



Universitat de Lleida

Identidad sexual y libre desarrollo de la personalidad

Xavier Palau Altarriba

<http://hdl.handle.net/10803/386390>

ADVERTIMENT. L'accés als continguts d'aquesta tesi doctoral i la seva utilització ha de respectar els drets de la persona autora. Pot ser utilitzada per a consulta o estudi personal, així com en activitats o materials d'investigació i docència en els termes establerts a l'art. 32 del Text Refós de la Llei de Propietat Intel·lectual (RDL 1/1996). Per altres utilitzacions es requereix l'autorització prèvia i expressa de la persona autora. En qualsevol cas, en la utilització dels seus continguts caldrà indicar de forma clara el nom i cognoms de la persona autora i el títol de la tesi doctoral. No s'autoritza la seva reproducció o altres formes d'explotació efectuades amb finalitats de lucre ni la seva comunicació pública des d'un lloc aliè al servei TDX. Tampoc s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant als continguts de la tesi com als seus resums i índexs.

ADVERTENCIA. El acceso a los contenidos de esta tesis doctoral y su utilización debe respetar los derechos de la persona autora. Puede ser utilizada para consulta o estudio personal, así como en actividades o materiales de investigación y docencia en los términos establecidos en el art. 32 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (RDL 1/1996). Para otros usos se requiere la autorización previa y expresa de la persona autora. En cualquier caso, en la utilización de sus contenidos se deberá indicar de forma clara el nombre y apellidos de la persona autora y el título de la tesis doctoral. No se autoriza su reproducción u otras formas de explotación efectuadas con fines lucrativos ni su comunicación pública desde un sitio ajeno al servicio TDR. Tampoco se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al contenido de la tesis como a sus resúmenes e índices.

WARNING. Access to the contents of this doctoral thesis and its use must respect the rights of the author. It can be used for reference or private study, as well as research and learning activities or materials in the terms established by the 32nd article of the Spanish Consolidated Copyright Act (RDL 1/1996). Express and previous authorization of the author is required for any other uses. In any case, when using its content, full name of the author and title of the thesis must be clearly indicated. Reproduction or other forms of for profit use or public communication from outside TDX service is not allowed. Presentation of its content in a window or frame external to TDX (framing) is not authorized either. These rights affect both the content of the thesis and its abstracts and indexes.

IDENTIDAD SEXUAL Y LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD

Xavier Palau Altarriba

Lleida 2016

IDENTIDAD SEXUAL Y LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD

Autor: Xavier Palau Altarriba

Programa de doctorado: La Construcció Europea: Societat, Cultura, Dret i Educació

Codirectores: Dr. Josep Maria Martinell Gispert – Saúch

Dra. Maria Teresa Areces Piñol

Tutor: Dr. Josep Maria Fontanellas Morell

Universitat de Lleida

2016

ÍNDICE

ABREVIATURAS	11
INTRODUCCIÓN.....	17
CAPÍTULO PRIMERO: ELEMENTOS HISTÓRICOS Y EVOLUTIVOS EN LA CONCEPCIÓN DE LA SEXUALIDAD HUAMANA	23
1. REFERENTES DE LA PERSPECTIVA HISTÓRICA DE LA SEXUALIDAD..	23
1.1. Cuestiones preliminares	23
1.2. Época antigua: Grecia y Roma.....	31
1.2.1. Grecia	32
1.2.2. Época Romana.....	33
1.3. Edad Media	34
1.3.1. El matrimonio en la Edad Media.....	37
1.3.2. La prostitución.....	39
1.3.3. La homosexualidad.....	40
1.4. El matrimonio en la Europa preindustrial	42
1.4.1. Posición de la Iglesia Católica.....	42
1.4.2. Posición de la doctrina reformista	50
1.5. Edad Moderna y Contemporánea.....	53
1.5.1. Evolución del concepto de la familia	54
1.5.2. La sexualidad en la Edad Moderna y Contemporánea	60
2. LA INFLUENCIA DEL CRISTIANISMO EN LA SEXUALIDAD	65
2.1. Introducción	65
2.2. La influencia del cristianismo en la sexualidad y en el matrimonio	67
2.2.1. Perspectivas de la tradición teológica	69
2.2.1.1. Pensamiento cristiano primitivo.....	70
2.2.1.2. Pensamiento medieval.....	71
2.2.1.3. La moral sexual en la época del casuismo (de Trento hasta el Vaticano II)	74
a) Dimensiones del comportamiento sexual	78
b) La moral sexual en la encíclica Humanae Vitae.....	80
2.3. El impedimento matrimonial de orden sagrado y el celibato.....	83
2.4. La castración y el impedimento canónico de impotencia	85

2.4.1. La castración.....	85
2.4.2. Impedimento de impotencia	88
2.5. El tratamiento de la homosexualidad por el cristianismo	90
2.5.1. Las raíces bíblicas de la homosexualidad.....	91
2.5.1.1. Antiguo Testamento	91
2.5.1.2. Nuevo Testamento.....	92
2.5.2. La tradición eclesial sobre la homosexualidad.....	93
2.5.2.1. Época patrística	94
2.5.2.2. Edad Media	95
2.5.2.3. Doctrina del magisterio eclesiástico reciente	97
a) Intervenciones de la Congregación para la Doctrina de la Fe.....	97
b) Otros “documentos Romanos”	101
c) Documentos Episcopales	104
2.6. Recapitulación y conclusiones	107
3. TRANSEXUALIDAD: ACEPCIONES Y PRECEDENTES HISTÓRICOS.....	112
3.1. Introducción	112
3.2. El tratamiento legal de la transexualidad en su perspectiva histórica.....	114
4. MINORÍAS SEXUALES EN ESPAÑA: DE LA EDAD MEDIA A LA ACTUALIDAD	121
4.1. Previo	121
4.2. Situación legal durante la Edad Media.....	121
4.3. La época de la Reconquista.....	122
4.4. Codificación	124
4.5. Homosexualidad y transexualidad: precedentes de su tratamiento legal hasta el franquismo.....	126
4.6. El reconocimiento de derechos de las minorías sexuales a partir de la Constitución Española de 1978.....	130
4.7. Constitución de 1978 y modificaciones legislativas sustanciales en materia de orientación sexual y transexualidad	131
4.7.1. Ámbito penal	133
4.7. 2. Ámbito civil.....	137
5. EL MOVIMIENTO ASOCIATIVO Y REIVINDICATIVO DE LAS MINORÍAS SEXUALES	145

5.1. Los inicios del movimiento asociativo reivindicativo de las minorías sexuales	146
5.2. El movimiento asociativo transexual en España durante el periodo de la transición.....	148
CAPÍTULO SEGUNDO: EL PRINCIPIO DE LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD COMO FUNDAMENTO DE LAS OPCIONES SEXUALES.....	151
1. CUESTIONES PREVIAS	151
2. TERMINOLOGÍA.....	154
2.1. Sexo, género e identidad sexual.....	154
2.2. Transexualidad y transgenerismo.....	160
2.3. Recapitulación y conclusiones	170
3. EL PRINCIPIO DE LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD COMO FUNDAMENTO DE LA OPCIÓN TRANSEXUAL	171
3.1. Introducción	171
3.2. El artículo 10 de la Constitución española de 1978	173
3.3. El libre desarrollo de la personalidad como principio general del derecho .	180
3.4. Tribunal Constitucional y principio de libre desarrollo de la personalidad .	183
3.5. El libre desarrollo de la personalidad: concepto, contenido, alcance y límites	185
3.5.1. Derecho a la dignidad humana	201
3.5.2. Derecho a la vida (art. 15 de la Constitución Española) y a la protección de la salud (art. 43 de la Constitución Española)	203
3.5.3. Derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen (art. 18 de la Constitución Española).....	203
3.5.4. Recapitulación y conclusiones	209
3.6. Derecho a la identidad sexual	210
3.7. Derecho a la identidad de género	213
3.8. Matrimonio entre personas del mismo sexo.....	216
3.9. Recapitulación y conclusiones	221
4. LEY 3/2007, DE 15 DE MARZO, DE MODIFICACIÓN REGISTRAL DEL SEXO DE LA PERSONA	222
4.1. Antecedentes normativos	224
4.2. Los principios inspiradores de la Ley 3/2007, de 22 de marzo.....	226
4.3. Aspectos técnicos de la Ley	228

4.3.1. Legitimación.....	231
4.3.2. Procedimiento.....	233
4.3.3. Requisitos	238
4.3.4. Concepto de disforia de género	241
4.3.5. Tratamiento médico.....	244
4.3.6. La no exigencia de cirugía de reasignación sexual	247
4.3.7. La irreversibilidad en el proceso de acomodación a las características físicas del sexo reclamado	248
4.3.8. Dimensión del valor de lo afectivo-sexual, cambio de sexo y límites .	250
4.3.9. Efectos	250
4.3.10. Recapitulación y conclusiones	254
5. LEYES AUTONÓMICAS	257
5.1. Comunidad Foral de Navarra	257
5.2. Comunidad Autónoma del País Vasco.....	262
5.3. Comunidad Autónoma de Galicia.....	263
5.4. Comunidad Autónoma de Andalucía.....	266
5.5. Comunidad Autónoma de Cataluña	268
6. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL	269
6.1. La primera etapa: prohibición del <i>ius connubii</i> y exigencia de cirugía de reasignación sexual completa.....	270
6.2. La segunda etapa: aportación de la doctrina del TEDH.....	276
6.3. La tercera fase: entrada en vigor de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, de modificación registral del sexo de la persona	281
6.4. Recapitulación y conclusiones	285
CAPÍTULO TERCERO: EL DERECHO A LA IDENTIDAD SEXUAL DE LOS TRANSEXUALES Y OTRAS OPCIONES LEGALES EN EL DERECHO COMPARADO.....	291
1. INTRODUCCIÓN	291
2. ORGANISMOS INTERNACIONALES Y TRANSEXUALIDAD	292
2.1. Organizaciones Internacionales generales	294
2.1.1. Organización de Naciones Unidas	295
2.1.2. Organización Internacional del Trabajo	299
2.1.3. Organización Mundial de la Salud	302
2.2. Organizaciones Internacionales regionales	303

2.2.1. Discriminación por causas de orientación sexual e identidad de género en la Unión Europea.....	303
2.2.2. Consejo de Europa.....	308
2.2.3. Organización de Estados Americanos	312
2.2.4. Mercado Común del Sur.....	314
2.3. Otros Pronunciamientos	316
2.3.1 Declaración Universal sobre los Derechos Sexuales	316
2.3.2. Declaración de Montreal	318
2.3.3. Los Principios de Yogyakarta	322
3. LA TRANSEXUALIDAD SEGÚN LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL	334
3.1. Tribunal Europeo de Derechos Humanos	336
3.1.1. El caso VAN OOSTERWIJCK contra Bélgica.....	336
3.1.2. El caso REES contra Reino Unido	338
3.1.3. El caso COSSEY contra Reino Unido	340
3.1.4. El caso B contra Francia.....	342
3.1.5. El caso X, Y y Z contra Reino Unido.....	348
3.1.6. El caso SHEFFIELD y HORSHAM contra Reino Unido.....	351
3.1.7. El caso I contra Reino Unido	356
3.1.8. El caso GOODWIN contra Reino Unido	357
3.1.9. El caso GRANT contra Reino Unido	359
3.1.10. Reflexión sobre la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	361
3.2. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea.....	369
4. SITUACIÓN LEGISLATIVA DE LA TRANSEXUALIDAD EN LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS EUROPEOS Y OTROS PAÍSES.....	373
4.1. Derecho Material.....	374
4.1.1. Suecia	374
4.1.2. Alemania	375
4.1.3. Italia.....	379
4.1.4. Reino Unido	383
4.1.5. Francia	386
4.1.6. Otros países	389
4.2. Derecho Internacional Privado.....	393

4.2.1. Alemania	394
4.2.2. Italia.....	394
4.2.3. Francia	395
4.2.4. España	396
5. CRISIS DE LA DUALIDAD DE SEXOS	404
5.1. Identidad e identificación	406
5.1.1. Aspectos del derecho a la identidad	407
5.1.2. El proceso de identificación	409
5.2. Derecho a la identidad sexual: género asignado y género autopercebido	410
5.3. ¿Crisis del planteamiento dualista?.....	413
5.3.1. Implicaciones de la posible superación del dualismo sexual	417
5.3.2. Casos de opciones de identidad sexual por la vía del tercer género (no sexo)	422
5.3.2.1. Alemania	424
a) Fundamentos jurídicos	425
b) Informe del Consejo Alemán de ética.....	427
c) Síntesis	429
5.3.2.2. Australia	431
5.3.2.3. Francia.....	435
5.4. Recapitulación y propuestas para un replanteamiento de la cuestión	437
6. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES	440
CONCLUSIONES FINALES	447
BIBLIOGRAFÍA	453
JURISPRUDENCIA.....	475

ABREVIATURAS

AADDHH	Altas Autoridades en Derechos Humanos del Mercosur y Estados Asociados
ABIA	Asociación Brasileña Interdisciplinaria de SIDA
a.C.	Antes de Cristo
AC	Aranzadi Civil
ACLU	American Civil Liberties Union (Unión Americana de Libertades Civiles)
AEDIPr.	Anuario Español de Derecho Internacional Privado
AGHOIS	Agrupación Homosexual para la Igualdad Sexual
AIGA	Asociación de Identidad de Género de Andalucía
Am	Amós
Ap	Apocalipsis
AP	Audiencia Provincial
APA	Asociación de Psiquiatras Americanos
Apart.	Apartado
Art.	Artículo
Arts.	Artículos
ATE	Asociación Transexual Española
BBC	British Broadcasting Corporation
BOE	Boletín Oficial del Estado
BOJA	Boletín Oficial de la Junta de Andalucía
BON	Boletín Oficial de Navarra
BOPV	Boletín Oficial del País Vasco
C.	Canon
c.	contra
Cap.	Capítulo
Cc	Código Civil
CDCC	Compilació de Dret civil de Catalunya
CDF	Congregación para la Doctrina de la Fe
CDFUE	Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CE	Constitución Española

CE	Comunidad Europea
CECA	Comunidad Europea del Carbón y del Acero
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CEE	Comunidad Económica Europea
CFLM	Colectivo de Feministas Lesbianas de Madrid
Cfr.	Cónfer
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CHE	Comite for Homosexual Equality
CIC	Codex Iuris Canonici
CIE	Clasificación Internacional de Enfermedades
CIEC	Comisión Internacional del Estado Civil
CIM	Classificació Internacional de Malalties
Cit.	Citada
COFLHEE	Coordinadora de Organizaciones y Fuentes de Liberación Homosexual del Estado Español
COMECE	Comisión de Episcopados de la Comunidad Europea
Coord.	Coordinador
CSIC	Consejo Superior de Investigaciones Científicas
CTC	Colectivo de Transexuales de Catalunya Pro Derechos
DD	Disposición Derogatoria
Decr.	Decreto
DF	Disposición Final
DFAT	Departamento de Asuntos Exteriores y Comercio
DGIP	Dirección General de Instituciones Penitenciarias
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
DIG	Digesto
DIPr.	Derecho Internacional Privado
Dir.	Directora
DNI	Documento Nacional de Identidad
DOGC	Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya
DOMA	Defense of Marriage Act (Ley en Defensa del Matrimonio en EE.UU.)
Dr.	Doctor
DSM	Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders

Dub.	Dublado
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
Eclo	Eclesiástico
Ed.	Edición
E.D.H.	(Corte) Europea de Derechos Humanos
EDJ	El Derecho Jurisprudencia
EDL	El Derecho Law
EE.UU.	Estados Unidos
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Ley de introducción al Código civil)
EHGAM	Euskal Herriko Gay Askapen Mugimendua
Etc.	Etcétera
EUROTAM	Comunidad Europea de la energía atómica
Ex.	Éxodo
Ez	Ezequiel
FAGC	Front d'Alliberament Gai de Catalunya
FAT	Federación de Asociaciones de Transexuales del Estado Español
FELGT	Federación Estatal de Lesbianas, Gais, Transexuales y Bisexuales
FJ	Fundamento jurídico
FLHOC	Frente de Liberación Homosexual de Castilla
GAA	Gay Activist Alliance (alianza activista gay)
GLF	Gay Liberation Front (frente de liberación gay)
Gn	Génesis
GRA	Gender Recognition Act (Acto de reconocimiento de género)
HaM	Hombre a mujer
HBIGDA	The Harry Benjamin International Gender Dysphoria Association (La Asociación de Disforia de Género Harry Benjamin)
ICD (o ICE)	International Classification of Diseases (Clasificación Internacional de Enfermedades)
ILGA	Asociación Internacional de lesbianas y gays
Is	Isaías
JPI	Juzgado de primera instancia
Jr	Jeremías
JUR	Jurisprudencia

Lc	Lucas
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LGTB	Lesbiana Gays Transexuales Bisexuales
LGTBI	Lesbianas Gays Transexuales Bisexuales Intersexuales
Lib.	Libro
LO	Ley Orgánica
Loc. Cit.	Loco citado
LOLR	Ley Orgánica de Libertad Religiosa
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LRC	Ley del Registro Civil
LRR	Ley 3/2007, de 15 de marzo, de modificación registral del sexo
Lv	Levítico
MaH	Mujer a hombre
MELH	Movimiento Español de Liberación Homosexual
MERCOSUR	Mercado Común del Sur
Mr.	Míster
Ms.	Miss
Mt	Mateo
N.	Número
Nº	Número
Núm.	Número
Núms.	Números
Ob.	Obra
OCI	Organización de la Conferencia Islámica
OEA	Organización de Estados Americanos
OII	Organización Internacional Intersexual
OIT	Organización Internacional del Trabajador
OMS	Organización Mundial de la Salud
ONU	Organización de Naciones Unidas
Pág.	Página
Págs.	Páginas
Pfo.	Párrafo
P. ej.	Por ejemplo
Pr.	Principio o Proemio

Praec.	Pró-Reitoria de Assuntos Estudantis e Comunitários
PY	Principios de Yogyakarta
RAADDHH	Reunión de Altas Autoridades de Derechos Humanos y Cancillerías del Mercosur y Estados Asociados
RAE	Real Academia de la Lengua Española
RD	Real Decreto
RDGRN	Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado
Reimpr.	Reimpresión
Rm	Romanos
RIE	Revista de Instituciones Europeas
RJ	Repertorio jurisprudencial
RRC	Reglamento del Registro Civil
RTC	Resolución del Tribunal Constitucional
S.	Siglo
S.A.	Sociedad Anónima
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SAS	Servicio Andaluz de Salud
SEEN	Sociedad Española de Endocrinología y Nutrición
SIDA	Síndrome de inmunodeficiencia adquirida
S.L.	Sociedad Limitada
Ss.	Siguientes
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
T.	Tomo
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TJCE	Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
Tm	Timoteo
TS	Tribunal Supremo

UE	Unión Europea
UK	United Kingdom (Reino Unido)
URJC	Universidad Rey Juan Carlos
V.	Versículo
Vid.	Véase
VIH	Virus de la inmunodeficiencia humana
Vol.	Volumen
Vs.	Versus
WAS	World Association for Sexual Health (Asociación Mundial de Sexología)

INTRODUCCIÓN

El objetivo de la presente tesis doctoral es explorar el alcance del derecho al libre desarrollo de la personalidad, en relación con la dimensión sexual del ser humano. Hasta el momento dicho alcance comprende, ampliamente, aspectos tan importantes como los relativos a la libertad sexual, la orientación sexual de la persona, el reconocimiento y legitimación de la convivencia y del matrimonio cualquiera que sea el sexo de los convivientes, o el derecho subjetivo a la transexualidad y el consiguiente cambio legal de sexo, pero no resulta irracional pensar en alcanzar otros hitos, muy especialmente el que se refiere a una hipotética superación jurídica del dualismo sexual. Se detectan, en efecto, en la sociedad de hoy, iniciativas personales o de grupos que, bien por razones sociológicas bien, y fundamentalmente, ideológicas y psicológicas, tienden, para su caso en particular, a la no identificación del individuo en ninguno de los sexos, varón o mujer, convirtiéndose con frecuencia dicha actitud en una auténtica reivindicación.

No hará falta insistir en que, cuando hablamos de la posible superación jurídica del dualismo sexual, no pretendemos hacer tabla rasa de esta diferenciación, material y jurídica, tan necesaria por diversos motivos, sino únicamente dar cabida, es decir, reconocimiento y cobertura legal, a las situaciones minoritarias pero reales en que la persona, por una u otra razón, no se identifica con ninguno de los dos sexos.

Esta clase de reivindicaciones no nacen de la nada y se inscriben en un largo proceso de conquista de las libertades. Por esta razón, es preciso insertarlas en un proceso histórico, largo y complejo, en el que el dualismo sexual ha jugado un papel fundamental, aunque desdibujándose progresivamente en alguno de sus aspectos. A partir de dicha perspectiva histórica, que denota la lucha por la conquista de las libertades individuales, en dura pugna no sólo con el poder político sino también con el de la moral tradicional y en de las creencias religiosas –que han jugado un papel importante que deberá igualmente examinarse–, se trata de indagar en las posibilidades, implicaciones y límites de aquellas opciones que reniegan de la obligatoria pertenencia a un sexo determinado, debidas muchas veces a los roles que llevan implícitos, y que se pretenden superar por otras vías, principalmente, el de la negativa a una asignación sexual.

La orientación sexual y el ejercicio de la sexualidad constituyen hechos esencialmente privados, en que ni el Estado ni los terceros pueden entrar, salvo por razones excepcionales y aun así incidentalmente; pero lo cierto es que ni la libertad sexual, ni el principio de igualdad, al menos en su alcance jurídico actual, ni el respecto a la orientación sexual de cada uno, y ni siquiera la posibilidad de cambio legal de sexo –en la medida que se encuentra circunscrita en el dualismo entre hombre y mujer–, colman, en materia sexual, la posible proyección del principio de libre desarrollo de la personalidad, recogido en la Constitución Española y en distintas Declaraciones de Derechos Humanos y cuyo único límite ha de ser el respeto a los derechos de los demás y el orden público, seguridad jurídica inclusive. La clave está, pues, en determinar si es factible hallar fórmulas de equilibrio entre el proceso del libre desarrollo de la personalidad en esta cuestión y los posibles límites a los que acabamos de aludir.

No se piense que nuestra investigación consiste en una mera elucubración sobre simples bases especulativas, antes bien, y como se ha apuntado, tenemos detectados en el panorama internacional, diversas manifestaciones y organizaciones sociales que parten fáctica o ideológicamente de la idea de la no necesaria adscripción a una identidad sexual, al menos en el sentido tradicional y dualista al que nos venimos refiriendo.

Además de esto, comienzan a aparecer en el panorama internacional los primeros síntomas de que esta realidad social –minoritaria, pero real y objetivable–, busca su lugar en las estructuras jurídicas. En este sentido, es preciso recordar que en el año 2010 tuvo resonancia mediática el caso de NORRIE MAY-WELBY, primera persona de la que tengamos constancia que legalmente fue reconocida como persona sin sexo determinado, nacido varón, y que a los 28 años decidió convertirse en mujer, sin sentirse satisfecho, tampoco, con dicha identidad. Finalmente, las autoridades australianas le dieron una nueva identificación, en la que se especifica que su sexo es “neutro”. Dicha circunstancia es debido a que en 2013, Australia aprobó la "Ley de Discriminación Sexual, Orientación Sexual, Identidad de Género e Intersexualidad", que autoriza inscribir una persona como del sexo “X”. Y, desde 2014, dicha autorización se ha ampliado a las partidas de nacimiento. También, en 2012, una ley alemana permite a los padres registrar a un recién nacido intersexual como del sexo “X”, o dejar la casilla del sexo en blanco, reconociendo con ello, implícitamente, un “tercer género”. Y, desde 2015, en Nepal se expiden pasaportes para personas

transexuales en dónde el apartado que corresponde al sexo es rellenado por una “O” (de Otro).

Todavía es prematuro decantarse por la definición y denominación legal de tales supuestos, aunque como medida de cautela, y suponiendo que haya de admitirse y reconocerse legalmente que no toda identidad sexual ha de reconducirse a varón o mujer, somos partidarios, en principio, de conformarnos con una acepción negativa, es decir, personas no pertenecientes a ninguna de las categorías del planteamiento dualista varón o mujer. Con ello es posible incluir todas las hipótesis posibles, tanto las que se reivindican como un sexo alternativo (“tercer sexo”, “sexo neutro”), como aquellas otras que reivindican el derecho a la no asignación sexual.

Somos conscientes de que nuestra investigación requiere un tratamiento pluridisciplinar, en el que intervienen ciencias aquí auxiliares como la antropología, la sociología, la psicología o la ética, entre otras. Pero se trata de una investigación esencialmente jurídica, que trata de proyectar, con todas las consecuencias legalmente posibles, el derecho del libre desarrollo de la personalidad y el respeto a la dignidad humana. Contra lo que pudiera parecer a primer vista, el paso más importante ya se ha dado en España con la aprobación de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas (y en alguno otros países, como hemos explicado). En efecto, desde el momento en que el legislador (previa una importante evolución jurisprudencial) admite que los elementos psicológicos y decisorios de la persona (acreditados con las debidas garantías) prevalece sobre el sexo morfológico o incluso cromosómico, en orden a justificar el cambio legal de sexo –sin tan sólo requerir una transformación morfológica del individuo–, se ha puesto la base para que dicha preeminencia de lo subjetivo haya de poder admitirse también cuando el libre desarrollo de la personalidad empuje, al individuo, en su caso, a la no aceptación de ninguno de los sexos *tradicionales*.

En lo que se refiere a la estructura del trabajo, éste se ha dividido en tres capítulos. En el primer capítulo se encuentran los elementos históricos y evolutivos en la concepción de la sexualidad humana que van desde la Época antigua hasta nuestros días. En esta revisión histórica, prestamos especial atención a algunos temas capitales como son la influencia del cristianismo, los precedentes en el tratamiento de la transexualidad, la

situación de las minorías sexuales especialmente en España a partir de la Edad Media, la sexualidad en la Europa preindustrial y el movimiento asociativo y reivindicativo de las minorías sexuales.

El capítulo segundo aborda el principio de libre desarrollo de la personalidad como fundamento de las opciones sexuales. En un primer apartado terminológico nos aproximamos a las definiciones de sexo, género, identidad sexual, transexualidad y transgenerismo, entre otros. Acto seguido, examinamos el principio de libre desarrollo de la personalidad como fundamento de la opción transexual, haciendo especial hincapié en el artículo 10 de la Constitución Española, a su concepto, a su contenido, a su alcance y a sus límites; y tratamos distintas cuestiones relativas al derecho a la dignidad humana, a la vida y a la protección a la salud, al honor, a la intimidad y a la propia imagen, a la identidad sexual, a la identidad de género y al matrimonio entre personas del mismo sexo. En el siguiente apartado analizamos la Ley 3/2007, de 15 de marzo, de modificación registral del sexo de la persona, para, a continuación, valorar distintas leyes autonómicas sobre el reconocimiento de los derechos de las minorías sexuales. Por último, nos detenemos en el estudio de la evolución jurisprudencial sobre el reconocimiento de los derechos de los transexuales en España.

En el capítulo tercero, dedicado al derecho a la identidad sexual de los transexuales y otras opciones legales en el derecho comparado, pasamos revista a la postura de los Organismos Internacionales sobre la transexualidad. Acto seguido repasamos la postura de la jurisprudencia internacional sobre la materia, tanto desde la perspectiva del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. También nos detenemos en la situación legislativa de la transexualidad en los principales ordenamientos jurídicos europeos para, finalmente, tratar en el último apartado lo que consideramos la “crisis de la dualidad de sexos”.

Para la realización del presente trabajo hemos utilizado distintas fuentes de información. Concretamente, hemos examinado abundante bibliografía de distintos autores, sea a través de libros, monografías, obras colectivas, artículos o estudios jurídicos. También hemos analizado bases de datos legales y jurisprudenciales, tanto en el ámbito nacional como comparado. Asimismo, nos hemos entrevistado con distintas asociaciones y personas expertas que nos han apartado su punto de vista sobre la cuestión. Y, por

último, hemos tenido en cuenta la información de diferentes medios de comunicación, que de una forma u otra, recientemente, han dado a conocer supuestos de hecho relacionados con la identidad sexual y el libre desarrollo de la personalidad.

