, citando las declaraciones de la Comisión Africana de Derechos Humanos y la Comisión de Derechos Humanos de la Unión Europea. Igualmente, la Comisión Africana de Derechos Humanos y los Pueblos, en su cuadragésima sexta sesión ordinaria escuchó a las ONG africanas y posteriormente emitió una Resolución Temática Tres/001/11/09 en la cual expone que se debe poner fin a toda discriminación legal basada en razones de de orientación sexual y/o identidad de género, invocando los Principios de Yogyakarta puesto que estos afianzan la universalidad que todo ser humano merece ser tratado en igualdad sin importar su orientación sexual o identidad de género, tal como se expone en los pactos y tratados de derecho internacional y de derechos humanos. La presión internacional de la Unión Europea y la Comisión de Africana de los Derechos Humanos sirvió para que la Ley homofoba en Uganda que criminalizaba con más contundencia las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo fuera aplazada más no suspendida. La violencia homofoba institucionalizada en el Estado de Uganda es un ejemplo claro de lo útiles que pueden llegar a ser los principios de Yogyakarta dentro del Derecho Internacional de los derechos

humanos. Hemos citado Uganda porque es el caso más sonado en los últimos años, sin embargo un gran número de países africanos tienen legislaciones similares como ya se explicó en el primer capítulo, se siguen vulnerando los Derechos Fundamentales del colectivo LGTB como el Derecho a la Vida, la Libre Expresión, la Igualdad, la Libertad, el de Asociación entre otros, convirtiendo tal realidad en una crisis humanitaria.

Si bien es cierto que la realidad en África es difícil, no podemos olvidar la actuación de Rusia sobre el tema en los últimos años, más concretamente a mediados de 2013, en donde recientemente se ha legislado una Ley que prohíbe la propaganda de las relaciones sexuales no tradicionales estableciendo a los infractores multas entre los 40.000 a 50.000 rubros de ser una persona natural y si se trata de una persona jurídica la sanción puede oscilar entre los 800.000 a 1.000.000 de rubros. Dicha legislación prohíbe incluso la realización de actos reivindicativos en público así como tampoco convocar a los medios de comunicación vulnerando el *Derecho a la Libre Expresión, de Asociación y Reunión* así como la Libertad de Prensa.

Un ejemplo positivo en referencia a la influencia de los Principios de Yogyakarta fue la resolución de la acción de inconstitucionalidad 2/2010 por parte de la Corte Suprema de México la cual estudió la constitucionalidad del artículo 146 del Código Civil del Distrito Federal de México que permitió el matrimonio entre personas del mismo sexo en México DF, la Corte Suprema analizó varios puntos citando los Principios aunque matizando la no obligatoriedad de su cumplimiento.

En conclusión los Principios de Yogyakarta se pueden catalogar como una génesis legal que puede motivar que en los pactos y tratados internacionales se incluyan la protección de los derechos humanos del colectivo LGTB, lo que los convierte en una herramienta jurídica doctrinal que ha abierto un camino de una política internacional que impulsa la protección del colectivo LGTB dentro del ámbito del derecho internacional para que éste actúe como guía y como un muro de contención en contra de la homofobia legal, institucional y social en muchos Estados.

Por último, aunque para que los Principios adquieran carácter de obligatoriedad deben de ser aprobados bajo un consenso universal no se puede

negar que estos mismos instan a los Estados a cuestionar sus propias legislaciones y sus instrumentos jurídicos de protección de los Derechos Fundamentales.

## **2. El Consejo Económico y Social de la ONU (ECOSOC) como organismo de tutela internacional de los Derechos Humanos en referencia a la diversidad sexual**

A continuación se hace referencia a la labor del Consejo Económico y Social de la ONU (ECOSOC) y su influencia en referencia a la protección de los Derechos Humanos del colectivo LGTB, realizando recomendaciones y presión internacional, así como ejerciendo la tutela preventiva y vigilancia en lo que respecta a la realidad y la vulneración de los Derechos Fundamentales y la diversidad sexual dentro de los Estados que conforman la asamblea de Naciones Unidas.

*“El Consejo Económico y Social se estableció en el marco de la Carta de las Naciones Unidas como principal órgano para coordinar la labor económica, social y conexas de los 14 organismos especializados de las Naciones Unidas, las comisiones orgánicas y las cinco comisiones regionales. También recibe informes de 11 fondos y programas. El Consejo Económico y Social actúa como foro central para el debate de cuestiones internacionales de índole económica y social y para la formulación de recomendaciones sobre políticas dirigidas a los Estados Miembros y al sistema de las Naciones Unidas. Se encarga de:*

- Promover niveles de vida más elevados, pleno empleo y progreso económico y social;*
- Buscar soluciones a los problemas internacionales de tipo económico, social y sanitario;*
- Facilitar la cooperación cultural y educativa internacional; y*
- Fomentar el respeto universal de los derechos humanos y las libertades fundamentales.*

*Está facultado para realizar o iniciar estudios e informes sobre estos temas. También tiene competencia para prestar asistencia en los preparativos y la organización de conferencias internacionales importantes en las esferas*

*económica, social y conexas y facilitar un seguimiento coordinado de éstas. Dado su amplio mandato, el ámbito del Consejo se extiende a más del 70% de los recursos humanos y financieros de todo el sistema de las Naciones Unidas*<sup>472</sup>.

El artículo 71 de la Carta de la ONU estipula que dentro del Consejo Económico y Social se puede reconocer a las ONG como entidades consultivas y observadoras. Tales arreglos están recogidos por la resolución 1296 del 23 de mayo de 1968 de ECOSOC, la cual reconoce a las entidades consultivas.

El objetivo de este estatus es que la ONG pueden tener la oportunidad y los medios para realizar consultas, proponer procesos consultivos y convocar reuniones de las organizaciones miembro para debatir sobre diferentes puntos de vista sobre alguna problemática en común.

Las ONG que tienen el estatus consultivo en el ECOSOC pueden compartir material entre los miembros del Consejo y demandar la realización de estudios sobre diferentes temáticas así como también la denuncia de la violación de los Derechos Humanos en el seno de la ONU.

Este espacio ha sido aprovechado por las varias ONG pro defensa de los derechos humanos del colectivo LGTB y las más importantes a nivel internacional han solicitado su ingreso al Consejo, entre ellas encontramos a la Federación Estatal de Lesbianas, Gays, Transexuales y Bisexuales del Estado Español, así lo recogía el diario El País el 25 de julio de 2008: ***“El Consejo Económico y Social de la ONU, aprobó a incorporación de la FELGTB al grupo de ONG con estatus de organismo consultivo. Este estatus permite a la Federación emitir informes sobre violaciones de los derechos humanos por razones de orientación sexual o identidad de género o participar en las reuniones sobre derechos humanos de la ONU, el organismo internacional más importante y en cuyo seno conviven países que aún consideran la homosexualidad como delito. La solicitud obtuvo 22 votos favorables, 19 negativos y 10 abstenciones, convirtiéndose en la séptima organización LGTB en entrar en la ONU -tras ILGA Europa, LSVD alemana, LBL danesa, CGLQ canadiense, RFSL sueca y COC holandés***<sup>473</sup>”.

---

<sup>472</sup><http://www.un.org/es/ecosoc/about/>

<sup>473</sup><http://lacomunidad.elpais.com/c-asurmendi/2008/7/25/la-felgtb-miembro-del-ecosoc-la-onu>



### 3. Unión Europea

La Unión Europea es en la actualidad una asociación económica y política de 28 Estados europeos democráticos.

El objetivo de esta alianza según su artículo 2 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea es “crear un crecimiento sostenible y no inflacionista, creando a su vez un alto grado de competitividad y de convergencia de los resultados económicos de sus miembros, al igual que un alto nivel de protección y de mejora de la calidad del medio ambiente, elevar el nivel de vida y la calidad de las misma de su ciudadanía, así como también la cohesión económica y social y la solidaridad entre sus Estados miembro”.

Así mismo, desde el punto de vista social, la Unión Europea tiene el objetivo político de mantener la paz. Este espacio europeo también aboga entonces por la defensa de los Derechos Humanos dentro del territorio de los Estados miembro así como también insta a terceros Estados que respeten los Derechos Fundamentales y la dignidad de las personas.

En referencia a la defensa de los derechos humanos, la Unión Europea cuenta con la Carta de Derechos Fundamentales, la cual reconoce los derechos personales, civiles, políticos, económicos y sociales de los ciudadanos y residentes de los Estados miembro de la Unión.

En junio de 1999 el Consejo Europeo en Colonia consideró oportuno recoger en una **Carta los Derechos Fundamentales** en la Unión Europea (UE), ésta debía contener los principios generales recogidos en el **Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950** y los derivados de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembro de la UE, así como los derechos económicos y sociales enunciados en la **Carta Social Europea del Consejo** al igual que los expuestos en la **Carta Comunitaria de los Derechos Sociales y Fundamentales de los Trabajadores** como también los principios que se derivan de las fuentes de jurisprudencia del **Tribunal de Justicia** y del **Tribunal Europeo de Derechos Humanos**.

El documento fue elaborado por una convención compuesta por un representante de cada Estado miembro de la UE y de la Comisión Europea, así como por eurodiputados y diputados miembro de los Parlamentos nacionales de

cada país. La Carta fue oficialmente proclamada en Niza en diciembre del año 2000 por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión de la Unión Europea.

En diciembre de 2009 adquirió el mismo carácter jurídico vinculante de los tratados de UE con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. Sin embargo, la Carta se enmendó y se proclama nuevamente en diciembre de 2007.

La Carta de Derechos Fundamentales de la UE recoge en un único documento los derechos que anteriormente estaban dispersos en distintos instrumentos legislativos, como por ejemplo, las legislaciones nacionales y comunitarias, así como los Convenios internacionales del Consejo de Europa, de las Naciones Unidas (ONU) ó de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). El principal objetivo de la Carta es el de dar mayor visibilidad y claridad a los derechos fundamentales y el establecer una seguridad jurídica dentro de los Estados miembro de la UE.

En referencia al tema que nos atañe la Carta de Derechos Fundamentales de la UE en Título III, Artículo 21 numeral 1 que versa sobre **la no discriminación** expone que,

*“1. Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u **orientación sexual.**”*

Por lo queda incluido expresamente la prohibición de discriminación por razones de orientación sexual en la Carta sin embargo no se cita las razones de discriminación por identidad género siendo un instrumento importante para la defensa de los derechos fundamentales del colectivo LGTB dentro de la UE y la lucha contra la homofobia, transfobia y bifobia dentro de la misma.

### 3.1. Instituciones de la Unión Europea

El funcionamiento de la Unión Europea es más que una confederación de Estados, sin embargo no es un Estado federal. Realmente es un tipo de estructura que no encaja en ninguna otra categoría jurídica, ya que su sistema político es único en la historia y ha estado en constante evolución desde sus inicios hace cincuenta años hasta la actualidad.

La Unión Europea tiene como una de sus herramientas jurídicas más comunes la figura de los tratados, también conocidos como Derecho Primario, siendo estos la base de numerosos actos jurídicos de Derecho derivado, los cuales tienen una incidencia directa en la vida cotidiana de las y los ciudadanos europeos.

El Derecho derivado consiste fundamentalmente en directivas, reglamentos, directivas y recomendaciones adoptados por las Instituciones de la UE. Es importante resaltar que en la actualidad, aproximadamente dos tercios de la legislación que se aplica en los 28 Estados miembro es de origen europeo.

Dicha legislación, junto con la política de la Unión Europea en general son el resultado de decisiones adoptadas por el triángulo institucional de la UE conformado por el **Consejo de la Unión Europea** y el **Consejo Europeo** en representación de los gobiernos de cada uno de los Estados miembro, el **Parlamento de la Unión Europea**, en representación de las y los ciudadanos y la **Comisión Europea**, órgano independiente de los Gobiernos de la UE y quién garantiza el interés colectivo de la Unión.

### 3.2. Normativas de la Unión Europea para la protección de los Derechos Humanos por razón de orientación sexual y/o identidad de género

La importancia de las Directivas es evidente en los diferentes Estados miembro ya que ellas tienen carácter vinculante para todos los miembros de la Unión. En sí, se insta al Estado a que alcance los resultados y objetivos concretos planteados en la Directiva, en un periodo de tiempo determinado pero permitiendo a los Estados miembro, concretamente a sus autoridades competentes, la

elección de las formas, los mecanismos y procedimientos más apropiados para conseguir dicho fin.

### **3.2.1. Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y el Consejo de 29 de abril de 2004 relativa al Derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros**

En 2004, la Unión Europea adoptó la Directiva de Libertad de Movimiento<sup>474</sup>. Esta Directiva establece las reglas que se aplican a las y los ciudadanos de la Unión Europea y los miembros de sus familias que desean trasladarse a otro Estado miembro de la unión. En lo que respecta al objetivo de éste estudio, el objetivo de ésta Directiva es particularmente importante para el ejercicio del Derecho de Libertad de Movimiento del colectivo de lesbianas, gays, transexuales y bisexuales y sobre todo para sus familias.

La Directiva entró en vigor el 30 de abril de 2006 y los 27 Estados tuvieron que iniciar las modificaciones legales estatales para que sus respectivas leyes de inmigración estuvieran acorde con las nuevas medidas europeas.

En adelante, trataremos los temas más relevantes de la Directiva en lo que respecta a la realidad del colectivo LGTB y sus familias relacionándolo con el Derecho a la Libertad de Movimiento.

Originalmente, la Unión Europea sólo otorgaba el Derecho de Libertad de Movimiento a los ciudadanos de los Estados miembro por razones de ámbito laboral. A mediados de los años 90, los derechos de movimiento fueron extendidos a otras categorías, entre ellas se permitió libre movilidad dentro del territorio de la Unión a los estudiantes, jubilados y personas con suficientes ingresos económicos. Desde entonces, la Corte de Justicia ha enfatizado que la Libertad de Movimiento es un Derechos Fundamental de los ciudadanos de la UE, sin importar las razones por las cuales un individuo decida vivir en otro Estado miembro. Posteriormente, en el año 2001, la Comisión Europea propuso reemplazar las leyes existentes y recopilar la Libertad de Movimiento en una única Directiva.

---

<sup>474</sup>Directiva 2004/38/EC

El acuerdo para impulsar esta Directiva tomó más de dos años de negociaciones, siendo el punto central la definición de familia de los ciudadanos europeos. La normativa de Libertad de Movimiento original limitaba acceder a este derecho a la conyugue y a los hijos del trabajador<sup>475</sup>.

Aunque no todo el contenido de ésta Directiva tiene especial relevancia para el colectivo LGTB, no podemos negar que es una herramienta útil en el avance de la igualdad en la Unión Europea. La Directiva se basa en las condiciones con las cuales los ciudadanos europeos se pueden mover de un Estado miembro a otro y residir en él. Es importante citar que la Directiva no cubre a las familias compuestas por personas no ciudadanas de la UE, por ejemplo una mujer colombiana que trabaje y resida legalmente en España que desee reunirse con su pareja procedente de Ucrania, ya que la normativa que trata sobre personas procedentes de un tercer Estado<sup>476</sup> se encuentra en otra Directiva<sup>477</sup>. Ahora bien, en el caso que un ciudadano europeo quisiera reunirse y trasladarse a un Estado miembro del cual no es originario y reunirse con su pareja que es procedente de un tercer Estado no miembro de la UE, ésta normativa sí se aplicaría.

Uno de las provisiones más importantes para el colectivo LGTB, y más concretamente sus familias, son los artículos 2 y 3, los cuales definen a los miembros de la familia que tienen derecho de acompañar a un ciudadano a otro Estado miembro.

Ahora bien, la Directiva es un avance pero igualmente es problemática, ya que provee derechos para entrar y residir en un Estado miembro así como el Derecho al tratamiento igualitario con respecto a las y los nacionales de un Estado miembro.

En referencia al Derecho de entrada y residencia de las familias LGTB europeas, la realidad legislativa sobre éste tema es muy diverso dentro de los 28 Estados miembro de la Unión Europea por lo que nos podemos encontrar con múltiples realidades producto de la combinación de los Estados de procedencia de los miembros de la pareja.

---

<sup>475</sup> Art. 10 (1). Regulación 1612/68 de Libertad de Movimiento de los trabajadores dentro de la Comunidad, (1968).

<sup>476</sup> Estado no miembro de la Unión Europea.

<sup>477</sup> Directiva 2003/86/EC.