CAPÍTULO PRIMERO: ELEMENTOS HISTÓRICOS Y EVOLUTIVOS EN LA CONCEPCIÓN DE LA SEXUALIDAD HUAMANA

1. REFERENTES DE LA PERSPECTIVA HISTÓRICA DE LA SEXUALIDAD

1.1. Cuestiones preliminares

El presente capítulo está dedicado a comprender mejor las orientaciones actuales, en el ámbito jurídico, en materia de sexualidad. Este estudio, aunque no exhaustivo, de acercamiento a los comportamientos y conductas asociadas al sexo de la persona en el transcurso de la historia hasta alcanzar nuestros días nos ayudará a comprender los cambios más importantes que se han producido hasta ahora.

La evolución de la sexualidad puede estudiarse desde distintas ciencias sociales, como son la historia, la antropología, la sociología, la jurídica. Todas estas ciencias a la hora de definir la sexualidad comparten dificultades comunes como son los problemas conceptuales o que las fuentes de información en la mayor parte de estudios recurren a fuentes eclesiásticas, literarias o ideológicas, no siempre lo bastante objetivas.

Además, en la literatura histórica sobre la materia, hay que distinguir entre la que responde a una concepción tradicional de la sexualidad, vigente hasta bien entrado el siglo XIX, de aquella otra que ha abierto las puertas a una visión mucho más personalista. En la primera prevalecen criterios conservadores, de moral católica y burguesa, que sólo legitiman el ejercicio de la sexualidad a través del matrimonio y con finalidades procreativas, dentro de una idea un tanto utilitarista, ligada también a los intereses económicos. En la segunda, en cambio, va adquiriendo mayor protagonismo el valor de la afectividad, que poco a poco se va emancipando de la procreación como finalidad necesaria, en la que el matrimonio se presenta como un posible cauce para el ejercicio de la sexualidad, pero no el único y en la que acaban quebrando determinados presupuestos que venían considerándose inamovibles, como el de la heterosexualidad.

A la hora de estudiar la sexualidad hay que tener en cuenta que cada sociedad la regula en función de las relaciones y la organización social de la época en concreto. Por tanto, entendemos que dicha regulación es el resultado de las normas culturales.

A todo ello hay que añadir, que la crisis de los presupuestos tradicionales afecta incluso a la identidad sexual, porque los dos sexos, hombre y mujer, reconocidos legalmente con fundamento en la distinción común de la naturaleza, son insuficientes para ciertas minorías que, por razones biológicas, sociológicas, psicológicas o ideológicas se resisten a ser encasilladas en uno de ellos, dando lugar, por parte de algunos, a una reivindicación incluso jurídica en este sentido. En definitiva, el dualismo sexual parte de razones biológicas innegables y es una diferenciación que incluso a efectos jurídicos mantiene todo su interés. Pero ello no significa que haya que cerrar las puertas a otras realidades, por minoritarias que sean, a fin de que todo ser humano tenga reconocidos sus derechos personales, con absoluta independencia no sólo de su orientación, sino incluso de su identidad sexual y de su sentimiento de pertenencia o no a una identidad determinada.

En todo caso, en este primer capítulo, se aludirá, entre otras cosas, a aquellos movimientos o manifestaciones que nos han parecido más representativos de la crisis de los valores convencionales sobre sexualidad y matrimonio, lo cual, es tanto como decir, que deberemos prestar especial atención a los movimientos minoritarios, o que comenzaron siendo minoritarios, como las reivindicaciones del feminismo, de la libertad sexual de homosexuales y heterosexuales, y, en general, de aquellos grupos que por alguna razón veían injustamente cercenados sus derechos sexuales por no adecuarse a los modelos tradicionales.

Respecto a los sujetos pertenecientes a grupos minoritarios, la mayoría de los datos históricos hacen referencia a la homosexualidad masculina. También existen otros datos históricos acerca de la transexualidad, y en la antigüedad es bien conocido el fenómeno del hermafroditismo. La persecución de tales comportamientos ha dependido de la ideología política, de la influencia religiosa y de las estructuras sociales dominantes en cada momento. La existencia de personas homosexuales y transexuales es una constante universal, cuya existencia está documentada en las grandes civilizaciones de Egipto, Grecia y Roma, en las cuales las relaciones homosexuales estaban toleradas, y no eran castigadas¹.

¹ GARCÍA VALDÉS, Alberto, *Historia y presente de la homosexualidad*, Akal, Madrid, 1981, pág.15.

También encontramos referencias a la homosexualidad femenina en algunos documentos de Mesopotamia, China, y en algunas comunidades antiguas de Albania, Yugoslavia e Italia².

Por su parte, se ha constatado que la transexualidad está presente en numerosas culturas. En este sentido, BATALLER i PERELLÓ³, señala, que se practicaba una amputación de genitales, por medios, que no por traumáticos, eran menos aceptados por las personas que a ellos recurrían, permitiendo corroborar con nitidez, si necesario fuere, la intensidad de la voluntad transexual. En la India, los *hijras* siguen existiendo hoy día y están tradicionalmente socializadas y protegidas, aunque sea en condiciones de marginalidad⁴. Emasculadas sin anestesia y con un cuchillo, su convalecencia es cuestión de vida o muerte, expuestas a cualquier infección y a dolores⁵. Estas personas

² Hay indicios de homosexualidad femenina en el Código de Hammurabi (1770 a.C), en el cual aparece una figura denominada *Salzikrum*, que caracteriza a una mujer-hombre que podía tener uno o varios esposos y derechos exclusivos de herencia, término que al parecer significa hija-varón. Además, en las zonas montañosas de Cabiria existía una sociedad aborígen compuesta únicamente por mujeres a las que se llamaba *Sbraie*. En China también se describen relaciones entre mujeres que interaccionaban entre sí como marido y mujer, situación a la que se hacía referencia con el término *dui shi*. También en América Latina se tiene constancia de la existencia de mujeres lesbianas en comunidades aborígenes a finales del siglo XVI; por ejemplo, las mujeres conocidas como *cacoimbegaira* pertenecientes a la tribu de los Tupinamba, que ejercían oficios de hombre, iban a la guerra y se relacionaban con otras mujeres y que adoptaban el rol de esposa. De estos datos históricos se hace una descripción en la página web www.lesbianas.tv, también se refiere WACKE, Andreas, “Del hermafroditismo a la transexualidad”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 43, núm. 3, 1990, págs. 699 y ss.

³ BATALLER i PERELLÓ, Vicent, *Historia natural de la transexualidad*, en www.felgt.org, 2000, pág. 1.

⁴ Los *hijras*, comunidades de eunucos, travestidos y andróginos en el continente indostánico, y que incluye India, Pakistán y Bangladesh, son una subcasta en la India, por debajo de los “intocables” y una comunidad marginada en Pakistán y Bangladesh, en los que la tradición musulmana no contempla el sistema de castas.

⁵ El *hijra*, durante los días previos a la amputación, es adormecido con un narcótico. Solo el propio interesado, junto al “dai ma”, encargado de la amputación y su ayudante, están presentes. El “dai ma” es considerado como una especie de partera, toda vez que la emasculación del *hijra* le permitirá acceder a una nueva vida. Desnudo, y tras un baño, se sentará sobre un taburete siendo sujetado por el ayudante que le ofrecerá, como único anestésico para el sufrimiento, sus propios cabellos entre los dientes. La imagen de la diosa BAUCHARA MATA es la última que se le presentará antes de su emasculación. Mientras que el “dai ma” prepara su cuchillo, repite obsesivamente “Mata, Mata, Mata”, entrando en una especie de trance en la que probablemente la propia adrenalina le hace inmune al dolor. En una ceremonia realizada

viven en pequeñas comunidades casi conventuales dedicadas a la diosa BACHUHARA MATA⁶, bajo la custodia de una de ellas de mayor edad, y se ganan la vida en el servicio doméstico o la prostitución y con sus ingresos rituales, ya que se considera que transmiten fortuna a los casados o a los recién nacidos, por lo que son invitadas a las celebraciones matrimoniales y nacimientos. Por la calle caminan entre el respeto general, acercándose continuamente los viandantes a pedirles una imposición de manos o la bendición, pues, se considera que el contacto con ellas es susceptible de aportar buena suerte. Son los *hijras*⁷, una comunidad de transexuales, eunucos y andróginos, que no es la única en la India, pero que sí es la más extrema en sus exigencias. Junto a los *Aravani*, la secta más numerosa y los *jogappa* (masculinos) y las *devadasis* (mujeres), practicantes estos últimos de la prostitución sagrada, constituyen la triada de eunucos y transexuales más importantes de la India⁸.

Los *hijras* están agrupados en pequeñas comunidades y viven en grupos de cinco a quince individuos, todos aportan un estipendio al mantenimiento de estas comunidades llamadas “foyers”. Varias de estas foyers dependen de una casa madre y todas estas, a su vez, de cada una de las siete casas santas que hay en la India, sitas en otras tantas ciudades del país. Al frente de cada una de estas casas santas, está un “kayak”, una especie de santón que suele ser “el más viejo, el más sabio y el más honrado”. El cargo

de madrugada, con el fin de favorecer los buenos auspicios; los testículos y el pene son seccionados con un rápido corte. Después de esto se le deja sangrar todo lo que sea preciso porque la hemorragia es considerada un depurativo, una forma de expulsar el veneno de la masculinidad al exterior. Los momentos posteriores a la amputación son críticos, se juega su supervivencia. Ese momento es considerado como una lucha de aguante entre la diosa que le permitirá sobrevivir: BAUCHARA MATA y su hermano mayor; CHAMUNDESWARI, que le hará perecer. Lo peor viene después, la infección, y para evitarla el sujeto debe sufrir aun las quemaduras del aceite que se vierten sobre la zona con el fin de prevenirla. Es una herida abierta que no se cose. Los siguientes días no dan tregua alguna porque durante los tres días siguientes no puede tomar líquido de ningún tipo ya que el dolor de la orina se haría insostenible, aunque se le haya provisto de una tubo que comunique la uretra con el exterior. Durante los dos meses posteriores cada una de las micciones que realice serán extremadamente dolorosas. Vid. <http://www.lacasamundo.com/2013/09/los-eunucos-de-la-india-hijras-el.html>. Consultado el 28.12.2013.

⁶ Es una mujer atrapada en el cuerpo de un hombre. Esta Diosa según las creencias hindús, posee los dos sexos y en la actualidad es la protectora de los *hijras*. Vid. BATALLER i PERELLÓ, Vicent, *Historia natural de la transexualidad...* cit., págs. 1 y ss.

⁷ *Hijras* o *Kinnar*, como prefieren denominarse ellos mismos debido al carácter despectivo del primero.

⁸ <http://www.lacasamundo.com/2013/09/los-eunucos-de-la-india-hijras-el.html>. Consultado el 01.11.2013.

es vitalicio y una vez muerto, le sucede otro *hijra* que tenga las mismas virtudes que el fallecido. Como brazo ejecutor del kayak está el guru que se encarga de la administración y ejecución de las normas, y también dirime los conflictos entre los miembros de la comunidad *hijra*⁹.

Todo *hijra* debe estar adscrito a alguna de estas comunidades. Aunque numerosos de sus miembros se dedican a la prostitución, sobre todo en el sur, desprecian la prostitución. No se ven pues como homosexuales aunque probablemente muchos de ellos lo son. Grupalmente se identifican por su travestismo femenino: ropas, maquillaje, gestos femeninos, entre otros. Todo lo cual es imprescindible para formar parte de la comunidad. Otro elemento, que sí que los hace únicos, es la castración voluntaria a la que muchos se someten. De hecho la notoriedad dentro de la comunidad sólo se puede alcanzar tras la emasculación, y las presiones para la mutilación genital dentro del colectivo son muchas¹⁰.

El proceso de castración se realiza en la actualidad con dudosos procedimientos quirúrgicos y con alto riesgo para la salud e integridad física de la persona en cuestión. Los *hijras* no son, ni mucho menos, los únicos colectivos que han accedido a la mutilación sexual. En el siglo XVIII, por ejemplo, apareció en Rusia un grupo de fanáticos religiosos, los *Skoptsy*¹¹, que fomentaban entre sus devotos, tanto hombres como mujeres, la amputación de sus atributos sexuales.

⁹ BATALLER i PERELLÓ, Vicent, *Historia natural de la transexualidad...* cit., págs. 1 y ss.

¹⁰ *Ibídem*, págs. 2 y ss.

¹¹ *Skoptsy* es un plural de “skopets”, una palabra arcaica que significa “castrado uno” en el idioma ruso. La característica principal de la secta era la castración. Ellos creían que después de la expulsión del Jardín del Edén, ADÁN y EVA tuvieron las mitades de la fruta prohibida injertado en sus cuerpos que forman los testículos y los senos. Por lo tanto, la eliminación de estos órganos sexuales restauró la *skoptsy* al estado original antes del pecado original. El *skoptsy* sostuvo que estaban cumpliendo con la palabra de Dios en MATEO 19:12 (*Hay hombres que no pueden casarse porque nacieron sin poder tener hijos. Otros no se pueden casar porque otras personas han hecho que ellos no puedan tener hijos. Finalmente hay hombres que deciden no casarse para dedicarse al reino de Dios. El que sea capaz de aceptar esta enseñanza, que la acepte*) y 18:8-9 (*Si tu mano o tu pie te hace pecar, córtatelo y arrójalo. Más te vale entrar en la vida manco o cojo que ser arrojado al fuego eterno con tus dos manos y tus dos pies. Y si tu ojo te hace pecar, sácatelo y arrójalo. Más te vale entrar tuerto en la vida que con dos ojos ser arrojado al fuego del infierno*).

Había dos tipos de castración masculina: el “menor” y la “mayor”. Para los hombres, la “menor” fue la eliminación de sólo los testículos, mientras que la “mayor” castración era la eliminación del pene. Las castraciones eran practicadas con herramientas primitivas, tales como un cuchillo de afeitar sin necesidad de utilizar ningún tipo de anestesia.

En cuanto a la castración femenina a la mujer se le amputaban los pechos, aunque otras versiones indican que los labios vaginales también se extirpaban, por lo que era una forma de circuncisión femenina.

El *skoptsy* fueron descubiertos por primera vez por las autoridades civiles rusas en 1771 en la región de Orel. Un campesino, ANDREI IVANOV, fue declarado culpable de haber persuadido a otros tres campesinos de castrarse a sí mismos. Su ayudante era otro campesino, de nombre KODRATII SELIVANOV. Este último escapó después de ser detenido y enviado a Siberia y se proclamó a sí mismo el Hijo de Dios encarnado en la persona del difunto PEDRO III de Rusia. PEDRO había sido popular entre los *Raskolniks* (disidentes de la Iglesia establecida en Rusia. Los *Raskolniks* representan en cierta forma en la Iglesia Rusa la antítesis del Protestantismo hacia la Iglesia Católica) porque les concedió la libertad de conciencia. SELIVANOV reclamó el título de “Dios de Dioses y Rey de Reyes”, y anunció la realización de la salvación de los creyentes a través de la castración. Durante dieciocho años vivió en San Petersburgo, en la casa de uno de sus discípulos. En 1797, fue detenido de nuevo por orden del zar PABLO I y encerrado en un manicomio. Bajo el mandato de ALEJANDRO I recuperó su libertad, pero en 1820, se encerró en un monasterio en Suzdal, donde murió en 1832.

La pertenencia a la secta *skoptsy* no se limitaba a la clase campesina. Nobles, militares y navales, funcionarios, sacerdotes y comerciantes se encontraban en sus filas, y contaba con tantos fieles que muchos llegaron incluso a ser deportados a Siberia entre 1847 y 1866, sin amenazar seriamente su existencia. Como medidas represivas las autoridades públicas los juzgaban adoptando medidas ridiculizadoras, como vestirlos con ropa de mujer y hacerles desfilar en medio de los pueblos.

El *skoptsy* no condenaba el matrimonio, incluso a algunos se les permitía tener un hijo. No deseaban el fin de la especie humana, pero sí apuntaban más bien a la perfección de la persona. Sus ceremonias religiosas incluían canto de himnos y bailes. Se celebraban las reuniones habitualmente a altas horas de la noche en los sótanos, y duraban hasta el amanecer. A estas los hombres solían vestir camisas anchas, largas y blancas de un corte peculiar y grandes pantalones blancos. Además, las mujeres vestían ropajes blancos. Todos los presentes llevaban medias blancas o iban descalzos. Se referían a sí mismo como “White doves” (palomas blancas).

En conclusión, el *skoptsy* eran una secta de la Rusia imperial. Conocidos por la práctica de la castración de los hombres y la mastectomía de las mujeres de acuerdo con sus enseñanzas contra la lujuria sexual. El movimiento se originó como una rama de la secta conocida como el “Pueblo de Dios” y fue observado por primera vez en el siglo XVIII. El *skoptsy* fueron perseguidos por el gobierno imperial y más tarde por la Unión Soviética, aunque disfrutó de números fieles antes de desaparecer por la mitad del siglo XX.

Vid. <http://centrodeartigos.com/articulos-revista-digital/contenido-revista-43395.html>. Consultado el 05.05.2015.

Otro ejemplo lo encontramos en el antiguo Mediterráneo, donde existían las galas, sacerdotisas transexualizadas de CIBELES, la Gran Madre de FRIGIA, que llegó a ser una de las diosas primeras del Imperio Romano¹².

A partir de estas y otras consideraciones, en este capítulo primero, estudiaremos la evolución de la concepción de la sexualidad con especial atención a los condicionantes que hayan podido influir en los cambios y tendencias de cada sociedad y momento histórico, hasta llegar a nuestros días. Y es que, en una época como la actual en la que las modificaciones normativas son constantes, no es posible explicar dónde estamos sin previamente entender de dónde venimos.

Para comenzar, analizaremos dicha evolución en la época antigua y, en concreto, en Grecia y Roma. Como tendremos ocasión de ver, en estas épocas era significativa la existencia de prostitución tanto femenina como masculina, y también las relaciones homosexuales, que eran habituales.

A continuación, nos referiremos a la Edad Media, un periodo caracterizado por la influencia que tenía en la sociedad de la época la mujer y los roles que asumía. Además, también explicaremos cómo incidió la doctrina cristiana y sus principios morales en esta fase histórica. Simultáneamente, otros elementos característicos de la Edad Media, y que también tendrán un papel importante, son la violencia marital, el incesto, la prostitución y la homosexualidad.

Seguidamente, nos detendremos a estudiar las características del matrimonio en la Europa preindustrial. Un período de la historia en que la doctrina eclesiástica consideraba que el matrimonio tenía como finalidad principal la procreación.

La Edad Moderna y Contemporánea también serán objeto de estudio ya que en estas épocas se producen cambios importantes en los conceptos sobre el matrimonio, la familia, la sexualidad y el amor. También, son unos periodos que se caracterizan por la

¹² GASTÓ FERRER, Cristóbal, “Transexualidad, Aspectos históricos y conceptuales”, *Cuadernos de medicina psicosomática y psiquiatría de enlace*, número 78, 2006, pág. 13.

influencia y surgimiento de nuevas corrientes filosóficas, a raíz del movimiento filosófico de la Ilustración y de la Revolución Francesa.

A partir del siglo XIX aparecerá una nueva práctica como es el travestismo, y será durante la segunda mitad del siglo XX cuando proliferarán movimientos que defenderán de manera plural y abierta los derechos de las minorías sexuales: lesbianas, gays, bisexuales y transexuales.

En el segundo apartado del este primero capítulo, abordaremos la influencia social que ha tenido la doctrina cristiana de la Iglesia en materia de sexualidad a lo largo de la historia. Un primer aspecto es la delimitación de los estrictos y exclusivos cauces en los que el ejercicio de la sexualidad no es pecado y, en este sentido, el cauce legítimo es el matrimonial. Un segundo punto de interés es la noción de celibato sacerdotal y su justificación social. Un tercer ámbito de estudio es el Concilio de Trento y sus disposiciones en materia matrimonial y, en especial, la doctrina de SIXTO V en contestación a una epístola del nuncio de España en la que prohíbe el matrimonio a los eunucos y espadones. Por último, estudiaremos el tratamiento de la homosexualidad por el cristianismo.

En el apartado tercero del presente capítulo nos referiremos con algún detenimiento al estudio de la reivindicación sexual de las minorías sexuales, en particular, la transexualidad y su historia, pues este es un aspecto primordial en la concepción de nuevos modelos de sexualidad. Así, analizaremos algunos antecedentes sobre dicho fenómeno, desde los griegos hasta los juristas romanos pasando por teorías filosóficas como la defendida por ARISTÓTELES. Y observaremos, que éste es un concepto de nuevo cuño, pues históricamente se empleaba el término hermafroditismo para definir dicha condición sexual. Ahora bien, la influencia de la medicina, el desarrollo de una nueva ciencia como la sexología y el predominio de algunos aspectos técnicos han ayudado a que lo que se consideraba hermafroditismo no se corresponde con lo que hoy en día definimos como transexualidad, como tendremos ocasión de explicar.

En un cuarto apartado, de este primer capítulo, abordaremos la situación de la homosexualidad y de la transexualidad en España en distintas épocas de la historia. En concreto, la Edad Media, la época de la Reconquista, que es un periodo que se

caracteriza por los numerosos textos jurídicos que regulan la homosexualidad y la etapa de la codificación que está mediatizada en España por los Códigos napoleónicos.

A continuación, y en el mismo apartado, estudiaremos la situación legal de las personas homosexuales y transexuales en las primeras décadas del siglo XX en España. Este es un periodo de la historia que resultó marcado por las importantes modificaciones del Código Penal que castigaban los homosexuales por el mero hecho de serlo. Estos castigos –con carácter represivo– no únicamente se reflejaron en los textos normativos que mencionaremos, sino que también era una tendencia que marcaba la propia jurisprudencia de la época, basada en una nada menospreciable posición opresora y de control social del Estado sobre los sujetos pertenecientes a las minorías sexuales.

Esta situación cambia con la entrada en vigor de la Constitución Española de 1978. Con la aprobación de la norma suprema del ordenamiento jurídico se reconocieron en España un conjunto de derechos (matrimonio con independencia del sexo de las personas, derecho a adoptar por parte de las parejas homosexuales, transexualidad, etc) para las minorías sexuales, tanto desde el ámbito penal como civil, derechos que emanaron de la propia normativa estatal sin perjuicio del papel que también han jugado los textos legales internacionales que se han ido incorporando al derecho español.

Finalmente, en un quinto apartado dentro de este primer capítulo nos referiremos brevemente al movimiento asociativo de las minorías sexuales en España y a su evolución desde su nacimiento hasta nuestros días.

1.2. Época antigua: Grecia y Roma

En este apartado dedicado a la época antigua, analizaremos la prostitución femenina, la prostitución masculina, y las relaciones homosexuales principalmente entre varones.

En la época antigua la prostitución es un fenómeno bastante común. No obstante, cuando nos referimos a la prostitución no tenemos que pensar únicamente en la que practicaban las mujeres sino que también existía la prostitución masculina. Asimismo, otra característica que analizaremos son las relaciones homosexuales, principalmente entre varones.

1.2.1. Grecia

La prostitución en la Grecia antigua es un hecho históricamente reconocido. Los varones griegos buscaban una solución sexual fuera de casa, con la exclusión de su mujer. En la Grecia clásica, era habitual que la mujer honrada permaneciese en casa sin salir, sin participar en la vida común. Su función quedaba reducido a ser una mera reproductora, un papel considerado con respeto, pero en el que el elemento de la afectividad era prácticamente inexistente. Por tanto, había una gran permisividad y tolerancia frente al placer extramatrimonial por lo que respecta a los hombres, no así con las mujeres¹³.

El legislador ateniense legalizó las prostitutas y la prostitución¹⁴. La mayoría de ellas eran consideradas esclavas. Se caracterizaban por tener un *status* en el que no podían ser consideradas ciudadanas, pero sí que podían ser extranjeras libres¹⁵.

Junto con la prostitución que se ejercía de forma habitual había un grupo especial de mujeres prostitutas formado por las que se conocían como “cortesanas”. Se trataba de mujeres cultas que podían ser concubinas y que incluso podían vivir en casa del cliente, conviviendo con la esposa legal y se las consideraba de la misma manera que a la mujer legal de éste. Por tanto, eran libres¹⁶.

Como hemos señalado anteriormente, en la época antigua no únicamente existía la prostitución femenina sino que también existía la prostitución masculina. Si la practicaba un hombre no libre, se consideraba como una profesión. Los chicos eran alquilados y pagaban sus impuestos. Algunos, pocos, eran eunucos. Los clientes acostumbraban a ser hombres, pero también había mujeres. Ahora bien, si un ciudadano se alquilaba, perdía el derecho a hablar en la asamblea y el padre podía renegar de él. El ciudadano que ofrecía sus servicios no podía ser un niño, ya que si éste era libre, el

¹³ PÉREZ ALMOGUERA, Arturo, “La sexualidad en el mundo antiguo. La prostitución en la Grecia clásica: entre Oriente y Occidente”, en *Sexualitat, Història i Antropologia* (Coord. ROIGÉ, Xavier), Universidad de Lleida, 1996, pág. 15.

¹⁴ En Atenas había un templo dedicado a AFRODITA PANDEMOS, patrona de las prostitutas.

¹⁵ PÉREZ ALMOGUERA, Arturo, “La sexualidad en el mundo antiguo...” cit., pág. 15.

¹⁶ *Ibidem*, pág. 22.

cliente cometía un delito que implicaba la pena de muerte; no pasaba lo mismo si el menor prostituido era esclavo o extranjero¹⁷.

Otro aspecto característico de la sociedad griega durante la época antigua eran las relaciones homosexuales. La conducta más conocida es la denominada *paiderastia*, que consiste en la relación que mantenía un maestro con su discípulo, relación que tenía unas características especiales, pues se establecía entre ambos un vínculo afectivo, de tipo espiritual, intelectual y pedagógico que, en ocasiones podía ser sexual, aunque con ciertas limitaciones. Pero la importancia de las relaciones homosexuales en la sociedad griega ha sido discutida por la doctrina¹⁸.

Es preciso señalar que en este periodo de la historia la homosexualidad femenina está menos documentada aunque existen algunas manifestaciones que constatan su existencia, como la obra poética de SAFO, poetisa de la isla de Lesbos, de donde provienen los términos safismo y lesbianismo para referirse a la homosexualidad femenina¹⁹.

1.2.2. Época Romana

¹⁷ *Ibíd*em, pág. 23.

¹⁸ Para algunos autores, el amor homosexual ocupaba un lugar preferente en la sociedad griega. Entre ellos cabe destacar a BOSWELL, John, *Cristianismo, tolerancia social y homosexualidad: los gays en Europa Occidental desde el comienzo de la era cristiana hasta el siglo XIV*, El Aleph, Barcelona, 1993, págs. 78 y ss. En cambio, para otros autores, tenía un carácter elitista, y era exaltado por los grandes filósofos griegos. Esta teoría es defendida por LICHT, Hans, *Vida sexual en la antigua Grecia*, Quatro Ediciones, Madrid, 1976, pág. 372. Para otros, era una situación aceptada por la sociedad griega, pero no constituía la norma habitual, en FINNIS, John, “Derecho, moral y orientación sexual”, en la *Revista Persona y Derecho*, número 41, 1999, págs. 591 y ss. Otros autores estiman que lo habitual era la existencia de bisexualidad en la sociedad griega, dado que los varones debían contraer matrimonio para salvaguardar la continuación de la estirpe, en CANTARELLA, Eva, *Según natura. La bisexualidad en el mundo antiguo*, Akal, Madrid, 1991, págs. 271 y ss.

¹⁹ MARTOS MONTIEL, Juan Francisco, “Desde Lesbos con amor: homosexualidad femenina en la antigüedad”, en *Orientaciones: Revista de Homosexualidad*, Ediciones Clásicas, S.A., Madrid, 2001, págs. 37 y ss.

También en el mundo antiguo romano existían indicios de homosexualidad, tanto masculina como femenina²⁰. Sin embargo, en la sociedad romana las prácticas homosexuales se limitaban a que el varón asumiera el papel de sujeto activo, y nunca el pasivo. Esta conducta, así como la *paiderastia*, eran sancionadas en la *Lex Scantinia* con una pena pecuniaria. Sin embargo, la decadencia del imperio romano, y la recepción de una nueva ideología religiosa, el cristianismo, instauraron una nueva ética social que renegaba de los principios romanos, creando una corriente aún más contraria a la admisión de las conductas homosexuales²¹.

La repulsa de tales conductas se basaba en algunos textos del Antiguo Testamento²², en donde se condenan las relaciones homosexuales. También se encuentran algunos textos en el Nuevo Testamento que censuran expresamente tales conductas²³. Posteriormente, dicha condena se hará palpable en los Concilios de Elvira, celebrado en el año 306 o 307, que excomulgó a los homosexuales, privándoles de la comunión aún en peligro de muerte (canon 71), y el de la Ancyre, celebrado en el año 314, donde se les excluyó de recibir los Sacramentos²⁴.

En definitiva, ya de antiguo, tanto en Grecia como en Roma, la prostitución era una práctica habitual, al igual que la homosexualidad que si bien por estar más oculta no era menos frecuente, aunque se castigaba en función de quienes la ejercían y de su *status*.

1.3. Edad Media

²⁰ BOSWELL, John, *Cristianismo, tolerancia y homosexualidad...* cit., págs. 85 y ss.

²¹ *Ibíd.*, págs. 86 y ss., y también del mismo autor *Las bodas de la semejanza: uniones entre personas del mismo sexo en la Europa premoderna*, El Alaph, Barcelona, 1996.

²² Concretamente el castigo a Sodoma y Gomorra (Génesis XIX, 1-29); y el pasaje referido a los gabaitas y benjaministas (Jueces XIX, 20-15, y Levítico XVIII, 22, XX, 13). A estos textos nos referiremos más adelante.

²³ Romanos, I, 26, y 27, I Corintios, VI, 9-10, I. Timoteo, I, 9-10. En estos textos san PABLO condena la homosexualidad y utiliza términos como “pasiones infames”, y “torpezas nefandas” para referirse a este tipo de relaciones.

²⁴ ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina, *Discriminación por orientación sexual e identidad de género en el derecho español*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2008, pág. 42.

En este apartado nos detendremos a analizar la función de la mujer en este periodo histórico, dado que marca un papel importante pues ostenta cargos administrativos y políticos influyentes, algo inusual hasta entonces. Durante este periodo, también es de notoria importancia el papel que tiene la doctrina de la Iglesia sobre el matrimonio, cuya finalidad principal recaía en la procreación. No obstante, dentro del matrimonio era habitual la violencia marital que ejercía el marido sobre la mujer, lo que indicaba que ésta se encontraba en una situación de inferioridad y subordinación respecto a él. También en la Edad Media resultaba común el incesto, sobre todo en sociedades en donde el número de habitantes era reducido por lo que el linaje entre parientes era más próximo, aunque la Iglesia acabó por castigar con la excomunión a quienes lo cometían. Finalmente, nos referiremos a la prostitución, que también se practicaba en esta época y que se consideraba como un mal necesario para evitar otros mayores, y, acabaremos por valorar la conducta homosexual que era presente principalmente en núcleos urbanos.

Veamos pues, en primer lugar, cuál era el papel que tenía la mujer y los cargos y funciones relevantes que desempeñaba. Esta asumía como propias las labores domésticas, mientras que el hombre ostentaba los espacios dirigentes y coincidentes con el gobierno político y económico. Según SABATÉ CURULL²⁵ la confluencia de la civilización romana con las aportaciones germánicas conllevó una mejora generalizada en la posición de la mujer, que asume una capacidad mayor. La tendencia indicada se observa fundamentalmente en los siglos X y XI, cuando se establece una gran igualdad por lo que hace al acceso tanto a la propiedad como a los cargos de responsabilidad política y administrativa. Mientras la mujer asume un reconocimiento casi pleno en el derecho privado, en el público se conseguía casi siempre al forzar la ley.

En la Edad Media la mujer también se caracteriza por participar en el despertar de las nuevas formas comunales y económicas de las conocidas como revoluciones comercial y urbana que se van imponiendo en la Europa del siglo XII. Así, hasta entrar en la baja Edad Media que es cuando la posición del sexo femenino empeora ostensiblemente.

²⁵ SABATÉ CURULL, Flocel, “La sexualitat a l’època medieval” en *Sexualitat, Història i Antropologia* (Coord. ROIGÉ, Xavier), Universidad de Lleida, 1996, pág. 35.

La situación cambia porque tanto la consolidación de los linajes varoniles como de las familias burguesas impone una asignación que arrincona nuevamente a la mujer. El motivo se encuentra en que el patrimonio se suele concentrar en el cabeza de familia que es que es quien va asumiendo los derechos familiares. Por ello, la función social de la mujer se reduce paulatinamente. Un ejemplo es que a partir de este momento, es el padre de la novia quien tiene que ofrecer una importante dote al casar a su hija, no al revés como se venía produciendo en la alta Edad Media²⁶.

A pesar de todo, la mujer conservaba una importante presencia en el mundo laboral, sobre todo en diferentes ramas de las actividades textiles y de alimentación, pero se ve marginada de los órganos corporativos, así como de los gobiernos municipales.

Otros aspectos que vamos a analizar es la influencia de los principios cristianos en la sexualidad durante la Edad Media. En concreto, cabe destacar, los principios de la doctrina de la Iglesia que inspiran el repudio del cuerpo y de sus expresiones, el ideal es la virginidad y la falta de contacto con la carne. Para los que no puedan abrazar esta pureza de estado existe la unión matrimonial, la cual se justifica por la necesidad de engendrar hijos que den continuidad a la especie humana. Coetáneamente, proliferaban prácticas sexuales más abiertas y variadas, en algunas zonas rurales se llevan a cabo prácticas que no concuerdan con la austeridad sexual deseada²⁷. Los cambios sociales de los siglos XI y XII implican la expansión de nuevas formas de expresión de la sexualidad, porque pronto la emergencia de las urbes y fenómenos como las concentraciones de estudiantes en los estudios generales muestran un uso reivindicativo y desinhibido de la sexualidad²⁸.

Cabe destacar, que la revisión de la postura eclesiástica sobre estos principios viene dada en el siglo XIII, de la mano de autores como San ALBERTO MAGNO y, Santo

²⁶ *Ibíd*em, pág. 36.

²⁷ Hay que tener en cuenta que en las zonas rurales es más habitual que los sujetos contraigan matrimonio entre personas cuyos grados de parentesco sean próximos entre sí por un motivo proporcional, es que en los pueblos había muchas más opciones de que se produjesen estas uniones que en las ciudades debido a que el número de ciudadanos era inferior.

²⁸ SABATÉ CURULL, Flocel, “La sexualitat a l’època medieval” cit., pág. 37

TOMÁS DE AQUINO, caracterizados por su realismo de raíces aristotélicas²⁹. Su posición consiste en superar la dualidad enfrentada entre cuerpo y espíritu. Su visión permite entender como imprescindibles y complementarias los dos elementos de la unidad, la materia y la forma, por tanto, la sexualidad no es por sí misma rechazable. Sobre este tema, hay que indicar, que el discurso normativo bajomedieval se encamina a una verdadera obsesión por la conducción del esperma. Dichas teorías se ajustan a la función propia del trato sexual de las relaciones que garantizan la transmisión del semen desde los genitales masculinos al útero femenino, en dónde tiene que germinar. Se persiguen pues con contundencia los comportamientos que escapan de esta finalidad. Así pues, en la baja Edad Media, proliferan teorías que pretenden que el matrimonio sea además un símbolo de expresión de amor y no únicamente de fecundidad, aunque este último objetivo sigue predominando.

Sólo a partir de estos planteamientos y firme la finalidad reproductora de la actividad sexual, se podía hablar abiertamente del placer sexual. Ahora bien, una cosa es placer sexual y otra cosa que a través del placer se alcance la lujuria, entendida como el conjunto de actos y deseos sexuales excesivos y fuera de contexto, que debía ser reprimida.

1.3.1. El matrimonio en la Edad Media

Hemos explicado que para todas aquellas personas que no podían evitar el contacto carnal con el fin de perseguir el ideal de la virginidad, podían recurrir al matrimonio. A continuación explicaremos precisamente las características del matrimonio en la Edad Media. De entrada, éste vive una evolución que lo convertirá, de la mano de la Iglesia, en monógamo e indisoluble.

La Iglesia había definido entre los siglos IX y X su postura respecto el matrimonio. Consistía en que el modelo matrimonial eclesiástico penetra entre los grupos sociales inferiores, gracias a la influencia de la Iglesia en la monarquía carolingia del siglo IX. Por entonces, el emperador CARLOMAGNO, que promociona los dictados eclesiales desde su posición de monarca cristiano, vive de manera tradicional tanto su propia vida

²⁹ *Ibidem*, pág. 38.

matrimonial como las uniones que propicia a sus hijas. Considera que la función propia del matrimonio es la procreación y, para ello, el control del útero femenino resulta fundamental, porque por él pasa la continuidad y la pureza del linaje³⁰.

Más adelante, en el siglo XIII, TOMÁS DE AQUINO, establece que, después de la función engendradora, la segunda finalidad del matrimonio es el soporte mutuo entre los esposos.

A lo largo de la Edad Media se buscan fórmulas para apartar los matrimonios impuestos – habituales en la Edad Media– y conseguir las uniones deseadas. Tanto es así que lo más corriente es la simulación del rapto. Así, para reparar la ofensa cometida por el raptor, se celebra el matrimonio. Otra fórmula habitual es el matrimonio secreto. Teológicamente el matrimonio se consideraba válido para la consumación que se dan los dos contrayentes mediante penetración vaginal. La función de la autoridad eclesiástica que participa en la ceremonia desde el siglo XI (matrimonio *in facie ecclesiae*) no es imprescindible. Por tanto, los que se casen privadamente y contra la voluntad familiar podrán ser castigados, por la legislación civil con desheredamiento, y por la vía eclesiástica con la excomunión, pero el matrimonio continuará siendo válido³¹.

Por lo que se refiere a la violencia marital en la Edad Media podemos señalar que no es anecdótica, sino que tiene un papel importante porque indica cuál es la posición real de cada uno de los miembros del matrimonio. Así, observamos que en algunos países como Inglaterra, la violencia marital es tolerada y aceptada por la ley. En cambio, en otros territorios, en caso de producirse situaciones tensas dentro del matrimonio, se impone al marido el compromiso, frente al tribunal ordinario, de no agredir a la esposa, de manera que si incumpliese el mandato tendría que pagar una multa³².

Respecto al adulterio, cabe señalar que, su persecución, a lo largo de toda la Edad Media, penaliza de manera mucho más grave y contundente a la mujer que no al hombre. Se consideraba que combatir el adulterio implicaba reforzar la institución

³⁰ *Ibidem*, pág. 43

³¹ *Ibidem*, pág. 45.

³² *Ibidem*, pág. 46.

matrimonial que es la base de la organización social, preservar el propio linaje y reformar la posición dominada por la mujer. El adulterio se entendía como una injuria al marido, que era el único que podía complacerse de la mujer³³.

En cuanto al incesto, en esta época también era muy habitual. Existían dos maneras de practicar el incesto, según si la relación sexual era fruto del establecimiento de un vínculo de unión, o consistía tan sólo en un trato carnal no estable. En la Alta Edad Media está muy presente este último tipo ya que, en muchas ocasiones las relaciones eran con cuñados, primos, hijos, hermanos, etc. Respecto a las uniones matrimoniales establecidas entre parientes cercanos, la postura eclesial se radicalizará a favor de una amplia exogamia. En este punto, al iniciarse el siglo V, San AGUSTÍN se muestra contrario a la unión entre primos, justificándolo desde la voluntad de no entender lo que denomina la impureza carnal dentro de la propia familia³⁴.

Asimismo, desde el Concilio ecuménico Latera IV, de 1215, se considera incesto a partir del cuarto grado de parentesco. Las grandes valoraciones altomedievales, que equiparaban el incesto al bestialismo o a la homosexualidad masculina, en la baja Edad Media, pueden corregirse pues se considera que el incesto no es una forma antinatural del sexo, sino una forma incorrecta, que procede evitar socialmente. Por este motivo, la Iglesia penaliza con la excomunión los matrimonios incestuosos. No obstante, la Iglesia podía dispensar el grado de incesto, y permitir así celebrar uniones matrimoniales en grado más próximo al cuarto, lo que se producía cuando existía peligro de extinción del linaje o por motivos que se justificaban por una baja tasa de natalidad.

1.3.2. La prostitución

Por lo que se refiere a la prostitución, a lo largo de toda la Edad Media se entenderá como un mal necesario para evitar problemas más graves como la violencia marital, aunque es dudoso que se consiguiese. Las prostitutas no podían actuar fuera de los ámbitos establecidos y permitidos por razones de orden social. En la mayoría de lugares se pretendía diferenciarlas de las mujeres conocidas como honestas, por lo que tenían

³³ *Ibidem*, pág. 46.

³⁴ *Ibidem*, pág. 47.

que vestir un distintivo en la ropa que las distinguiese. Además, no podían tocar, de los mercados, productos alimentarios que después pudiesen ir a manos de otra mujer³⁵.

La mayoría de las prostitutas procedían de los estadios socioeconómicamente inferiores y solían emigrar de fuera de los pueblos o ciudades dónde actuaban.

En la Edad Media se pensaba que una prostitución femenina extendida, aceptada y regulada contribuía a asegurar que la actividad sexual normal era la heterosexual que conduce el espermatozoides de los genitales masculinos al útero femenino³⁶.

Si nos hemos referido a que las conductas sexuales normales eran las heterosexuales podemos afirmar que la homosexualidad tanto masculina como femenina podía ser considerada contranatural por ir en contra de la finalidad procreativa definida como propia de la relación sexual.

1.3.3. La homosexualidad

Otro elemento característico que ayuda a entender la sexualidad en la época que analizamos, es la homosexualidad que, era castigada con duras penas.

Así, por lo que se refiere a la homosexualidad masculina, hay que señalar, que desde el siglo VI los penitenciales aplicaban a las conductas homosexuales penitencias importantes, por bien que variadas según la edad, la condición religiosa y las expresiones utilizadas, pudiendo alcanzar periodos de 10 a 20 años de penitencia en casos de penetración anal³⁷.

En la Edad Media central, la homosexualidad está presente en ámbitos territoriales y eclesiásticos, a la vez que en determinadas ciudades surgen verdaderas zonas dedicadas a esta práctica. Este periodo es el que registra una unión más grande entre expresión

³⁵ *Ibidem*, pág. 50.

³⁶ *Ibidem*, pág. 51.

³⁷ BOSWELL, John, *Cristianismo, tolerancia y homosexualidad...* cit., págs. 182 y ss.

sexual y sentimiento homosexual, con parejas estables, sobre todo en ámbitos eclesiásticos³⁸.

En la baja Edad Media, en cambio, es numéricamente más frecuente el contacto más esporádico, siempre establecido por un adulto que seduce a un chico, normalmente adolescente. La gravedad de la desviación hace que intervengan los poderes públicos. Desde el siglo XII, y de manera generalizada desde el siglo XIII, todos los reinos occidentales aplican la pena de muerte a los homosexuales. Con todo, la homosexualidad seguirá muy presente en ámbitos urbanos³⁹.

Por otro lado, hablar de la masturbación femenina compartida era una manera eufemística de referirse al lesbianismo. El lesbianismo estaba presente en las casas de los señores o personas de clase alta. La tendencia era tratada como una expresión sexual incorrecta y pecaminosa. Durante la baja Edad Media esta práctica se da, sobre todo, entre mujeres jóvenes, y los castigos impuestos varían según los sitios, tratándose de una práctica lujuriosa pero no contranatural, en tanto que no afecta la conducción natural del esperma⁴⁰.

En la Edad Media se celebra el Concilio de Nablusa, en el año 1120, donde se establecen un buen número de normas contra las conductas sexuales entre personas del mismo sexo. El Decreto de Graciano (1139-1140) también condena estas prácticas. Y fue la *Summa Theológica*, de Santo TOMÁS DE AQUINO, en el siglo XIII, la que difundió el absoluto rechazo hacia cualquier conducta homosexual, pues consideraba que la procreación dentro del matrimonio justifica cualquier actividad sexual, de modo que toda actividad no dirigida a la procreación o realizada fuera del matrimonio era uno de los pecados más graves, condenando tanto la homosexualidad masculina como femenina⁴¹.

A partir del siglo XII, se va a producir la persecución de la homosexualidad por la Iglesia Católica que culminó en los siglos XIII y XIV con el auge de la Santa

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ SABATÉ CURULL, Flocel, “La sexualitat a l’època medieval” cit., pág. 52.

⁴⁰ *Ibidem*, pág. 54.

⁴¹ ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina, *Discriminación por orientación sexual...* cit., pág. 42.

Inquisición y condenó a personas homosexuales a la tortura y a la muerte en la hoguera por ser culpables del *pecado nefando*. Esta persecución se va a mantener durante la época del Renacimiento, siglos XVI y XVII⁴².

En definitiva, hemos podido comprobar cómo en la Edad Media la mujer ostenta mayores cuotas de poder y presencia en la sociedad si bien insuficientes para equipararse a las de los hombres. Prueba de ello es que sigue sometida a su voluntad y, en algunos casos, a las órdenes de su marido, constituyendo en no pocos casos, la violencia marital una forma de control y autoridad sobre ella.

Además, el matrimonio sigue mediatizado por las doctrinas y principios cristianos que consideraban que su única finalidad era procrear y educar a la prole. No obstante, aparecen algunas corrientes filosóficas –que matizan la finalidad procreativa– de la mano de San ALBERTO MAGNO y, Santo TOMÁS DE AQUINO, en la medida que propugnan que el matrimonio no únicamente tenía que tener como finalidad la procreación, sino que además tenía que ser la fuente de amor entre dos personas que se quieren, más allá de ser la única forma de mantener relaciones sexuales sin caer en pecado o tentación carnal, según se concebía.

La Edad Media no escapa de prácticas que ya se producían en la época antigua como es la prostitución. No obstante, algunas doctrinas, en mi opinión débiles, la justificaban como una manera de evitar un mal mayor. No deben sorprender estas argumentaciones porque todavía hoy –bien entrado el siglo XXI– hay quienes las justifican con los mismos argumentos.

1.4. El matrimonio en la Europa preindustrial

1.4.1. Posición de la Iglesia Católica

Respecto el matrimonio en la Europa preindustrial los autores que nos proporcionan datos más interesantes son, principalmente, GOODY, FLANDRIN, SEGALEN y ROIGÉ VENTURA, los cuales ponen de manifiesto aspectos sociológicos de la

⁴² BOSWELL, John, *Cristianismo, tolerancia y homosexualidad...* cit., pág. 352.

sexualidad y del matrimonio de sumo interés, en frecuente tensión con los postulados cristianos y especialmente de la Iglesia católica, y reveladores, en definitiva, de las diversas maneras en que estas realidades son percibidas socialmente.

ROIGÉ VENTURA hace referencia a dos cuestiones que nos parecen básicas. La primera, se refiere a la incidencia de la doctrina eclesiástica sobre el matrimonio y la sexualidad, especialmente desde el siglo IV hasta el siglo XIX, que ha tenido un papel fundamental en la configuración de un modelo de sexualidad occidental. La segunda, alude a la polémica entre los que consideran que en el campesinado preindustrial había una concepción de la sexualidad basada en el afecto y en el amor, y los que entienden que la relación de afectividad quedaba en una posición absolutamente secundaria y que “las relaciones sexuales se morían en un campo de frío y restricciones”⁴³.

Por su parte, GOODY considera que la relativa continuidad doctrinal mantenida por la Iglesia desde el siglo IV hasta el XIX, habría influido en las bases del sistema de parentesco, hasta el punto que el propio autor ha intentado explicar la especificidad del matrimonio y del parentesco europeo a partir de la incidencia de las regulaciones eclesiásticas. Parte de la hipótesis de que a partir del siglo IV se desarrolló en Europa una original concepción del parentesco que difería considerablemente de las características de los países euroasiáticos, incluyendo el sistema específico del Imperio romano, de Grecia y de las sociedades del Norte de África⁴⁴. Y, señala, que el cambio de sistema mediterráneo al modelo europeo occidental se produjo a partir del siglo IV por la incidencia de la Iglesia, para conseguir la transferencia de propiedades y riqueza para el sostenimiento de sus miembros, que habían abandonado sus grupos familiares para dedicarse a la vida eclesiástica. Según el autor en las disposiciones de GREGORIO

⁴³ ROIGÉ VENTURA, Xavier, “Amor, Sexualitat i Reproducció social a l’Europa preindustrial” en *Sexualitat, Història i Antropologia*, (coord. ROIGÉ, Xavier), Universidad de Lleida, 1996, pág. 57 y ss. En otro orden de cosas, el autor señala la importancia que ha tenido la investigación de los registros parroquiales iniciada en los años setenta (del siglo XX) en orden a conocer datos sociológicos contrastados en materia de matrimonio.

⁴⁴ Algunas diferencias habían sido señaladas anteriormente por GUICHARD en un estudio sobre la familia en la España medieval, en dónde se confrontaron dos sistemas de parentesco bien distintos, el oriental y el occidental. GUICHARD, Pierre, *Estructures sociales “orientales” et “occidentales”*, dans *l’Espagne musulmane*, Mouton, París, 1977.

I (540-604), se pueden encontrar las bases de la familia europea, vigente durante bastantes siglos, la cual se manifestaría en seis medidas básicas⁴⁵:

- 1- La Iglesia insiste en la voluntad del individuo y en la pareja conyugal, en contraposición al concepto de grupo del derecho romano, donde la filiación y la transmisión de una generación a otra adquieren especial significación.
- 2- La Iglesia puso énfasis en la libertad de la mujer para acceder a la propiedad, contradiciendo las disposiciones civiles, lo cual se relacionaría con la recomendación de que las viudas no se volviesen a casar y que, a falta de descendencia, transmitiesen sus bienes a la Iglesia.
- 3- Dificultades impuestas para la adopción: mientras que en el derecho romano la adopción legal estaba muy extendida, la Iglesia la sustituiría por una relación de parentesco espiritual, el padrinaje, que negaba la filiación.
- 4- La Iglesia condenó el concubinato, una institución muy frecuente hasta entonces. La condena no se refería tanto al hecho de vivir juntos sin casarse, sino sobre todo a los hijos ilegítimos, que quedaban fuera de la sucesión⁴⁶.
- 5- La imposición, a partir del siglo IV, del celibato de los sacerdotes. Lo que subyacía debajo de esta medida era que los bienes pasaran a la Iglesia.

⁴⁵ GOODY, Jack, *La evolución de la familia y del matrimonio en Europa*, Barcelona, Herder, 1983. La obra es un glosario sobre el mismo tema.

⁴⁶ Esta condena no fue siempre pacífica. Una decisión de CALIXTO, Obispo de Roma (217-222), y a la que se refiere en forma crítica y polémica su adversario HIPÓLITO, habría permitido a ciertas mujeres nobles no casadas vivir unidas a un compañero, esclavo o libre, como si fuera su marido, pero permaneciendo ellas no casadas según el derecho romano. La finalidad era garantizar una unión monogámica pero a título de concubinato, con objeto de que con este matrimonio mixto las *clarissimae feminae* no perdieran su *status social*, que si perdían si contraían *legitime nupta*. Vid. REINA BERNÁLDEZ, Víctor y MARTINELL GISPERT - SAÚCH, Josep Maria, *Curso de Derecho matrimonial*, Marcial Pons, Madrid, 1995, págs. 100 a 102.

- 6- La Iglesia estableció e intensificó las prohibiciones del matrimonio consanguíneo, lo que comportaba la restricción de las opciones matrimoniales y en consecuencia la descendencia ilegítima.

Esta doctrina eclesiástica, aunque con modificaciones, perduraría en lo esencial, hasta el siglo XX (CIC de 1917 y doctrina posterior).

Como es sabido, la Iglesia transmitió una doctrina que consideraba que la base del matrimonio cristiano era la unión heterosexual e indisoluble entre dos personas con el objetivo fundamental de la procreación. No hacía falta que existiese el amor en el matrimonio, pues en vez de “casarse porque se quieren, tienen que estimarse porque están casados⁴⁷”. Y, en cierto modo, aunque matizadamente, esta doctrina sobre la falta de amor conyugal persiste en la doctrina católica de nuestros días⁴⁸. En este sentido, podemos señalar, que lo que hoy se conoce como amor conyugal era algo prácticamente desconocido en la doctrina cristiana sobre el matrimonio de todos aquellos siglos. La Iglesia distinguía entre el amor cristiano, considerado muy superior, y el amor humano,

⁴⁷ FLANDRÍN, Jean Louis, *Orígenes de la familia moderna*, Crítica, Barcelona, 1979, pág. 207.

⁴⁸ A pesar de la definición del matrimonio por el Vaticano II como consorcio de vida y amor desde un punto de vista jurídico el amor conyugal no se considera elemento indispensable. Sí el consentimiento. La jurisprudencia rotal evitó en general la cuestión de la relevancia del amor conyugal, mostrándose más bien dispuesta a mantener el principio que el consentimiento es todo lo que se requiere para la constitución de un matrimonio válido. Desde una perspectiva personalista-jurídica del consentimiento matrimonial que puede llevar a una más profunda comprensión de la naturaleza del amor conyugal, dejando claro que tal amor incluye componentes que son de hecho jurídicamente esenciales para la constitución del matrimonio. El “mutuo entregarse y aceptarse” presta la clave de la íntima naturaleza del vínculo relación –la “communio” o “consortium”– que los esposos crean entre sí. Darse sinceramente a otro, en el sentido y con la entrega que comporta el verdadero consentimiento matrimonial significa convertirla en el objeto de una elección privilegiada. Es importante no olvidar aquí que el amor, en su esencia, es un movimiento de la voluntad más que de los sentimientos o de la afectividad. En conclusión, el amor en el matrimonio puede considerarse esencial en la medida en que es la donación y aceptación de dos personas, que ha de entenderse por tanto en sentido *no afectivo* sino *efectivo*. Vid. BURKE, Cormac, “El amor conyugal: ¿nuevas perspectivas jurídicas?”, *Revista Española de Derecho* (53), 1996, págs. 695 a 704.

natural, que no era condenable, pero que podía ser peligroso, porque podía llevar a actividades no aceptables moralmente⁴⁹.

Centrada la sexualidad en el objetivo procreativo, se otorgaba un papel diferenciado en el hombre y en la mujer. Se suponía que el hombre tenía derecho a disfrutar del acto sexual, porque era el único procedimiento que podía llevarlo a la procreación; por el contrario, la mujer estaba obligada a satisfacer al marido pero sin que ello implicara necesariamente el goce de su propia sexualidad. Este discurso se canalizaba en la discusión entre dos tradiciones médicas, la de GALENO (procedente de HIPÓCRATES) y la de ARISTÓTELES. Para el primero, la mujer, como el hombre, emitía una especie de semen en el momento de la unión sexual, que sólo se segregaría mediante el placer sexual, razón por la cual no habría fecundación sin placer compartido. Para el segundo, en cambio, la mujer sólo tenía un papel pasivo en el acto copulativo, y su sangre menstrual era fecundada por el semen; y se argumentaba que mientras el placer sexual masculino era imprescindible para producir el semen, en el caso de la mujer ni el flujo ni el placer sexual eran imprescindibles para la fecundación⁵⁰.

Esta concepción del matrimonio y la sexualidad no parece según ROIGE VENTURA⁵¹ que tenga un origen precisamente bíblico y más bien se originaría por dos razones⁵². La primera, por las opciones defensivas adoptadas por la Iglesia ante la presión de las sectas gnósticas del siglo II, cuyos miembros eran acusados de tener relaciones sexuales con quien querían y dónde querían, incluso después de las celebraciones eucarísticas. Ante la extensión de estas sectas, la Iglesia replicó condenando las relaciones sexuales por placer y adoptó una ética estoicista. La segunda, la tendríamos que situar, como explica GOODY⁵³, en el alejamiento de la Iglesia de la tradición romana para forzar el

⁴⁹ Muchas de las justificaciones eclesiásticas sobre esta cuestión se fundamentan en la teoría agustiniana sobre la concupiscencia, según la cual el hombre tiene en su interior, después del pecado original, una fuerza intrínsecamente mala que ni tan siquiera el bautismo podía expulsar. Vid. ROIGÉ VENTURA, Xavier, "Amor, Sexualitat i Reproducció social a l'Europa preindustrial" cit., pág. 60.

⁵⁰ *Ibidem*, pág. 61.

⁵¹ *Ibidem*, pág. 63.

⁵² FLANDRIN, Jean Louis, *Le sexe et l'Occident*, Seuil, Paris, 1981, págs. 116 y ss.

⁵³ GOODY, Jack, *La evolución de la familia...* cit., págs. 30 y ss.

paso de una familia basada en la sucesión y en el papel importante del *pater familias* a una familia fundamentada en la consanguinidad. En estas dos formulaciones descritas se encuentran las bases de las doctrinas cristianas sobre el amor, la sexualidad y el matrimonio cristiano. En todo caso, la principal preocupación de la Iglesia sobre el matrimonio no era la sexualidad en sí misma, sino que el matrimonio estuviese encaminado al fin procreativo.