Así entonces, encontramos las siguientes posibilidades:

Si ambos Estados miembro, el de origen como el que acoge, han legislado el matrimonio entre personas del mismo sexo, el segundo reconocerá el matrimonio realizado en el Estado de origen y la calidad de conyugues de las personas que lo componen. Si el Estado de origen cuenta con una legislación de sobre parejas de hecho y el Estado que acoge tiene legislado el matrimonio igualitario para todos sus ciudadanos, éste reconocerá dichas uniones y permitirá la reunificación de los miembros de dicha familia. Ahora bien, si el Estado de origen no ha legislado sobre el estado civil de las parejas del mismo sexo y el Estado al cual se han trasladado sí, éste examinará si dicha unión es real, analizando la durabilidad de ésta, teniendo que estar debidamente justificada para poder felicitar la entrada y residencia del otro miembro de la pareja o terceros miembros de la familia.

Por otra parte, si el Estado de origen cuenta con una Ley de matrimonio entre personas del mismo sexo y el Estado que acoge tiene una Ley de Parejas, éste reconocerá a la pareja como conyugues. Si ambos Estados cuentan con una Ley de Parejas ésta unión será reconocida así como el derecho de reunificación familiar. Si el Estado de origen no otorga ningún estatus legal a las parejas del mismo sexo y el de destino cuenta con una Ley de Parejas, éste tendrá que examinar la relación y permitir el acceso al país de los miembros de la pareja.

Por último, si el Estado de origen reconoce el matrimonio de las parejas del mismo sexo y el que acoge no, éste tendrá que reconocer el estatus de conyugues a los miembros de esta pareja. Si el Estado de origen cuenta con una Ley de Parejas y el que acoge no provee ningún estatus legal a las parejas de dos hombre o dos mujeres, éste reconocerá la unión de hecho pero si se demuestra que es una relación que con durabilidad en el tiempo, permitiendo entonces la entrada y libre residencia de los miembros de la pareja. En el caso que ninguno de los Estados, ni el de origen, ni el de la nueva residencia cuenten con legislaciones que reconozcan derechos al colectivo LGTB, el Estado que acoge a los ciudadanos examinarán si la relación es real y una vez esto sea demostrado tendrá la obligación de facilitar la entrada y residencia de ambos miembros de la pareja.

En referencia a las situaciones anteriormente expuestas, hay que tener en cuenta que a primera vista los derechos de entrada y residencia son la más inmediata preocupación para una pareja conformada por personas del mismo sexo en la cual uno de sus miembros no es ciudadano de la Unión Europea, igualmente el primer conflicto o problemática que puedan tener una pareja conformada por dos hombres o mujeres ciudadanos ambos de la Unión Europea es el trato igualitario en comparación a las parejas heterosexuales dentro del Estado al cual se han trasladado. Lo anterior tiene su origen en que cada ciudadano de la UE disfruta de su derecho de movimiento dentro de la UE, sin embargo, la entrada como individuo, y no como familiar, puede traer problemas en términos de trato igualitario cuando uno de los miembros de la pareja o sus hijos en el caso de tenerlos no sean considerados dentro del concepto de familia dentro del Estado miembro al cual el grupo familiar se ha trasladado.

Es importante matizar que realmente el texto de la Directiva de Libertad de Movimiento no incluye expresamente a las parejas del mismo sexo, se encuentren estas casadas, bajo pareja de hecho o no. Por una parte, el Artículo 2(2) expresa que para calificar a una pareja como familia, estos tiene que ser conyugues, sin embargo, el Preámbulo de la Directiva incluye la siguiente frase en su recital 31 ***“La presente Directiva respeta los derechos y libertades fundamentales y observa los principios reconocidos, en particular, por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea De conformidad con la prohibición de discriminación que contiene la Carta, los Estados miembros deben aplicar las disposiciones de la misma sin discriminar entre los beneficiarios de la presente Directiva por razones como el sexo, raza, color, origen étnico o social, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.”***<sup>478</sup> Así entonces, aunque el preámbulo de la Directiva no es jurídicamente vinculante, es bastante útil puesto que éste sí que puede ser utilizado por el Tribunal de Justicia como herramienta de orientación en aras de realizar la interpretación de la misma.

Por lo tanto, podría decirse que la referencia a la palabra conyugue no puede estar vinculada estrictamente a las parejas de sexo diferente ya que de

---

<sup>478</sup>Directiva 2004/38/EC, preámbulo, recital 31.

hacer esta interpretación se estaría ejerciendo una discriminación activa a las parejas del mismo sexo en aras de su orientación sexual y por ende se estaría violando el derecho de igualdad y el trato igualitario de las mismas. Claro está que el matrimonio, como tal, es un estatus que está garantizado por las leyes estatales, y cada Estado de la Unión tiene una Ley, por lo tanto nos encontramos con 28 definiciones de dicha unión dentro del ámbito geográfico y jurídico de la UE. Al día hoy sólo 8 Estados de la Unión Europea que tienen aplicado a sus legislaciones nacionales el concepto de matrimonio igualitario, teniendo en cuenta desde el punto de vista legal unificado la unión entre dos personas a través de un contrato civil independientemente que los contratantes sean del mismo o de diferente sexo, este es el caso de España, Suecia, Holanda, Portugal; Francia, Dinamarca, Reino Unido y Bélgica. De estos, 7 de ellos reconocen también la adopción y las familias homoparentales con hijos, ya que el Estado de Portugal a esta fecha es el único de éste grupo que ha reconocido el matrimonio igualitario más no ha legislado aún sobre la adopción homoparental.

Con respecto a la Directiva, los Estados miembro han tenido diversos posicionamientos. Según la **Agencia de Derechos Fundamentales de la UE (FRA)** al menos 14 de los Estados miembro reconocen en mayor o menor grado derechos a las parejas del mismo sexo, permitiendo el disfrute de entrada y residencia de los miembros de una pareja conformada por dos hombres o dos mujeres, basándose en los derechos como ciudadanos de la Unión Europea. Estos Estados son: Bélgica, España, Portugal, Holanda, Francia, Reino Unido, Dinamarca y Suecia (países que ya han institucionalizado el matrimonio igualitario), República Checa, Irlanda, Luxemburgo, Rumania, Finlandia y Alemania.

Por otra parte, 9 Estados no tienen dentro de su marco legal ninguna ley que otorgue derechos al colectivo homosexual por lo tanto no existe ningún derecho o concesión de entrada y residencia al conyugue de un ciudadano de la UE como tal, como tampoco el trato de esta pareja de una manera igualitaria en referencia a las heterosexuales en el caso que ambas personas sean ciudadanos de la Unión. Estos países son: Estonia, Grecia, Italia, Chipre, Polonia, Malta, Eslovaquia, Letonia, Lituania. Así mismo la Agencia de Derechos Fundamentales de la UE expresa que hay 5 Estados que se encuentran en una situación poco



clara en referencia a esta problemática: Austria, Croacia, Hungría, Bulgaria y Chipre.

En el fondo, se puede prever que los Tribunales de Justicia nacionales y el Tribunal de Justicia Europeo jugarán un papel bastante importante a la hora de determinar cuándo una pareja del mismo sexo se puede definir dentro del concepto jurídico de conyugue y así ser poseedora de un trato igualitario o relativamente igualitario<sup>479</sup> dentro de los diferentes Estados de la Unión Europea. De todos modos el no permitirlo violaría aparte del Principio de Igualdad de las personas, el derecho de no discriminación de los ciudadanos de la Unión. Por lo tanto, si una legislación estatal excluye a las parejas del mismo sexo del derecho de entrar y residir en el país, esto debe ser considerado inconsistente y contradictorio a la Directiva 2004/38/CE acorde a su Recital 31, ya que esto generaría directamente una discriminación por razón de su orientación sexual.

Así mismo, ésta Directiva reconoce un limitado Derecho de Libertad de Movimiento a las parejas del mismo sexo independientemente si han contraído matrimonio o se han registrado como pareja de hecho en el país de origen de uno de sus miembros. Más alta es la limitación si ambos miembros de la pareja son procedentes de Estados en los cuales no existe legislación alguna sobre el colectivo LGTB.

El artículo 2.2. en sus secciones A y B expresa que miembros de la familia son

**“a) el cónyuge;**

**b) la pareja con la que el ciudadano de la Unión ha celebrado una unión registrada, con arreglo a la legislación de un Estado miembro, si la legislación del Estado miembro de acogida otorga a las uniones registradas un trato equivalente a los matrimonios y de conformidad con las**

---

<sup>479</sup>Es importante citar que sólo se dará un trato igualitario en el momento que el país en donde residan los miembros de la pareja les otorgue una legislación en la cual las parejas del mismo sexo tengan el mismo trato legal que tienen las personas heterosexuales, por supuesto esto sólo se puede dar si desde el punto de vista de la Ley, y más concretamente desde el Derecho Civil y de Familia, las uniones de estos están enmarcadas dentro del concepto jurídico de la palabra Matrimonio.

***condiciones establecidas en la legislación aplicable del Estado miembro de acogida***<sup>480</sup>.

En otras palabras, las parejas registradas o que se hayan casado pueden disfrutar de su Derecho de Libertad de Movimiento dentro del Estado al cual los ciudadanos se están trasladando. Esto significa que el Estado de acogida tiene que permitir la entrada y residencia de estos solo sí:

- 1) Los miembros de la pareja se han casado o son pareja de hecho en un país de la Unión Europea.
- 2) El Estado de acogida ya provee un marco legal en el cual al menos se tenga definido un registro de parejas de hecho.
- 3) El marco legal del Estado de destino otorga un tratamiento equivalente a matrimonio a las uniones o registros de parejas del mismo sexo.

Ahora bien, en relación con estos hechos, es importante plantear la importancia de lo que entienden los Estados como Registro de Parejas. Esto es fundamental teniendo en cuenta que las legislaciones nacionales sobre las parejas del mismo sexo varían considerablemente dentro de los 28 Estados que conforman la Unión Europea. Aunque no todas definen las uniones entre personas del mismo sexo como matrimonio, las legislaciones de Dinamarca, Suecia, Bélgica, Holanda, España, Portugal, Finlandia y Reino Unido proveen un estatus civil similar, desde el punto de vista del enfoque legal de los Estados, a las parejas del mismo sexo. Esto quiere decir que si una pareja de lesbianas española o una pareja conformada por un hombre sueco y otro hombre colombiano deciden trasladarse a vivir a Finlandia o Portugal el trato será similar al de su país de origen en el cual han contraído matrimonio o se han registrado como pareja de hecho. También encontramos legislaciones como la alemana o el LE PACS francés antes de la legislación del matrimonio en éste país, que exponen algunos derechos a las parejas del mismo sexo pero que también contemplan una clara diferencia de trato en referencia a los derechos que pueden acceder las parejas heterosexuales y los que alcanzan las parejas del mismo sexo. También está el caso de Eslovenia, en donde a las parejas del mismo sexo se les reconoce el estatus de pareja desde el punto de vista legal pero con altísimas diferencias en lo que respecta al ejercicio de derechos en comparación a

---

<sup>480</sup>Directiva 2004/38/CE. Artículo 2. Numerales A y B.

las parejas de sexo contrario. Por lo tanto es bastante difícil de predecir cómo un Tribunal de Justicia podría abordar un conflicto de esta situación dentro de la Unión Europea. Encontramos entonces que la Directiva puede ser interpretada desde el punto de vista que las parejas del mismo sexo que tienen un estatus legal en un Estado de la unión tendrían que tener un estatus “equivalente” al concepto de matrimonio que tenga el Estado de acogida en algunos casos. La decisión queda pues en manos de la interpretación que de el Estado al cual se ha trasladado la pareja, según su regulación interna se analizará si la unión contraída en otro Estado miembro es equivalente al concepto de matrimonio civil o no.

Según el reporte de la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2008, 7 Estados miembro habían establecido, en ese momento, un documento de registro de parejas el cual sería considerado equivalente a los derechos que otorga el matrimonio, estos países son: Dinamarca, República Checa, Finlandia, Rumania<sup>481</sup>, Suecia<sup>482</sup>, Hungría y el Reino Unido. A estos Estados en la actualidad le tenemos que sumar España, Portugal, Holanda y Bélgica, los cuales cuentan con una Ley que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo. En conclusión, según el informe de la Agencia, las leyes de estos Estados permiten a través de la Directiva que las parejas que han contraído matrimonio o se han registrado sean catalogadas dentro del concepto de familia, dando lugar a poder acceder a múltiples derechos que en otras circunstancias legales les sería más difícil poder disfrutar de estos derechos o se les negaría el acceso a ellos. Así mismo el reporte manifiesta que en ese momento, Francia, Eslovenia, Luxemburgo y Alemania poseían un figura legal con débil reconocimiento para las parejas del mismo sexo, los otros Estados restantes, a la fecha de 2008 no contaban con formalidad legal que reconociera los derechos de las parejas registradas o casadas en otro Estado miembro, evidente la admisión de ciudadanos europeos se está otorgando sin embargo las diferencias, como se ha explicado anteriormente, es el no disfrute de derechos

---

<sup>481</sup>Rumania no cuenta con una Ley de Parejas de Hecho, ni con un registro de parejas pero sí que reconoce la existencia dentro de su marco de ley en referencia a la libertad de movimiento y residencia de los ciudadanos de la Unión Europea.

<sup>482</sup>A la fecha de este informe Suecia aún no contaba con la legislación de Matrimonio entre personas del mismo sexo. La legislación sobre el tema estaba recopilada en una Ley de Parejas de Hecho.

que si pueden tener acceso las personas heterosexuales, el ámbito tributario es un claro ejemplo de esta problemática<sup>483</sup>.

Ahora bien, desde el punto de vista nacional y la situación de las parejas del mismo sexo no casadas, hijos u otros miembros de la familia, aunque las cosas se pueden complicar un poco más desde el punto de vista probatorio, el Estado de acogida tiene la obligación de facilitar la entrada y residencia a los miembros de la pareja. Esto implica que el Estado no tiene la facultad absoluta de prohibir a admisión de las parejas que no se encuentren casadas. Ahora bien, la existencia de la relación se debe demostrar, sea bien con fotos, facturas, en conclusión, demostrar que han vivido juntos por años y que han estado compartiendo obligaciones y responsabilidades, una de ellas podría ser incluso la educación de los hijos. Así entonces el Estado, una vez presentadas las pruebas de la existencia de la relación tiene la obligación de revisarlas y en el caso de resolver con una negativa ésta tendría que estar bastante justificada para ser emitida. En conclusión el Estado tiene que tener un mecanismo dentro de su legislación interna el cual permita a las parejas del mismo sexo que no se hayan casado solicitar su admisión. Así mismo la Directiva demanda que existan claras razones que expliquen una supuesta resolución negativa en lo que respecta a la solicitud. Es entonces claro que los criterios asumidos por el Estado de acogida tienen que estar muy bien justificados ya que de no hacerlo se puede demostrar que tal resolución estaría basada en razones de discriminación por motivos de orientación sexual a las parejas conformadas por personas del mismo sexo<sup>484</sup>.

Como mencionamos anteriormente, el Recital 31 del Preámbulo de la Directiva 2004/38/CE se prohíbe la discriminación por razones de orientación sexual. La legislación estatal debe entonces proveer un definido mecanismo que sea transparente y con un criterio no discriminatorio para demostrar entonces la durabilidad y la existencia de dicha relación y así poder evaluar en base al material probatorio presentado la decisión de permitir la admisión o negación de la solicitud.

---

<sup>483</sup>European Union Agency for Fundamental Rights. Homophobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation and Gender Identity in the EU Member States. 2009.

<sup>484</sup>EU Agency for Fundamental Rights, Homophobia and Discrimination on grounds of Sexual Orientation in the EU Members States. Part I-Legal Analysis. 2008, Pág.67.

La Directiva 2004/38/CE permite la reunión de miembros de familia en otro Estado a través de su artículo 2 en cual se estipula que *“los descendientes directos menores de 21 años o a cargo y los del cónyuge o de la pareja definida en la letra b);*

*d) los ascendientes directos a cargo y los del cónyuge o de la pareja definida en la letra b)”*<sup>485</sup>.

Aunque la Directiva no especifica con exactitud la definición de la palabra descendiente, se sobre entiende que ésta engloba a hijos biológicos, adoptados y aquellos que se encuentran bajo la tutela legal de una persona. Sin embargo, en el caso de las familias homoparentales, éste aspecto legal puede quedar no muy claro. Por ejemplo, si una pareja del mismo sexo está criando un menor, la madre o el padre no biológico podría no tener el reconocimiento legal de éste desde el punto de vista del Derecho de Familia del Estado de acogida.