A pesar de los grados de parentesco en que estaba prohibido el matrimonio, la mayor parte de los mismos no llegaban a ser un obstáculo insalvable⁵⁴. Por esto, se establecieron dispensas matrimoniales que eran concedidas como una cuestión de simple rutina, siempre que se alegase alguno de los motivos permitidos, de índole social, sexual, económica o demográfica, probablemente porque una intervención rigurosa de la Iglesia hubiera supuesto un descenso notable de la nupcialidad en las poblaciones rurales que practicaban con relativa frecuencia matrimonios entre consanguíneos.

Los teólogos de la época se esforzaron para justificar estas prohibiciones dando razones de tipo teológico, moral, fisiológico o social, aparte de razones eugenésicas que sólo

⁵⁴ Hasta el siglo V sólo había prohibiciones levíticas (consanguinidad en línea recta y colateral de segundo grado); después se incrementó (Concilio de Toledo, 653) hasta el séptimo grado canónico. Más tarde, en el Concilio de Letrán (1215), a raíz de las dificultades de aplicación de las prohibiciones en las comunidades rurales y pequeñas, hicieron posible el matrimonio hasta el cuarto grado. Estas prohibiciones estuvieron vigentes hasta 1917 (*Codex Iuris Canonici Pio Benedictino*), cuando se redujeron hasta el tercer grado. Esta referencia al derecho canónico lo es al derecho canónico anterior al CIC de 1983 hasta cuyo momento se había utilizado el llamado cómputo germánico; dicho cómputo (colateral) consistía en medir hasta el tronco común una sola línea, en su caso la más lejana, pero teniendo en cuenta el grado de la otra. Por ejemplo entre tío y sobrina habría parentesco de segundo mixto con primero. Desde 1983, se ha vuelto al sistema romano que por lo general es el que se utiliza en el derecho civil en los distintos países. Véase NAVARRO – VALLS, Rafael, en LÓPEZ ALARCÓN, Mariano y NAVARRO – VALLS, Rafael, Madrid, *Curso de Derecho Matrimonial Canónico y Concordado*, Tecnos, Madrid, 1991, pág. 124, nota 59. A raíz del inicio del segundo milenio después de Cristo, el Derecho Canónico comienza a utilizar el sistema de cómputo germano, en CÁNOVAS GONZÁLEZ, Daimar, *El régimen de ineficacia del matrimonio en Cuba*, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, 2010. En el mismo sentido, la Iglesia tras las invasiones germánicas, en el siglo XI adoptó el cómputo germano, que se ha mantenido hasta nuestros días, en GARCÍA GARCÍA, Antonio, *Historia del Derecho Canónico*, Universidad Pontificia de Salamanca, Salamanca, 1967, pág. 251.

tendrían relación con grados muy próximos de consanguinidad, y aun así, no en los supuestos de dispensa en que no se valoran científicamente las posibles consecuencias físicas en la descendencia⁵⁵.

Por razones de tipo teológico se consideraban inaceptables moralmente las prohibiciones derivadas del precepto levítico (*ius divinum*) y del derecho natural (*ius naturae*) y, por esto, sólo podían afectar a los matrimonios más próximos, con los padres y hermanos. En el Concilio de Trento (1542), se sostuvo que el único matrimonio repudiado por la propia naturaleza era el celebrado entre padres e hijos y entre hermanos⁵⁶.

Los motivos de carácter moral se sustentaban en que “las íntimas relaciones que se desarrollan *naturalmente* en el seno de la convivencia familiar no traspasen sus propios límites y no se *desnaturalicen* transformándose en relaciones de otro tipo en la esperanza de un futuro matrimonio”⁵⁷.

Desde el punto de vista social se entendía que el matrimonio entre consanguíneos cercenaba o, al menos, limitaba la función social de éste como instrumento de la perpetuación de la especie. GOODY creyó que el elemento fundamental que explica determinadas prohibiciones matrimoniales son la capacidad de control y la influencia de la Iglesia sobre la vida de las familias⁵⁸.

Aunque no puede decirse que la Iglesia fuera ajena históricamente a la interferencia de los padres en el matrimonio de los hijos⁵⁹, lo cierto es que fue decantándose por exigir el consentimiento de los contrayentes sin condiciones de validez añadidas referentes a la

⁵⁵ ROIGÉ VENTURA, Xavier, “Amor, Sexualitat i Reproducció social a l’Europa preindustrial” cit., págs. 64 y ss.

⁵⁶ Ibídem, pág. 64.

⁵⁷ NAVARRO – VALLS, Rafael, en LÓPEZ ALARCÓN, Mariano y NAVARRO – VALLS, Rafael, Madrid, *Curso de Derecho...* cit., pág. 123, nota 58 con remisión a DE LA HERA, África, y FORNES, Juan María.

⁵⁸ GOODY, Jack, *La evolución de la familia...* cit., pág. 200.

⁵⁹ Basta recordar que el c.54 del Concilio de Elvira en el siglo IV imponía la pena de excomunicación por tres años a los padres que quebrantasen la fe esponsalicia dada por sus hijos.

intervención o aquiescencia de los padres o de terceros⁶⁰. En todo caso, hay que tener en cuenta que la posibilidad de celebrar válidamente matrimonios clandestinos -que no fue zanjada hasta el Concilio de Trento y aun así durante siglos sólo en territorios tridentinos- favorecía grandemente la posibilidad de contraer matrimonio sin intervención alguna de los padres.

Claro está que en toda la temática de la interferencia de los padres no sólo concurrían motivos morales sino también socio-económicos, en ocasiones con resultados sorprendentes cuando el matrimonio no aprobado por la figura paterna era contestado, por ejemplo, con la amenaza de abandonar la explotación agraria que era el sustento económico de la familia. Por ello, no es de extrañar que junto al principio canónico de libertad de las nupcias, concurrieran también normas muy duras tendentes a garantizar que los hijos seguían el parecer de los padres⁶¹.

El Concilio de Trento no varió el principio de la suficiencia del libre consentimiento de los contrayentes, pero al proscribir, como acabamos de exponer, los matrimonios clandestinos, de facto, eliminó una vía de escape a las presiones de la autoridad paterna.

El control del matrimonio desde el Concilio de Trento, que no sólo consiste en una celebración formal con testigo cualificado y testigos comunes, sino también en inscripción en el registro parroquial correspondiente, responde no sólo a implicaciones teológicas de fondo, sino también a una desconfianza de la propia Iglesia respecto a sus fieles, que supuestamente engañaban sobre su estado matrimonial, silenciando matrimonios clandestinos válidos pero inexistentes de prueba alguna⁶². Por análogos

⁶⁰ Por ejemplo, en el Congreso de Ruan (1072) se establecieron una serie de requisitos para la celebración del matrimonio sin que entre los mismos se incluyera la intervención de los padres, como señala ROIGÉ VENTURA Xavier, “Amor, Sexualitat i Reproducció social a l’Europa preindustrial” cit., pág. 65. Más adelante, la Iglesia se distanció claramente de los postulados luteranos que restringían considerablemente la libertad para contraer matrimonio al requerir la aquiescencia de los padres.

⁶¹ Sirva como ejemplo que, en la Corona de Aragón, en el año 1418, se legisló la pena de muerte para los contraventores. *Ibíd*em, pág. 66.

⁶² REINA BERNÁLDEZ, Víctor y MARTINELL GISPert - SAÚCH, Josep Maria, *Propuesta de reforma de la legislación matrimonial*, PPU, Barcelona, 1987, págs. 12 a 13.

razones, la disciplina matrimonial establecida en Trento era útil también para combatir la poligamia y el concubinato⁶³.

Poco a poco la concepción del matrimonio antes expuesta, sujeta a la ordenación procreativa, fue ampliándose hacia una progresiva puesta en valor de los elementos de relación interpersonal. Por supuesto, que este no fue un paso fácil ni puede considerarse aún hoy completado, pero abrió las puertas a una justificación de las segundas nupcias y del “matrimonio de los viejos”⁶⁴ fundada en la ayuda y cuidado mutuos entre los esposos.

A partir del siglo XVI la Iglesia llevó a cabo una fuerte campaña contra algunas costumbres sexuales, en el siguiente sentido⁶⁵: a) proscribió el concubinato, muy extendido entre los ricos e incluso entre los sacerdotes; b) condenó la masturbación, aunque la ofensiva contra la misma no empezó a ser especialmente intensa hasta el siglo XVIII, cuando médicos y profesores se añadieron a dicha condena; c) también condenó lo que la Iglesia define como “Pecado de Onan” en tanto que procedimiento anticonceptivo al parecer muy extendido entre las clases altas y con efectos demográficos notables. Con ello, condenó asimismo todo tipo de prácticas anticonceptivas, a excepción de la continencia matrimonial, así como el aborto⁶⁶.

1.4.2. Posición de la doctrina reformista

Ante esta actitud de los teólogos católicos, ¿qué decían los reformistas? Tenemos que distinguir entre la corriente luterana y la calvinista. Tanto una como otra consideraban inadecuada la definición del matrimonio como sacramento indisoluble y criticaban la

⁶³ El divorcio estaba presente socialmente, ya fuese mediante la separación entre personas de clase alta, el abandono familiar, la bigamia o la venta de la esposa. Sobre el divorcio dice san BASILIO, regla 73: “Si el marido, tras haberse separado de su mujer, se une a otra mujer, es adúltero, porque hace cometer un adulterio a esta mujer; y la mujer que había con él es adúltera, porque ha atraído a sí al marido de otra”.

⁶⁴ El c.1055-1 establece que entre los fines del matrimonio está el bien de los cónyuges por lo que de una interpretación extensiva y adaptada a nuestros tiempos concluimos que guarda su fundamento en que a través de la institución del matrimonio se asegura mejor el cuidado entre personas mayores.

⁶⁵ ROIGÉ VENTURA, Xavier, “Amor, Sexualitat i Reproducció social a l’Europa preindustrial” cit., págs. 66 y ss.

⁶⁶ FLANDRIN, Jean Louis, *Orígenes...* cit., pág. 251.

complejidad de la legislación, que no consideraban apropiada y que tenía muy poco en cuenta el Nuevo Testamento. Pero LUTERO formuló explícitas precisiones como las siguientes: su rechazo a los matrimonios clandestinos (una de las razones por las que a la Iglesia católica le costó tanto prohibirlos)⁶⁷; no consideraba sacramento el matrimonio; ni competente a la Iglesia para regularlo, sino a la autoridad civil; discutía el principio de indisolubilidad; requería para el matrimonio la aquiescencia de los padres; y, contra lo que establecía la doctrina católica, exaltaba la institución matrimonial por encima del estado de virginidad apostólica (celibato y votos)⁶⁸. En cambio, los calvinistas ponían el acento en que el matrimonio está constituido por Dios, aun no siendo un sacramento, y se fundamenta en el libre consentimiento de los contrayentes⁶⁹.

En materia de sexualidad es reseñable que para los protestantes el matrimonio debía de dar satisfacción suficiente para que éstos no buscasen consuelo en otros sitios⁷⁰. Además, CALVINO considera que el acto sexual es un “don de Dios” que podía justificarse no sólo con el objetivo de la procreación, la cual, por otra parte, debía restringirse a los hijos que se pudieran mantener⁷¹.

Progresivamente, tanto la Iglesia católica como la Iglesia reformista, trataran de moralizar la sexualidad superando una cierta permisividad anterior. No obstante, esta preocupación moralizante penetraba con dificultad en las zonas rurales dónde la

⁶⁷ LEBRUN, Jean-Fraçois, BURGUIÈRE, André, “El cura, el príncipe y la familia” (Coord. BURGUIÈRE, André; KAPLISCH-ZUBER, Christiane; SEGALÉN, Martine; ZONABEND, Françoise), *Historia de la familia*, Alianza Editorial, vol. II, Madrid, 1988, pág. 99.

⁶⁸ REINA BERNÁLDEZ, Víctor; MARTINELL GISPERT - SAÚCH, Josep Maria, *Curso de Derecho matrimonial*.l... cit., pág. 116.

⁶⁹ ROIGÉ VENTURA, Xavier, “Amor, Sexualitat i Reproducció social a l’Europa preindustrial” cit., pág. 69.

⁷⁰ Así, en la Inglaterra del siglo XVIII, se prohibieron las relaciones sexuales por Cuaresma y todos los domingos. La condena del Pecado de Onan también estaba presente en las tradiciones teológicas protestantes. Vid. STONE, Lawrence, *Familia, sexo y matrimonio en Inglaterra, 1500-1800*, Fondo de Cultura Económica de España, S.L., México, 1990, pág. 254.

⁷¹ LEBRUN, Jean-Fraçois; BURGUIÈRE, André, “El cura, el príncipe y la familia” cit., págs. 103 a 104.

permisividad sexual hacia los jóvenes era visto como un medio de contentarlos y hacerlos cooperar con las estrategias familiares⁷².

Sobre las anteriores bases la expresión de la sexualidad sobre todo en las clases altas y en los albores de la Edad Moderna se desdobló en dos modelos: uno, el conyugal, dedicado sobre todo a la procreación; y otro, extramatrimonial, caracterizado por el amor y el placer sexual⁷³. Ahora bien, el patrón de matrimonio de la Europa occidental se caracterizaba por la elevada edad de los contrayentes por lo que, en orden a la satisfacción sexual, se creó una “nueva moral” que toleraba e incluso incitaba la experimentación sexual masculina aunque, por el contrario, insistía en la virginidad femenina hasta el matrimonio. De ahí, que la prostitución fuera un fenómeno creciente⁷⁴.

Parece claro, y así lo sostiene FLANDRIN, que existía un fuerte desajuste entre la doctrina oficial católica y el comportamiento del pueblo⁷⁵. Señala SEGALLEN⁷⁶, que aunque las relaciones de afecto se expresasen de una manera diferente, esto no significa que no existieran. Así, mientras que los burgueses se escandalizaban por la manera como los campesinos trataban a sus mujeres, las relaciones amorosas entre los burgueses eran consideradas en el medio rural como algo ridículo por las formas que utilizaban.

Vemos, pues, que el análisis del papel de las relaciones afectivas no puede separarse de las condiciones económicas y sociales en que viven las personas⁷⁷.

⁷² Ibídem, pág. 130.

⁷³ ROIGÉ VENTURA, Xavier, “Amor, Sexualitat i Reproducció social a l’Europa preindustrial” cit., pág. 71.

⁷⁴ STONE, Lawrence, *Familia, sexo y matrimonio en Inglaterra* cit., págs. 249 y ss.

⁷⁵ FLANDRIN, Jean Louis, *Les amours paysannes: amour et sexualité dans les campagnes del’ancienne France (XVI-XIXè siècle)*, Gallimard-Julliard, Paris, 1975, págs. 243 y ss.

⁷⁶ SEGALLEN, Martine, *Amours et mariages de l’Ancienne France*, Bibliothèque Berger-Levrault, París, 1983.

⁷⁷ Nos referimos a una época en la que está arraigado un importante rechazo social de la ilegitimidad, en que hay una precaria situación económica de una gran mayoría, y en que la utilización consciente y premeditada de métodos anticonceptivos es absolutamente excepcional.

En definitiva, de la época que acabamos de examinar hemos podido constatar el intento de control de la sociedad por parte de la Iglesia –en mayor medida que los protestantes en sus distintas corrientes– a partir de una doctrina sobre la sexualidad y sobre el matrimonio vertebrada casi exclusivamente en torno al fin procreativo, con apenas relevancia de los aspectos afectivos y, muy especialmente, en lo que se refiere a la mujer a la que se atribuye un rol meramente pasivo al servicio de la reproducción. Y que contra esta visión un tanto monolítica y utilitarista (perpetuación de la especie humana) aparecen otras manifestaciones de la sexualidad (con las características propias derivadas de cada contexto socio-económico) más espontáneos, que no tienen cabida en el anterior esquema, pero que serán el germen de un reconocimiento ulterior –aunque no precisamente en el seno de la Iglesia– de las reivindicaciones que acabarían dando lugar más tarde a una concepción del matrimonio al servicio del individuo y no al contrario y al reconocimiento de determinados derechos de minorías sexuales.

1.5. Edad Moderna y Contemporánea

En el siglo XIX, se constatan cambios importantes en la expresión del amor y de la sexualidad. Por un lado, el romanticismo marcaría la extensión de un nuevo discurso sobre el matrimonio que reclamaba una coincidencia entre la alianza y el amor y que suponía la exaltación en el binomio amor y sexualidad. Por otro lado, las transformaciones demográficas comportaron variaciones en los conceptos sobre el ciclo de vida y la relación de pareja, con la progresiva disminución de la mortalidad y la posterior disminución de la natalidad. Por este motivo, se fueron transformando poco a poco las concepciones sobre el cuerpo humano y la sexualidad, con una pérdida de la hegemonía del discurso religioso y una progresiva importancia de los discursos científicos.

Nuevas corrientes filosóficas proliferaron como consecuencia de la Ilustración y la Revolución francesa, que provocaron un cambio en la forma de concebir la sexualidad en Europa y en el Mundo, sin que ello signifique la dimisión de los pensamientos conservadores y religiosos.

Dos de los fenómenos, entre otros, a los que se tendrá que enfrentar la sociedad cada vez más visibles serán el travestismo y la homosexualidad. Sobre este último veremos

cómo las personas homosexuales se unieron creando asociaciones y colectivos en defensa de sus intereses y derechos, sobre todo a raíz de la revuelta acontecida en Stonewall (Estados Unidos) en el año 1969, en que personas que pertenecían a ciertas minorías sexuales se echaron a las calles para reivindicar un espacio en la sociedad y de paso dejar de ser invisibles tanto desde el punto de vista social como normativo.

La evolución social de la familia, el surgimiento de nuevas concepciones filosóficas, la homosexualidad y otras realidades de la sexualidad que habían permanecido oficialmente encubiertas hasta entonces serán claves para entender la sexualidad en el periodo histórico que estudiamos.

1.5.1. Evolución del concepto de la familia

En cuanto a la evolución del concepto de la familia, citaremos las principales modificaciones que afectan a la familia entre el siglo XIX y el primer tercio del siglo XX, y que concretamos a continuación. Por un lado, el modelo de amor romántico marcó desde mediados del siglo XIX un nuevo discurso sobre el amor, el matrimonio, la familia y la sexualidad. Durante esta época se extendió una idea del matrimonio por amor, en el que el hombre y la mujer adquirirían un rol específico y determinado, el primero, más al exterior de la casa y, la segunda más al interior de la misma y que se realizaba a través del matrimonio y de la maternidad⁷⁸.

Por otro lado, los jóvenes trataban de esquivar el control social, integrando la sexualidad en sus ideas y atenuando las presiones que la comunidad ejercía en las elecciones individuales de sus miembros. Los elementos en que se manifestaban estos cambios eran: a) el incremento de la tendencia a casarse con personas de la misma edad; b) la disminución de la distancia social entre hombres y mujeres en las relaciones extramatrimoniales; c) una distribución escalonada de los nacimientos a lo largo del matrimonio. Además, cabe destacar, que en el siglo XVIII el aumento considerable de

⁷⁸ ROIGÉ VENTURA, Xavier, “Burguesos i obrers. La família i la sexualitat contemporània (S. XIX-principi del XX)” en *Sexualitat, Història i Antropologia* (Coord. ROIGÉ, Xavier), Universitat de Lleida, 1996, pág. 83.

los nacimientos ilegítimos y de los embarazos prematrimoniales, serían consecuencia de un menor control comunitario de la sexualidad⁷⁹.

La aparición de esta nueva concepción del amor fue sobre todo el resultado de la construcción, por parte de la burguesía, de un modelo ideológico de familia adecuado a las nuevas necesidades reproductivas; se separa el ámbito privado de las esferas de la producción, de la reproducción y de la residencia; y se elabora el concepto de privacidad. Por otra parte, el dualismo amor / matrimonio incrementaría, tal como se concebía entonces, las diferencias de funciones sociales entre hombre y mujer⁸⁰.

Ese concepto de privacidad derivado de separar la producción del grupo doméstico se manifestaría en tres aspectos⁸¹: primero, el dualismo amor / matrimonio empezaría a desaparecer en las clases privilegiadas y, en consecuencia, el amor y la satisfacción sexual se concebirían, al menos sobre el papel, como algo imbricado en la interioridad del propio matrimonio; segundo, se profundizaría en la distinción de roles entre hombre y mujer, asignándose al sexo femenino un nuevo papel, doméstico, de mujer / madre; tercero, adquiere especial relevancia la vida doméstica, como dominio privado separado del trabajo, considerado un espacio dónde descansar.

Nos hemos referido al ideal de clase burguesa, pero también es importante apuntar las características, en este periodo, de la familia obrera. Ésta se caracterizaba por una gran movilidad, como consecuencia de las necesidades que llevaban aparejadas los inicios de la industrialización, con desplazamientos y cambios de pareja frecuentes. Además, la familia se constituye como una institución de supervivencia, que permitía a la pareja y a sus hijos soportar las duras condiciones de la época⁸². Por ende, somos de la opinión de que, más que una desintegración de la familia, se estaba asistiendo a la formulación de

⁷⁹ Un glosario sobre esta cuestión en SHORTER, Edward, *The making of the modern family*, Basic Books, 1975.

⁸⁰ ARTOUS, Antoine, *Los orígenes de la expresión de la mujer*, Fontamara, Barcelona, 1979, págs. 35 y ss.

⁸¹ ROIGÉ VENTURA, Xavier, “Burguesos i obrers. La família i la sexualitat contemporània (S. XIX-principi del XX)” cit., pág. 86.

⁸² *Ibídem*, pág. 90.

un nuevo prototipo familiar, que no alcanzaría a consolidarse porque después la clase obrera iría adoptando el modelo familiar burgués.

Desde mediados del siglo XIX y, sobre todo, a partir del último tercio del siglo, las clases dirigentes se propusieron mejorar las condiciones familiares de los obreros mediante una verdadera “campaña de moralización”⁸³. El objetivo era crear la “familia obrera” y conseguir una mano de obra menos conflictiva. Los conceptos de amor y de matrimonio fueron un poderoso elemento ideológico que pronto caló entre los obreros. Por tal motivo, hacia al final del siglo XIX, la Iglesia, el Estado, el tejido empresarial y las sociedades de beneficencia impulsaron los modos de vida obreros entorno a un modelo familiar conforme a las normas procedentes de la clase burguesa, insistiendo especialmente en un reparto sexual de los trabajos y una atención más grande a los hijos y a la vivienda doméstica. Esta época de “familiarización”⁸⁴ se expresa en diferentes aspectos⁸⁵: se procura mejorar las condiciones del habitáculo y la fijación residencial de los obreros, construyéndose grandes zonas de viviendas junto las fábricas; se difundió el ideal de la unión conyugal legítima y exclusiva; las familias fueron formando núcleos restringidos apartándose del grupo familiar todos los que no eran miembros de la familia nuclear; y, se implantaron diversas prestaciones para el desarrollo y protección familiar y personal, como escuelas, dispensarios o mutuas de socorros. Como consecuencia de todo ello, las casas obreras empezaron a mejorar lentamente, ganando en espacio y en intimidad. Un ejemplo de ello es que la habitación de los padres se separó de la de los hijos, y según PERROT, estos cambios implicaban el tener un espacio íntimo para dormir lo que significa un “sentido creciente de individualidad del cuerpo”⁸⁶.

⁸³ FOUCAULT, Michel, *Historia de la sexualidad*, Siglo XXI, Madrid, 1978. La obra es un glosario sobre la cuestión objeto de estudio.

⁸⁴ Las colonias industriales son un ejemplo de esta voluntad de la burguesía de “familiarización” de los obreros.

⁸⁵ ARTOUS, Antoine, *Los orígenes de la opresión...* cit., págs. 40 y ss. La obra trata reiteradamente sobre la cuestión.

⁸⁶ PERROT, Michelle, *Historia de la vida privada. De la Revolución Francesa a la Primera Guerra Mundial*, vol. IV, Taurus, Madrid, 1989, pág. 326.

Una de las bases de estas familias obreras fue la dedicación de la mujer a las labores doméstica, consolidándose la idea de que la mujer debía ocuparse del hogar. Que la mujer pudiese permanecer en casa significaba para la clase obrera un signo de cierto bienestar material, un deseo lógico de asimilación de las mejoras en las condiciones de vida de la clase burguesa.

Lo anterior suponía ahondar en la diferenciación de roles entre marido y mujer en el matrimonio. En este sentido, durante el siglo XIX, el marido era considerado a nivel legal como una especie de magistrado doméstico que había de procurar por la conducta de la mujer y estaba autorizado por el *status* conyugal a hacer uso de la violencia, siempre y cuando no excediera los límites de lo que se consideraba natural, de las costumbres, de la ley y de la finalidad legítima del matrimonio. El marido podía, también, forzar a su mujer a tener relaciones sexuales incluso si ella no lo deseaba⁸⁷. Esta situación de desigualdad de la mujer se expresaba además en la regulación del adulterio como delito y se castigaba mucho más severamente las mujeres que a los hombres. En Francia, mientras que el adulterio femenino sin más era delito, el del hombre sólo lo era cuando se cometía de forma continuada o cuando la concubina era mantenida en el domicilio conyugal, pero no lo era si se mantenía en un lugar secreto, lo cual se consideraba sólo como una injuria grave⁸⁸. En España, ocurría lo mismo, pues el delito de adulterio existía siempre en el caso de la mujer adúltera y sólo en caso de concubinato público y notorio si era del hombre⁸⁹. Este tipo de discriminaciones también alcanzaba a las penas a las que podían ser castigados hombre y mujer e, incluso, se extendía a la posibilidad de ser prácticamente excusado el asesinato de la mujer y del cómplice si el marido los sorprendía en adulterio en el domicilio conyugal, pues esta conducta homicida sólo era penalizada con un mínimo castigo⁹⁰.

⁸⁷ ROIGÉ VENTURA, Xavier, “Burguesos i obrers. La família i la sexualitat contemporània (S. XIX-principi del XX)” cit., pág. 95.

⁸⁸ ARNAU-DUC, Nicole, “Las contradicciones del derecho” en DUBY, Georges; PERROT, Michelle,; *Historia de las mujeres*, Taurus, vol. IV, Madrid, 1993, pág. 114.

⁸⁹ En España, el Código Penal de 1848, uno de los textos legales más importantes del siglo XIX, regula la materia relativa al adulterio en el Libro II, integrado en el Capítulo I del Título X, que comprende los delitos contra la honestidad.

⁹⁰ ARNAU-DUC, Nicole, “Las contradicciones del derecho”... cit., pág. 114.

También en el orden civil se producían discriminaciones significativas, siendo una de ellas la necesidad de la venia marital para determinados actos jurídicos de la mujer⁹¹. Asimismo, y como dato muy revelador, hay que recordar el sentido originario de las medidas provisionales previas de separación, referidas a la mujer casada. Solo la mujer, en cuanto que especialmente necesitada de protección y para que no pudiera ser acusada injustamente de abandono familiar, podía solicitar dichas medidas, anteriores a la interposición de la demanda principal, debiendo señalar el domicilio dónde debía quedar

⁹¹ Se conoce como licencia marital aquella que la mujer casada, mayor de edad, necesitaba obtener de su marido para poder celebrar válidamente determinados actos jurídicos. Esta licencia era también conocida con los nombres de autorización marital y venia marital. En España, la desaparición de la licencia marital, con la ley de Reforma del Código Civil, de 02.05.1975, se veía limitada en la práctica por la permanencia del papel del marido como administrador de la sociedad de gananciales y por la resistencia de notarios y registradores a la hora de legalizar compras de mujer casada en régimen de gananciales aunque, finalmente, se optó por la plena facultad de la mujer respecto a sus propios bienes, aún casada y en régimen de gananciales. Además, la Ley trajo la innovación de permitir otorgar las capitulaciones después del matrimonio. El desconocimiento de la Ley impedía, en ocasiones, que la mujer ejerciese sus plenos derechos, por ejemplo, en el caso de algunos bancos, que, contra la Ley, exigían consentimiento marital a la mujer a la hora de abrir cuenta corriente. En Cataluña la Compilació de 1960 supuso la supresión de la venia marital. Medida que supuso un avance y una alegría tanto para las mujeres como para la mayoría de los maridos que les molestaba que habitualmente tuviesen que acompañar y autorizar a su esposa para realizar cualquier acto. A pesar de lo anterior, los originarios artículos 321 y 322 del CDCC prohibían la intercesión de la mujer casada a favor del marido. No obstante, era práctica habitual, sobre todo en la banca, incorporar la renuncia a este derecho. Así quedaba reflejada la tradicional prohibición de interceder en la redacción originaria del Capítulo I del Título I del Libro IV, “De las obligaciones y contratos y de la prescripción”, de la Compilación (arts. 321 y 322): “*Art. 321. La mujer no quedará obligada, en virtud de fianza o intercesión por otro, pudiendo repetir como indebido lo que hubiere pagado o cumplido por ello. No gozarán de este beneficio: las mujeres que afianzaren o intercedieren mediante remuneración o compensación proporcionada u obrando con dolo; las que ejercieren el comercio, y las que, después del afianzamiento, llegasen a ser deudoras principales de la obligación. Este beneficio será renunciabile de modo expreso en todo momento. Art. 322. Será nula de pleno derecho toda fianza o intercesión de mujer casada a favor de su marido, salvo el caso de que el importe del crédito se hubiere invertido en utilidad de ella misma y sin que su confesión o reconocimiento constituya prueba de tal inversión. Cuando marido y mujer se obliguen conjuntamente, esta, aunque participasen otras personas, responderá con carácter mancomunado simple. Serán válidas las hipotecas constituidas conjuntamente por marido y mujer, solos o con otros partícipes, si la obligación garantizada es mancomunada y proporcional a sus respectivas cuotas o derechos en la cosa hipotecada*”. LINARES PINEDA, José Luis, “Una pieza del inventario institucional romanístico de la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña de 1960”, *La Notaria*, 4/2011-1/2012.

depositada. Este concepto de “depósito de la mujer casada”, vejatorio desde nuestra perspectiva, tenía su fundamento en la presunción de falta de capacidad de la mujer para regir debidamente su persona en todos los ámbitos. Y así era, como con el matrimonio la mujer pasaba de la mano del padre a la mano del marido que era quien desde entonces debía cuidar de ella. Cuando se rompía el matrimonio debía pasar al cuidado del padre, o de otros familiares o personas que pudieran atenderla⁹². Obviamente, la propia dinámica de los hechos acabó por desnaturalizar esta previsión legal, sobre todo, porque incluso mucho antes de que se modificara la ley, las mujeres comenzaron a señalar como domicilio donde ser “depositadas” el propio domicilio familiar, y los jueces, con buen criterio, comenzaron a hacerles caso.

Otras discriminaciones eran, a título de ejemplo, la prohibición especial de la mujer de contraer nuevas nupcias antes de los trescientos un días de haber quedado viuda (para evitar problemas de determinación de paternidad)⁹³, o, incluso, el hecho de que, conforme el impedimento de edad, pudiera casarse antes que el varón⁹⁴, cosa que lejos

⁹² La mujer que se atrevía a pedir la separación debía abandonar el domicilio conyugal para ser depositada en otro domicilio, en el de los padres o el de algún familiar. Como el marido era el administrador exclusivo de los bienes gananciales, la mujer, además de perder su hogar, se quedaba sin dinero. Y por si fuera poco, se le retiraba la guarda de sus hijos. Todo ello demuestra su débil protección legal respecto al marido. La redacción inicial del Código Civil de 1889 en su artículo 68 apartado 2º regulaba: *Interpuestas y admitidas las demandas de que habla el artículo anterior, se adoptarán, mientras dure el juicio, las disposiciones siguientes: 2ª Depositar la mujer en los casos y forma prevenidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil.* La primera versión de la LEC vigente de 01.04.1881 a 13.05.1958, regula el depósito de la mujer casada en los artículos 1.886 a 1.900. Posteriormente dichos preceptos fueron modificados por Ley de 24.04.1958, vigente hasta el 07.01.2001. Estos artículos 1.886 a 1.900 han sido derogados por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

⁹³ El artículo 45.2º del Código Civil regula: *está prohibido el matrimonio: A la viuda durante los trescientos un días siguientes a la muerte de su marido, o antes de su alumbramiento si hubiese quedado encinta, y a la mujer cuyo matrimonio hubiera sido declarado nulo, en los mismos casos y términos, a contar desde su separación legal.*

⁹⁴ Resulta significativo que desde la Ley provisional de 1870 y después en la regulación en el Código civil español, la edad se estableciera a los catorce años para el varón y los doce para la mujer, copiándolo del Derecho canónico precodicial. Y pese a que el propio Derecho canónico, aun manteniendo la discriminación por razón de sexo, elevó dicha edad a los dieciséis años para el varón y catorce para la mujer desde el CIC de 1917, en el Derecho civil español se mantuvieron por inercia las edades antes indicadas, nada menos que hasta la reforma del Código civil por Ley 30/1981, de 7 de julio, en que se equiparó el régimen entre hombre y mujer estableciéndose la exigencia de la mayoría de edad o de la

de constituir una mayor libertad iba encaminada a encauzarla por la vía del matrimonio y de la maternidad lo antes posible.

En este orden de cosas, cabe señalar, que todavía, a finales del pasado siglo XX el Código civil español tuvo que ser reformado en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo⁹⁵. Entre otros artículos reformados estaban las referidas a la vecindad civil y al régimen económico matrimonial (puesto que la ley partía del principio de *vis atractiva* en favor del marido de la vecindad civil y del régimen económico matrimonial); o el inciso del artículo 1.267 del Código civil, que fue suprimido, en lo referente al sexo de la persona coaccionada entre las circunstancias a tener en consideración para valorar la gravedad del miedo.

1.5.2. La sexualidad en la Edad Moderna y Contemporánea

La primera noche nupcial era el momento privilegiado del modelo sexual entonces vigente. El culto a la virginidad y el romanticismo hacían que el tálamo nupcial representara una suerte de santuario o altar donde tenía lugar el acto sagrado de la reproducción. La frecuente presencia del crucifijo y de imágenes sagradas acentuaba el carácter religioso del lugar. Es una época en que la procreación continúa justificando prácticamente en exclusiva la relación sexual matrimonial⁹⁶.

Otro elemento a tener en cuenta son las falsas creencias, supuestamente científicas, sobre la sexualidad del hombre y, sobre todo, de la mujer. Durante todo el siglo XVIII y XIX las teorías ovistas, relacionadas con el descubrimiento del óvulo de las mujeres, sostenían que el óvulo tiene un embrión formado, y ello cuando ya desde el mismo siglo

emancipación y con posibilidad de dispensa desde los catorce años. En todo caso, estamos ante un tema muy vinculado a la sexualidad, porque el establecimiento de edades tempranas para el matrimonio obedece a prejuicios morales de que dicha sexualidad pueda encauzarse desde un primer momento a través del matrimonio, en aquellos planteamientos en que solo se legitima su ejercicio a través de dicha institución. Y una evidencia de este trasfondo argumental se encuentra muy explícitamente expuesto en la Ley provisional de matrimonio civil de 1870.

⁹⁵ Ley 11/1990, de 16 de octubre, sobre reforma del Código civil español en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo.

⁹⁶ ROIGÉ VENTURA, Xavier, “Burguesos i obrers. La família i la sexualitat contemporània (S. XIX-principi del XX)” cit., pág. 96.

XVIII se había demostrado que era necesario el contacto directo del semen con el óvulo para la fecundación. Estas teorías ovistas reforzaban el papel secundario de la mujer en las relaciones sexuales, pasivo en cuanto al placer, que no era indispensable para la procreación, al contrario que en el hombre según se creía⁹⁷.

En materia de determinadas prácticas sexuales al margen del fin procreativo como eran la masturbación, las relaciones homosexuales y la prostitución, parece claro que eran consideradas ilegítimas aunque de difícil control desde la autoridad. Y desde el punto de vista médico, numerosos autores sostenían que la masturbación implicaba para el hombre una pérdida de energía que acabaría por perjudicar al conjunto del cuerpo provocando una vejez prematura o incluso la muerte; y que en el caso de la mujer no había peligro de agotamiento, pero sí riesgo de otros vicios más perniciosos entre los que se incluía la ninfomanía⁹⁸.

Con el advenimiento del movimiento filosófico de la Ilustración y de la Revolución francesa se va a producir un cambio total en la política y en la sociedad en Francia que va a influir y a extenderse en los demás países europeos. Durante esta época se va a desarrollar el fenómeno de la codificación europea, uno de cuyos primeros resultados fueron la redacción de los Códigos civil (1804) y penal (1810) en Francia, bajo el auspicio del emperador Napoleón⁹⁹. Los Códigos mencionados no castigaban las relaciones homosexuales consentidas entre adultos e, incluso, se legalizaron en algunos Países como Portugal (1852) y Polonia (1932). En Inglaterra, se abolió la pena de muerte por conductas homosexuales (1861). En cambio en España no se despenalizarán las conductas homosexuales hasta 1979¹⁰⁰.

⁹⁷ NARTOZKY, Susana, *Memoria y proyecto docente*, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1993, págs. 5 y ss.

⁹⁸ ROIGÉ VENTURA, Xavier, “Burguesos i obrers. La família i la sexualitat contemporània (S. XIX-principi del XX)” cit., pág. 99.

⁹⁹ El Código penal francés de 1810 ignoraba el delito de conducta homosexual, el de 1832 lo introduce cuando se practica con menor de once años, el del 1863 con menor de trece años y así progresivamente hasta su total despenalización. Véase ROIGÉ VENTURA, “Burguesos i obrers. La família i la sexualitat contemporània (S. XIX – principi del XX)” cit., pág. 100.

¹⁰⁰ *Ibidem*, págs. 100 a 101.

Las ideas liberales no cuajaron de igual forma en todos los países de nuestro entorno. Así, podemos comprender como en Alemania se castigaba la homosexualidad (artículo 175 del Código Penal); en los Países Bajos (Código penal de 1911) se produjo el aumento de la edad de consentimiento para mantener relaciones entre homosexuales, estableciéndose a los veintiún años, o en Finlandia (Código penal finlandés de 1889) donde se castigaba con penas de hasta dos años de cárcel¹⁰¹.

Las prácticas homosexuales, además de ser objeto de este tratamiento jurídico-penal, también lo fueron por parte de una nueva disciplina que surgiría en el siglo XIX denominada “sexología” y que tiene como finalidad estudiar científicamente los comportamientos sexuales de las personas. La sexología consideraba la homosexualidad, masculina y femenina, como una enfermedad, como un trastorno patológico, de manera que tales conductas pasan a ser reprobadas socialmente y a ser tratadas médicamente, produciéndose lo que se denomina la “medicalización de la homosexualidad”¹⁰².

En suma, en materia de prácticas homosexuales el marco legislativo parecía inicialmente favorable como consecuencia de la libertad proclamada en los códigos liberales. Pero por otro lado, y aun perdiendo fuerza el discurso eclesiástico que consideraba esta práctica como un pecado, al final del siglo XIX el discurso médico consideró esta práctica como una enfermedad y para ello elaboró una terapéutica basada en fórmulas diversas como la hipnosis, la gimnasia, la vida al aire libre, la castidad, o incluso el recurso a la prostitución con persona de sexo opuesto¹⁰³.

Además de las prácticas homosexuales otro fenómeno destaca en materia sexual a lo largo del siglo XIX: el travestismo, consistente en la adopción de roles del sexo contrario. Dicho fenómeno no era extraño entre sectores sociales diversos pues la marea de romanticismo comportó una relativa extensión de las relaciones románticas, sobre todo feministas, de mujeres que, viviendo juntas o no, mantenían una estrecha amistad e

¹⁰¹ ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina, *Discriminación por orientación sexual...* cit., pág. 44.

¹⁰² *Ibidem*, pág. 44.

¹⁰³ CORBIN, Alain, PERROT Michelle, “Entre bastidores”, en ARIÈS, Philippe; DUBY, Georges, *Historia de la vida privada*, Taurus, vol. IV, Madrid, 1987, pág. 593.

incluso estaban autorizadas a expresar socialmente sus tendencias y emociones íntimas, sin que éstas quedaran asociadas necesariamente a la homosexualidad¹⁰⁴.

Por su parte, la sexualidad extramatrimonial estaba ligada, sobre todo, a la prostitución. En Francia eran habituales las casas de “tolerancia”, que habían tenido su edad de oro a lo largo del siglo XIV, con la triple función de iniciación sexual de los menores, de satisfacción de los solteros y, de apagafuegos de los maridos frustrados¹⁰⁵.

Las prostitutas procedían principalmente de las zonas rurales. Si hasta el siglo XVIII la prostitución había sido condenada como un mal social, aunque un mal inevitable y necesario, a lo largo del siglo XIX fue fuertemente reglamentada. Los partidarios de su regulación lo justificaban por cuestiones de salud y por la consideración de esta actividad como un mal social necesario. Todo ello partiendo de una doble moral que condenaba a la mujer prostituta pero no al hombre usuario¹⁰⁶.

Por lo que se refiere a la prostitución en España, en el año 1885, se creó la sección de Higiene Especial para “reprimir y evitar, en lo posible, los males del vil tráfico de que se trate, sin que se entienda en ningún caso que se dispensa la más mínima protección a unos actos reprobados por la decencia, la moral y la religión católica”¹⁰⁷, creando un cuerpo especial de médicos. A cambio de la protección gubernativa, las prostitutas inscritas se obligaban a ser sometidas a reconocimientos médicos y a “cumplir cuantas medidas tiendan a reprimir los males físicos y morales que provienen de su vil tráfico”¹⁰⁸, en tanto que, tratándose de actos contrarios a los principios morales vigentes, se les prohibía hacer ostentación pública, prohibiéndoseles hablar con hombres o andar con ellos “sin el recato y compostura de las mujeres honestas”.

¹⁰⁴ WALKOWITZ, Judith, “Sexualidades peligrosas”, en DUBY, Georges; PERROT, Michelle: *Historia de las mujeres*, Taurus, vol. IV, Madrid, 2000, págs. 369 a 404.

¹⁰⁵ CORBIN, Alain; PERROT, Michelle, “Entre bastidores” cit., pág. 593.

¹⁰⁶ ROIGÉ VENTURA, Xavier, “Burguesos i obrers. La família i la sexualitat contemporània (S. XIX-principi del XX)” cit., pág. 103.

¹⁰⁷ CAPEL, Rosa Maria, *Mujer y sociedad en España, 1700-1975*, Ministerio de Cultura, Madrid, 1982, pág. 284.

¹⁰⁸ ROIGÉ VENTURA, “Burguesos i obrers. La família i la sexualitat contemporània (S. XIX – principi del XX)” cit., págs. 100 a 101.

En España, las corrientes abolicionistas fueron extendiéndose a lo largo del siglo XIX entre un sector de pensadores liberales, las doctrinas revolucionarias y grupos de feministas, con el apoyo de sectores socialistas y anarquistas¹⁰⁹. Con todo, estas posturas colisionaban con un sentimiento mayoritario que veía esta práctica un mal menor que era necesario controlar para evitar su expansión y mantenerla como hecho social marginal y concentrado en determinados lugares. La prostitución no fue declarada ilegal en España hasta 1935, mediante un decreto¹¹⁰. Después de la Guerra Civil fue nuevamente regulada hasta 1956, año en que fue otra vez ilegalizada mandándose el cierre definitivo de todos los burdeles¹¹¹.

Refiriéndonos de nuevo a la homosexuales pero haciendo hincapié aquí a su papel como capsula iniciadora de las reivindicaciones de los colectivos sexuales minoritarios, cabe recordar que, tras la Segunda Guerra Mundial, los regímenes políticos comunistas en la Europa del Este liderados por la Unión Soviética persiguieron las prácticas homosexuales, aunque progresivamente las legislaciones fueron atenuando paulatinamente esta postura llegando a algunos casos a su legalización (Hungría en 1961, en Checoslovaquia en 1962, y en Bulgaria en 1968)¹¹². Mientras tanto en el mundo occidental, y como ya se ha indicado anteriormente, el año 1969, que es cuando se produjeron las denominadas Revueltas de Stonewall, fue crucial para el movimiento homosexual. El 28.06.1970, en el aniversario de dicha revuelta tuvo lugar en Nueva York la primera marcha por el orgullo lésbico y gay, celebración que se repite

¹⁰⁹ Ibídem, pág. 104.

¹¹⁰ Decreto del 28.06.1935, *Gaceta de la República*, 30.06.1935. Vid. también la Orden de 11.07.1935 (complemento del anterior decreto), *Gaceta de la República*, 13.06.1935.

¹¹¹ Aunque en 1956, una disposición ministerial (Decreto-Ley de la Jefatura de Estado de 3 de marzo, sobre abolición de centros de tolerancia y otras medidas relativas a la prostitución) prohíbe la prostitución legal y ordena cerrar las casas de tolerancia, eufemismo con que se denominaban los prostíbulos por aquel entonces, aquélla se continuó ejerciendo de manera semiclandestina. NICOLÁS-LAZO, Gemma, *La reglamentación de la prostitución en el Estado español: Genealogía jurídico-feminista de los discursos sobre prostitución y sexualidad*, Departament de Dret Penal i Ciències Penals. Universitat de Barcelona, 2007, pág. 603.

¹¹² ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina, *Discriminación por orientación sexual* cit., pág. 47, nota 44.

anualmente ampliado a otros colectivos sexuales minoritarios como transexuales y bisexuales¹¹³.

A partir de este momento, van a ir surgiendo en todo el mundo grupos y asociaciones, bien legales, bien de carácter clandestino, según el país y la legislación, de estos colectivos. Estas asociaciones comenzaron englobando homosexuales y transexuales, en una causa común. No obstante, a partir de 1971, esta unión va a padecer un periodo de ruptura por divergencias internas entre transexuales y lesbianas. Así, varias mujeres transexuales fundan el Colectivo *Transexual Activist Organization* y comienzan a publicar la revista “MoonShadow”. Con posterioridad, salvando las dificultades del movimiento homosexual, lésbico y transexual se han vuelto a reunir en grandes organizaciones para tener una mayor fuerza e influencia¹¹⁴.

2. LA INFLUENCIA DEL CRISTIANISMO EN LA SEXUALIDAD

2.1. Introducción

Ya han quedado expuestas, en lo fundamental, las líneas básicas del pensamiento cristiano en materia de moral sexual. Pero atendiendo a la enorme influencia que ha tenido en la historia la importante presencia que aún mantiene –bien que diluida en el pluralismo de una sociedad cada vez más desacralizada–, le dedicamos este apartado especial.

A continuación analizaremos la influencia social que ha tenido la doctrina cristiana de la Iglesia en materia de sexualidad a lo largo de la historia. Para ello, y ante la imposibilidad de detenernos minuciosamente en el estudio de este fenómeno, nos fijaremos en los aspectos o momentos históricos que nos han parecido clave en todo

¹¹³ RAMOS CANTÓ, Juana, “Las asociaciones de transexuales”, en *Transexualidad. La búsqueda de una identidad* (coord. BECERRA – FERNÁNDEZ, Antonio), Díaz de Santos, Madrid, 2003, pág. 127.

¹¹⁴ Se ha señalado que se reflejaron actitudes discriminatorias dentro del movimiento homosexual masculino hacia las mujeres lesbianas y hacia los transexuales, pero también dentro del movimiento lésbico hacia las personas transexuales. RAMOS CANTÓ, Juana, “Las asociaciones de transexuales” cit., págs. 127 a 128.

este proceso. No entraremos en las razones últimas de los criterios eclesiásticos sobre moral sexual, que muchas veces infringieron sus mismos e incluso máximos representantes, pero no podemos silenciar la más que probable conexión de dicha moral con una cuestión de poder y control. Si el deseo sexual es uno de los más intensos que puede sentir el ser humano y, si la práctica de ese deseo, fuera de los estrictos cauces matrimoniales admitidos es considerado pecado, y además, de todo esto, la autoridad eclesiástica se presenta como única legitimada para perdonar estos pecados, las probabilidades de sumisión del fiel son grandes.

El primer aspecto importante es la delimitación por parte de la doctrina cristiana de los estrictos y exclusivos cauces en los que en el ejercicio de la sexualidad no es pecado. El cauce legítimo sin duda es el matrimonial, pero además, en el modo natural según lo entiende la Iglesia y siempre manteniendo abierta la posibilidad procreativa, ya que el hecho de poner cualquier medida encaminada a evitar artificialmente la procreación se considera una desnaturalización del acto sexual.

Un segundo punto de interés lo constituye la noción de celibato sacerdotal, su justificación oficial y sus concausas materiales. En 1139, el Papa INOCENCIO II declaró el orden sacerdotal como impedimento para contraer matrimonio, sin perjuicio de que ya anteriormente fuera considerado impedimento “impediente”, es decir, prohibición para contraer matrimonio pero cuya transgresión, aún constituyendo un ilícito canónico, no comportaba, a diferencia de los impedimentos dirimentes, la nulidad del matrimonio.

Un tercer estadio al que vamos a prestar cierta atención es el del Concilio de Trento y sus disposiciones en materia matrimonial, que tiene que ver con la desconfianza de la autoridad eclesiástica respecto de sus fieles y las posibles conductas ilícitas que se tratan de evitar. Asimismo y dentro del siglo XVI también trataremos un dato histórico que confirma la legitimación de la sexualidad sólo en función de la ordenación procreativa. Nos referimos a la doctrina de SIXTO V, en contestación a una epístola del nuncio de España, en la que prohíbe el matrimonio a los eunucos y espadones.

Finalmente, abordaremos el tratamiento de la homosexualidad por el cristianismo y en qué medida queda reprobada la conducta homosexual.

2.2. La influencia del cristianismo en la sexualidad y en el matrimonio

Hablar de religión en Occidente es, por excelencia, hablar de cristianismo. El cristianismo aparece como una manifestación religiosa que, por primera vez, separa lo sagrado de lo político aunque en su evolución se producirán importantes confusiones y se inserta en la sociedad romana, tolerante en cuestiones sexuales¹¹⁵. Hasta el siglo III la cuestión sexual (en cierto modo como la religión) pertenece al ámbito estrictamente privado, en el que sólo interviene el Estado cuando afecta al orden social; no obstante, entre los siglos III y XVIII, el cristianismo articulará las normas relativas al comportamiento sexual¹¹⁶.

Históricamente la Iglesia ha concebido el ejercicio de la sexualidad como pecaminoso siempre que no sea en el cauce matrimonial y abierto a la procreación, poniendo la sodomía como ejemplo paradigmático contrario de acto ilegítimo¹¹⁷. Según GUASCH,

¹¹⁵ El cristianismo comenzó entre un pequeño número de judíos. En el siglo III creció hasta convertirse en la congregación dominante en el norte del mediterráneo. También se extendió de forma importante al este y al sur del Mediterráneo. Desde el siglo V la población europea fue haciéndose mayoritariamente cristiana. Esta situación de predominio se consolida en la Edad Media. Progresivamente, la influencia se hizo notar en las instituciones y en el Derecho secular: la igualdad de todos ante Dios, la mejora de la posición social de la mujer, del esclavo, del pobre, el desamparado. Simultáneamente existían regímenes políticos seculares (reinos, imperios) y estructuras de poder en las que lo religioso y lo secular, aun siendo distintos, estaban unidos en la misma persona (obispos). Esa coincidencia en una misma persona de una autoridad religiosa provocó conflictos. Pero al mismo tiempo, la concurrencia, separación o interacción de las jurisdicciones secular y espiritual en Europa fue una fuente importante para el desarrollo de la tradición jurídica occidental. La unidad religiosa de los pueblos europeos se tradujo en el concepto de Cristiandad. La Cristiandad no era propiamente un régimen político concreto, sino una comunidad transnacional de personas, que se desarrolla frente a sociedades de signo religioso distinto (pagana, musulmana), cuyos miembros tienen en común la misma religión, los mismos ideales y compromisos temporales. La diferencia con la Iglesia es que ésta es la comunidad sobrenatural guiada por los sacerdotes, mientras que la Cristiandad es la sociedad temporal de los cristianos guiada por los jefes temporales. PALOMINO LOZANO, Rafael, *Manual Breve de Derecho Eclesiástico del Estado*, Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas3.0, Unported, Madrid, 2013, págs. 9 a 10.

¹¹⁶ GUASCH, OSCAR, “El sexe a l’Occident”, en *Sexualitat, Història i Antropologia* (coord. ROIGÉ, Xavier), Universidad de Lleida, 1996, pág. 146.

¹¹⁷ En este sentido, véase la obra de BOSWELL, JOHN, *Christianisme, tolérance sociale et homosexualité*, Gallimard, París, 1985. No citamos páginas concretas porque toda la obra es un glosario acerca de la sodomía.

el sodomita es un pecador y la sodomía un pecado que incluye toda práctica sexual no reproductiva y otras que lo son pero que están mal hechas¹¹⁸. La acusación de sodomía cumplía funciones de estigmatización social, política, religiosa, o bien servía para impulsar políticas natalistas¹¹⁹.

La noción de sodomía define una normativa sexual que limita la expresión sexual al coito con penetración. En este sentido, el cristianismo define la pareja (sacralizada por el matrimonio) como el único espacio de expresión sexual¹²⁰.

En Occidente, la importancia del cristianismo respecto al control social perdura todavía en la actualidad. No obstante, su legitimidad entra en crisis en el siglo XVIII, se difumina aún más en el siglo XIX y todavía está menos presente en el siglo XX. La Ilustración cuestiona y la Revolución francesa destruye la legitimidad religiosa por el control de las disidencias sexuales. La extensión del Código Napoleónico en la mayoría de las naciones europeas hace de la sexualidad una cuestión estrictamente privada¹²¹. Mientras que en el siglo XIX la ciencia (particularmente la medicina) se encarga del control social de los disidentes (medicalización de la homosexualidad), la teoría de la degeneración definida por MOREL y por MAGNAN es el instrumento que permite edificar una nueva legitimidad para el control social de los disidentes¹²².

A todo esto, ¿Qué posición ocupaba el placer sexual en cuanto a la legitimación del acto sexual? Por de pronto, ninguno, si dicho acto sexual no estaba abierto a la procreación.

¹¹⁸ Fue san PABLO quien situó la *mollities* (pasividad) en el tercer lugar de la escalera de pecados (Corintios, 6, 9). El pecado de pasividad sucedía cuando un hombre permitía que otra persona (hombre o mujer) utilizase el cuerpo para gozar del placer sexual.

¹¹⁹ GUASCH, OSCAR, “El sexe a l’Occident” cit., pág. 145.

¹²⁰ San PABLO escribe que “mejor casarse que quemarse” (Corintios, 7.1.10).

¹²¹ PESET, JOSÉ LUÍS, *Ciencia y marginación: Sobre locos, negros y criminales*, Crítica, Barcelona, 1983, pág. 91.

¹²² HUERTAS GARCÍA-ALEJO, Rafael, “Locura y degeneración”, *Cuadernos Galilei*, número 5, CSIC, Madrid, 1987, pág. 53, señala que “la degeneración debuta en un momento cualquiera de la historia del hombre, frenando su marcha ascendente y dando lugar a un sujeto llamado degenerado que, a partir de ese momento, tiende a retrogradar a una nueva situación análoga (...) a la del hombre primitivo, pero no comparable, porque en función del estado evolutivo de la especie ya no es un ser normal, sino un enfermo”.

Por otro parte, para definir el acto sexual (la copula de suyo apta para la generación) el elemento del placer era absolutamente desconocido, bien de un modo directo, porque al definir el acto sexual (erección, penetración y eyaculación seminal en la vagina) no se hacía mención alguna a dicho aspecto del acto sexual, bien, porque alguna teoría que si aludía a ello, cuando menos alegóricamente (teoría de la cópula saciativa o sedativa), en la práctica tampoco le otorgaban relevancia jurídica alguna. Así, cuando el decreto de 13.03.1977, de la Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe determinó que no era imprescindible para el acto sexual el semen de origen testicular, clarificando así que era válido el matrimonio de los vasectomizados o de los que sufrían obstrucción de los canales deferentes, pareció que se daba la razón a los defensores de la indicada teoría saciativa, en cuanto a que era improcedente partir de elementos científicos o histológicos técnicos habiendo de estar a lo que es el concepto común de la relación sexual según conocimiento o concepto social. Pero a la hora de determinar si en dicho concepto era imprescindible el elemento del placer y de la correspondiente satisfacción sexual, los defensores de la teoría saciativa nunca contestaron, que sepamos, afirmativamente, seguramente porque entendían que esta satisfacción sexual se presumía o, sencillamente, porque no consideraban que fuera un elemento indispensable¹²³. Sin duda, tras el Código de Derecho Canónico de 1983, así promulgado a la luz de la doctrina del Concilio Vaticano II, no puede llegarse a idénticas conclusiones en relación con la irrelevancia del placer sexual, puesto que entre los fines del matrimonio se cita en primer lugar el bien de los cónyuges y entre ellos está sin duda no sólo la complementariedad sino la recíproca correspondencia en el placer sexual. Que esto no afecte al impedimento de impotencia no significa que no se haya dado un paso adelante en lo que tiene el matrimonio de relación interpersonal, además de la tradicional ordenación al fin procreativo.