Dentro del contexto de la Directiva 2004/38/CE , un individuo puede disfrutar del Derecho de reagrupación de su familia, en este caso sus hijos basado en el reconocimiento legal de su pareja. Es por ello que es previsible que se puedan presentar algunas dificultades cuando los menores sólo tengan el reconocimiento legal de su padre o su madre biológica y no conjunta. En este caso, se tendrá que buscar la admisión basándose en el artículo 3. 2. literal A de la Directiva el cual expresa que *“Sin perjuicio del derecho personal de los interesados a la libre circulación y a la residencia, el Estado miembro de acogida facilitará, de conformidad con su legislación nacional, la entrada y la residencia de las siguientes personas:*

*Cualquier otro miembro de la familia, sea cual fuere su nacionalidad, que no entre en la definición del punto 2 del artículo 2 que, en el país de procedencia, esté a cargo o viva con el ciudadano de la Unión beneficiario del derecho de residencia con carácter principal, o en caso de que, por motivos graves de salud, sea estrictamente necesario que el ciudadano de la Unión se haga cargo del cuidado personal del miembro de la familia”*<sup>486</sup>.

Un ejemplo de esto puede ser una mujer eslovaca que se traslada a vivir a Grecia con su mujer rusa y su hijo siendo el menor descendiente biológico de la

---

<sup>485</sup>Directiva 2004/38/CE Artículo 2. B y C.

<sup>486</sup>Directiva 2004/38/CE. Artículo 3. 2 (A).

madre rusa. En este caso, aunque la menor sólo tenga el reconocimiento legal de la madre biológica, la mujer rusa, Grecia estaría bajo la obligación de facilitar su admisión como miembro del núcleo familiar de la madre eslovaca. En este sentido, es importante resaltar que el preámbulo de la Directiva hace referencia al respeto de los Derechos Fundamentales.

Igualmente, la obligación de entrada y residencia también será aplicable a otros miembros de la familia los cuales dependan del ciudadano europeo que se traslada a otro Estado miembro.

Igualmente, aunque nos hemos centrado en la explicación social y legal de las familias homoparentales en referencia al marco de esta Directiva, no podemos olvidar la realidad del colectivo de personas transexuales y sus familias. Siguiendo la decisión del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos en la Sentencia de *Goodwin vs. UK*<sup>487</sup>, no se pueden presentar obstáculos legales en los Estados de la Unión Europea a los matrimonios de las personas transexuales<sup>488</sup> casadas con personas de otro sexo. Los magistrados han manifestado que no hay razón para que ningún Estado miembro no reconozca estos matrimonios dentro del marco de la Ley nacional. De todas formas, hay casos en los cuales las personas transexuales no pueden casarse con sus parejas en algunos Estados. Éste es el caso de las personas transexuales que son gays, lesbianas o bisexuales que deciden compartir su vida sexual y afectiva con una pareja de su mismo sexo. Otro caso es cuando la identidad de género no se encuentra reconocida dentro de la legislación estatal. No podemos olvidar que algunos Estados miembros de la UE reconocen la realidad de las personas transexuales sí y sólo sí estas han pasado por un proceso de cirugía de reasignación sexual. Ahora bien, cuando las personas transexuales se encuentran con parejas de su mismo sexo el procedimiento a seguir es igual al anteriormente expuesto en el punto anterior sobre las parejas del mismo sexo.

Así mismo, como hemos podido observar, cuando los miembros de la familia son ciudadanos de la Unión Europea, los obstáculos para la aplicación de la Directiva 2004/38/CE se reducen altamente. Incluso si la pareja del mismo sexo no está reconocida en su país de origen, ambos poseen el derecho autónomo de

---

<sup>487</sup>Sentencia 28957/95, 11 de Julio de 2002.

<sup>488</sup>La persona transexual una vez que se identifica como tal no puede ser tratada por su sexo biológico sino por su sexo psicológico.

entrar y residir en otro Estado miembro de la UE. La principal barrera para entrar y residir se reduce a las parejas en donde un miembro de éstas no es ciudadano de la Unión Europea.

De todas maneras, no podemos obviar que en la práctica también las y los ciudadanos de los Estados miembro pueden encontrar problemas. Por ejemplo, un matrimonio de dos hombres suecos se muda a Malta, ambos encuentran trabajo y ejercen su derecho **individual** de movimiento, sin embargo una vez establecidos ambos en Malta ¿Cuál es el estatus de su matrimonio en este país? ¿Podrían recibir los mismos beneficios en materia fiscal y tributaria que reciben las parejas de sexo contrario? ¿Los trataría Malta como una pareja desde el punto de vista legal? Estas preguntas legales tendrán respuestas dependiendo del reconocimiento que le otorgue cada Estado a las uniones contraídas en otros Estados como Suecia, Holanda o España.

El principal punto en el que se centra ésta Directiva es el trato igualitario a los ciudadanos europeos y los miembros de su familia en lo que respecta al libertad de movimiento, así entonces podríamos interpretar o entender que los beneficios de las parejas casadas sin importar su orientación sexual dentro de un Estado tendría que extenderse a todas las parejas. Al menos esta tendría que ser la interpretación más coherente basándonos en los principios de Igualdad y de No Discriminación.

Ahora bien, de presentarse alguna negativa las familias homoparentales tendrán que denunciar tal atropello en ambos Estados, el de origen y el de acogida, expresando que éste tratamiento va en contra en lo establecido a la Directiva 2004/38/CE y los Principios de Igualdad y No Discriminación.

### **3.2.2. Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del Principio de Igualdad de Oportunidades e Igualdad de Trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación**

La Directiva 2006/54/CE vino a realizar una revisión en la legislación en referencia a la igualdad de hombres y mujeres dentro de los Estados miembros de la Unión Europea. Es importante citar que esta normativa no sólo tiene aplicación

en los 28 Estados miembro sino también dentro del Área Económica Europea por lo que también se incluyen los Estados de Islandia, Liechtenstein y Noruega<sup>489</sup>.

En lo que se refiere a este estudio, nos interesa resaltar que esta Directiva introduce una referencia expresa en lo que respecta a la discriminación basada en identidad de género, más concretamente se refiere a los procesos de reasignación sexual en los países miembro tal como es expuesto en el Recital 3 de dicha normativa: *“El Tribunal de Justicia ha sostenido que el ámbito de aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres no puede reducirse únicamente a la prohibición de las discriminaciones que se derivan de la pertenencia a uno u otro sexo. En atención a su objeto y a los derechos que pretende proteger, debe aplicarse igualmente a las discriminaciones que tienen lugar a consecuencia del cambio de sexo de una persona.”*<sup>490</sup>

Podemos afirmar que el tema de identidad de género no ha estado explícitamente incluido dentro de ninguna normativa de la UE hasta la legislación de la Directiva 2006/54/CE.

Ahora bien, desde el punto de vista de la jurisprudencia, sí podemos encontrar Sentencias que reflejan la realidad de las personas transexuales. Éste es el caso de *Landmark vs. Cornwall Council* en Reino Unido, abrió la puerta para la inclusión de las personas transexuales dentro la legislación de la Unión Europea. La Directiva 2004/13/EC que trataba sobre el principio de igualdad de trato entre hombre y mujeres dentro del ámbito del acceso y suplemento de bienes y servicios no abordaba el tema de la realidad transexual, sin embargo el Tribunal de Justicia de la UE estipuló que las personas transexuales también tendrían que estar bajo el amparo y protección de la Directiva 2004/113/EC. Así mismo, las actas de la reunión 2606 del Consejo de la Unión Europea y la Comisión de la UE estipularon que, en lo que respecta al artículo 3 y su aplicación a las personas transexuales, el Consejo y la Comisión recuerdan que la jurisprudencia en el caso C-13/94 donde *P vs Cornwall Country Council*, donde el Tribunal decidió que dentro de la discriminación por razones de sexo también se

---

<sup>489</sup>Decisión N° 33/2008 tomada en el Comité de EEA en 14 de marzo de 2008.

<sup>490</sup>Recital 3 Directiva 2006/54/EC.



debía incluir la discriminación hacia las personas transexuales por razones de su reasignación sexual<sup>491</sup>.

El caso de P. Vs Cornwall County Council abrió la puerta para la inclusión de las personas transexuales dentro de la legislación de igualdad de género de la Unión Europea<sup>492</sup>. En éste caso, P, la persona demandante, era una mujer transexual británica la cual había sido despedida mientras se estaba recuperando de una de las cirugías del proceso transexualizador de cambio de sexo. La mujer reclamo que su despido había sido provocado por razones de discriminación sexual. El Tribunal falló a favor de la mujer basándose en que la Directiva protegía esta situación ya que el despido se había producido debido a la reasignación sexual de la persona.

Este caso es importante no sólo porque sienta un precedente sino también porque creó una jurisprudencia sólida en lo que respecta a los derechos humanos de las personas transexuales dentro del ámbito territorial de la Unión Europea.

Así entonces esta Sentencia confirmó que la Directiva de igualdad en materia de trabajo cubría también a las personas transexuales dentro de lo relacionado con éste ámbito.

El análisis de la Directiva 2006/54/CE bajo la perspectiva de la igualdad de las personas transexuales hace que nos centraremos en áreas como el nombre de las personas, las pensiones y la seguridad social.

El ámbito de aplicación de la Directiva incluye:

- Ámbito laboral, empleo por cuenta ajena o cuenta propia.
- Condiciones laborales.
- Aspectos de la seguridad social.

La Directiva incluye amplias formas de discriminación, tanto directa como indirecta, tales como acoso sexual o acoso en términos generales, lo cual permite a los Estados miembro el establecimiento de medidas acciones positivas para luchar en contra de tales discriminaciones.

---

<sup>491</sup>Reunión 2606 del Consejo de la Unión Europea sobre empleo, política social, salud y asuntos del consumidor celebrada en Luxemburgo el 4 de octubre de 2004. Doc. N° 13369/04 del 27 de octubre de 2004. Pág. 7.

<sup>492</sup>Caso C-13-94 (1994).

Esta Directiva solicita a los Estados Miembro a crear organismos para la promoción, análisis, monitoreo y apoyo para la implantación del trato igualitario para todas las personas sin importar sus sexo basándose en el Capítulo 2, artículo 20 el cual versa sobre los organismos de fomento de igualdad, indicando que tal estructura tenga un grado de independencia para proveer asistencia a las víctimas de discriminación, así como intercambiar información con organismos similares de otros Estados miembro de la Unión Europea.

Igualmente, la Directiva 2006/54/CE incluye el diálogo social, al igual que el contacto con las organizaciones no gubernamentales y la difusión de la información dentro de la sociedad para asegurarse que la implantación del principio de igualdad de trato realmente esté siendo aplicado.

En referencia al ámbito laboral, no podemos olvidar que éste es uno de los cuales más se vulneran los derechos de las personas transexuales. Su dificultad para conseguir empleo, la discriminación, acoso y bullying a la que se pueden ver expuestos dentro sus trabajos en el momento que inician su proceso transexualizador puede ser bastante alto, tanto desde el punto de vista de la discriminación activa como la pasiva. Por lo tanto, es importante visibilizar la protección que esta Directiva puede ofrecer a las personas transexuales y que incluso dentro de los organismos que a nivel estatal se encargan de hacer ésta promoción de igualdad se pueda fomentar la igualdad de las personas transexuales, su trato igualitario e incluso trabajar para la inclusión y evitar el riesgo de exclusión de hombres y mujeres transexuales en la sociedad y sobre todo en el ámbito laboral.

En referencia al matrimonio igualitario, resaltamos que algunos de los Estados miembro no lo permiten, tal como lo hemos explicado a lo largo de este estudio, esto conlleva a que igualmente se mantienen inconvenientes legales para las uniones de las personas transexuales, no permitiendo a éstas contraer matrimonio de acuerdo al sexo con el cual ellas se identifican desde el punto de vista psicológico.

Así mismo, encontramos que el ámbito de la seguridad social está incluido dentro del artículo 7 de la establece Directiva 2006/54/CE los beneficios incluidos en *“los regímenes profesionales de seguridad social que aseguren una protección contra los siguientes riesgos:*

- i) *enfermedad,*
- ii) *invalidez,*
- iii) *vejez, incluido el caso de jubilaciones anticipadas,*
- iv) *accidente laboral y enfermedad profesional,*
- v) *desempleo;*<sup>493</sup>

Igualmente, el numeral B del mismo artículo expresa que tales beneficios pueden ser beneficiarios los familiares del individuo<sup>494</sup>.

Es importante tener en cuenta que estos artículos benefician a las personas transexuales en lo que respecta a la protección de la pareja en el caso que cualquiera de los miembros fallezca. Así mismo. Así mismo los Estados que tengan bases diferentes para el retiro laboral de los individuos deben respetar el cambio de sexo realizado por la persona y permitir el retiro laboral basándose en el sexo adquirido y no por el biológico. Así mismo, en referencia a una posible invalidez o enfermedad, los beneficios sociales deben estar también garantizados para las personas transexuales cuando estas realicen sus respectivos cambios de sexo, incluso cuando los individuos sufren malestares producto de la terapia hormonal o en la recuperación de una cirugía de reasignación sexual. Igualmente, si por razones del proceso transexualizador la persona sufre consecuencias graves que conllevan a determinar una invalidez, la persona transexual podrá tener todo el derecho que le sea diagnosticada.

Por otra parte, los artículos 21 y 22 de la Directiva 2006/54/EC abogan por el fomento de un diálogo social entre los Estados miembro y las ONG que trabajan e pro de los Derechos Humanos y el impulso de la igualdad. Dicho diálogo tiene como objetivo la promoción de las buenas prácticas y códigos de conducta social igualitarios dentro de la población de los Estados miembro. Dentro de estas acciones se puede enmarcar perfectamente la difusión y fomento de la igualdad en lo que respecta la realidad transexual, siendo esta Directiva una herramienta útil para las ONG LGTB o de personas transexuales para instar a los Gobiernos de los Estados a profundizar en los problemas que tiene el colectivo trans y la discriminación que sufre en diversos ámbitos pero sobre todo en el laboral.

---

<sup>493</sup>Directiva 2006/54/EC. Artículo 7.

<sup>494</sup>Directiva 2006/54/EC. Artículo 7, Nº B.

### **3.2.3. Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional**

El 21 de octubre de 2009 la Comisión presentó una propuesta por la que se modificaba la Directiva 2005/85/CE del Consejo en referencia al Plan de Política de Asilo o Directiva sobre el procedimiento de asilo, de 1 de diciembre de 2005, la cual versaba sobre normas mínimas y procedimientos que deben aplicar los Estados miembros de Unión Europea para conceder o retirar la condición de refugiado.

El 6 de abril de 2011, el Parlamento Europeo aprueba una posición en primera lectura sobre la propuesta de la Comisión, que respalda en líneas generales, las enmiendas propuestas, siendo ésta posteriormente examinada en el Consejo, principalmente bajo la Presidencia española de la Unión Europea de 2010. Es importante resaltar que las discusiones fueron difíciles y que el Consejo no pudo alcanzar una posición. Así entonces, con la presentación de la propuesta modificada, la Comisión hace uso del derecho de iniciativa con el objetivo de crear un Sistema Europeo Común de Asilo (SECA) real que de cómo resultado el beneficio tanto de los Estados miembros de la UE así como el de los refugiados. Hay que recordar que a la Comisión le incumbe la responsabilidad política de ofrecer oportunidades reales, de forma que la Unión Europea pueda así respetar el compromiso que asumió en el Programa de Estocolmo de implantar el Sistema Europeo Común de Asilo con fecha límite de 2012. El proceso culmina el 6 de junio de 2013.

Se cita esta Directiva en esta investigación primero porque hace referencia a la protección de los derechos de los derechos humanos de las personas en el artículo 3.6 el cual trata sobre la “**Repercusión en los Derechos Fundamentales**”, en donde se afirma que la propuesta de modificación ha sido objeto de un examen profundo con el objetivo de garantizar la plena compatibilidad de sus disposiciones con:

- *“Los Derechos Fundamentales consagrados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, y*

- *Las obligaciones derivadas del Derecho internacional, en particular, de la Convención de Ginebra, del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.”*

Así mismo en segundo lugar, en su artículo 2 numeral D, se incluye dentro de la figura de, “**solicitante que necesita de garantías procesales**”, las razones de género, orientación sexual e identidad de género. Así entonces la Directiva expande su protección a las personas lesbianas, gays, transexuales y bisexuales que por motivos de discriminación y violación de sus derechos fundamentales en terceros Estados amparándoles para que por estas razones puedan pedir asilo político motivado en la discriminación de su orientación sexual y /o identidad de género.

### **3.3. Intergrupo LGTB del Parlamento Europeo**

Los Eurodiputados miembro de los diferentes partidos políticos que componen el parlamento de la Unión Europea tienen la posibilidad de crear intergrupos con el objetivo de mantener un constante y continuo flujo de información y puntos de vista sobre asuntos concretos promoviendo el contacto entre los eurodiputados y la sociedad civil. Estos grupos se pueden constituir a comienzos de cada legislatura.