2.2.1. Perspectivas de la tradición teológica

Este apartado está dedicado a estudiar el pensamiento cristiano en materia de sexualidad en distintos periodos históricos y su influencia. Nos referiremos al pensamiento cristiano primitivo caracterizado por las corrientes estoicista, el dualismo helénico y el

¹²³ MARTINELL GISPert - SAÚCH, Josep Maria, “Consideraciones acerca de la fundamentación actual del impedimento de impotencia” en *Revista jurídica de Cataluña*, 1979, págs. 183 a 197.

neoplatonismo. El pensamiento medieval en donde analizaremos el contenido de los Libros Penitenciales y la teología escolástica. Prestaremos atención a la moral sexual en la época del casuismo que va de Trento hasta el Vaticano II con especial hincapié en las nuevas orientaciones renovadoras, en la encíclica *Humane Vitae* y en la *Declaración Dignitatis Humanae*.

2.2.1.1. Pensamiento cristiano primitivo

En primer lugar, nos detendremos en la influencia del estoicismo. Ésta es directa y evidente, difusa en todo el pensamiento primitivo. Dentro del campo de la moral sexual son muchos los aspectos en que se denota el influjo del estoicismo. La visión unilateral de la sexualidad en orden al fin exclusivo de la procreación hunde sus raíces en el humus del estoicismo. La justificación del acto conyugal por la sola procreación no es una doctrina fundada en la Biblia; en realidad, el origen de esta exclusividad proviene de tendencias paganas transmitidas por el pensamiento agustiniano¹²⁴. Esta influencia estoica en la doctrina de la exclusividad en el fin procreativo del acto sexual ha perdurado hasta nuestros días. Este elemento es el que ha ido creando oscuridad en la evolución de la moral cristiana.

En este, debemos señalar, el papel destacado que ha tenido el dualismo helénico y el neoplatonismo. Su influencia se ha dejado ver en la doctrina sexual a lo largo de la historia de la moral cristiana. Se manifiesta a través de una metafísica despreciativa de la materia y aparece de una manera general en la abstención en todo lo que se refiere al comportamiento sexual, aún dentro del matrimonio. Este influjo se denota en: prohibiciones que hoy nos resultan escandalosas (restricciones en el acto conyugal en determinadas circunstancias); concepciones negativas del acto conyugal como “acto no sin inconvenientes”, es decir, un acto permitido pero escabroso; el pesimismo frente a todo lo sexual; en la misma concepción de virtud de la “castidad” con cierto matiz

¹²⁴ JANSSENS, Louis, “Morale Conjugale et progestogènes” en *Ephemerides Theologicae Lovaienses*, 39, 1963, págs. 787 a 826. Un ejemplo de cristianización de valores estoicos lo vemos en la influencia que tuvo en los escritos el autor MUSONIUS RUFUS. De este autor latino se conservan dos fragmentos en griego, uno de ellos se opone a la contracepción y, en otro, declara ilegítimo buscar el solo placer en el uso del matrimonio y no la procreación, en HENSE, Otto, “Musoni Rufi reliquae”, n. 64, *Lepzig*, 1905, págs. 77 a 78.

restrictivo y de abstención¹²⁵; en el ascetismo como medio para encontrar una vida más pura y más dedicada a la contemplación¹²⁶.

Otros aspectos a resaltar del pensamiento cristiano primitivo son los planteamientos pre-científico y pre-psicológico en los que faltó una concepción personalista para dar un sentido auténtico del comportamiento sexual humano. Más adelante, comienza a aparecer, embrionariamente, una consideración de la sexualidad ligada a lo que hoy conocemos como principio personalista. En este sentido, cabe señalar, como algún autor, como San AGUSTÍN, tuvo influencia en la doctrina sexual¹²⁷.

2.2.1.2. Pensamiento medieval

La moral sexual en la Edad Media queda expuesta fundamentalmente en dos géneros de la literatura escolástica: los Libros Penitenciales y la teología escolástica.

Los Libros Penitenciales (s. VII-XII) se sitúan respecto a la moral sexual dentro de los siguientes parámetros¹²⁸: el uso del matrimonio es únicamente aceptable si está legitimado por una posibilidad de procreación efectiva; se prohíben las relaciones sexuales a los casados incapaces de procrear, trátase de incapacidad permanente (esterilidad o inmadurez sexual) o de incapacidad transitoria (por ejemplo, embarazo); se llegan hasta a prohibir las relaciones conyugales realizadas sin intención expresa de procreación¹²⁹; la sexualidad no es considerada como una realidad capaz de ser portadora de valores humanos o religiosos.

¹²⁵ San AGUSTÍN, Confesiones. 10, 29; 40, dice: “La castidad nos recompone; nos devuelve a la unidad que habíamos perdido dispersándonos”.

¹²⁶ VIDAL, Marciano, *Sexualidad y Cristianismo, Orientaciones éticas y perspectivas sobre la homosexualidad*, El Perpetuo Socorro, 2009, Madrid, pág. 34.

¹²⁷ Sobre la concupiscencia y la continencia sexual en San AGUSTÍN: CROUZEL, Henri, “La concupiscence charnelle selon saint Agustin”, *Bulletín de Littérature Eclésiastique*, n. 88, 1987, págs. 287 a 308.

¹²⁸ VIDAL, Marciano, *Sexualidad y Cristianismo* cit., pág. 37.

¹²⁹ CALLEWAERT, Camille, “Les pénitentiaux du moyen âge et les pratiques contraceptives” en *Supplément* n.74, 1965, págs. 339 a 366.

Es destacable la formulación de la mayor a menor gravedad en las acciones pecaminosas. Los factores que condicionan esta mayor o menor gravedad son cuatro¹³⁰.

Primero, el grado de deliberación o la intención maliciosa del pecador aumentaba proporcionalmente la gravedad de cualquier pecado. Por ejemplo, una polución indeliberada se penaba obligando al penitente a recitar quince salmos. Si la polución era consecuencia de tocamientos deshonestos deliberados, la penitencia se incrementaba con siete días de ayuno a pan y agua.

Segundo, los pecados de los clérigos eran tratados con mayor severidad que los cometidos por los laicos sobre el supuesto de que tal estado de vida hacía más maliciosa la acción de la persona, por lo que ésta resultaba más perjudicial para la comunidad. Por pecados de fornicación se imponía a los clérigos de menor rango una penitencia de tres años, para los diáconos era ya de cinco años, siete años para los presbíteros y doce para los obispos.

Tercero, la repetición de acciones prohibidas o el propósito habitual de realizarlas se consideraban más graves que los pecados aislados. Por ejemplo, la penitencia de cien días por el primer pecado de masturbación se ampliaba a un año si tal acción se repetía.

Y cuarto, las consecuencias posibles o efectivas de cualquier acción aumentaban la gravedad de la culpa moral. Es decir, un laico que cometiera el pecado de fornicación recibía una penitencia de un año de ayuno a pan y agua. Si nacía un hijo de aquella unión, la penitencia se incrementaba en otros tres años.

Las prescripciones descritas están influidas por el limitado conocimiento que en aquella época se tenía de los datos biológicos, por el sentimiento de la pureza ritual, por la desconfianza estoica entre el placer y por la insistencia predominante sobre la finalidad procreativa del sexo.

La teología escolástica (s. XII-XIII) se inicia con una postura por parte de sus teólogos bastante pesimista. PEDRO LOMBARDO en el libro IV de las Sentencias recoge la

¹³⁰ KOSNIK, Anthony, *La sexualidad humana*, Ediciones Cristiandad, Madrid, 1978, págs. 60 a 61.

tradición anterior y establece las bases de una teología del matrimonio¹³¹. Su doctrina indica que la percepción general es rigurosa y pesimista. La aparición de San ALBERTO MAGNO y de Santo TOMÁS DE AQUINO marca una reacción positiva en la moral sexual frente al anterior signo.

Con ALBERTO MAGNO la ética sexual adquiere otro matiz. Lo fundamental de su aportación es haber puesto de relieve -bajo la influencia de ARISTÓTELES- el carácter natural y honesto del sexo, de la relación conyugal y del placer. Prueba que la “virtud generativa” es una *virtus naturalis* y que, por consiguiente, el acto conyugal es bueno y necesario¹³².

TOMÁS DE AQUINO participa de la misma visión positiva de la sexualidad. Entiende la relación sexual como una realidad natural, que no necesita de ulterior justificación, con tal de que tenga como finalidad la procreación dentro del matrimonio. Hace una clasificación de los pecados en materia sexual por razón de la finalidad procreativa y por razón del respeto al orden fisiológico del encuentro sexual humano. Enumera los pecados que impiden la finalidad procreativa según una escala ascendente de gravedad: la polución o masturbación voluntaria (tal acto no puede ser procreador porque se realiza en solitario); la bestialidad (ya que el compañero pertenece a otra especie); la homosexualidad (una desviación ya que se realiza con una persona del mismo sexo); el enviciamiento del acto sexual entre los esposos (las prácticas que lo privan de su finalidad natural). Estos pecados son considerados como los más graves porque traicionan el fin primario. En cambio, los pecados que no excluyen de por sí la posibilidad de la procreación son, según un orden de gravedad creciente: fornicación simple, adulterio, violación e incesto. Esta clasificación es comprensible dentro de una visión que concibe la procreación como la finalidad biológica y natural del acto sexual¹³³.

¹³¹ Distinciones XXVI-XLII.

¹³² VINATY, Tommaso, “Sant Alberto Magno, embriologo e ginecologo” en *Angelicum*, n. 58, 1981, págs. 151 a 180.

¹³³ LARRABE, José Luís, “La virtud de la castidad según la reflexión teológica de Santo Tomás”, *Ciencia Tomista*, n. 100, 1973, págs. 191 a 214.

Tanto en San ALBERTO como en Santo TOMÁS desaparece la idea de las excusas para realizar el acto conyugal. Santo TOMÁS introduce el tema de la moral sexual en el cuadro de las virtudes, más concretamente en el cuadro de la virtud de la templanza¹³⁴.

2.2.1.3. La moral sexual en la época del casuismo (de Trento hasta el Vaticano II)

ALEJANDRO VII había formulado dos proposiciones: una, el sentido de que la pederastia, la sodomía y la bestialidad son pecados de la misma especie ínfima, y por tanto basta que sea reconocida la polución en confesión; otra, consistente en que quien tuvo la cópula con soltera, satisface al precepto de la confesión diciendo: “Cometí con soltera un pecado grave contra la castidad”, sin declarar la cópula. Por su parte, INOCENCIO XI entendía que la masturbación no está prohibida por derecho de la naturaleza. De ahí que si Dios no la hubiera prohibido, muchas veces sería buena y alguna vez obligatoria bajo pecado moral; y que la cópula con una casada, con consentimiento del marido no es adulterio, por lo tanto, basta decir en la confesión que se ha fornicado¹³⁵.

La oposición a los laxistas vino de parte de los jansenistas quienes cayeron en el rigorismo. Entre los rigoristas destacan ANTONIO ARNAULD, PEDRO NICOLE y BLAS PASCAL. La lucha entre laxistas y rigoristas exigió la intervención del magisterio eclesiástico. ALEJANDRO VII e INOCENCIO XI condenan las proposiciones laxistas, y ALEJANDRO VII condena tanto las proposiciones laxistas como las rigoristas¹³⁶.

¹³⁴ Suma *Teológica*, II-II, págs. 141 a 170.

¹³⁵ VIDAL, Marciano, *Sexualidad y Cristianismo* cit., págs. 42 a 43.

¹³⁶ Otras proposiciones condenadas, referentes a la moral sexual, son: la que sostiene, como opinión probable, ser solamente pecado venial el beso que se da por el deleite carnal y sensible que del beso se origina, excluido el peligro de ulterior consentimiento y polución; el acto del matrimonio, practicado por el solo placer, carece absolutamente de toda culpa y defecto venial; tan claro parece que la fornicación de suyo no envuelve malicia alguna y que sólo es mala por estar prohibida, que lo contrario parece disonar enteramente a la razón. *Ibidem*, pág. 43.

La moral sexual la expone San ALFONSO en su *Theologia moralis*¹³⁷. En ella refleja los planteamientos y las soluciones que tuvieron lugar en la teología moral católica en el periodo que va desde mediados del siglo XVI hasta finales del siglo XVIII. En este contexto hay que situar el pensamiento moral de ALFONSO sobre la sexualidad. La postura alfonsiana asume el espíritu de la restauración sexual católica¹³⁸.

Dos han sido las principales formas de expresar la concepción moral positiva que es necesario introducir en la sexualidad humana: desde los criterios expresados en el decálogo y desde la perspectiva de la castidad como criterio de ordenación de vida¹³⁹.

Bajo la ordenación expresada en el decálogo, los moralistas que sistematizan la moral según el decálogo (principalmente los moralistas de orientación jesuítica y alfonsiana) introducen la sexualidad en el cuadro de los preceptos sexto y noveno del decálogo (Ex. 20,14.17).

Fueron los Salmanticenses quienes trataron de probar que toda la moral sexual está contenida más o menos explícitamente en los preceptos mencionados del decálogo¹⁴⁰. San ALFONSO hizo suya esta orientación¹⁴¹. He aquí el compendio que hace NOLDIN: “El sexto precepto del decálogo prohíbe explícitamente sólo el adulterio, pero implícitamente también cualquier forma de lujuria externa; el noveno precepto prohíbe la lujuria interna, es decir, la que se comete mediante malos pensamientos y deseos. Estos dos preceptos, en cuanto son preceptos negativos, prohíben toda lujuria tanto interna como externa; en cuanto son preceptos positivos, prescriben la guarda de la castidad que corresponde a cada estado”¹⁴².

¹³⁷ Libro III, tratado IV, c. II (“De sexto praecepto et nano”) y libro VI, tratado VI (“De matrimonio”).

¹³⁸ CANOSA, Ramona, *La restaurazione sessuale. Per una storia della sessualità tra Cinquecento e Settecento*, Feltrinelli, Milán, 1993, págs. 30 y ss.

¹³⁹ VIDAL, Marciano, *Sexualidad y Cristianismo* cit., pág. 44.

¹⁴⁰ Tract. 26 de 6º Praec., C.1, n. 3.

¹⁴¹ Lib. III, tract IV, c.2, n. 414.

¹⁴² NOLDIN, Hieronymus, *Summa theologiae moralis. Complementum: De Castitate*, Oeniponte, 1995, pág. 7.

Bajo la ordenación de la virtud de la castidad, la moral sexual en su aspecto positivo es vista como la realización de la virtud de la castidad. Se entiende la referenciada virtud como la “virtud moral especial, parte subjetiva de la templanza, que inclina a un uso moderado de la facultad generativa según la recta razón iluminado por la fe”¹⁴³. En estas definiciones de castidad advertimos una reducción de la noción de sexualidad a “genitalidad”. La concepción de la sexualidad como genitalidad conduce a una moral biologicista, desintegrada de la totalidad de la persona humana¹⁴⁴.

El pecado en materia de sexualidad en las definiciones que los moralistas dan al pecado sexual o de lujuria encontramos dos modalidades. La primera, es la que insiste en el aspecto de uso desordenado de una facultad, en concreto la facultad generativa. La segunda, es la que incide en la búsqueda y aceptación desordenadas de un placer¹⁴⁵.

El pecado sexual está situado en la “actuación de los órganos genitales”, o en el uso indebido de “líquido seminal”. En esta orientación se sitúa la definición de lujuria que ofrece WOUTERS¹⁴⁶: “Lujuria es el apetito y el uso desordenados de lo venéreo. Bajo el término “lo venéreo” se entiende tanto el semen como el líquido espermático distinto al semen”. De este modo, el pecado sexual parece estar circunscrito al campo de una función biológica. Una vez que el pecado sexual se coloca directamente en el nivel biológico de la sexualidad humana guardando relación a la “delectación venérea” surge el problema del placer sexual. Desde San AGUSTÍN hasta la Manualística de corte casuístico la moral sexual se ha visto comprometida en este problema de cómo integrar el placer sexual dentro del quehacer moral sexual. Por todo, la noción de placer sexual viene marcada con adherencias provenientes de una mentalidad neoplatónica¹⁴⁷.

Por otra parte, los moralistas casuistas tienden a reducir el placer sexual a su dimensión fisiológica. Por esto distinguen la “delectación venérea” (la propiamente sexual) de otra

¹⁴³ ZALBA, Marcelino, *Theologiae moralis compendium*, Volumen I, La Editorial Católica, Madrid, 1958, pág. 734.

¹⁴⁴ VIDAL, Marciano, *Sexualidad y Cristianismo* cit., pág. 46.

¹⁴⁵ *Ibidem*, pág. 47.

¹⁴⁶ WOUTERS, Ludoricus, *Tractatus dogmatico-moralis de virtute castitatis et de vitiis oppositis*, Charles Beyaert, Brujas, 1936, pág. 16.

¹⁴⁷ VIDAL, Marciano, *Sexualidad y Cristianismo* cit., pág. 48.

clase de delectaciones: la espiritual, la espiritual-sensible, la sensible y la sensual. Esta delectación venérea se entiende a partir de la conmoción de los órganos genitales y de la efusión o no efusión del líquido seminal. Por eso se llama delectación completa la que proviene de una sedición de los genitales con flujo del líquido e incompleta la que proviene de una conmoción sin efusión del líquido. Desde nuestro punto de vista, esta manera de entender el placer sexual no responde a la realidad de una antropología sexual integral. A partir de la idea que los moralistas tienen de pecado sexual se comprende fácilmente la división “formal”, completa o no completa (la completa puede ser *contra naturam* o *secundum naturam*; la no completa puede ser lujuria propiamente o impudicia, en la que no hay delectación propiamente venérea), directa o indirecta (según sea la intención de voluntad)¹⁴⁸.

La Manualística de la moral casuista termina en torno al Concilio Vaticano II. A continuación viene la etapa de lo que se ha denominado “Moral renovada”. Esta nueva etapa partirá de una voluntad de renovación decidida sin trabas externas que sin embargo será contestada con intento de frenar dicha reorientación, hasta, finalmente, alcanzar una cierta conciliación entre la renovación y las pautas oficiales de reorientación¹⁴⁹.

Desde los años 50 del siglo XX ya se venía postulando, sobre todo a partir del impacto de la psicología, una revisión de los planteamientos de la moral sexual. Estos deseos cuajaron en propuestas concretas de renovación inmediatamente después del Vaticano II. Donde primero soplaron los aires de renovación moral concreta fue en los tratados de moral sexual y matrimonial¹⁵⁰.

La renovación del tratado de moral sexual pivota sobre tres columnas: la epistemología, el modelo moral y las normas morales¹⁵¹. Desde la epistemología, las referencias tanto a la Sagrada Escritura como a las ciencias antropológicas fueron los dos grandes impulsos de innovación. La normatividad ética del comportamiento sexual tiene para el cristiano

¹⁴⁸ Ibídem, pág. 49.

¹⁴⁹ Ibídem, pág. 51.

¹⁵⁰ WEBER, Leonhard, *Ética de la familia, del matrimonio y de la vida sexual*, Madrid, 1963, págs. 45 y ss.

¹⁵¹ VIDAL, Marciano, *Sexualidad y Cristianismo* cit., pág. 52.

un doble “lugar teológico”: la Revelación y la Antropología. La tradición moral católica siempre ha reconocido estos dos principios heurísticos, “la naturaleza humana, estudiada mediante los diversos tipos de conocimiento del hombre y la palabra de Dios, pronunciada en la Biblia, transmitida por la tradición cristiana y acogida por la fe”¹⁵².

En cuanto a las normas concretas sobre sexualidad que hay en la Biblia deben ser valoradas por la visión integral de la Revelación. En este sentido, se puede decir que tienen el valor de modelo o de tipo y que desde esta perspectiva tienen vigencia normativa para el cristiano actual. Esta realidad de la tradición cristiana que ha venido transmitiéndose a lo largo de los siglos puede considerarse vigente, si bien la normativa concreta queda condicionada a la hermenéutica y discernimiento de cada momento histórico¹⁵³.

El otro “lugar teológico” de la normativa sexual es la comprensión humana de la sexualidad. El valor que se le da es el de aportar los contenidos concretos de la ética en el comportamiento sexual. Mientras que lo propio de la Revelación es ofrecer una cosmovisión para la ética como valor específico, la antropología sexual aporta la concreción para el comportamiento moral¹⁵⁴.

a) Dimensiones del comportamiento sexual

El modelo moral para el comportamiento sexual está dividido en dos dimensiones, la positiva y la negativa. La primera, señala que frente al paradigma del “decálogo” o de las “virtudes” se opta por otro de carácter personalista, dentro del contexto de una actualización de la “castidad”. La sexualidad es una fuerza y dimensión humana que para la edificación de la persona es necesario convertir ese “es” (ser) en “debe ser” (quehacer). De este modo, aparece una moral sexual centrada en la persona¹⁵⁵. De lo dicho, se deduce un principio general: la dimensión moral positiva de la sexualidad consiste en la “personalización” de ésta, dentro de las estructuras de la personalidad

¹⁵² VALSECCHI, Ambrosio, *Nuevos caminos de la ética sexual*, Sígueme, Salamanca, 1974, pág. 19.

¹⁵³ WEBER, Leonhard, *Ética de la familia, del matrimonio y de la vida sexual* cit., págs. 50 y ss.

¹⁵⁴ VIDAL, Marciano, *Sexualidad y Cristianismo* cit., pág. 53.

¹⁵⁵ LÓPEZ QUINTÁS, Alfonso, “El sentido de la castidad, aproximación antropológica”, *Vida Religiosa*, número 94, 2003, págs. 13 a 22.

humana. Esto supone que dicho comportamiento sexual está integrado dentro del conjunto armónico de la persona. Por otra parte, la moral sexual fue incorporando las categorías de actitud y de opción fundamental en contraposición a la expresión reduccionista y rigurosa de una moral centrada en los actos, “no son tanto los actos en sí mismos, atomísticamente considerados, los que tienen importancia para una orientación constructiva de la vida cristiana, cuanto la actitud unitaria interior que aquellos actos manifiestan en su conjunto”¹⁵⁶. En conclusión, la moral sexual, al centrarse sobre la persona, tiende a trasladar el acento en el campo puramente sexual.

De la segunda –dimensión negativa– se critica la noción que los manuales de moral casuística dan de pecado sexual al reducirlo al ámbito de lo genital. Si el “debe ser” – dimensión positiva– de la sexualidad consiste en que ésta trate de integrarse en la dinámica ascendente de la maduración de la persona, un fallo en ese “debe ser” (fallo moral) se entiende como negación y no realización de esa exigencia de “personalización” que tiene la sexualidad humana. La persona, en virtud de su sexualidad, está esencialmente ordenada al amor y a la comunidad. El pecado sexual consiste en la individualización de la sexualidad que resulta individualizada cuando no logra integrarse en la totalidad dinámica de la persona y cuando hace que el sujeto se enclaustre en sí mismo. Según PLE el egoísmo es el que no deja que la sexualidad se abra y logre una madurez personal e interpersonal, por eso afirma que el contenido de la castidad es “desnarcisar” la sexualidad y añade: “la auténtica virtud de la castidad es, específicamente, una capacidad de amor. Habilita al virtuoso a regular, en su mismo interior, sus pasiones de la carne que, así, son asumidas por el espíritu y felizmente integradas en la persona humana. Su efecto es desnarcisar las alegrías de la carne, llevadas a la oblatividad del amor espiritual que va de persona a persona y no de cuerpo a cuerpo”¹⁵⁷.

Por lo que se refiere al sistema normativo se constató la falta de aceptación y de credibilidad de la normativa moral oficial. Además, se discutió el sentido y la finalidad de las normas éticas en el campo de la moral sexual. Y, al comprobar que la crisis de la moral sexual se concreta, fundamentalmente, en la crisis de las normas sexuales, se hace

¹⁵⁶ COSTA, Vitorio, *Psicopedagogía, Pastoral de la castidad*, Alcoy, 1968, pág. 23.

¹⁵⁷ PLE, Albert, *Vida afectiva y castidad*, Estela, Barcelona, 1966, pág. 223.

un discernimiento del sistema normativo oficial. Los principales fallos que se descubren en el sistema eclesial respecto a las normas sexuales se refieren tanto a la formulación de las normas como al contenido de las mismas¹⁵⁸. Por lo que se refiere a la formulación se critica: el modo autoritario en las prestaciones y justificación de las normas, que presupone la aceptación de un dirigismo moral o una moral de obediencia; el carácter cerrado en la formulación de las opciones, no teniendo en cuenta la nueva situación de la “sociedad abierta” y pluralista; la metodología abstracta en la deducción de las normas a partir de unos principios aceptados previamente y no cuestionados; la validez absoluta en la fijación de normas con carácter inmutable y con validez universal; la forma preferentemente prohibitiva en la presentación de las exigencias de la sexualidad. Para solucionar la crisis de la moral sexual cristiana se pidió un replanteamiento serio y profundo del sentido y de la finalidad de las normas sexuales. El desfase entre significado (de la sexualidad) y norma (moral cristiana) era bastante claro en la moral sexual cristiana oficialmente vigente¹⁵⁹.

b) La moral sexual en la encíclica *Humanae Vitae*

Los signos de restauración que surgieron en la moral sexual cristiana sobre todo a raíz de la encíclica *Humanae Vitae* (1968) supuso en su momento una crisis en la conciencia moral católica. Esta crisis se concentró en la ética conyugal de la procreación y repercutió en la sexualidad.

El impacto mayor para los planteamientos de la ética sexual católica vino producido por la *Declaración Dignitatis Humanae* de la Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe (1975) a la que más adelante nos referiremos específicamente. Ahora bien, otros factores condicionantes son: las dificultades que han encontrado algunos moralistas de los sectores oficiales de la Iglesia católica cuando han intentado abordar con nueva metodología la normatividad sexual¹⁶⁰; dificultades ante el magisterio eclesiástico como demuestran los testimonios de PÍO XII y de PABLO VI cuando dicen: “Mientras en la

¹⁵⁸ VIDAL, Marciano, *Sexualidad y Cristianismo* cit., pág. 58.

¹⁵⁹ *Ibidem*, pág. 59.

¹⁶⁰ KOSNICK, Anthony; MCNEILL, John; GUINDON, Alberta, en: SURRAN Charles; McCORNICK, Ryan, “Dialogue About Catholic Sexual Teaching”, *Readings in Moral Theology*, n. 8, Nueva York, 1993, págs. 451 a 510.

época de PÍO XII determinados movimientos intraeclesiales hicieron maduras algunos temas que encontrarían confirmación en el Concilio Vaticano II, el de la sexualidad no pudo ser abordado de forma abierta y natural hasta después de este pontificado, sobre todo en el sentido de revisar ciertos elementos de la posición fundamental, es decir, más allá de una manera casuística fiel a la doctrina, aunque también en este tema el Papa PABLO VI haya sugerido cierta moderación”¹⁶¹.

No todas las intervenciones oficiales sobre moral sexual han tenido un tono negativo. Fuera de alguna excepción, los documentos de la jerarquía eclesiástica se situaron en el equilibrio entre tradición y renovación: Declaración de la Conferencia Episcopal de Alemania (1974)¹⁶²; Carta pastoral de los Obispos de Lombardía y Venecia (1974)¹⁶³; Conferencia Episcopal Tarraconense, “Perspectiva cristiana del amor y de la sexualidad” (1975); Comisión Episcopal de la doctrina de la Fe, “sobre algunos aspectos referentes a la sexualidad y su valoración moral”¹⁶⁴.

En la Instrucción de la Congregación para la Educación Católica sobre las *Orientaciones educativas sobre el valor humano* (1987)¹⁶⁵, aunque las valoraciones morales concretas sobre los comportamientos sexuales asumen la doctrina de la Declaración *Dignitatis Humanae*, sin embargo el encuadre de los temas es de signo personalista, la orientación es positiva y las propuestas se mueven dentro de unas estrategias psicopedagógicas actuales.

Hay que recordar el documento del Pontificio Consejo para la Familia, “Sexualidad humana: verdad y significado. Orientaciones educativas en familia” (1995). En él la sexualidad es considerada dentro del marco de la familia, con una antropología teológica de signo positivo, pero al mismo tiempo, con una orientación moral basada en principios claros y absolutos.