Uno de los intergrupos que existen en el Parlamento Europeo es el LGTB y su objetivo es el velar por los Derechos Fundamentales del colectivo de lesbianas, gays, transexuales y bisexuales dentro de la Unión Europea e incluso fuera de la misma. Actualmente dentro de la séptima legislatura, el intergrupo está liderado por 6 Presidentes y compuesto por 156 eurodiputados de 22 Estados miembro (Austria, Bélgica, Chipre, República Checa, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Holanda, Polonia, Portugal, Rumania, Eslovaquia, Eslovenia, España, Suecia y el Reino Unido), así como también cuenta con representación de Croacia como futuro miembro próximo de la Unión Europea. Los Eurodiputados españoles que pertenecen a éste grupo en la legislatura de 2009-2014 son:

1. María Badía i Cutchet (PSOE), S&D (Socialistas y Demócratas).
2. Izaskun Bilbao Barandica (PNV), ALDE (Alianza de liberales y demócratas).
3. Willy Meyer (IU), GUE/NGL (Grupo Confederal de la Izquierda Unitaria Europea/Izquierda Verde Nórdica).
4. Ana Miranda VERTS/ALE (BNG), (Alianza Europea de los Verdes).
5. Raúl Romeva i Rueda VERTS/ALE (ICV),(Alianza Europea de los Verdes).
6. Francisco Sosa Wagner (UpyD), NA (No inscritos a ningún grupo).
7. Luís Yañez-Barnuevo García (PSOE), S&D (Socialistas y Demócratas).
8. Ramón Tremosa i Balceles (CDC), ALDE (Alianza de liberales y demócratas).

El intergrupo como tal, plantea preguntas en el Parlamento en referencia a la igualdad y la realidad de las personas LGTB dentro de los Estados miembros y en algunas ocasiones sobre terceros Estados como por ejemplo con los candidatos a ingresar a la UE o también emite su opinión sobre la realidad de Estados no miembros de la UE en donde se transgreden los Derechos Humanos de las personas LGTB.

Así mismo, pide a la Agencia de Derechos Fundamentales de la UE (FRA) que realice estudios sobre la realidad del colectivo en los Estados miembro y/o candidatos para posteriormente informar a las diversas instituciones europeas y Estados miembro sobre los datos encontrados, proponiendo posibles soluciones y haciendo recomendaciones para conseguir el bienestar de éste colectivo en los países miembro.

Es importante resaltar que el Intergurpo realiza una actividad de presión enviando cartas abiertas a diferentes autoridades de la Unión Europea, Estados miembro o a terceros países con los que la UE trabaja en diferentes ámbitos sobre el posicionamiento del mismo sobre casos concretos de la realidad LGTB.

En ese sentido, podemos citar la **Resolución del Parlamento Europeo, de 24 de mayo de 2012, sobre la lucha contra la homofobia en Europa (2012/2657(RSP))**, como un ejemplo de los resultados de la influencia, colaboración y trabajo del Intergrupo LGTB de la Unión Europea.

En ésta resolución, la UE basándose en los valores de respeto de la dignidad humana y en concreto en la realidad social y legal que vive el colectivo LGTB como grupo que pertenece a una minoría dentro de la Unión Europea y dentro de terceros Estados con los que la UE tiene firmado acuerdos, expresa su preocupación sobre la homofobia, bifobia y transfobia de las minorías sexuales en algunos Estados miembros de la UE así como también en terceros Estados como Rusia, Moldavia y Ucrania con los que se han firmado convenios de diversos ámbitos pero supeditados a que se cumplan unos mínimos en relación a la garantía de los Derechos Fundamentales de las personas.

Así entonces podemos destacar como ideas principales los siguientes puntos de la Resolución del Parlamento Europeo sobre la lucha contra la homofobia en Europa 2012/2657 de la UE:

- La UE se fundamente en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías como es el caso del colectivo LGTB y sus familias. La UE tiene estipulado que debe defender estos valores inherentes a la dignidad de la persona en sus relaciones con terceros Estados.
- La UE emite ésta resolución basándose en el compromiso que ha asumido la Comisión en referencia a la defensa de los derechos humanos y libertades fundamentales de la UE, máxime cuando ha declarado que la homofobia no tiene cabida en Europa.
- Entiende que la homofobia, la transfobia y la bifobia son miedos irracionales que están basados en prejuicios y que incitan al odio y que son comparables con el racismo, la xenofobia, el antisemitismo y el sexismo
- Manifiesta su preocupación por la entrada en vigor en Rusia de leyes penales y administrativas en contra de “la propaganda

homosexual”.

- Expresa su preocupación por los dos proyectos de Ley presentados en el Parlamento de Ucrania en los años de 2011 y 2012 para introducir la figura delictiva de “la difusión de la homosexualidad” en donde se ve afectado claramente el derecho de reunión prohibiendo la celebración de las mismas, la realización de manifestaciones concerniente a la defensa de los derechos humanos de éste colectivo como lo es la marcha del Orgullo LGTB y acciones o actos sobre esta realidad previendo penas de multas hasta cinco años de prisión y máxime cuando la Comisión de de Libertad de Expresión e Información del Parlamento de Ucrania está de acuerdo con lo planteado.
- Considera como grave que el Estado de Moldavia haya promulgado leyes que prohíben la “propaganda agresiva de orientaciones sexuales no tradicionales” y, en un caso en contra la “actividad musulmana”, máxime cuando la Delegación de la UE en éste país ha manifestado su preocupación y profundo pesar por estas manifestaciones de intolerancia y discriminación.
- Entiende como grave que un Estado miembro de la UE como Lituania siga sin aclararse jurídicamente en referencia a la información pública que puede promover o no la aceptación de la homosexualidad, la bisexualidad o la transexualidad a raíz de la **“Ley lituana relativa a la protección de los menores contra los efectos perjudiciales de la información pública modificada en 2010”**.
- Considera que Letonia preocupante que un concejal de Riga haya presentado una moción para prohibir la “propaganda de la homosexualidad” con el objetivo de impedir que se celebre la marcha del Orgullo Báltico en el año 2012, y que esta propuesta todavía no haya sido examinada.
- Manifiesta su consternación acerca de la propuesta realizada por el partido de extrema derecha Jobikk en el Estado de Hungría al presentar varios proyectos de Ley destinados a introducir la figura delictiva de “propagación de comportamientos sexuales desordenados”, así como también la propuesta presentada en el



Ayuntamiento de Budapest una ordenanza local para prohibir la realización de la manifestación del orgullo calificándola de obscena.

- Manifiesta que es consciente que la homofobia, transfobia y bifobia sigue existiendo dentro de los 27 Estados miembros de la UE y en terceros Estados manifestándose en asesinatos, prohibiciones de la realización de manifestaciones del Orgullo LGTB o marchas por la igualdad, utilización de lenguaje incendiario que promueve el odio y en algunos Estados la falta de protección hacia el colectivo LGTB por parte de las fuerzas de seguridad judicial y la realización de marchas autorizadas de grupos violentos homofobos en contra de los derechos de lesbianas, gays, transexuales, bisexuales y sus familias.

Teniendo estos hechos:

- Condena toda discriminación basada en la orientación sexual y/o identidad de género, lamentando profundamente que aún en la UE algunos Estados miembro no protejan plenamente los derechos fundamentales del colectivo LGTB por lo que pide a todos los Estados que se garantice la protección de estas personas frente a la expresión de odio y la violencia homofoba, pidiendo a la Comisión que condene firmemente toda expresión de homofobia e incitación al odio y a la violencia y que pida que se respete realmente la libertad de manifestación la cual está garantizada por todos los tratados de Derechos Humanos.
- Solicita a la Comisión que revise la Decisión marco sobre el racismo y la xenofobia con el objetivo de reforzarla y ampliar su ámbito de aplicación e incluir los delitos motivados por el odio, basados en orientación sexual, identidad de género y la expresión de las mismas.
- Pide a la Comisión y a los Estados miembro que garantice la aplicación de la Directiva 2004/38/CE sobre Libre Circulación sin ningún tipo de discriminación basada en razones de orientación sexual y/o identidad de género, así como también solicita a la Comisión que sean reconocidos recíprocamente los efectos relativos

a los documentos de los estados civiles de las personas sobre la base del reconocimiento mutuo.

- Pide a la Comisión y los Estados miembro que apliquen las constataciones expuestas por el FRA en sus informes.
- Pide a la Comisión que analice las encuestas sobre el tema realizadas sobre el FRA y que refuerce la protección de los Derechos Humanos dentro de la UE, así como también que presente un programa de trabajo general que trabaje en contra de las discriminaciones en razón a orientación sexual y/o identidad de género.
- Considera que es mucho más probable que los derechos de las personas LGTB sean realmente protegidos si estos tienen acceso a instituciones jurídicas que reconozcan sus uniones como lo son la convivencia, la unión de parejas o el matrimonio.

En referencia a la homofobia social y legal en algunos Estados de Europa expresa que:

- Su profunda preocupación por las actuaciones que restringen la libertad de expresión y de reunión del colectivo LGTB en algunos Estados, considerando que la actuación de los Estados miembro de la UE debe ser ejemplar para el resto de Europa en relación a la protección de los Derechos Fundamentales de todas las personas.
- Lamenta la utilización de la rama legislativa para crear este tipo de leyes que vulneran los derechos del colectivo LGTB y que se haga uso de ellas para la legitimación de la discriminación y la violencia hacia lesbianas, gays, transexuales y bisexuales.
- En referencia a los actos de violencia ocurridos en Kiev, Ucrania en los cuales resultaron dos de los líderes del movimiento LGTB heridos y como consecuencia de canceló la marcha del Orgullo LGTB, se quiere recordar que los acuerdos de la UE están supeditados a la condición del respeto de los Derechos Fundamentales consagrados en los tratados, por lo que solicita a este Estado que promulgue actos legislativos que prohíban la discriminación en razón de la orientación sexual, entendiendo los

sucesos ocurridos en Ucrania como incompatibles con este requisito. Así mismo se pide que se retiren los proyectos de Ley en cuestión y que se comprometa a que la realización de la manifestación del Orgullo LGTB en Kiev se realice con todas las seguridades necesarias.

- Manifiesta su asombro al término de “propaganda” y entiende como una censura e intimidación el prohibir a los ciudadanos expresar su orientación sexual y/o identidad de género en la calle, los medios de comunicación o que se les limite el uso de símbolos distintivos como el arco iris basándose en que están haciendo apología de la homosexualidad.
- Subraya que los Estados de Ucrania, Rusia, Moldavia y todos los Estados miembro de la UE son parte del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos por lo que las leyes que tanto los terceros Estados como algunos Estados miembros de la UE como Letonia, Lituania y Hungría son contrarias al pacto por lo que pide al Consejo de Europa que investigue estas violaciones a los derechos humanos y que verifiquen su compatibilidad con los compromisos vinculados al Consejo de Europa y al Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y que se tomen las medidas oportunas.
- Encarga al Presidente que transmita el contenido de esta resolución a la Comisión Europea, al Consejo de la Unión Europea, a la Vicepresidenta de la Comisión / Alta Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, a los Gobiernos y Parlamentos de los Estados miembros, a los Gobiernos y Parlamentos nacionales de Rusia y Ucrania, y a los Parlamentos regionales de Rusia y los Ayuntamientos de Moldavia.

### **3.4. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea**

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se crea en el año de 1952 con el objetivo de garantizar “*el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados*” por lo que en el marco de la Unión Europea éste Tribunal se encarga de controlar la legalidad de los actos de las instituciones de la UE; velar por que los Estados miembros respeten y cumplan con las obligaciones establecidas en los Tratados comunitarios así como interpretar el Derecho de la Unión a solicitud de los jueces nacionales.

### **3.4.1. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de abril de 2013. Caso Asociación Accept vs. Consejo Nacional Contra la Discriminación de Rumanía (CNCD)**

Citamos esta Sentencia por la importancia de visibilizar la problemática de la vulneración de los Derechos Fundamentales en el ámbito laboral y en el deporte. Es una realidad que en ambos espacios, la discriminación existente para el colectivo LGTB es alta, por lo tanto ésta fuente jurisprudencial permite abordar el tema y la resolución del conflicto a través del TJUE.

Este caso versa sobre lo dispuesto en la Directiva 2000/78/CE de política social en el ámbito de la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, en dónde se prohíbe en su Artículo 2, la discriminación por razones de orientación sexual en el ámbito laboral.

El 3 de marzo de 2010, Accept, la ONG que promueve, defiende y protege los Derechos Humanos de lesbianas, gays, transexuales y bisexuales en el Estado de Rumanía denuncia al SC Fotbal Club Steau Bucuresti SA y al Sr. Becali por la violación del Principio de Igualdad de trato en materia de contratación laboral de un futbolista alegando que el día 13 de febrero de 2010, en una entrevista acerca del posible traspaso de un jugador X, el Sr. Becali hacía alusión a la orientación sexual del mismo declarando que “*prefería recurrir a un jugador de la cantera en vez de contratar a un futbolista presentado como homosexual*”. Según la organización LGTB, las suposiciones de los periodistas ante estas declaraciones, confirmadas por el mismo Becali, sobre la homosexualidad del futbolista X, frustraron la contratación de dicho jugador por parte del SC Fotbal Club, sosteniendo que se estaba cometiendo una

discriminación directa basada en la orientación sexual del futbolista, violando así el Principio de Igualdad en materia de contratación laboral, vulnerando el Derecho de Dignidad de las personas con orientación sexual homosexual.

Becali, no ocupaba ningún cargo de dirección en el Club de futbol pero en el momento que realizó las declaraciones ante los medios de comunicación sí era accionista del mismo y la dirección de éste confirmó que *“esa era la política practicada en el club en materia de contratación de jugadores, pues <sup>^^</sup>el equipo es una familia<sup>^^</sup> y que la presencia en él de un homosexual <sup>^^</sup>crearía tensiones tanto en el equipo como en la grada<sup>^^</sup>”*.

Ante esta situación de discriminación y homofobia en el ámbito laboral y el deporte, Accept decide demandar ante el Consejo Nacional Contra la Discriminación de Rumanía en adelante CNCD, el cual mediante resolución de 13 de octubre de 2010 decide que la situación del litigio principal no entra dentro del ámbito de aplicación de una posible relación laboral puesto que según el CNCD, las declaraciones de Becali no vinculaban al SC Fotbal Club aún cuando en el momento que éste realizó sus declaraciones era accionista del club puesto que no era su representante legal como tampoco la persona encargada de realizar las contrataciones de personal laboral. Sin embargo el CNCD sí considera las declaraciones de Becali constitutivas de una discriminación en forma de acoso por lo que procede a sancionarle con una amonestación, siendo la misma la única sanción posible en ese momento puesto que conforme al Artículo 13, apartado 1 de la DG nº 2/2001 de Rumanía, al haber dictado el CNDC resolución en un periodo posterior de seis meses después de la fecha que se sucedieron los hechos, sólo cabría la imposición de éste tipo de penalización.

Ante estos hechos, Accept recurre ésta resolución solicitando la anulación así como se declarara que estos hechos estaban comprendidos dentro del ámbito laboral y que se podía acreditar la existencia de una discriminación por razones de orientación sexual por lo que se tenía que proceder a la imposición de una sanción económica en lugar de una simple amonestación.

La Corte de Apelaciones de Bucarest, decide suspender el procedimiento y plantea al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

“1) ¿Es aplicable el artículo 2, apartado 2, letra a), de la [Directiva 2000/78] en el supuesto de que un accionista de un club de fútbol que se presenta a sí mismo y es percibido en los medios de comunicación y en la sociedad como el principal directivo (“patron”) de ese club de fútbol declare lo siguiente en un medio de comunicación:

“No cojo a un homosexual en el equipo ni aunque el [FC Steaua] tenga que cerrar. El rumor rumor es, pero poner algo así por escrito si no es cierto..., y encima que salga en la portada. A lo mejor (el jugador de fútbol [...] X [...]) no es homosexual. Pero ¿y si lo es? A un tío mío que no creía ni en Dios ni en el diablo le dije yo: ‘supongamos que Dios no existe. Pero ¿y si existe? ¿Qué pierdes por comulgar? ¿No sería mejor ir al cielo?’ Me hizo caso. Un mes antes de morir fue a comulgar. Que Dios le perdone. Nada pinta un gay en mi familia y el [FC Steaua] es mi familia. Prefiero jugar con alguien de la cantera que con un gay. Para mí esto no es discriminación. No pueden obligarme a que trabaje con cualquiera. Yo también tengo derecho a trabajar con quien quiera, igual que ellos tienen sus derechos.”