¹⁶¹ “La sexualidad en la predicación de Pío XII”, *Concilium* n. 100, 1974, pág. 380.

¹⁶² *Ecclesia* n.1722, 04.01.1975, págs. 16 a 21.

¹⁶³ *Ecclesia* n.1725, 25.01.1975, págs. 25 a 29.

¹⁶⁴ *Ecclesia* n. 2303, 1987, págs. 117 a 122.

¹⁶⁵ Puede encontrarse la traducción en castellano en: “La familia, futuro de la humanidad”, Madrid, 1995, págs. 367 a 410.

Dada la importancia que tuvo para el desarrollo de la moral sexual católica, en la etapa posterior al Concilio Vaticano II, creemos oportuno hacer una referencia a la Declaración de la Congregación para la Doctrina de la Fe *Dignitatis Humanae* (29.12.1975)¹⁶⁶. Este documento conoce y describe los planteamientos más progresistas en la moral sexual católica del momento. El centro de la Declaración lo constituye el juicio valorativo sobre tres problemas sexuales: relaciones prematrimoniales (n. 7), homosexualidad (n. 8), masturbación (n. 9).

Con una visión biologicista de la sexualidad y con una orientación finalista o procreativista del impulso sexual, señala como criterio principal de la moralidad del acto sexual que “el respeto de su finalidad es el que asegura su honestidad a este acto” (n. 5). En el juicio moral sobre la masturbación (n. 9) se recuerda que “tanto el Magisterio de la Iglesia, de acuerdo con una tradición constante, como el sentido moral de los fieles, han afirmado sin ninguna duda que la masturbación es un acto intrínseco y gravemente desordenado”. La razón de esta valoración es que le falta a ese acto su finalidad, “le falta, en efecto, la relación sexual requerida por el orden moral, aquella relación que realiza el sentido íntegro de la mutua entrega y de la procreación humana en el contexto de un amor verdadero”.

La crisis por la que atraviesa la llamada “moral sexual cristiana” es tan amplia en sectores (de edad, de cultura, de estado: soltería, celibato, matrimonio) y tan profunda en significado (comportamientos individuales, relaciones interpersonales, convivencias afectivas, vinculaciones jurídicas, visiones religiosas) que está pidiendo un replanteamiento a fondo, sin perder de vista sus raíces, integridad moral y principios que todavía perduran.

A partir de la renovación de la comprensión y de la realización de la persona como lugar adecuado de la comprensión y de la realización de la vida sexual. El paradigma personalista, que se coloca a la sombra de la cultura personalista moderna, pone de relieve los valores del “yo”, de la “relación con el tú”, y del “nosotros”. La sexualidad es vista más desde la “libertad” que desde la “naturaleza”, es considerada más en clave

¹⁶⁶ *Ecclesia* n. 1773, 17.01.1976, págs. 8 a 12.

positiva que dentro de una comprensión antropológica pesimista y de una moral ascética y abstencionista.

2.3. El impedimento matrimonial de orden sagrado y el celibato

El impedimento de orden sagrado es norma de derecho eclesiástico, por consiguiente, dispensable y modificable, por el cual quienes han recibido dichas órdenes quedan impedidos de contraer válido matrimonio. Este impedimento se implantó en la Iglesia a partir del siglo III como impedimento impediendo y a partir del primer Concilio de Letrán y con más claridad en el segundo, año 1139, se estableció como impedimento dirimente, es decir, con efectos invalidantes del matrimonio en caso de transgresión¹⁶⁷.

El fundamento oficial o la razón de ser de dicho impedimento es que el matrimonio entraña unos compromisos conyugales y paterno-filiales incompatibles con la misión sacerdotal¹⁶⁸. Si bien dicha fundamentación contrasta con otra menos bien intencionada conforme a la cual interesaba a la Iglesia que los sacerdotes no estuvieran casados y no tuviesen hijos a fin de no distraer sus bienes hereditarios fuera del ámbito eclesial¹⁶⁹.

Por otra parte el celibato católico tiene raíces paganas¹⁷⁰. En su dilatada expresión histórica es digno de reseñar el canon 33 del sínodo español de Elvira, de principios del siglo IV, estableciendo que “se obligue a los obispos, sacerdotes y diáconos así como a todos los clérigos a quienes se les ha encomendado el servicio del altar, que se abstengan de las relaciones sexuales con sus esposas y no tengan más hijos en adelante. Quienes no se atengan a ello deberán ser excluidos del estado clerical”¹⁷¹.

¹⁶⁷ NAVARRO-VALLS, Rafael, en LÓPEZ ALARCÓN, Mariano y NAVARRO-VALLS, Rafael, en *Curso de derecho matrimonial canónico y concordado*, 6ª ed., Madrid, 2001, pág. 130.

¹⁶⁸ *Ibidem*, pág. 130.

¹⁶⁹ UTA RANKE-HEINEMANN, *Eunucos por el reino de los cielos. Iglesia católica y sexualidad*, Trotta, Madrid, 2005, págs. 93 a 106.

¹⁷⁰ Para no mancharse con la relación sexual, muchos sacerdotes paganos se castraron. Vid. nota anterior.

¹⁷¹ Entiendo que no se trata aquí todavía del celibato en sentido propio, no se exige la soltería sacerdotal, ni se pretende que se renuncie a las esposas, pero esa disposición, que prohíbe a los sacerdotes mantener relaciones ulteriores con sus esposas, fue el primer paso dado.

Más adelante, como consecuencia de la severidad con la que la Iglesia de Occidente trataba el celibato, la Iglesia universal comenzó a fraccionarse. La ruptura se abrió considerablemente en el Concilio Trulano II, un sínodo del año 691/692¹⁷², convocado por el emperador JUSTINIANO II como sínodo del Imperio. En la cuestión del celibato, el sínodo se pronunció en parte contra el Papa INOCENCIO II y abogó por un compromiso, el que establece su canon 13: *en la Iglesia romana, los que deseen recibir el diaconado o el presbiterado deben prometer no tener en adelante relaciones maritales con sus esposas. Pero nosotros, en atención a los cánones apostólicos (n.6), les permitimos proseguir la vida matrimonial. Quien rompa dicho matrimonio, debe ser depuesto, y el clérigo que abandona a su mujer apelando a la piedad religiosa, debe ser excomulgado. Si se obstina en ello, debe ser depuesto.*

Pero fue el Papa INOCENCIO II quien en el segundo concilio de Letrán del año 1139, dio el paso definitivo en la nueva legislación. En él se declaró oficialmente que el matrimonio de los sacerdotes no solamente estaba prohibido, sino que los matrimonios contraídos después de la ordenación sacerdotal eran inválidos¹⁷³.

A partir del año 1139, prevaleció la norma de no ordenar sacerdotes a aquellos de quienes la Iglesia tenía conocimiento de su matrimonio. Pero este conocimiento no siempre le era accesible a la autoridad eclesiástica y ello continuó así hasta 1563 (Decreto Tametsi) que es cuando, en el Concilio de Trento, se introduce la obligación de la forma para contraer matrimonio, y ello con independencia de los problemas que tuvo su aplicación por cuanto no pudo promulgarse en todos los territorios (lugares no tridentinos) o no fue aplicable porque los territorios habían cedido al dominio calvinista¹⁷⁴.

Desde un punto de vista del derecho eclesiástico, hasta 1563 existían todavía sacerdotes válidamente matrimoniados, siempre y cuando se hubieran casado clandestinamente antes de su ordenación sacerdotal. Sin embargo, a partir del año 1139, y a despecho del derecho eclesiástico vigente, los términos que emplea la Iglesia para referirse a los

¹⁷² Este sínodo tiene todavía hoy importancia para la Iglesia Ortodoxa, hasta el punto de considerarle como el séptimo concilio general.

¹⁷³ UTA RANKE-HEINEMANN, *Eunucos por el reino de los cielos* cit., pág. 100.

¹⁷⁴ *Ibidem*, pág. 102.

esposas de los sacerdotes son los de “concubina” o “prostitutas”, como las llama el papa ALEJANDRO III o el papa INOCENCIO III¹⁷⁵. Finalmente, el sínodo provincial de Rouen, en el año 1231, determinó que a las concubinas de los sacerdotes se les rapara la cabeza delante de la comunidad cristiana durante los oficios divinos y se las castigara debidamente¹⁷⁶.

2.4. La castración y el impedimento canónico de impotencia

2.4.1. La castración

En el proceso histórico de contrarreforma de la Iglesia Católica, SIXTO V se había fijado el objetivo de eliminar los pecados sexuales. Basta indicar que en junio de 1586, mandó quemar por sodomía a un sacerdote y a un muchacho, a pesar de que ambos habían confesado voluntariamente su culpa¹⁷⁷.

En 1587, el mismo SIXTO V, en una epístola de contestación al nuncio de España, determinó que no podía autorizarse el matrimonio a los eunucos y a los espadones, criterio que interpretado siglos más tarde de forma anacrónica y a la luz de los nuevos conocimientos científicos e histológicos, serviría para declarar la nulidad del matrimonio de los vasectomizados o de los que tenían obstruidos los canales deferentes bajo el argumento de que no podían eyacular *verum semen*, interpretación que fue rechazada finalmente por un decreto de la Sagrada Congregación para la doctrina de la fe de 13.05.1977¹⁷⁸. En concreto, el 28.06.1587, el papa SIXTO V escribió al nuncio apostólico de España y obispo de Navarra, contestando a una consulta, sobre la capacidad para copular de aquellos quienes eyaculan un líquido parecido al semen, pero “en modo alguno sirve para la procreación y el matrimonio”. Quienes se encontraban afectados por esta situación se consideraba que no podían emitir semen verdadero (*verum semen*). Sin embargo, estos varones, llamados eunucos y espadones, se habían mezclado –según el papa SIXTO V– con mujeres con “lujuria inmunda” y “con abrazos

¹⁷⁵ *Ibidem*, pág. 103.

¹⁷⁶ Las transgresiones del celibato fueron frecuentemente castigadas con multas. De esta manera, muchas se hicieron prostitutas por una razón económica pues era su única forma de sustento.

¹⁷⁷ UTA RANKE-HEINEMANN, *Eunucos por el reino de los cielos* cit., pág. 225.

¹⁷⁸ *Ibidem*, págs. 226 y ss.

deshonestos”, e incluso pretendían contraer matrimonio, luchando “tenazmente” por ese derecho. Y señala, que el que las mujeres conocieran el “defecto” de estos hombres hacía que la contravención adquiriera aún mayor gravedad según el criterio del Papa¹⁷⁹. Desde esta perspectiva el papa SIXTO V ordena al nuncio que tome medidas para que tales casados se separen y para que sus matrimonios sean declarados nulos. Asimismo, considera insoportable que estas personas compartan cama con mujeres y que, en lugar de convivir castamente, se entreguen a “actos libidinosos y carnales”. Por el mismo motivo, el papa SIXTO V prohibió el matrimonio a varones que tuviesen esta falta de capacidad de procrear (*impotentia generandi*) declarándoles inhábiles para el matrimonio. En definitiva, SIXTO V llega hasta las últimas consecuencias de las enseñanzas de San AGUSTÍN y Santo TOMÁS DE AQUINO a propósito de la procreación como auténtico fin del matrimonio. Todo ello explica que la *impotentia generandi* conocida, es decir, aquella que conforme a los conocimientos de la época se centraba en la imposibilidad de realizar el acto sexual, se considerará impedimento, mientras que otros supuestos de causa desconocida que impedían la generación, pero no así la realización del acto sexual, fueron asimilándose a supuestos de mera esterilidad, que no se oponían al válido matrimonio porque la ordenación natural a la finalidad procreativa había quedado fijada en la capacidad para la cópula¹⁸⁰.

La decisión canónica tomada por SIXTO V por la que se prohibió el matrimonio a los castrados encontraba su explicación en los cantores castrados de la Iglesia. No podemos olvidar que desde el siglo XII los castrados habían tenido gran difusión en la Iglesia

¹⁷⁹ Se seguía el criterio de configurar la impotencia como causa de nulidad no por la vía de los vicios de la voluntad sino como auténtico impedimento, que opera objetivamente al impedir la natural ordenación del matrimonio a la procreación, y que por consiguiente es inmune al conocimiento o aceptación por el otro contrayente de la insuficiencia sexual en cuestión. Se distingue así de la esterilidad, que aunque tiene en común con aquella la imposibilidad de tener descendencia, no es incompatible con el acto sexual que en principio, y según el criterio social, es apto para la generación. En este sentido el c. 1084.3 CIC dice *que la esterilidad no prohíbe ni dirime el matrimonio, sin perjuicio de lo que se prescribe en el c.1098*. Y el c.1098 es el que alude precisamente al error en cualidades personales dolosamente causado como vicio de la voluntad.

¹⁸⁰ UTA RANKE-HEINEMANN, *Eunucos por el reino de los cielos* cit., pág. 227.

griega como cantores de iglesia¹⁸¹; en cambio, en la Iglesia occidental los cantores castrados aparecieron hacia el siglo XVI, en España¹⁸².

Lo que resulta verdaderamente paradójico es que el mismo Papa SIXTO V que se mostraba tan implacable con la conducta moral de los castrados fue quien prohibió en 1587, que las mujeres cantaran en los coros de la Iglesia. Prohibición que se arrastraba desde el siglo IV. Esta prohibición fue el motivo de que se incrementara el número de castrados, contra cuyos derechos nupciales y personales se pronunció el propio SIXTO V¹⁸³.

También el papa INOCENCIO XI insistió en la prohibición pontificia a que las mujeres cantaran en el coro, prohibición que estuvo en vigor durante los siglos XVII y XVIII. Por su parte, en 1748, el papa BENEDICTO XIV respondió con una negativa rotunda a la pregunta de si los obispos debían dictar en sus sínodos un decreto contra los coros castrados. El papa subrayó que, de excluirse, existía el peligro de que quedaran vacías las Iglesias en las que no hubiera castrados. Esta opinión, dominada por el temor de las Iglesias vacías, fomentó el canto de los eunucos y retrasó su desaparición, contribuyendo a que en ningún sínodo provincial y diocesano de los siglos XVIII y XIX se dictara una disposición contra la actuación de cantores castrados¹⁸⁴.

La Revolución francesa terminó con la prohibición Sixtina impuesta a las mujeres y volvieron en 1798, las mujeres a cantar en las iglesias.

¹⁸¹ *Ibidem*, págs. 229 y 230. La autora, citando el *Lexikon für Theologie und Kirche* señala que: “Italia, principalmente desde el siglo XVI hasta el XVIII, practicó la castración de los niños para mantener las voces de soprano y contralto. A diferencia de Alemania y Francia, en Italia los primeros castrados encontraron rápida acogida en los coros de las iglesias. Bajo el pontificado de CLEMENTE VIII (1592-1602) entraron a formar parte de la Capilla Sixtina en sustitución de los que cantaban de falsete la voz de soprano, aunque no pudieron imponerse en el tono contralto. A comienzos del siglo XIX desaparecieron de la música profana, pero en la Capilla Sixtina continuaron cantando los castrados hasta principios del siglo XX”.

¹⁸² El primer español admitido en el Coro de la Capilla Sixtina fue el eunuco FRANCISCO SOTO, en el año 1562.

¹⁸³ UTA RANKE-HEINEMANN, *Eunucos por el reino de los cielos* cit., pág. 229.

¹⁸⁴ *Ibidem*, pág. 230.

2.4.2. Impedimento de impotencia

Con relación al impedimento de impotencia, conviene significar algunos aspectos. En primer lugar, la dificultad de verificar la esterilidad de la mujer. En algunos casos, se estableció que no hay que prohibir el matrimonio a las mujeres aunque les falte por completo los órganos internos de procreación, extirpados, por ejemplo, mediante una operación. El hecho de que se tomara tal decisión respecto de la mujer que ha sufrido una operación total (*mulier excisa*) se debió a que quedaba la duda de si la operación practicada excluía de hecho toda posibilidad de concebir. Obsérvese, en definitiva, que la temática relativa a la esterilidad presentaba todavía en tiempos pasados muchas incertidumbres científicas, y que la capacidad para la cópula era y ha seguido siendo a lo largo de los años, la determinante para establecer si la persona podía ordenar o no su matrimonio a la procreación. En general, tratándose de la mujer, la jurisprudencia tendía a exigirles de hecho sólo la capacidad de copular, la *potentia coëundi*. Pero obsérvese que en la fundamentación de este tipo de resoluciones, el argumento pasaba siempre por la capacidad para la copula. Al estar ésta definida como la erección, penetración, y eyaculación en la vagina, el argumento utilizado es que no había copula porque la vagina, elemento indispensable para la misma, no hacía la función que le correspondía, es decir, la de transmitir el semen al útero. Ciertamente que este caso, junto con el de la vasectomía u obstrucción de los canales deferentes, dieron lugar a una terminología un tanto equívoca, pues se consideraban casos de *impotentia generandi*, en contraposición a la *impotentia coëundi*¹⁸⁵.

Respecto del hombre predominaba en la jurisprudencia la idea de que era necesario semen de origen testicular. Pero de nuevo dicha exigencia se argumentaba a través de la capacidad para la cópula, entendiéndose que, para que esta tuviese lugar, había que eyacular dicho semen. Tal planteamiento, –mayoritario en la jurisprudencia, pero no unánime, y que además parecía contradecirse con ciertas resoluciones administrativas que permitían el matrimonio de los vasectomizados¹⁸⁶– traía su origen en una

¹⁸⁵ *Ibidem*, pág. 226.

¹⁸⁶ Bien es cierto que el Santo Oficio, respondiendo a una pregunta procedente de Aquisgrán sobre si debe permitir contraer matrimonio a un varón al que se ha esterilizado contra su voluntad mediante la vasectomía total y no subsanable, decidió el 16.12.1935, que no se debe impedir a ese hombre contraer matrimonio porque se trata de una medida coactiva impuesta injustamente por el Estado. Pero la Rota

interpretación, creemos que verdaderamente anacrónica, de la anteriormente citada epístola de SIXTO V dirigida al nuncio de España. El problema es que la falta de *verum semen* era consecuencial a la falta de atributos sexuales y a la imposibilidad para la cópula, pero, interpretado dicho criterio a la luz de los conocimientos científicos del siglo XX, se llegó a la conclusión de que este *verum semen* a la que hacía alusión la pregunta del nuncio, debía ser interpretado como semen de origen testicular, es decir, elaborado en los testículos como garantía de su carácter prolífico. Esto echaba por tierra todos los criterios sustentados por la doctrina canónica referentes a un concepto social de lo que es la capacidad sexual, porque los vasectomizados o quienes tienen obstruidos los canales deferentes, pueden realizar la cópula con toda normalidad aparente, ya que el semen de origen testicular es una proporción mínima respecto al volumen de la eyaculación, compuesta mayoritariamente por otras sustancias y elementos vectores. Y todavía había quienes pretendían diferenciar dentro del semen de origen testicular, y para mayor sutileza, entre el semen producido en el dídimo, que es el auténticamente prolífico, del semen producido en el epidídimo, que no lo es¹⁸⁷.

En todo caso, la exigencia de semen de origen testicular era un tanto artificiosa, y estuvo probablemente potenciada por el hecho de buscar soluciones desvinculatorias incluso a costa de argumentos extremos, en una época en que el divorcio todavía era inexistente o en muchos casos regulado muy restrictivamente. En fin, la controversia la

romana se distanció expresamente de esa decisión en la sentencia de 22.01.1944, amparándose en una alocución pronunciada por PÍO XII el 03.10.1941, en UTA RANKE-HEINEMANN, *Eunucos por el reino de los cielos* cit., pág. 227. Como señala Rafael NAVARRO-VALLS en LÓPEZ ALARCÓN, Mariano; NAVARRO-VALLS, Rafael, cit., pág. 124, nota 23, mientras un sector doctrinal consideraba que existía divergencia entre estos tipos de resoluciones, otro sector consideró que las resoluciones administrativas que permitían contraer a los vasectomizados traían causa en la simple duda de hecho sobre tal circunstancia.

¹⁸⁷ En la sentencia del Tribunal Eclesiástico de la Archidiócesis de Barcelona de 07.12.1972 (ponente: D. Malaquias Zayas), el actor solicita la nulidad de su matrimonio fundamentando su pretensión sobre la base de “quien era consciente de su esterilidad, pero como podía tener acceso carnal y copulación desconocía el carácter específico de la *impotentia coeundi* por razón de la carencia de *verum semen*”. Examinado el caso el Tribunal estimó la pretensión después de practicar las pertinentes pruebas periciales médicas “siendo el resultado de todas esas consultas la evidenciación de la existencia del expresado impedimento dirimente de impotencia *coeundi* antecedente, absoluta y perpetua, por imposibilidad de efusión de verdadero semen”. Lo que examina el Tribunal es la posibilidad o no de eyacular semen verdadero por los conductos deferentes sin entrar a valorar si el actor es o no estéril.

cerró el decreto de la Sagrada Congregación para la doctrina de la Fe que descartó definitivamente el requisito del semen de origen testicular y que influyó decisivamente en la redacción del c.1084 CIC de 1983¹⁸⁸, que alude a la *impotentia coeundi* y que por tanto refuerza el concepto de que es suficiente la capacidad para la unión sexual o cópula, que por supuesto requiere eyaculación, pero no necesariamente de origen testicular.

2.5. El tratamiento de la homosexualidad por el cristianismo

No podemos dar por concluida esta exposición sin referirnos al tratamiento de la homosexualidad por la jerarquía eclesiástica como exponente de la actitud de la Iglesia ante opciones sexuales que escapan a sus esquemas pretendidamente naturales¹⁸⁹.

En la carta a los Romanos, el judío PABLO se refiere con repugnancia a la homosexualidad y al lesbianismo y los enumera entre los vicios típicos de los griegos. Que también entre los griegos era discutida la homosexualidad, es algo que pone de manifiesto el siguiente episodio¹⁹⁰. El historiador griego PLUTARCO explica la historia de un “batallón de amantes”, de Tebas, una especie de batallón de élite formado por homosexuales. Funcionaba éste según el principio de que es bueno “colocar al amante al lado del amado”, pues en los peligros es cuando uno se preocupa más por el amado. Este cuerpo tebano, conocido también como “batallón sacro”, permaneció invicto hasta la batalla de Queronea. Allí fue derrotado por FILIPO II, padre de ALEJANDRO MAGNO, en el año 338 a.C. “Se cuenta que cuando FILIPO –finalizada la batalla– inspeccionó a los caídos, llegó al sitio en el que yacían los trescientos y pudo observar

¹⁸⁸ El c. 1084 CIC establece: “1. La impotencia antecedente y perpetua para realizar el acto conyugal, tanto por parte del hombre como de la mujer, ya absoluta ya relativa, hace nulo el matrimonio por su misma naturaleza. 2. Si el impedimento de impotencia es dudoso, con duda de derecho o de hecho, no se debe impedir el matrimonio ni, mientras persista la duda, declararlo nulo. 3. La esterilidad no prohíbe ni dirime el matrimonio, sin perjuicio de lo que se prescribe”. Aún hoy sigue siendo impedimento matrimonial dirimente la llamada impotencia relativa (solo frente al cónyuge) si ella es duradera e incurable. En este supuesto el matrimonio puede ser declarado nulo (c. 1084 CIC), y ambos pueden volver a casarse.

¹⁸⁹ LUGO RODRÍGUEZ, Raúl, *Iglesia Católica y homosexualidad*, Madrid, Nueva Utopía, 2006, págs. 50 y ss.

¹⁹⁰ UTA RANKE-HEINEMANN, *Eunucos por el reino de los cielos* cit., pág. 294.

cómo habían avanzado contra las picas enemigas y caído juntos; se admiró sobremanera, y se dice que, lloró y exclamó: “Que perezcan los que propagan que esta gente ha hecho algo deshonesto”¹⁹¹.

2.5.1. Las raíces bíblicas de la homosexualidad

La Biblia se refiere a la homosexualidad dentro del contexto cultural de la antigüedad¹⁹². Los textos bíblicos describen siempre comportamientos homosexuales y, más concretamente, comportamientos en un contexto desviante. En la Biblia hay pocas referencias explícitas sobre la homosexualidad¹⁹³. A continuación, hacemos un repaso a los textos más significativos tanto del Antiguo como del Nuevo Testamento.

2.5.1.1. Antiguo Testamento

Del Antiguo Testamento destacamos dos textos: el relato de Sodoma y Gomorra y dos leyes del levítico.

La historia de Sodoma y Gomorra¹⁹⁴ (Gn. 19, 1-11. 24-29) es un pasaje muy utilizado por las tradiciones tanto judía como cristiana para recriminar “el pecado” de la homosexualidad. Tanto es así que de la ciudad de Sodoma se derivó el nombre con que, a veces, se nombraba al sujeto y al comportamiento de orientación homosexual.

Los textos del Antiguo Testamento que aluden a Sodoma y Gomorra destacan su completa destrucción (Is 1,9; Jr 49,18; Am 4,11; So 2,9) o señalan que sus habitantes

¹⁹¹ *Vidas paralelas*, de Plutarco, Pelopida 18.

¹⁹² Existen estudios sobre la homosexualidad en el mundo bíblico. Por ejemplo, LAWSON BRAWLEY, Robert (Coord.), *Biblical Ethics and Homosexuality*, Louisville, 1996; RUIZ, Gregorio, “La homosexualidad en la Biblia:” VARIOS, *Homosexualidad: ciencia y conciencia*, Santander, 1981, págs. 97 a 111.

¹⁹³ Para un glosario sobre este tema Vid. HIMBAZA, Innocent; SCHENKER, Adrián; EDART, Jean-Baptista, *Consideraciones sobre la homosexualidad en la Biblia*, Ediciones Palabra, Madrid, 2008.

¹⁹⁴ El relato es obra del yahvista (nombre dado a un redactor o quizá más bien a una escuela de escritores, del siglo X antes de Cristo). Se trata de una explicación etiológica, muy frecuente en el Antiguo Testamento, es decir, sobre las causas de algún fenómeno o palabra, en VIDAL, Mariano, *Sexualidad y cristianismo* cit., pág. 102.

eran “muy malos y pecadores” (Gn. 13,13), fornicadores y mentirosos (Jr. 23,14), no socorredores “del pobre y del indigente” (Ez 16,49-50), no respetuosos con la ley de la hospitalidad (Eclo 16,8). En las alusiones de los Evangelios (Mt. 10,15; 11-23-24; Lc 17,28-29) no hay connotación a la temática homosexual.

Dos leyes del levítico, concretamente: “No te acostarás con un varón como se hace con una mujer; es cosa execrable” (Lv. 18,22); “Si uno se acuesta con un hombre como se hace con una mujer, ambos cometen una abominación. Son reos de muerte. Caiga su sangre sobre ellos” (Lv. 20,13). Son los dos únicos textos del Antiguo Testamento en que claramente se habla de la homosexualidad y se la condena. En cuanto al castigo de pena de muerte, tal castigo estaba previsto también para el adulterio, para la bestialidad y para la relación sexual con una mujer durante el periodo de menstruación (Lv. 20, 10.15.18).

2.5.1.2. Nuevo Testamento

Encontramos dos textos que tratan el tema de la homosexualidad: en la diatriba de la carta a los Romanos y en las listas de vicios.

En la diatriba de la carta a los Romanos dice: “Por esto los entregó Dios a pasiones degradantes; pues sus mujeres cambiaron el uso natural por el antinatural, y los hombres lo mismo: dejando el uso natural de la mujer, ardieron en el deseo de unos por otros, realizando la acción vergonzosa varones con varones, y recibiendo en sí mismos la paga adecuada a su extravío” (Rm. 1,26-27). En este pasaje (v.26) puede ser que se encuentre la única alusión bíblica a la homosexualidad femenina: “sus mujeres invirtieron las relaciones naturales por otras contra la naturaleza”. No habría esta alusión si el “uso antinatural” no se refiriera a posturas antinaturales de la mujer en el acto sexual, de las que hay testimonio en textos paganos¹⁹⁵.

¹⁹⁵ OVIDIO, “Ars Amatoria”, III, pág. 777-778; APULEYO, “Metamorphosis”, II, 17.21., en VIDAL Marciano, *Sexualidad y Cristianismo...* cit., pág. 106, nota 4.

En las listas de vicios hasta en cuatro relatos se alude a los comportamientos homosexuales¹⁹⁶: 1 Co 6,9-10; 1 Tm 1,9-11; Ap 21,8 y 22,15.

“Ni fornicarios, ni idólatras, ni adúlteros, ni gente de vida muelle, ni sodomitas, ni ladrones, ni avaros, borrachos, difamadores o estafadores heredarán el vino de Dios” (1 Co 6,9-10).