1) ¡No cojo a un homosexual en el equipo ni aunque el Steaua tenga que cerrar! A lo mejor no es homosexual. Pero ¿y si lo es? Nada pinta un homosexual en mi familia y el [FC Steaua] es mi familia. Prefiero jugar con alguien de la cantera que tener un homosexual en el terreno de juego. Para mí esto no es discriminación. No pueden obligarme a que trabaje con cualquiera. Yo también tengo derecho a trabajar con quien quiera, igual que ellos tienen sus derechos. ¡No lo cogería ni aunque el mismísimo Dios en sueños me garantizase al 100 % que X no es homosexual! Se ha escrito demasiado en los periódicos que es homosexual. ¡No lo cogería ni aunque [el actual club del jugador X] me lo ofreciera gratis! Ya puede ser el mayor pendenciero y el mayor borracho...que como sea homosexual no quiero saber nada de él?”

2) ¿En qué medida las declaraciones anteriores pueden calificarse de “hechos que permit[e]n presumir la existencia de discriminación directa o indirecta” conforme al artículo 10, apartado I, de la [Directiva 2000/78], por lo que respecta al demandado [FC Steaua]?

3) ¿En qué medida se trata de una “probatio diabolica” si se invierte la carga de la prueba, conforme al artículo 10, apartado 1, de la [Directiva 2000/78] y se exige a

*la parte demandada [FC Steaua] que demuestre que no hubo violación del principio de igualdad de trato, en particular que demuestre que la orientación sexual en modo alguno influye en la contratación?*

*4) ¿Infringe el artículo 17 de la [Directiva 2000/78] la imposibilidad de imponer la sanción de multa por infracción administrativa en casos de discriminación una vez agotado el plazo de prescripción de seis meses desde la fecha en que ocurrieron los hechos, conforme al artículo 13, apartado I, del [DG nº 2/2001], teniendo en cuenta que, en los casos de discriminación, las sanciones deben ser efectivas, proporcionadas y disuasorias?”*

Posteriormente, el Tribunal de Justicia dicta Sentencia declarando que:

- 1) los Artículos 2, apartado 2 y 10, apartado a de la Directiva 2000/78 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, se tiene que interpretar bajo el punto de vista de que sucesos como estos de los que trata la causa principal del litigio se pueden calificar como hechos que permiten que se presuma que se ha producido discriminación por razones de orientación sexual en referencia al Club de Fútbol en cuestión, aunque las declaraciones realizadas hayan sido emitidas por un sujeto que no dispone necesariamente desde el punto de vista jurídico la capacidad de ser vinculado al Club o de representarlo en lo que respecta a la contratación de personal puesto que se presenta a sí mismo y es percibido en los medios de comunicación y en la sociedad en general como uno de los principales directivos del equipo de fútbol.
- 2) EL Artículo 10, apartado 1 de la Directiva 2000/78 se tiene que interpretar desde el punto de vista que, en caso de que hechos como éste permiten presumir la existencia de una discriminación por razones de orientación sexual homosexual en la contratación de un jugador de fútbol profesional, la carga probatoria tal como está modificada en la Directiva 2000/78 en éste Artículo y apartado no lleva a exigir una prueba imposible de aprobar sin vulnerar el Derecho de la Intimidad.
- 3) Que el Artículo 17 de la Directiva 2000/78 se tiene que interpretar en el sentido de que se opone a una normativa de carácter nacional en dónde se constata que existe una discriminación basada en la orientación sexual, en

el sentido que la Directiva, una vez que expira el plazo de prescripción del periodo de seis meses desde la fecha en la cual tuvieron lugar los hechos, sólo cabe una amonestación como la controvertida en el caso sí, con arreglo de la misma normativa, ésta discriminación no se sanciona en condiciones de fondo y de procedimiento que otorguen a la sanción carácter efectivo y proporcionado. Por lo tanto, el Tribunal de Justicia considera que corresponde al órgano jurisdiccional remitente analizar si esto realmente es así con respecto a la normativa controvertida en el litigio principal e interpretar el Derecho rumano en todo lo posible en concordancia y con la finalidad de la Directiva 2000/78 para poder alcanzar el objetivo que la norma persigue.

#### **4. Jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos**

El Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, también conocido como Tribunal de Estrasburgo o Corte Europea de los Derechos Humanos es máximo órgano judicial para la garantía de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales en el continente europeo. Debido a su ámbito internacional cualquier persona que considere que se la hayan vulnerado los derechos reconocidos en el **Convenio para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales** o sus protocolos adicionales mientras se encuentre bajo la jurisdicción de un Estado miembro del Consejo de Europa y que haya agotado los recursos judiciales existentes en el país, puede presentar una demanda contra el Estado por la violación de dicho convenio. Actualmente este Tratado ha sido firmado por los 47 miembros del Consejo de Europa, los cuales realmente son todos los Estados europeos excepto Bielorrusia y Kazajistán.

A continuación citaremos tres Sentencias que creémos engloban, de una manera general, dos de los puntos más importantes en referencia a la igualdad del las personas con orientación sexual no heterosexual: el Derecho a la familia y la situación jurídica de padres homosexuales con hijos nacidos dentro de parejas heterosexuales; como también la reivindicación del ciudadano homosexual por tener el Derecho al acceso del procedimiento que daría lugar al vínculo jurídico de la adopción; la legalidad de las mismas relaciones afectivo sexuales entre



personas del mismo sexo así como que el consentimiento legal de tener las mismas comparta en mismo rango de edad que tipificada para las relaciones heterosexuales.

#### **4.1. Sentencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos de 21 de Diciembre de 1.999. Caso Salgueiro Da Silva Mouta vs. Portugal**

El demandante es un ciudadano portugués residente en la población de *Queluz*, varón homosexual, el cual se encuentra casado con una mujer y fruto de ésta unión nace una hija. Manuel Salgueiro Da Silva se divorcia de su cónyuge después de siete años de matrimonio, al descubrir y afrontar su verdadera orientación sexual. Tiempo después empieza una relación con otro varón mayor de edad, con el cual, posteriormente, procede a compartir su vida pasando a convivir los dos en el mismo domicilio de forma estable.

En el proceso de divorcio de Salgueiro Da Silva se llegó al acuerdo que se le atribuiría la patria potestad de la menor a la madre y que el padre, el demandante, se beneficiaría del Derecho de visita. Sin embargo, la madre de la menor no cumplió con lo acordado y procedió a no permitir que el padre de la menor accediera al Derecho de visita y pudiera ver a su hija. Por éste motivo, en el año de 1.992 el señor Salgueiro Da Silva interpone una demanda solicitando la patria potestad de su hija y solicita la modificación del acuerdo al que él y su ex esposa habían llegado durante el proceso. Respecto a ello, el Tribunal de Familia de Lisboa, en primera instancia, dicta el 14 de Julio de 1.994 una Sentencia favorable que lo considerándolo en mejores condiciones que la madre para hacerse cargo de la menor. No obstante, la Sentencia fue apelada y posteriormente el fallo fue revocado en el año de 1.996 por el Tribunal de Apelación de Familia de Lisboa, fundamentando sus razones en la orientación sexual homosexual del padre: *“Que el padre de la niña, que reconoce ser homosexual, quiera vivir con otro hombre, es una realidad que hay que aceptar. Es notorio que la sociedad es cada vez más tolerante con ese tipo de situaciones. Sin embargo, no podríamos afirmar que un entorno de esta naturaleza sea el más saludable y adecuado para el desarrollo moral, social y mental de un niño, sobre todo en el marco de un modelo dominante en nuestra sociedad, como advierte con mucha razón la recurrente. La niña debe vivir en el seno de su familia, de una*

*familia tradicional portuguesa, que desde luego no es la que su padre ha decidido formar, ya que vive con otro hombre como si fueran marido y mujer. No es éste lugar para examinar si la homosexualidad es o no una enfermedad, o si es una orientación sexual hacia personas del mismo sexo. En ambos casos, se está en presencia de una anormalidad y un niño no debe crecer a la sombra de situaciones anormales. El padre debe comprender que (durante los periodos de visita) no es aconsejable que dé lugar a situaciones que permitan que la niña entienda que su padre vive con otro hombre en condiciones similares a las de los cónyuges*<sup>495</sup>.

Estimando que le han sido violados los preceptos recogidos en los Artículos 8<sup>496</sup> y 14<sup>497</sup> del CEDH, recurre ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Éste órgano jurisdiccional, resuelve que el Tribunal de apelación de Lisboa, para anular la Sentencia del Tribunal de Familia, introdujo el elemento de la homosexualidad del padre de la menor, y por consiguiente, basándose en la orientación sexual del padre, confiere la patria potestad a la madre. Por lo tanto, el Tribunal concluye que existió una discriminación en el trato entre el demandante y la madre de la menor, basada en la orientación sexual del padre, por lo que al juicio del Tribunal se incurrió en una violación de los artículos 8 y 14 del Convenio decidiendo entonces otorgar la patria potestad al padre de la menor.

---

<sup>495</sup>Sentencia Salgueiro Da Silva Mouta contra Portugal, de 21 de Diciembre de 1.999.

<sup>496</sup>Artículo 8 CEDH: Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino e tanto y cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás.»

<sup>497</sup>Artículo 14 CEDH: El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, color, raza, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación

## 4.2. Sentencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos de 22 de Febrero de 2002. Caso Fretté contra Francia

El ciudadano francés Phillipe Fretté, haciendo uso del artículo 343-1<sup>498</sup> del Código Civil francés, que permite a toda persona soltera, independientemente que ésta se hombre o mujer, formular una petición de adopción, procede a iniciar el proceso de adopción de un menor de edad en el Estado francés. A finales de octubre de 1991 Fretté presenta dicha solicitud la cual posteriormente fue valorada por la Administración francesa. Dentro de dicho procedimiento, los profesionales que lo entrevistaron en los servicios sociales afirmaron que el sujeto demostró ser una persona sensible, equilibrada y reflexiva, con las cualidades humanas para hacer feliz al posible futuro adoptado. No obstante, la Administración francesa decide rechazar la solicitud de adopción del señor Fretté, enfatizando que, “*la elección de vida*” del posible adoptante era un obstáculo para adoptar a un menor de edad, independientemente de los resultados que se dieron en la entrevista con los servicios sociales.

Posteriormente, el Tribunal administrativo de Paris dicta Sentencia favorable, sin embargo, el Consejo de Estado francés, mediante Sentencia de 9 de octubre de 1996 rechaza la solicitud de adopción, afirmando que la elección de vida del interesado debía ser respetada pero que su orientación sexual podía significar riesgos importantes para el futuro desarrollo del menor de edad por lo que no estaba en calidad de ofrecer suficientes garantías psicológicas, familiares y educativas al posible adoptado.

Debido a éste fallo, Phillipe Fretté decide recurrir ante el Tribunal de Estrasburgo, fundamentando que la denegación de su solicitud se basa prácticamente en su orientación sexual homosexual y que su petición se encuentra dentro de la Ley, puesto que, el Derecho de Familia francés permite la posibilidad de adoptar a un menor por parte de una persona soltera. Fretté para reforzar más su recurso, cita la Sentencia *del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos de 21 de Diciembre de 1.999. Caso Salgueiro Da Silva Mouta vs. Portugal* y afirma que él también se considera víctima de discriminación por orientación sexual y expone que se le han violado los artículos 8 y 14 del CEDH.

---

<sup>498</sup>Artículo 343-1 Código civil francés: La adopción podrá ser solicitada por toda persona mayor de veintiocho años.

Pese a lo expuesto por Phillippe Fretté, el Tribunal de Estrasburgo exculpó al Estado francés de haber incurrido en una discriminación al momento de rechazar la solicitud de adopción del demandante. Afirma que el Gobierno francés está velando por los derechos del menor y que *“la adopción es ofrecer una familia a un niño y no un niño a una familia”* y expone que hay que dejar un amplio margen de apreciación a cada Estado en todo lo que concierne a las garantías necesarias para proteger al menor. Es importante mencionar que en la Sentencia los jueces aluden diferencia de opiniones, cuatro jueces votan a favor del Estado francés y tres se manifiestan a favor del demandante. En lo que respecta a la posición disidente, afirman que, según la legislación francesa, toda persona tiene el Derecho a solicitar la adopción de un menor y que negarle al señor Fretté éste Derecho, viola el artículo 14 del CEDH, preguntándose de que forma la homoparentalidad se puede oponer a los intereses del niño, enfatizando que si se hubiese dado el consentimiento administrativo a la solicitud presentada por el señor Fretté, no era seguro que se entregara el menor en adopción, que, en ése momento del proceso de adopción sólo se estaba estudiando la idoneidad del posible futuro adoptante.

#### **4.3. Sentencia de Tribunal Europeo de los Derechos Humanos de 22 de octubre de 1.981. Caso Dudgeon contra el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte**

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (TEDH) ha influido considerablemente en las reivindicaciones de los Derechos Humanos de lesbianas y gays en el ámbito europeo, el primer paso se dio con la Sentencia de éste Tribunal el 22 de Octubre de 1981, en el caso *Dudgeon contra el Reino Unido*<sup>499</sup>, en donde se dio lugar a suprimir en éste Estado la penalización de las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo consentidas y realizadas en privado, entre personas mayores de veintiún años de edad. Siguiendo a *Pedro Tavalera*, *“Las relaciones homosexuales estuvieron tipificadas como delito en la mayoría de los países europeos hasta fechas bien recientes. La propia jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (TEDH), hasta principios de los años ochentas, confirmó sin paliativos la legitimidad de dicha*

---

<sup>499</sup>Dudgeon vs. Reino Unido, juicio del 22 de Octubre de 1981.

*tipificación*<sup>500</sup>. En ésta caso, Jeffrey Duggeon, ciudadano británico que residía en Irlanda del Norte, tras un registro policial en su domicilio, del que se concluye que se habían practicado relaciones sexuales homosexuales, es condenado por la realización de las mismas, por lo tanto Duggeon recurre ante Tribunal de Estrasburgo.

El Tribunal por lo tanto determina que Jeffrey Duggeon ha sufrido una violación a su Derecho de Intimidad, el cual se encuentra comprendido en el artículo 8 del CEDH<sup>501</sup>. Para ese momento, Irlanda del Norte penalizaba las prácticas homosexuales, después de la repercusión que tuvo ésta Sentencia, el país despenaliza las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo entre mayores de veintiún años.

Esta Sentencia del Tribunal de Estrasburgo fue decisiva para el desarrollo de la Recomendación 924 de 1981 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, en la cual, solicitó al Consejo de Ministros que exhortara a los Estados miembros a derogar todas las leyes que sancionaban penalmente las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo, como también recomendaba aplicar la misma edad de consentimiento para las relaciones homosexuales y heterosexuales, destruir todas las fichas y datos especiales relativos a las personas homosexuales por parte de los Gobiernos y sus Administraciones Públicas, pedir la interrupción de todo tratamiento obligatorio dirigido a modificar la orientación sexual de las personas, eliminación de toda discriminación en la tutela o el régimen de visita a los hijos respecto a la orientación sexual de sus progenitores, entre otros<sup>502</sup>.

---

<sup>500</sup>Tavalera Fernández, Pedro A. <<Hacia un reconocimiento jurídico coherente de las uniones homosexuales en España>>. Orientaciones, Revista de Homosexualidades Número 1. Madrid. 2001. Pág. 43 -44.

<sup>501</sup>Artículo 8. Derecho al respeto a la vida privada y familiar: 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

<sup>502</sup>Tavalera Fernández, Pedro A. <<Hacia un reconocimiento jurídico coherente de las uniones homosexuales en España>>. Orientaciones, Revista de Homosexualidades Número 1. Madrid. 2001. Pág. 44.

## **5. Organización de Estados Americanos (OEA) y la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos (CIDH)**

Siguiendo las estelas que se han realizado en la Unión Europea, encontramos que la Organización de Estados Americanos (OEA) a través de su Comisión Interamericana de los Derechos Humanos (CIDH) ha puesto en marcha la Unidad para los derechos humanos de las personas LGTBI, siendo conscientes de la discriminación histórica que este colectivo ha sufrido por razones de su orientación sexual y/o género y la actual situación social de violencia, persecución y abuso que viven las mismas dentro de la gran mayoría de los Estados americanos, siendo esto una clara vulneración a los Derechos Humanos protegidos por los instrumentos y organismos internacionales e interamericanos.

La CIDH en el ejercicio de funciones en los Estados miembros ha venido recopilando información sobre la situación real del colectivo LGTB dentro de los Estados miembro, entre las fuentes de información se ha contado con presentaciones orales y escritas de diferentes audiencias públicas indicaron que los problemas sistemáticos a los cuales esta minoría se enfrenta en el continente americano incluyen la criminalización y los altos índices de violencia e impunidad hacia la diversidad afectivo sexual, la discriminación al acceso a la salud pública y la poca visibilidad de la realización de este tipo de discriminaciones a nivel público.

Ejemplo de ello es el informe del CIDH<sup>503</sup>: **Honduras: Derechos Humanos y Golpe de Estado**<sup>504</sup>, la Comisión reconoció que el golpe enfatizó situaciones de discriminación histórica, y que el mismo había tenido efectos desproporcionados en algunos colectivos, entre ellos la comunidad LGTBI. La Comisión pudo constatar el uso indiscriminado de la fuerza, incluyendo violencia sexual, contra miembros del colectivo LGTB incluyendo asesinatos, lesiones personales y accesos carnales violentos tanto a hombres como a mujeres, entre otras agresiones más.

---

<sup>503</sup> <http://www.cidh.oas.org/Comunicados/Spanish/2010/54-10sp.htm>

<sup>504</sup> <http://noticias.terra.cl/mundo/eeuu/activista-gay-pide-eeuu-presione-a-honduras-por-violaciones-derechos-humanos,03c3383d77fcc310VgnCLD2000000ec6eb0aRCRD.html>

Debido a lo anteriormente expuesto el CIDH incluye en su Plan Estratégico el plan de acción 4.6.i 2011-2012 el cual está específicamente enfocado en la protección de los derechos de las personas LGTB.

### **5.1. Plan de acción 4.6.i para las personas LGTBI para el periodo de 2011-2012**

El objetivo de este plan del CIDH era centrarse en los derechos de las personas lesbianas, gays, transgénero<sup>505</sup>, bisexuales e intersexuales (LGTBI), estableciendo estándares legales, pronunciándose sobre estos casos y emitiendo informes sobre la comunidad LGTBI en los Estados americanos. El plan de acción permite contar con informes, jurisprudencia sobre el caso así como también asesoría a los Estados miembro sobre esta realidad. Realmente dicho plan es una excelente iniciativa aunque su programación sólo está estipulada por un periodo de 24 meses.

El plan expuso la necesidad urgente de realizar estudios profundos sobre el tema, máxime cuando el CIDH es consciente que no se ha estudiado el tema con profundidad la realidad social del colectivo LGTBI en los Estados americanos.

También propone el proveer asesoría jurídica técnica especializada en forma de comentarios y recomendaciones a los 35 Estados miembro al igual que se comprometen a recabar información de los Estados miembro en referencia a:

- Legislación
- Políticas públicas y acciones ejecutivas
- Jurisprudencia (estándares y casos)
- Información disponible sobre percepción pública y actitudes
- El trabajo de la sociedad civil y la actuación de otros actores relevantes.

*“El plan de acción contempla el siguiente calendario de actividades:*

---

<sup>505</sup> En América Latina se matiza la diferencia de la diversidad de los colectivos trans, diferenciando entre transexuales, travestis y transgéneros.

<b>Resultado 1</b>	<b>Informes sobre la situación de los derechos LGTBI en las Américas</b>
<b>Actividad 1.1</b>	<i>Recopilación de información. El resultado será un catálogo de informes y jurisprudencia relevante a los derechos de las personas de las comunidades LGTBI en las Américas.</i>
<b>Actividad 1.2.</b>	<i>Tres reuniones de expertos, sobre los temas de la experiencia de personas LGTBI en relación con relaciones interpersonales, empleo y cultura. Cada reunión incluirá la participación de expertos (estimado: 7 por reunión), tendrá una duración de dos días y resultará en un informe sobre las conclusiones de la reunión.</i>
<b>Actividad 1.3.</b>	<i>Preparación y envío de cuestionarios para los Estados Miembros de la OEA y las organizaciones de la sociedad civil (“OSC”). Se prepararán dos cuestionarios para consideración de la Comisión: uno para Estados y otro para OSCs. Las respuestas serán sistematizadas y presentadas a la Comisión para su consideración.</i>
<b>Actividad 1.4</b>	<i>Se diseñará un portal para el cuestionario en la página web de la CIDH (cuestionario LGTBI para Estados y OSCs e información general)</i>
<b>Actividad 1.5</b>	<i>Dos visitas a países, para enfocarse en las preocupaciones principales identificadas a través de las actividades 1.1 a 1.3.</i>
<b>Actividad 1.6</b>	<i>Redacción, consideración, impresión y disseminación de uno o varios informes regionales con recomendaciones específicas a los Estados. El proceso de redacción será conducido a través de todo el ejercicio.</i>
<b>Resultado 2</b>	<b>Estándares legales establecidos</b>
<b>Actividad 2.1</b>	<i>Procesamiento de peticiones (gestión de casos)</i>
<b>Actividad 2.2</b>	<i>Preparación de proyectos de informes sobre admisibilidad</i>



<b>Actividad 2.3</b>	<i>Preparación de proyectos de informes sobre el fondo</i>
<b>Resultado 3</b>	<b><i>Recomendaciones técnicas a los Estados en relación con su resolución sobre orientación sexual</i></b>
<b>Actividad 3.1.</b>	<i>Dos presentaciones durante las reuniones de los órganos políticos de la OEA, para enfocarse en asuntos de derechos humanos relacionadas con identidad sexual (una a la CAJP – a ser convocada por ese órgano; otra por el Consejo Permanente.</i>
<b>Actividad 3.2.</b>	<i>Formulación de observaciones técnicas al proyecto de resolución sobre identidad sexual<sup>506</sup> “</i>

En referencia al Plan de Acción del CIDH se puede entender como esfuerzo de la OEA por empezar a trabajar la protección y las garantías del colectivo LGTBI en las Américas, es entonces un paso y un avance el inicio del mismo, sin embargo la Organización de Estados Americanos ni la mayoría de sus Estados miembro aún no están dotados de organismos y herramientas eficaces para tener un conocimiento real y profundo de la realidad de esta minoría en los 35 países miembro ni para garantizar la protección de sus Derechos Fundamentales, de hecho después de los 24 meses estipulados para el desarrollo del plan, no se ha vuelto a dar un impulso de tal magnitud para trabajar en el fortalecimiento de los Derechos Humanos del colectivo LGTB en el continente americano.

En cierta forma podríamos valorar que el esfuerzo y los resultados como tal, han sido nulos en referencia a lograr un avance real en el camino para la consecución del respeto y la instauración de medidas administrativas para la protección de los Derechos Humanos del colectivo LGTB.

## **5.2. Resolución de la Asamblea General de la OEA AG/RES 2653 (XLI-O/11)**

Teniendo en cuenta las problemáticas globales socio políticas de la mayoría de los Estados americanos, es importante resaltar los avances, por

<sup>506</sup>Plan de Acción del CIDH para la igualdad LGTB en América.

pequeños que sean, que se están dando en referencia a la garantía y protección de derechos del colectivo LGTB, aparte del Plan de Acción 4.6.i del CIDH, es importante citar la Resolución de Asamblea General de la OEA 2653 en donde los Estados miembro manifiestan que toman consciencia de la problemática en la que se encuentra el colectivo LGTB en el continente americano en referencia a la violación de los Derechos Humanos, por lo que resuelven lo siguiente:

- *“Condenar 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.*
- *Condenar los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos contra personas a causa de su orientación sexual e identidad de género e instar a los Estados a prevenirlos, investigarlos y asegurar a las víctimas la debida protección judicial en condiciones de igualdad y que los responsables enfrenten las consecuencias ante la justicia.*
- *Alentar a los Estados Miembros a que, dentro de los parámetros de las instituciones jurídicas de su ordenamiento interno, consideren la adopción de políticas públicas contra la discriminación contra personas a causa de orientación sexual e identidad de género.*
- *Instar a los Estados para que aseguren una protección adecuada de las y los defensores de derechos humanos que trabajan en temas relacionados con los actos de violencia, discriminación y violaciones de los derechos humanos contra personas a causa de su orientación sexual e identidad de género.”*

## Conclusiones

Desde el punto de vista histórico, social y jurídico se observa que el colectivo LGTB es un grupo social que ha sido discriminado por razones de su orientación sexual y/o identidad de género desde los inicios de nuestra civilización hasta el tiempo actual, pudiendo contar con documentos legales e históricos que así lo demuestran.

En lo que respecta a referencias legales de las relaciones sexuales entre mujeres, observamos como constante el hecho que a lo largo de la historia, el lesbianismo y la bisexualidad femenina se encuentran prácticamente invisibilizadas contrariamente a las relaciones sexuales y afectivas entre hombres. Tan sólo en los dos últimos siglos se empieza a incluir las prácticas y relaciones afectivo sexuales entre mujeres dentro de los ordenamientos jurídicos a nivel de tipo penal o en su defecto garantizando su legalidad desde el punto de vista jurídico en algunos Estados.

La cultura, la realidad social y los acontecimientos del pasado de diferentes culturas como la romana, griega, judía o los indígenas americanos, han influido en la penalización de las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo a través del tiempo.

Es interesante analizar cómo se conectan la sociología con el ámbito jurídico, al enlazarse la conducta del machismo como el origen de diversas formas de discriminación con la desigualdad, misoginia, homofobia, transfobia y bifobia, pudiendo llegar a afirmar que éste es el origen de ésta clase de fobias.

Desde el punto de vista jurídico y social, es importante resaltar que cuando se habla de derechos de las personas LGTB se está hablando de Derechos Humanos, puesto que a éstas, se les vulneran sus derechos por razones de su orientación sexual y/o identidad de género y no por otra razón más.

En referencia a la igualdad, en lo que respecta a la protección de los derechos de las parejas del mismo sexo, sólo se puede afirmar que existe la igualdad absoluta o igualdad legal real sí y sólo sí, las uniones de las mismas ante el Estado se denominan bajo el término legal de matrimonio y si se permite la

adopción de menores por parte de estas parejas, reconociendo los derechos de las familias homoparentales.

Siguiendo en la línea de lo anteriormente explicado en lo que respecta a la igualdad legal de las parejas del mismo sexo, concluimos que a lo igual se le llama igual y no se le puede llamar de diferente forma, por lo que el término matrimonio debe ser utilizado como un concepto que unifique dentro del Código Civil las uniones legales entre los individuos sin importar el género de los sujetos que compongan los miembros de la unión.

En lo que se refiere a los Derechos Humanos, un avance legislativo de la protección de los mismos en un Estado no asegura la permanencia de estos instrumentos jurídicos y administrativos para mantener estos derechos en el tiempo ya que en ocasiones se pueden dar retrocesos. Aunque no sea el caso realmente, puesto que ambas situaciones finalizaron en la ratificación de los derechos adquiridos para las parejas del mismo sexo y sus familias, sí que podemos concluir que, durante un periodo de tiempo los Derechos Fundamentales de las parejas del mismo sexo estuvieron en peligro de ser vulnerados en el Estado de California y en España. De hecho el matrimonio igualitario fue revocado durante unos años hasta que la **Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América** dictaminó que el haber derogado el matrimonio civil para lesbianas, gays y bisexuales era inconstitucional y que violaba los Derechos Fundamentales de este colectivo. En el caso de España en septiembre de 2005 se interpuso por parte del Partido Popular el Recurso de inconstitucionalidad N° 6864-2005 en relación con la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de Derecho a contraer matrimonio manteniendo en vilo durante más de 7 años la conservación de la igualdad legal de las familias homoparentales hasta que el Tribunal Constitucional rechazó el recurso interpuesto declarando constitucional la Ley 13/2005 que permitió asentar la igualdad legal a lesbianas, gays y bisexuales y sus familias.

Dentro del colectivo LGTB, desde un punto de vista legal y social, el sub grupo que más discriminación legal y social ha sufrido y sufre a día de hoy la vulneración de sus Derechos Fundamentales es el colectivo transexual debido a la falta de políticas y mecanismos jurídicos para que estos sujetos puedan acceder a la igualdad real tanto desde el ámbito legislativo como desde el ámbito

sanitario y social. Una solución que garantizaría la igualdad del colectivo transexual es la implementación de una normativa como la **Ley 14 de 2012, de 28 de junio, de la Comunidad Autónoma del País Vasco, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales** la cual incluye la protección de la igualdad y la dignidad del colectivo transexual desde un punto de vista transversal conectando las realidades sociales, legales y sanitarias de estas personas. Queda en evidencia que dentro del colectivo LGTB, las personas transexuales son quienes cuentan con menos protecciones que garanticen sus Derechos Fundamentales. Lo anteriormente se debe a que para que realmente se pueda garantizar la dignidad de estos individuos se tiene que contar con la asistencia sanitaria que se requiere para que los mismos puedan acceder a los procesos de transexualización que conllevarán a la realización de su personalidad y la recuperación de la dignidad de la persona, incluyendo, si así es requerido por el sujeto, las cirugías de reasignación sexual correspondientes. Así mismo, si una legislación contempla que sí y sólo sí se procederá a cambiar la documentación de la persona si ésta es sometida a un proceso quirúrgico de reasignación de sexo, se estaría violando los Derechos Fundamentales de las personas transexuales, puesto que, la decisión de someterse a dicho procedimiento debe ser personal y el Estado no debe de imponer tal requisito para acceder a cambiar la documentación del interesado, otra cosa es que el individuo exprese su deseo de realizar dichos cambios, ahí entonces el Estado debe estar en la obligación de proporcionar las herramientas necesarias para que la persona acceda a dicho proceso.

Un aspecto que es vital e importante de recordar y resaltar dentro de las conclusiones de este estudio, es el hecho que los movimientos sociales y el asociacionismo han influido directamente en lo que se refiere a la consecución de legislaciones, instrumentos administrativos y jurídicos para la protección de los Derechos Humanos del colectivo LGTB, conectando a los Gobiernos, partidos políticos, sindicatos y otras ONG con la realidad del colectivo en cuestión, exponiendo las realidades, demandas y necesidades para que así el Estado creara los mecanismos necesarios para asegurar la igualdad y la protección de los Derechos Fundamentales de lesbianas, gays, transexuales, bisexuales y sus familias.

Como análisis de todo lo expuesto en referencia al campo sociológico y jurídico del colectivo LGTB, podemos afirmar la existencia del concepto de homofobia de Estado en muchos países que tienen interiorizado tanto a nivel jurídico como social, legislaciones y costumbres que vulneran los Derechos Fundamentales del colectivo LGTB y el de sus familias.

Así mismo, se observa que hay dos formas de acceder dentro del Estado al reconocimiento legal de la igualdad de las personas LGTB: la primera es a través de un proceso legislativo desde el cual se legislen leyes que garanticen la igualdad de las mismas como fue el caso de Estados como España, Argentina, Francia, Uruguay o Suecia o a través de la vía judicial, mediante las Cortes Constitucionales como fue el caso de Sud África o Canadá o Tribunales Administrativos como ocurrió en Brasil.

Cuando se reconoce el matrimonio de las parejas del mismo sexo no sólo se está protegiendo los derechos de estas personas sino también el de sus familias, la cuales no sólo están compuestas por los miembros de la pareja sino también por los hijos de las mismas, puesto que es una realidad que las parejas del mismo sexo conforman familias homoparentales y que éste modelo de familia debe ser reconocido por la Ley. Sólo existiendo éste reconocimiento legal, los menores de dichas familias se pueden encontrar protegidos por la Ley, así entonces el Estado puede garantizar que la protección de los derechos de sus padres o madres y el de sus núcleos familiares. Es por ello que el Derecho de Familia en sí, tiene que evolucionar en los diversos Estados para incluir toda la diversidad de núcleos familiares que existen, y esto sólo ocurre en el momento que se encuentre legislados los matrimonios entre personas del mismo sexo, la filiación directa entre los matrimonios de mujeres y la adopción.

En referencia al ámbito internacional podemos afirmar que tan sólo la Unión Europea posee mecanismos legales y administrativos para que la igualdad garantizada en algunos de sus Estados miembro sea reconocida dentro del territorio de la UE. Es por ello que podemos concluir que para el colectivo LGTB el peso político que tiene el respeto de los Derechos Humanos dentro de la Unión Europea hace de éste territorio un espacio **menos hostil** en relación a terceros Estados.

Dentro del campo de la gestación por subrogación, consideramos importante que los Estados legislen adecuadamente éste procedimiento. Es evidente, por la contrastación de los casos ya existentes que a éste método recurren cada vez más parejas, un ejemplo de ello es la realidad citada en esta Tesis sobre la existencia de menores nacidos bajo ésta técnica que forman parte de familias españolas, en dónde estos, hijos de dos padres o de un padre y una madre, la cual por razones clínicas no ha podido gestar a sus hijos, han decidido recurrir a éste procedimiento de gestación como alternativa en Estados extranjeros donde sí es permitida legalmente la gestación por subrogación. En conclusión, ésta realidad se está presentando y España es un ejemplo de ello, ya que hay menores nacidos en el extranjero, hijos de padres y madres españoles, nacidos a través de ésta práctica, por lo tanto, sería ideal que tanto los poderes legislativo y ejecutivo, así como los Partidos Políticos y los movimiento sociales, estudiaran la forma de legalizar la gestación por subrogación en el Estado español, de una manera que al igual que como ocurre en el Estado de California, se proteja a todas las partes de una posible vulneración de los Derechos Fundamentales de las mismas, en especial los derechos de la mujer gestante, matizando que la misma no es la madre del individuo que gesta, puesto que ella jamás aporta el gameto femenino necesario para la conformación del cigoto al unirse con el masculino. Hay que recordar que en el Estado de California, para que una mujer puede proponerse como gestante debe cumplir y demostrar unos requisitos entre lo que se encuentra tener una buena situación económica, con éste punto se evita el aprovechamiento por parte de terceros de situaciones personales de algunas mujeres que por razones de índole económico podrían considerar la opción de proponerse como gestantes como una vía rápida de solución a las mismas. También es importante la figura jurídica de la Sentencia emitida por el juicio de parentabilidad, trámite que legaliza la paternidad de los padres dando fe que todo el proceso se ha realizado conforme a la Ley.

Desde el ámbito de las Naciones Unidas, aunque los Principios de Yogyakarta han sido un avance jurídico que insta a los Estados al respetar y garantizar los Derechos Fundamentales del colectivo LGTB, tal recomendación, aunque es y ha sido útil, y sirve en cierta forma para ejercer presión contra la homofobia de Estado, no es un herramienta que permita, debido a la naturaleza

de misma, el proteger eficazmente y con celeridad los Derechos Humanos por razones de orientación sexual y/o identidad de género.

El Derecho de un individuo al matrimonio, se conecta transversalmente con varios Derechos Fundamentales y Principios Jurídicos, principalmente el Derecho a la Igualdad, el Principio de no Discriminación, la Libertad de Expresión, el Derecho a crear una familia.

En general, con éste trabajo se concluye que la evolución que han tenido desde el punto de vista jurídico y social los conceptos de orientación sexual e identidad de género, y en sí, de la diversidad afectivo-sexual a lo largo de la historia hasta llegar al momento actual en el año 2013, conllevan a afirmar que para poder garantizar la igualdad para el colectivo LGTB, se debe de garantizar por parte de los Estados, a través de la norma positiva, el bienestar y la protección de los Derechos Humanos de éste grupo de sujetos y sus familias. Para que esto realmente ocurra, se debe garantizar el acceso de las parejas homoparentales al Derecho del matrimonio, modificando la legislación para que cualquier sujeto pueda hacer uso de éste Derecho con independencia del sexo biológico de su pareja, así entonces podríamos afirmar que se respetan los Derechos Humanos, y de una manera global, la igualdad del individuo ubicando al mismo en una posición superior a las costumbres sociales del pasado que limitaban o limitan el acceso a éste Derecho bajo una perspectiva de corte excluyente y heterosexual. Realmente el negar éste Derecho, vulnera familias, en éste caso las homoparentales, el hacerlo, pone en juego y en duda el concepto de Igualdad y el Principio de No Discriminación por parte del Estado de Derecho, puesto que es evidente que cuando se plantea un no reconocimiento de éstas uniones bajo el mismo precepto jurídico, se están vulnerando los derechos de una parte de la población por razones de orientación sexual.



## Bibliografía

ALEMANY VERDAGUER, Salvador. Curso de Derechos Humanos. Casa Editorial S.A. Barcelona. 1984.

ALDRICH, Robert. Gays y Lesbianas, Vida y Cultura, Un Legado Universal. Editorial Nerea, San Sebastian. 2006.

ALONSO ELIZO, Juan y otros. *El Respeto a la Diferencia por Orientación Sexual, Homosexualidad y Lesbianismo en el Aula*. Citando a Lauritsen J, - Thorstand. D. Editorial Xente Gai Astur. Oviedo 2002.

ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina. Discriminación por Orientación Sexual e Identidad de Género. Derecho español. Edit. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales Madrid. 2010.

Arakateko, Defensoría del Pueblo Vasco. La situación de las personas Transexuales y Transgénero en Euskadi. Informes extraordinarios. Editorial, Gráficas Santa María. 2009.

ARANGO DURLING, Virginia. Introducción a los Derechos Humanos. Edit. Publicaciones Jurídicas de Panamá. Panamá. 1997.

BAIRD, Vanessa. *Sexo, Amor y Homofobia*. Editorial Egales. Madrid. 2006.

BARRETO RODRÍGUE, Jose Vicente. Acción de Tutela: Teoría y Práctica. Editorial Legis Editores. Bogotá. 2001.

BLASCO GASCÓ, Francisco. Código Civil 14<sup>o</sup> Edición anotada y concordada. Editorial Tirant lo blanch. Valencia. 2006.

BOBBIO, Norberto. El Tiempo de los Derechos. Editorial Sistema. Madrid. 1991

BORRILLO, Daniel. *Homofobia*. Ediciones Bella Terra. Barcelona 2001

BOSWELL, John. Las Bodas de la Semejanza. Muchnik Editores, S.A. 1999.

CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis. Catedrático de Derecho Internacional Privado, Universidad Carlos III de Madrid. Vocal Permanente de la Comisión General de Codificación y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. Profesor Titular de Derechos intencional Privado de la Universidad de Murcia. Cuadernos de Derecho Internacional. Vol. 1 N<sup>o</sup> 2. 2009.

CARDORET, A. Padres como los demás. Homosexualidad y paretesco Editorial Gedisa. Barcelona. 2003.

CANTARELLA, Eva. *Según Natura La Bisexualidad en el mundo Antiguo*. Ediciones Akal S.A. 1991.

COMED, Plautiny, citada por Craig A. Willians. *Roman Homosexuality Ideologies of Masculinity in Clasical Antiquity*. Oxford University Press. New York –1999.

CUATRECASAS, Alfonso. *Eros en Roma*. Ediciones Temas de Hoy. Madrid 1993.

DE CASTRO CID, Benito. Introducción al estudio de los Derechos Humanos. Edit. Universitas, S.A. Madrid. 2004.

DÍAZ AMBRONA BARDAJÍ, María Dolores y otros. Derecho Civil de la Unión Europea. Editorial Colex. 2012. Madrid.

DIEZ DE VELASCO, Manuel. Las Organizaciones Internacionales. Edit. Tecnos. Madrid. 2010.

DIEZ DE VELASCO, Manuel. Instituciones de Derecho Internacional Público. Edit. Tecnos. Madrid. 2013.

Diario El País. 15/07/2010

ELSTER, John y otros. *De los Derechos Humanos*. Editorial Trotta S.A. Madrid. 1998.

EU Agency for Fundamental Rights, Homophobia and Discrimination on grounds of Sexual Orientation in the EU Members States. Part I-Legal Analysis. 2008.

EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS (FRA). Homophobia and dsicrimination on grounds of sexual orientation and gender identity in the EU meber states. Part II The social situation. Edit. FRA. 2009.

ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción. Instituciones de Derecho Comunitario. Edit. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2006.

FERNÁNDEZ LIESA, Carlos R. El Derecho internacional de los Derechos Humanos en perspectiva histórica. Editorial Civitas. Madrid. 2010.

FERNANDO PABLO, GONÁLEZ BUSTOS, M<sup>a</sup> Ángeles y otros. Marcos. Cuadernos de Derecho Administrativo II. Garantías Jurídico Administrativas. Editorial Ratio Legis. Salamanca. 2013.

FERNANDO PABLO, Marcos. Motivación del Acto Administrativo. Editorial Tecnos. Madrid. 1993.

FERRAJOLI, Luigi. Derechos y Garantías. Edit. Trotta. Madrid, 1999.

FUENTES, Pablo. *En Clave Gay todo lo que deberíamos saber*. Editorial Egales. Barcelona-Madrid. 2001.

FREIJEIRO BLANCO, Antonio. *Eros y Psique en Historia* 16, especial “Amor y Sexualidad en España”. No 124. Madrid 1986.

GABINETE SOCIOLÓGICO, Biker S.L. La Situación de las Personas Transgénero y Transexuales en Euskadi/Transgeneroen Eta Transexualen Egoera Euskadin. Edit. Ararteko, Herriaren Defendatzailea. 2009.

GRANDE-MARLASKA, Fernando y DEL POZO, Marta. Diario El País, 25 de octubre de 2010.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y otros. Curso de Derecho Administrativo I. Editorial Civitas Ediciones S.L. Pamplona. 2011.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La Lengua de los Derechos: La Transformación del Derecho Público Europeo Tras la Revolución Francesa. Editorial Alianza. Madrid. 2001.

GARCÍA-ATANCHE Y GARCÍA DE MORA, María Victoria. Derechos y Libertades en la Constitución Española de 1978. Edti. Sanz y Torres. Madrid. 2011.

GARCÍA VALDÉS, Alberto. *Historia y Presente de la Homosexualidad*. Akal Editor. Madrid. 1981.

GIL GIL, Alicia y otros. Curso de Derecho Penal, Parte General. Editorial Dykinson S.L. Madrid. 2011.

GIMENEZ SÁNCHEZ, Itziar y ROBLES GARZÓN Juan Antonio. La eficacia de las Sentencias dictadas por el TJEC. Editorial Aranzadi. 2004.

GIMENO, Beatriz. *Historia y Análisis Político del Lesbianismo, La Liberación de una Generación*. Editorial Gedisa. Barcelona. 2005.

GIMENO SENDRA, Vicente y otros. Los Derechos Fundamentales y su protección jurisdiccional. 1ª Edición. Edit. Codex. Majadahonda, Madrid. 2007.

GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel (Coordinador) y otros. El sistema constitucional de derechos y libertades según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Edti. Universitas Internacional, S.L. Madrid 2006.

GÓMEZ SÁNCHEZ, Amanda. Derecho Constitucional Europeo, Derechos y Libertades. Edti. Sanz y Torres. Madrid. 2008.

GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda. Constitucionalismo Multinivel, Derechos Fundamentales. Edti. Sanz y Torres. Madrid. 2011.

GONSÁLBEZ PEQUEÑO, Humberto, ROCA FERNÁNDEZ-CASTANYS, Mª Luísa y MELLADO RUIZ, Lorenzo. Manual Básico de Derecho del Empleo Público. Editorial Tecnos.

GONZÁLEZ BUSTOS, Mª Ángeles. La mujer ante el ordenamiento jurídico: soluciones a realidades de género. Editorial Atelier. Barcelona. 2009. Madrid. 2013.

GONZÁLEZ BUSTOS, Mª Ángeles. Las medidas jurídico administrativas para la protección de la mujer. Editorial Universidad de Salamanca. Salamanca. 2006.

GONZÁLEZ BUSTOS, M<sup>a</sup> Ángeles. El trato de la igualdad en el ordenamiento jurídico español. Especial incidencia en la Comunidad Autónoma de Castilla y León. Editorial Atelier. Barcelona. 2009.

GONZÁLEZ BUSTOS, M<sup>a</sup> Ángeles. Las políticas de igualdad en la Comunidad Autónoma de Castilla y León. Editorial Comares. Granada. 2008.

GONZÁLEZ BUSTOS, M<sup>a</sup> Ángeles. La Igualdad como compromiso. Estudios de género en homenaje a la profesora Ana Díaz Medina. La Actuación de los Poderes Públicos en Materia de Libertad Sexual. Ediciones Universidad de Salamanca. Salamanca. 2007.

GONZÁLEZ BUSTOS, M<sup>a</sup> Ángeles. Formación y objeto del Derecho antidiscriminatorio de género: perspectiva sistemática de la igualdad desde el Derecho público. Dirección MORA RUÍZ, Manuela y otros. Editorial. Atelier Libros Jurídicos. Barcelona. 2010

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. La Dignidad de la Persona. Editorial Civitas S.A. Madrid. 1986.

HEGER, Heinz. *Los Hombres del Triángulo Rosa, Memorias de un Homosexual en los Campos de Concentración*. Editorial Amaranto. Madrid. 2002.

HENDERSOS, J. *The Maculate Muse. Obscene Language in attic Comedy*. New Heaven. London , 1975.

HEINZE, Eric. Sexual orientation: A human right, An essay on International Human Rights Law. Edit. MArtinus Nijhoff Publishers. Dordrecht, The Neherlands. 1995.

HERREROS, Juan. *La Sociedad Gay, Una Minoría Invisible*. Editorial Foca. Madrid. 2001.

HERREROS BRASAS, Juan A. *La sociedad Gay, Una invisible minoría*. Foca ediciones y distribuciones generales. Madrid. 2001.

KANT. Fundamentación de la metafísica de las costumbres. Edit. Alianza. Madrid. 2002.

KOLLMAN Kelly and WAITES Matthew. The Global Politics of Lesbian, Gay, Bisexual and Transgender Human Rigths: An Introduction. Edtited by Universtiy of Glasgow. Online. 2009.

La Biblia. Ediciones Paulina. Madrid. 2001.

LASARTE ALVAREZ, Carlos. Derecho Civil I: Parte General, Persona y Familia. Editorial Marcial Pons. Madrid. 2013.

LASARTE ALVAREZ, Carlos. Derecho Civil III: Obligaciones y Contratos. Editorial Marcial Pons. Madrid. 2011.

LINDE PANIAGUA, Enrique. Principios de Derecho de la Unión Europea. Editorial Colex. Madrid. 2012.

LINDE PANIAGUA, Enrique. Fundamentos de Derecho Administrativo, Del Derecho del Poder al de Derecho de los ciudadanos. Edit. Colex y UNED. Madrid. 2011.

LINDE PANIAGUA, Enrique y MELLADO PRADO Pilar. Iniciación al Derecho de la Unión Europea. Edit. Colex. Madrid. 2008.

LIZARRAGA CRUCHAGA, Xavier. *Una historia socio cultural de la homosexualidad*. Ediciones Paidós Ibérica S.A. Barcelona 2003.

LÓPEZ GALLACHO PRENONA , Javier.. La Problemática Jurídica de la Transexualidad. Editorial Mc Graw Hill. .1997. Madrid.

LOPEZ GUERRA, Luis. Constitución Española. Editorial Tecnos S.A.1996.

Magazine, El Mundo, 22 de Enero de 2009.

MARTÍN ROMRO, Lola y otros. Estudio Sociológico y Jurídico sobre Homosexualidad y Mundo Islámico. Edita COGAM, Colectivo de Lesbianas, Gays, Transexuales y Bisexuales de Madrid. Madrid. 2008.

MELLADO PRADO, Pilar y otros. Instituciones de Derecho Comunitario. Editorial. Colex. Madrid. 2009.

MIRA, Alberto. *De Sodoma a Chueca*. Editorial Egales. Madrid. 2004.

MORA RUÍZ, Manuela. Formación y objeto del Derecho antidiscriminatorio de género: perspectiva sistemática de la igualdad desde el Derecho público. Dirección MORA RUÍZ, Manuela y otros. Edit. Atelier Libros Jurídicos. Barcelona. 2010.

OESTREICH, Gerhard. Pasado y Presente de los Derechos Humanos. Editorial Tecnos D.L. Madrid. 1990

OLMEDA, Fernando. *El látigo y la Pluma. Homosexuales en la España de Franco*. Editorial Oyeron. Madrid. 2004.

ORAÁ, Jaime y GÓMEZ ISA, Felipe. *Declaración Universal de Derechos Humanos*. Edit. Universidad de Deusto. Bilbao 2002.

PECES-BARBA, Gregorio. Curso de Derechos Fundamentales (I) Teoría General. Editorial Eudema. Madrid.1999.

PECES-BARBA, Gregorio. La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho, Cuadernos Bartolomé de las Casas. Editorial Dykinson. Madrid. 2003.

- PECES-BARBA, Gregorio. Los valores superiores, Temas Clave de la Constitución Española. Editorial Tecnos. Madrid. 1986.
- PEREZ CONTRERAS, Montserrat. Los Derechos de los Homosexuales. Editorial, Universidad Autónoma de México. México D.F. 2000.
- PEREZ LUÑO, Antonio. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. Edit. Tecnos. Madrid. 2001.
- PÉREZ MONGUIÓ, J.M. "Régimen sancionador de la violencia en el deporte". En Régimen Jurídico de la violencia en el deporte. Editorial Bosch. Barcelona. 2003.
- RAINER, J.M. *Zum Problem der Atimie als Verlust der Bürgerlichen Rechte Insbesondere Bei Männlichen Homosexuellen Prostituierten*. Editorial Rida. 1986.
- REBOLLO DELGADO, Lucrecio. Derecho Constitucional I. Editorial Dykinson S.L. Madrid. 2011.
- RODRÍGUEZ PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M<sup>a</sup> F. Igualdad y discriminación. Edit. Legales. Madrid. 1986.
- RODRIGUEZ-TOUBES MUÑIZ, Joaquín. La razón de los derechos, perspectivas actuales sobre la fundamentación de los derechos humanos. Edit. Tecnos. Madrid. 1995.
- SÁNCHEZ CERÓN, Alejandro Felipe. Técnicas de la Tutela contra Decisiones Judiciales. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá. 2010.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Santiago (Coordinador) y otros. Dogmática y práctica de los Derechos Fundamentales. Edit. Tirant lo Blanch. Valencia. 2006.
- SÁNCHEZ MARTÍN, María. Matrimonio Homosexual y Constitución. Edit. Tirant do Banch. Valencia. 2008.
- SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Zulima. Estudio Práctico de las Asociaciones, Democracia Directa y Otras Formas de Participación Ciudadana. Edit. Lex Nova. Valladolid. 2004.
- SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Zulima. Nuevas Tecnologías ,Administración y Participación. Editorial Comares. Granada. 2010.
- SOULI A, Sofia. *Vida Erotica de los Griegos Antiguos*. Editorial Michalis Toubis A.E. Atenas 1997.
- SORIANO, Miguel Ángel. *La Marginación Homosexual en la España de la Transición*. Editorial Egales. Madrid. 2005.
- TALAVERA FERNÁNDEZ, Pedro A. <<Hacia un reconocimiento jurídico coherente de las uniones homosexuales en España>>. Orientaciones, Revista de Homosexualidades Número 1. Madrid. 2001.

VIDAL MARTÍNEZ, J. Manifestaciones del Derecho a la Intimidad personal y familiar. Revista General del Derecho, núm. 432. Valencia. 1980.

VILLÁN DURÁN, Carlos. Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Editorial. Trota. Madrid. 2006.

WILLIAMS, Craig A. *Roman Homosexuality Ideologies of Masculinity in Classical Antiquity*. New York – Oxford University Press 1999.

### **Webs (última fecha de consulta julio de 2013)**

[http://personal.us.es/alporu/histsevilla/leyes\\_sodomia.htm](http://personal.us.es/alporu/histsevilla/leyes_sodomia.htm)

[http://www.personal.us.es/alporu/histsevilla/leyes\\_sodomia.htm](http://www.personal.us.es/alporu/histsevilla/leyes_sodomia.htm)

<http://sololiteratura.com/berti/bertihomosexuales.htm>.

[http://es.wikipedia.org/wiki/Persecuci%C3%B3n\\_de\\_los\\_homosexuales\\_en\\_la\\_Alemania\\_nazi](http://es.wikipedia.org/wiki/Persecuci%C3%B3n_de_los_homosexuales_en_la_Alemania_nazi)

<http://usuarios.lycos.es/carmela2/docum/infpParHecho04.htm>.

<http://www.publico.es/internacional/439148/francia-aprobara-el-matrimonio-gay>

<http://gaylatino.about.com/od/Matrimoniogay/tp/Estados-Que-Permiten-El-Matrimonio-Gay.htm>

<http://mexico.cnn.com/mundo/2012/05/14/el-apoyo-de-barack-obama-al-matrimonio-gay-es-tema-de-portadas>

[http://es.wikipedia.org/wiki/Matrimonio\\_entre\\_personas\\_del\\_mismosexo\\_en\\_Canad%C3%A1](http://es.wikipedia.org/wiki/Matrimonio_entre_personas_del_mismosexo_en_Canad%C3%A1)

<http://www.agmagazine.com.ar/index.php?IdNot=206>

[http://es.wikipedia.org/wiki/Matrimonio\\_entre\\_personas\\_del\\_mismosexo\\_en\\_Bélgica](http://es.wikipedia.org/wiki/Matrimonio_entre_personas_del_mismosexo_en_Bélgica)

[http://elpais.com/articulo/elpporsoc/20060420elpepusoc\\_5Tes/Bélgica/autoriza/adopción/niños/parte/parejas/homosexuales](http://elpais.com/articulo/elpporsoc/20060420elpepusoc_5Tes/Bélgica/autoriza/adopción/niños/parte/parejas/homosexuales)

<http://www.france.qrd.org/partnership/se/sweden-act.thlm>

<http://www.mdzol.com/nota/222527/>

<http://www.publico.es/453493/uruguay-aprueba-la-ley-de-matrimonio-homosexual>

<http://www.naciongay.com/editorial/reportajes/12802203643.asp>

[http://www.bbc.co.uk/mundo/ultimas\\_noticias/2012/06/120607\\_ultnot\\_dinamarca\\_matrimonio\\_gay.shtml](http://www.bbc.co.uk/mundo/ultimas_noticias/2012/06/120607_ultnot_dinamarca_matrimonio_gay.shtml)

[http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/05/14/actualidad/1368546045\\_328434.html](http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/05/14/actualidad/1368546045_328434.html)

<http://www.elmundo.es/america/2013/05/15/brasil/1368619221.html>

<http://es.globedia.com/brasil-aprueba-adopcion-gay>

<http://www.elmundo.es/elmundo/2013/04/17/internacional/1366195185.html>

<http://www.abc.es/sociedad/20130604/abci-camara-lores-matrimonio-homosexual-201306041801.html>

[http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/06/04/actualidad/1370370166\\_682531.html](http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/06/04/actualidad/1370370166_682531.html)

<http://www.20minutos.es/noticia/1834426/0/matrimonio-homosexual/camara-lores/reino-unido/>

[http://www.cuatro.com/noticias/internacional/detenido-presunto-asesinato-Clement-Meric\\_2\\_1616505024.html](http://www.cuatro.com/noticias/internacional/detenido-presunto-asesinato-Clement-Meric_2_1616505024.html)

[http://www.telecinco.es/informativos/internacional/detenido-presunto-asesinato-Clement-Meric\\_0\\_1616475028.html](http://www.telecinco.es/informativos/internacional/detenido-presunto-asesinato-Clement-Meric_0_1616475028.html)

<http://www.publico.es/internacional/455556/el-constitucional-frances-valida-el-matrimonio-homosexual-en-francia>

[http://es.wikipedia.org/wiki/Matrimonio\\_entre\\_personas\\_del\\_mismosexo\\_en\\_Massachusetts](http://es.wikipedia.org/wiki/Matrimonio_entre_personas_del_mismosexo_en_Massachusetts)

<http://www.inmigrationequality.org/template.php?pageid=1012>

[http://www.morganbrown.com/docs/Same-sex%20marriage%20and%20Cote%20\(article\).pdf](http://www.morganbrown.com/docs/Same-sex%20marriage%20and%20Cote%20(article).pdf)

<http://www.hrc.org/Template.cfm?section=Home&CONTENTID=24587&TEMPLATE=/ContentManagement/ContentDisplay.cfm>

<http://www.dosmanzanas.com/2013/06/el-supremo-de-estados-unidos-falla-a-favor-del-matrimonio-igualitario-la-doma-es-declarada-inconstitucional-y-las-bodas-vuelven-a-california.html>

<http://portugalgay.pt/frame.asp>

<http://www.elmundo.es/elmundo/2010/02/11/internacional/1265923662.html>

[http://en.wikipedia.org/wiki/Civil\\_union#Germany](http://en.wikipedia.org/wiki/Civil_union#Germany)



[http://en.wikipedia.org/wiki/Civil\\_unions\\_in\\_Finland](http://en.wikipedia.org/wiki/Civil_unions_in_Finland)

<http://www.france.qrd.org/texts/partnership/dk/denmark-act.html>

[http://www.ilgaeurope.org/europe/issues/lgbt\\_families/marriage\\_and\\_partnership\\_rights\\_for\\_same\\_sex\\_partners\\_country\\_by\\_country](http://www.ilgaeurope.org/europe/issues/lgbt_families/marriage_and_partnership_rights_for_same_sex_partners_country_by_country)

[www.answers.com/topic/civil-unions-in-demark](http://www.answers.com/topic/civil-unions-in-demark)

<http://www.france.qrd.org/assocs/ilga/dk/euroletter/93.html>

<http://eleconomista.com.mx/internacional/2013/06/06/alemania-establece-igualdad-fiscal-gays>

<http://www.spiegel.de/international/germany/german-high-court-supports-equal-tax-privileges-for-gay-couples-a-904111.html>

[http://www.russell-cooke.co.uk/downloads/Civil\\_partnerships\\_and\\_Pil\\_at\\_IBC.pdf](http://www.russell-cooke.co.uk/downloads/Civil_partnerships_and_Pil_at_IBC.pdf)

[http://www.ilgaeurope.org/europe/issues/lgbt\\_families/marriage\\_and\\_partnership\\_rights\\_for\\_same\\_sex\\_partners\\_country\\_by\\_country](http://www.ilgaeurope.org/europe/issues/lgbt_families/marriage_and_partnership_rights_for_same_sex_partners_country_by_country)

[www.housiwien.at/download/pars\\_kroatien.pdf](http://www.housiwien.at/download/pars_kroatien.pdf)

[http://www.ilgaeurope.org/europe/guide/country\\_by\\_/czech\\_republic/legal\\_details\\_of\\_the\\_czech\\_registered\\_partnership\\_law](http://www.ilgaeurope.org/europe/guide/country_by_/czech_republic/legal_details_of_the_czech_registered_partnership_law)

<http://www.answers.com/topic/same-sex-union-in-slovenia>

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-029-09.htm>

<http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/CUADRO%20LEY%20DE%20JUSTICIA%20Y%20PAZ.php>

<http://www.iglhrc.org/site/iglhrc/content.php?type=1&id=91&print=1>

[http://www.amnistiainternational.org/publica/ct\\_crmenes/capitulo1.pdf](http://www.amnistiainternational.org/publica/ct_crmenes/capitulo1.pdf)

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=4375589&links=transexualidad&optimize=19960108&publicinterface=true>

<http://www.carlaantonelli.com/notis-24012010-menores-transexuales-colectivos-medicos-activistas-especialistas-de-espana-opinan.htm>

<http://www.20minutos.es/noticia/1523987/0/>

[http://ccaa.elpais.com/ccaa/2012/06/28/paisvasco/1340879491\\_582515.html](http://ccaa.elpais.com/ccaa/2012/06/28/paisvasco/1340879491_582515.html)

<http://www.felgt.org/temas/familias>

<http://www.elmundo.es/elmundo/2010/09/02/internacional/1283438338.html>

[http://www.fundaciontriangulo.es/informes/InformeEuropa1998/e\\_ParlamentoEuropeo01.htm](http://www.fundaciontriangulo.es/informes/InformeEuropa1998/e_ParlamentoEuropeo01.htm)

<http://www.felgt.org/temas/cooperacion-internacional/i/4646/79/resolucion-a-0028-94-del-parlamento-europeo>.

<http://europa.eu.int/eurlex/pri/es/oj/dat/2004/ce038/ce03820040212es02470262.pdf>.

<http://www.felgt.org/Webportal/DesktopDefault.aspx??Alias=Rainbow&TabID=50&Lang=es&ItemID=2622&mid=48&smid=78>

[http://scholar.google.com/scholar?hl=es&lr=&client=firefox-a&q=cache:3wWNpM59Y0J:www.cepchile.cl/dms/archivo\\_1212\\_1280/rev46\\_desantes.pdf+derecho+de+intimidad+de+la+persona](http://scholar.google.com/scholar?hl=es&lr=&client=firefox-a&q=cache:3wWNpM59Y0J:www.cepchile.cl/dms/archivo_1212_1280/rev46_desantes.pdf+derecho+de+intimidad+de+la+persona)

[www.texaspolicecentral.com](http://www.texaspolicecentral.com)

<http://www.elmundo.es/elmundo/2005/06/16/espana/1118911559.html>

[www.noesimal.org/](http://www.noesimal.org/)

<http://www.elmundo.es/elmundo/2008/02/21/eleccionesgenerales/1203589803.html>

<http://www.20minutos.es/noticia/108016/2/boda/homosexual/gay/>

<http://www.20minutos.es/noticia/859522/81/rajoy/matrimonio/homosexual/>

[http://cuatro.com/conexión-samanta/programatemporada-05/t05xp06-ventre-de-alquiler/conexión\\_samanta-](http://cuatro.com/conexión-samanta/programatemporada-05/t05xp06-ventre-de-alquiler/conexión_samanta-)

[Mucho\\_mas\\_que\\_un\\_ventre\\_de\\_alquiler\\_0\\_1501500520.html](http://cuatro.com/conexión-samanta/programatemporada-05/t05xp06-ventre-de-alquiler/conexión_samanta-Mucho_mas_que_un_ventre_de_alquiler_0_1501500520.html)

<http://www.es.amnesty.org/noticias/noticias/articulo/la-homosexualidad-sigue-perseguida-por-ley-en-mas-de-70-paises-y-en-8-puede-suponer-la-pena-de-muert/>

<http://www.dosmanzanas.com/2011/02/malawi-reforma-su-codigo-penal-para-castigar-expresamente-la-homosexualidad-femenina.html>

<http://www.un.org/es/ecosoc/about/>

<http://lacomunidad.elpais.com/c-asurmendi/2008/7/25/la-felgtb-miembro-del-ecosoc-la-onu>

<http://www.cidh.oas.org/Comunicados/Spanish/2010/54-10sp.htm>

<http://noticias.terra.cl/mundo/eeuu/activista-gay-pide-eeuu-presione-a-honduras-por-violaciones-derechos-humanos,03c3383d77fcc310VgnCLD2000000ec6eb0aRCRD.htm>

## **Anexos Legislativos:**

Declaración Universal de Derechos Humanos de la Asamblea General de las Naciones Unidas Resolución 217 A, de 10 de diciembre de 1948.

Los principios de Yogyakarta sobre la Aplicación del Derecho Internacional de Derechos Humanos a las Cuestiones de Orientación Sexual e Identidad de Género.

Resolución A3-16/89 de 12 de septiembre de 1989 del Parlamento Europeo. (DOCE C 256 de 9/10/89).

Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y el Consejo de 29 de abril de 2004 relativa al Derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. (DOUE 158 de 30/04/2004).

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. (DOUE-E-L-2006-81416).

Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional. (DOUE-2013-81289).

Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. (BOE 313 de 29/12/2004).

Ley 13/2005 de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia a contraer matrimonio. (BOE-157 de 02/07/2005).

Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre hombres y mujeres. (BOE-71 de 23/03/2007)

Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas. Jefatura del Estado (BOE 65 de 16/03/2007).

Ley Foral 12/2009, de 19 de noviembre, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales de la Comunidad Foral de Navarra. (BOE 307 de 22/12/2009).

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 en la Comunidad Autónoma de País Vasco. (BOE-99 de 25/04/2013).

Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Jefatura del Estado (BOE 126 de 27/05/2006).

Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de reforma urgente y parcial del Código Penal. Jefatura del Estado (BOE 152 de 27/06/1983).

Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre hombres y mujeres. (BOE 71 de 23/03/2007).

Se interpone Recurso de Inconstitucionalidad Nº 6864-2005 en relación con la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de Derecho a contraer matrimonio (BOE 273 de 15/11/2005).

Resolución Dirección General de los Registros y del Notariado 18 de febrero de 2009. Ref. 6.2.2.1.-2575/2008.

Instrucción de 5 de octubre de 2010 Dirección General de los Registros y del Notariado sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación pos sustitución. (BOE 243 de 7/10/2010).

Resolución del Parlamento Europeo, de 24 de mayo de 2012, sobre la lucha contra la homofobia en Europa (2012/2657(RSP)).

Recomendación CM/Rec (2010) 5 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre las medidas para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género.

### **Anexos de Jurisprudencia:**

Sentencia del la Audiencia Provincial de Valencia nº 832, de 30/12/2.003.

Sentencia 198/2012, de 6 de noviembre de 2012. Recurso de inconstitucionalidad 6864-2005 en referencia a la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de Derecho a contraer matrimonio (BOE 286 de 28/11/2012).

Sentencia del Superior de Justicia de Asturias de fecha 1509/2013 (id Cendoj: 33044340012013100978).

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Christine Goodwin C. Reino Unido, acusación 28957/95, sentencia de 11 de julio de 2002.

Sentencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos de 21 de Diciembre de 1.999. Caso Salgueiro Da Silva Mouta vs. Portugal .

Sentencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos de 22 de Febrero de 2002. Caso Fretté contra Francia.

Sentencia de Tribunal Europeo de los Derechos Humanos de 22 de octubre de 1.981. Caso Dudgeon contra el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de abril de 2013. Caso Asociación Accept vs. Consejo Nacional Contra la Discriminación de Rumanía (CNCD).

### **Otros documentos**

Reunión 2606 del Consejo de la Unión Europea sobre empleo, política social, salud y asuntos del consumidor celebrada en Luxemburgo el 4 de octubre de 2004. Doc. N° 13369/04 del 27 de octubre de 2004.

Plan de acción 4.6.i de la OEA para las personas LGTBI para el periodo de 2011-2012.