“(La Ley está hecha) para los inicuos y rebeldes, impíos y pecadores, sacrílegos y profanadores, parricidas, matricidas y asesinos, fornicarios, sodomitas, traficantes de esclavos, mentirosos, perjuros y para todo lo demás que se opone a la sana enseñanza según el evangelio” (1 Tm 1,9-11).

“Los cobardes, los incrédulos, los abominables, los asesinos, los impuros, los hechiceros, los idólatras y todos los embusteros tendrán su parte en el lago que arde con fuego y azufre, que es la muerte segunda” (Ap. 21,8).

“Fuera los perros, los hechiceros, los impuros, los asesinos, los idólatras, y todo el que ame y practique la mentira” (Ap. 22,15).

En definitiva, las condenas a la homosexualidad a lo largo del Antiguo y del Nuevo Testamento son muy pocas. La Biblia se centra en otros problemas como el de la injusticia, la desatención al pobre, la idolatría. Cuando se refiere al tema sexual, son otros aspectos, por ejemplo, el adulterio, los que ocupan su atención. La homosexualidad femenina, si se exceptúa la referencia de Rm. 1,26, está ausente de la Biblia.

2.5.2. La tradición eclesial sobre la homosexualidad

Para ayudar a entender la influencia y la evolución de la sexualidad en el cristianismo estudiaremos textos de distintas épocas que hacen referencia a prácticas homosexuales.

¹⁹⁶ Los cuatro textos, de modo especial, los dos primeros, pertenecen al género literario de “listas de vicios”. Tales listas consistían en transcripciones de catálogos de origen estoico. El cristianismo primitivo los asumió con pequeñas variantes y los “cristianizó”. Aun así, no se los puede considerar como si fuesen la expresión de la genuina moral cristiana.

De entrada, las de la época patrística, influida por la teoría de San AGUSTÍN sobre la homosexualidad, la celebración del Concilio de Elvira y la promulgación de la *Lex Visigothorum*. A continuación, aludiremos a textos de la Edad Media, en que, de la mano de TOMÁS DE AQUINO, se fijará la moral católica de los siglos ulteriores. Y ello hasta examinar los principales textos de la doctrina del magisterio eclesiástico reciente entre los que analizaremos las intervenciones de la Congregación para la Doctrina de la Fe, distintos documentos Romanos, la Carta del Comité “sobre Matrimonio y Familia” de la Conferencia Nacional de Obispos Católicos de los Estados Unidos (EE.UU.), el Documento de la Conferencia Episcopal de los Obispos suizos sobre la bendición de las “uniones homosexuales”, y, finalmente, la legalización de las uniones homosexuales y su equiparación jurídica al matrimonio.

2.5.2.1. Época patrística

Encontramos distintos textos patrísticos que condenan los comportamientos homosexuales. Las razones de dicha condena se encuentran en la frustración de la finalidad procreativa, en la búsqueda inmoderada del placer y en la forma antinatural del comportamiento homosexual¹⁹⁷.

CLEMENTE DE ALEJANDRÍA denuncia a los sodomitas por haberse abrazado en el amor hacia los jóvenes. San JUAN CRISÓSTOMO pondera ese pecado por el castigo recibido ya que habían practicado una relación sexual sin finalidad procreativa¹⁹⁸.

San AGUSTÍN cree que Sodoma se había convertido en una ciudad impía, puesto que la “sodomía de una y otra clase se había hecho tan corriente como los demás actos permitidos por las leyes”. Al comentar el texto paulino de Rm 1,27-29 compara la homosexualidad o sodomía con el meretricio. Ve la razón de su condena en el uso “antinatural” de la sexualidad, al frustrar su finalidad procreadora¹⁹⁹.

¹⁹⁷ VIDAL Marciano, *Sexualidad y Cristianismo...* cit., pág. 112.

¹⁹⁸ VILBERT, Jean Claude, “Aux origines d’une condamnation: l’homosexualité dans la Rome Antique et l’Église des premiers siècles”, *Lumière et Vie*, n. 147, 1980, págs. 15 a 28.

¹⁹⁹ *De Civitate Dei*, XVI, 30.

La primera condena que se conoce de un concilio de la Iglesia es la que se encuentra en el Concilio de Elvira (305-306) –al que ya nos hemos referido–, cuyo canon 71²⁰⁰ niega el sacramento de la penitencia a los violadores de niños²⁰¹. El Concilio de Ancyre (314) en su canon 17 condena la práctica homosexual y la bestialidad.

Asimismo, una condena de la sodomía se encuentra en el concilio XVI de Toledo (963). En la *Lex Visigothorum*, el Rey ÉGICA recoge la disposición de ese concilio de Toledo y prescribe que los eclesiásticos acusados de sodomía deben ser excomulgados, rapados y desterrados para siempre, no sin antes haber recibido cien azotes en la espalda; además, prevé la pena de castración para los culpables de este delito. Dentro de la condena, no cabe dejar de señalar la existencia de algunos signos de cierta tolerancia²⁰².

2.5.2.2. Edad Media

Con TOMÁS DE AQUINO queda fijado el marco dentro del cual se va a tratar el comportamiento homosexual en la moral católica de los siglos posteriores. Los pecados de la vida sexual son clasificados en dos grupos. Primero, los pecados *secundum naturam* (pecados según la naturaleza). Segundo, los pecados *contra naturam* (pecados contra la naturaleza).

Los pecados contra la naturaleza denotan “una oposición especial contra el orden natural del acto venéreo dentro de la especie humana”. Tres son los pecados *contra naturam*: la inmundicia o masturbación, la homosexualidad o sodomía y la bestialidad. El comportamiento homosexual se describe como una relación (*concupitus*) con el sexo “no debido”, es decir, de un hombre con un hombre o de una mujer con una mujer. Entre los tres, TOMÁS DE AQUINO establece una cierta gradación. La bestialidad es

²⁰⁰ Canon 71: “Stuprotoribus puerorum nec in finem dandam esse communionem”. Cuya traducción al castellano es: “A los violadores de niños no se les debe admitir a la comunión eclesial ni siquiera al final de la vida”.

²⁰¹ VIVES, José, en VIVES, José; MARTÍN MARTÍNEZ, Tomás; MARTÍNEZ DÍEZ, Gonzalo (coord.), *Concilios Visigóticos e Hispano-Romanos*, Consejo Superior de Investigaciones científicas, Instituto Enrique Flórez, Madrid-Barcelona, 1963, pág. 14.

²⁰² BOSWELL señala que con una actitud hermenéutica proclive a la comprensión, al menos, a la no condena excesiva de la homosexualidad, en BOSWELL, JOHN, *Cristianismo, tolerancia y homosexualidad*, cit.

el más grave, la masturbación el menos grave y a la homosexualidad parece reservarle un puesto intermedio²⁰³.

En el periodo medieval, BOSWELL ha creído ver -como ya hemos apuntado- en algunos signos de cierta tolerancia sobre prácticas de amor entre iguales, toleradas por la Iglesia y ejercitadas entre los mismos clérigos y monjes. Entre estas prácticas, destaca las “bodas de la semejanza”, una especie de unión (hermandad o fraternidad) refrendada mediante una ceremonia y unos compromisos de carácter similar a la ceremonia y el compromiso matrimonial entre personas heterosexuales. Según el autor, la comunidad homosexual actual debería su pasado no tanto a la Grecia socrática sino al siglo XII medieval, cuando los clérigos escribían poemas de amor a sus amigos y se toleraban bodas entre iguales. A juicio de BOSWELL, esta situación cambió radicalmente a partir del siglo XIV, momento en el que en Europa Occidental existía una fuerte obsesión contra a la homosexualidad²⁰⁴.

Entre los signos de tolerancia del cristianismo medieval ante la homosexualidad hay que recordar la respuesta que dio el papa LEÓN IX a la petición de PEDRO DAMIÁN (en su escrito *Liber Gomorhianus*) de que se expulsaran del sacerdocio y de las órdenes a los homosexuales. El pontífice adoptó una postura más benigna, según queda reflejado en la expresión: “*sed Nos humanius agentes*” (traducción en castellano: “pero Nos actuamos de forma más humana”). Readmitió al ejercicio ministerial a los clérigos homosexuales arrepentidos diciendo: “Más, puesto que obramos con una gran humanidad, queremos y ordenamos, confiando en la divina misericordia, que los que, sea con las propias manos, sea entre ellos, han hecho salir su semen, o que lo han derramado entre los muslos, pero con una práctica no larga ni con muchas personas, si han frenado su sexualidad y han expiado sus actos infames con una apropiada penitencia, sean de nuevo admitidos en los mismos grados en que estaban mientras se encontraban en sus malas acciones, aunque sin perseverar en ellas”²⁰⁵.

²⁰³ VIDAL Marciano, *Sexualidad y Cristianismo...* cit., pág. 114.

²⁰⁴ BOSWELL, John, *Las bodas de la semejanza: Uniones entre personas del mismo sexo en la Europa premoderna*, El Aleph, Barcelona, 1996, págs. 30 y ss.

²⁰⁵ VIDAL Marciano, *Sexualidad y Cristianismo...* cit., pág. 116.

Los moralistas de la época casuista, que se extiende desde el concilio de Trento hasta el Concilio Vaticano II, sostienen una postura totalmente contraria al comportamiento homosexual. Desde San ALFONSO²⁰⁶ hasta los casuistas más recientes se mantiene la condena por esta práctica²⁰⁷.

La consideración de la conducta homosexual se caracteriza por su rigorismo, por su impostación preferentemente biologicista y por su orientación casuista²⁰⁸. San ALFONSO estudia la homosexualidad entre las especies de lujuria consumada que van contra la naturaleza y analiza las opiniones manifestadas por los moralistas anteriores sobre la “sodomía”, subrayando que la razón última de su inmoralidad se encuentra en la frustración de la finalidad procreativa²⁰⁹. También subrayan el carácter antinatural en la realización del acto homosexual así como la búsqueda indebida del placer sexual. Esta reflexión está marcada por una concepción destinada a la procreación en materia de sexualidad, por la influencia del dualismo helénico y del neoplatonismo en la negación del placer sexual, por la tendencia al reduccionismo genital y por una comprensión biologicista en la normatividad del “según la naturaleza”, y por un planteamiento precientífico en el campo de la sexualidad²¹⁰.

2.5.2.3. Doctrina del magisterio eclesiástico reciente

A continuación, analizaremos diferentes textos con el fin de conocer la doctrina oficial de la Iglesia católica en la actualidad: Intervenciones de la Congregación para la Doctrina de la Fe, “documentos Romanos” y documentos Episcopales.

a) Intervenciones de la Congregación para la Doctrina de la Fe

²⁰⁶ *Teología moralis*, Lib. III, Tract. IV, dubium III.

²⁰⁷ MERKELBACH, Benedictus Henricus, *Summa Theologiae Moralis*, Paris, 1962, págs. 947 a 952; ZALBA, Marcelino, *Theologiae Moralis Compendium*, Madrid, 1958, págs. 780 a 781.

²⁰⁸ HUTEAU, Philippe, *Catholic Moral Discourse on Male Sodomy and Masturbation in Seventeenth and Eighteenth Century*: *Journal of the History of Sexuality*, 4, 1993, págs. 23 a 42.

²⁰⁹ *Teologia Moralis*, lib. III, Tract. IV, cap. 2, dub. 3.

²¹⁰ VIDAL Marciano, *Sexualidad y Cristianismo...* cit., pág. 117.

En este apartado analizaremos la doctrina oficial de la Iglesia Católica con relación a la moral sexual según los siguientes textos: Declaración “Persona humana”, la Carta a los Obispos de la Iglesia Católica, “consideraciones sobre propuestas de ley no discriminatorias y consideraciones sobre las uniones entre personas homosexuales”.

La Declaración “Persona humana” (1975) es el primer documento del magisterio eclesial moderno que trata el tema de la homosexualidad. Le dedica un apartado (n.8) del que destacamos algunos aspectos. Distingue dos tipos de homosexualidad. Una, de carácter transitorio, que “procede de una falsa educación, de falta de desarrollo sexual normal, de hábito adquirido, de mal ejemplo”, otra, definitiva, “a causa de cierto instinto innato o constitución patológica”. De la primera forma dice, que “no es incurable”, mientras que de la segunda afirma, que “se tiene por incurable”. Aunque no la encuadra como pecado, considera la homosexualidad como una condición humana patológica (*Vitiata constitutio*). El juicio moral sobre el comportamiento homosexual (genital) se expresa así: “son actos privados de su necesaria y esencial ordenación”, que “por su intrínseca naturaleza son desordenados y no pueden ser nunca aprobados de algún modo”²¹¹.

En conexión con esta doctrina, la afirmación en la Carta de JUAN PABLO II a los Obispos de Estados Unidos en la que les agradece la invitación a visitar el país (1979), el Papa recoge la afirmación: “la conducta homosexual, en cuanto distinta de la orientación homosexual, es moralmente deshonesto”. Sigue: “no habéis traicionado a los que, con motivo de la homosexualidad se encuentran frente a difíciles problemas morales, como en cambio habría sucedido si, en nombre de la comprensión o no de la compasión, o por cualquier otra razón, hubieseis suscitado una falsa esperanza para algún hermano o hermana. Más bien, con nuestro testimonio con relación a la verdad de la humanidad según el plan de Dios habéis manifestado realmente amor fraterno,

²¹¹ El texto oficial de la Declaración puede encontrarse en: ASS 68 (1976), en concreto lo referente a la homosexualidad en págs. 84-85. Traducción castellana: *Ecclesia* n. 1773 (1976), págs. 72 a 76. Comentario al contenido de la Declaración sobre la homosexualidad en CAPONE, Doménico, “Reflexión sobre los puntos relativos a la homosexualidad”: VV.AA., *Algunas cuestiones de ética sexual*, Madrid, 1976, págs. 119 a 129.

estimulando la verdadera dignidad de los que miran a la Iglesia de Cristo por la norma que viene de la palabra de Dios”²¹².

La *Carta a los Obispos de la Iglesia católica sobre el cuidado pastoral de las personas homosexuales* de 01.10.1986²¹³, de la Congregación para la Doctrina de la Fe (CDF) reafirma la doctrina del documento anterior de 1975. En la Carta se dice que “los actos homosexuales deben ser juzgados con prudencia” y que hay que distinguir “entre condición o tendencia homosexual y actos homosexuales”. Ratifica en la inclinación de las persona homosexuales una tendencia “hacia un comportamiento intrínsecamente malo desde el punto de vista moral”. Apoyándose en pasajes bíblicos este documento subraya el carácter inmoral de las relaciones homosexuales (genitales)²¹⁴: “Sólo en la relación conyugal puede ser moralmente recto el uso de la facultad sexual. Por consiguiente, una persona que se comporta de manera homosexual obra inmoralmente”, porque “contradice la vocación a una existencia vivida en esa forma de autodonación”, ya que “cuando se empeñan en una actividad homosexual refuerzan dentro de ellas una inclinación sexual desordenada, en si misma caracterizada por la autocomplacencia”. Por tanto, “la actividad homosexual impide la propia realización y felicidad porque es contraria a la sabiduría creadora de Dios”. La Iglesia cuando rechaza estas doctrinas erróneas “no limita, sino que más bien defiende la libertad y la dignidad de la persona”. La condena de los comportamientos homosexuales no supone aprobar las discriminaciones sufridas por las personas homosexuales. De hecho, el documento afirma que “tales comportamiento merecen la condena de los pastores de la Iglesia”. Añade que “la justa reacción a las injusticias cometidas contra las personas homosexuales de ningún modo puede llevar a la afirmación de que la condición homosexual no sea ordenada”. Y concluye: “las personas homosexuales, como los demás cristianos, están llamadas a vivir la castidad”.

El documento sobre “Algunas consideraciones concernientes a la respuesta a proposiciones de ley sobre la no discriminación de personas homosexuales”²¹⁵ (1992) pretendió intervenir en los debates acerca de las modificaciones legales para superar

²¹² Discurso a los Obispos de EE.UU el 05.10.1979: *Ecclesia* n. 39, 1979, pág. 1314.

²¹³ Traducción en *Ecclesia* n. 2293, 1987, págs. 1579 a 1586.

²¹⁴ Gn. 19; Lv 18,22 y 20,13; 1 Co 6,9.

²¹⁵ Traducción en *Ecclesia*: n. 2, 1992, págs. 32 a 34.

discriminaciones históricas de las personas homosexuales. Se califican los actos homosexuales como “intrínsecamente desordenados”, de modo que las relaciones homosexuales no son una “opción moralmente aceptable”, y entiende que la actividad homosexual “pone seriamente en peligro” la naturaleza y los derechos de la familia. El documento, atendido a la afirmación de que “la tendencia homosexual es un desorden objetivo y exige una preocupación moral”, propone tres criterios con relación al campo de los ordenamientos jurídicos. Primero, “existen ámbitos en los que no es discriminación injusta tener en cuenta la tendencia sexual”, por ejemplo, cuestiones de adopción o servicio militar. Segundo, algunos derechos pueden ser “legítimamente limitados debido a un comportamiento externo objetivamente desordenado”, actuación que va encaminada a proteger el bien común. Tercero, en las declaraciones a los derechos humanos “no existe un derecho a la homosexualidad”, por lo que no debería constituir la base para reivindicaciones judiciales a fin de hacer una promoción de la homosexualidad.

La Congregación para la Doctrina de la Fe publicó el 03.06.2003, unas “Consideraciones acerca de los proyectos para el reconocimiento legal de las uniones entre personas homosexuales”²¹⁶. Estas consideraciones “no contienen nuevos elementos doctrinales, sino que pretenden recordar los puntos esenciales inherentes al problema y presentar algunas argumentaciones de carácter racional, útiles para la elaboración de pronunciamientos más específicos por parte de los obispos, según las situaciones particulares en las diferentes regiones del mundo, para proteger y promover la dignidad del matrimonio, fundamento de la familia, y la solidez de la sociedad, de la cual esta institución es parte constitutiva (n.1)”.

Otro aspecto a destacar del texto es el referente a que “ante el reconocimiento legal de las uniones homosexuales, o la equiparación legal de éstas al matrimonio con acceso a los derechos propios del mismo, es necesario oponerse de cualquier tipo de cooperación formal a la promulgación o aplicación de leyes tan gravemente injustas, y asimismo, en cuanto sea posible, de la cooperación material en el plano facultativo. En esta materia cada cual puede reivindicar el derecho a la objeción de conciencia (n. 5)”. Por último, la

²¹⁶ Traducción en *Ecclesia*: n. 3, 2003, págs. 32 a 35.

condena de las uniones entre personas homosexuales lleva también implícita la condena de “la habilitación de tales uniones para la adopción de hijos (n.11)”.

b) Otros “documentos Romanos”

Con la expresión “documentos Romanos” nos estamos refiriendo a aquellos documento que además de al Catecismo de la Iglesia Católica, a los redactados por la Congregación para la Educación Católica, el Pontificio Consejo para la Familia (1995), el Pontificio Consejo para la Familia (2000), la Instrucción de la Congregación para la Educación Católica sobre sacerdocio y homosexualidad.

El documento de la Congregación para la Educación Católica “Orientaciones Educativas sobre el amor humano”²¹⁷ de 01.11.1983, trata la cuestión de la homosexualidad (n. 101 a 103) situándola en el contexto de una antropología evolutiva y pide que sea analizada con toda objetividad: “la homosexualidad, que impide a la persona el llegar a su madurez sexual, tanto desde el punto de vista individual como interpersonal, es un problema que debe ser asumido por el sujeto y el educador, cuando se presente el caso, con toda objetividad”.

El catecismo de la Iglesia Católica (1992) dedica tres números a la cuestión de la homosexualidad (n. 2357 a 2359)²¹⁸. La expone en un apartado con el título de *castidad y homosexualidad*. La define como aquella que “designa las relaciones entre hombres o mujeres que experimentan una atracción sexual, exclusiva o predominante, hacia personas del mismo sexo (n. 2357)”. En cuanto a su origen, lo describe como que es “psíquico y permanece en gran medida inexplicado (n. 2357)”. Respecto a la condición homosexual establece que “un número apreciable de hombres y mujeres presentan tendencias homosexuales instintivas. No eligen su condición homosexual; ésta constituye para la mayoría de ellos una auténtica prueba (n. 2358)”. Finalmente, se refiere a las formas, señalando, que “reviste formas muy variadas a través de los siglos y las culturas (n. 2357)”. Asimismo, se refiere a la valoración moral y apunta a que “apoyándose en la Sagrada Escritura que los presenta como depravaciones graves (Gn.

²¹⁷http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/ccatheduc/documents/rc_con_ccatheduc_doc_1983101_sexual-education_sp.html. Consultado el 12.07.2015.

²¹⁸http://www.vatican.va/archive/catechism_sp/p3s2c2a6_sp.html. Consultado el 15.11.2014.

19,1-29; Rm. 1,24-27; 1Co 6,10; 1Tm. 1,10), la Tradición ha declarado siempre que los actos homosexuales son intrínsecamente desordenados (Congregación para la Doctrina de la Fe, Declaración Persona Humana). Son contrarios a la ley natural. Cierran el acto sexual al don de la vida. No proceden de una verdadera complementariedad afectiva y sexual. No pueden recibir aprobación en ningún caso (n. 2357)”. Concluye afirmando que el ideal normativo de la castidad es que “las personas homosexuales están llamadas a la castidad (n. 2359)”.

En el documento del Pontificio Consejo para la Familia titulado *Sexualidad humana: verdad y significado* de 08.12.1995²¹⁹, no faltan alusiones a la condición homosexual. De ello se hace una consideración específica en el n. 104. Además de recoger la doctrina oficial, expresada en textos precedentes del magisterio eclesial, de modo especial en la Declaración de la Congregación para la Doctrina de la Fe “Persona humana (1975)” y en el Catecismo de la Iglesia Católica (1992), este documento del Pontificio Consejo para la Familia subraya los siguientes aspectos (n. 104). Primero, “es necesario distinguir entre la tendencia, que puede ser innata, y los actos de homosexualidad que son intrínsecamente desordenados (Persona humana, n. 8) y contrario a la ley natural (Catecismo de la Iglesia Católica, n. 2357)”. Segundo, en “muchos casos, especialmente si la práctica de actos homosexuales no se ha enraizado, pueden ser resueltos positivamente con una terapia apropiada. En todo caso, las personas en estas condiciones deben ser acogidas con respeto, dignidad y delicadeza, evitando toda injusta discriminación”.

El Pontificio Consejo para la Familia de 26.07.2000, en el documento *Familia, matrimonio y “uniones de hecho”*²²⁰ aborda monográficamente la cuestión de las uniones de hecho. Dentro de este contexto también valora las uniones de hecho de personas homosexuales. En el n. 23 expone la postura oficial católica: “la verdad sobre el amor conyugal permite comprender también las graves consecuencias sociales de la institucionalización de la relación homosexual. Se pone de manifiesto también que incongruente es la pretensión de atribuir una realidad conyugal a la unión entre personas del mismo sexo. Se opone a esto, ante todo, la imposibilidad objetiva de hacer

²¹⁹http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/family/documents/rc_pc_family_doc_08121995_human-sexuality_sp.html. Consultado el 15.11.2014.

²²⁰ *Ecclesia* n. 3025, págs. 26 a 42.

fructificar el matrimonio mediante la transmisión de la vida, según el proyecto inscrito por Dios en la misma estructura del ser humano. Asimismo, se opone a ello la ausencia de los presupuestos para la complementariedad interpersonal querida por el Creador, tanto en el plano físico-biológico como en el eminentemente psicológico, entre el varón y la mujer...”, y añade: “El matrimonio no puede ser reducido a una condición semejante a la de una relación homosexual; esto es contrario al sentido común. En el caso de las relaciones homosexuales que reivindican ser consideradas unión de hecho, las consecuencias morales y jurídicas alcanzan una especial relevancia. Las uniones de hecho entre homosexuales, además, constituyen una deplorable distorsión de lo que debería ser la comunión de amor y vida entre un hombre y una mujer, en recíproca donación abierta a la vida. Todavía es mucho más grave la pretensión de equiparar tales uniones a matrimonio legal, como algunas iniciativas recientes promueven. Por si fuera poco, los intentos de posibilitar legalmente la adopción de niños en el contexto de las relaciones homosexuales añaden a todo lo anterior un elemento de gran peligrosidad. No puede constituir una verdadera familia el vínculo de dos hombres o de dos mujeres, y mucho menos se puede a esa unión atribuir el derecho de adoptar niños privados de familia. Recordar la trascendencia social de la verdad sobre el amor conyugal y, en consecuencia, el grave error que supondría el reconocimiento o incluso equiparación del matrimonio a las relaciones homosexuales no supone discriminar, en ningún modo, a estas personas. Es el mismo bien común de la sociedad el que exige que las leyes reconozcan, favorezcan y protejan la unión matrimonial, como base de la familia, que se vería de este modo perjudicada”.

Por su parte, la Congregación para la Educación Católica sobre sacerdocio y homosexualidad con fecha 04.11.2005, publicó una “Instrucción sobre los criterios de discernimiento vocacional y en relación con las personas de tendencias homosexuales antes de su admisión al Seminario y a las Órdenes Sagradas”²²¹. El documento “contiene únicamente normas acerca de una cuestión particular que las circunstancias actuales han hecho más urgente, a saber, la admisión o no admisión al Seminario y a las Órdenes Sagradas de candidatos con tendencias homosexuales profundamente arraigadas”. La respuesta es negativa por dos razones. La primera, porque el sacerdote tiene que ser una persona con una “madurez afectiva” que le capacite para “situarse en

²²¹ Traducción castellana en *Ecclesia* n. 3287, 2005, págs. 30 a 32.

una relación correcta con hombres y mujeres, desarrollando en él un verdadero sentido de paternidad espiritual en relación con la comunidad eclesial que le será confiada”. Por tanto, la condición homosexual incapacitaría al candidato varón para llegar a esa madurez.

La segunda, porque partiendo de que los actos homosexuales son “intrínsecamente inmorales y contrarios a la ley natural” y de que “las tendencias homosexuales profundamente arraigadas son también objetivamente desordenadas”, se deduce que no se puede admitir al sacerdocio “a quienes practican la homosexualidad, presentan tendencias homosexuales profundamente arraigadas o sostienen la así llamada cultura gay”. Situación distinta es la de aquellas personas que tienen “tendencias homosexuales” de carácter transitorio, las cuales, sin embargo, “deberán ser claramente superadas al menos tres años antes de la ordenación diaconal”.

c) Documentos Episcopales

Entre los principales Documentos Episcopales nos referiremos al publicado por la Comisión permanente de la Conferencia Episcopal Española (1994), el del Cardenal BASIL HUME (1995), la Carta del Comité sobre matrimonio y familia de la Conferencia Nacional de los Obispos Católicos de los EE.UU (1997), el documento de la Conferencia Episcopal de los Obispos suizos sobre la bendición de las “Uniones homosexuales” (2002), y el publicado por la Conferencia Episcopal de Canadá sobre la legalización de las uniones homosexuales y su equiparación jurídica al matrimonio.

La Comisión Permanente de la Conferencia Episcopal Española dictó un documento bajo la rúbrica de “Matrimonio, familia y uniones homosexuales”²²². Este documento se opone a la equiparación de las uniones homosexuales a la institución jurídica del matrimonio como así se desprende del texto que establece “el amor que puede darse entre personas homosexuales no debe ser confundido con el genuino amor conyugal, sencillamente porque no pertenece a esta especie singular de amor”. También se opone a la adopción por parte de las parejas del mismo sexo, ya que ello puede comportar “graves dificultades en el desarrollo de la personalidad del niño”.

²²² Texto en *Ecclesia* n. 2694, 1994, págs. 1116 a 1119.

El Cardenal BASIL HUME (1995) a la sazón Presidente de la Conferencia Episcopal de Inglaterra y Gales, hizo pública una Nota en la que reelaboraba un documento titulado *Observaciones sobre la enseñanza de la Iglesia Católica en lo que respecta a las personas homosexuales*²²³. Entre las aportaciones del texto destacamos tres. La primera es el reconocimiento de la “dignidad de toda persona, no definida ni catalogada en función de su orientación sexual”, ya que “la persona humana no puede encontrar su figura adecuada en una reducción a su sola orientación sexual”. La segunda es la afirmación de que la expresión sexual del amor está definida “a encontrar su lugar únicamente en el matrimonio entre un hombre y una mujer”, por lo que “la Iglesia no aprueba los actos genitales homosexuales”. La tercera es el criterio de que “la orientación particular de la persona homosexual no es una falta moral”. “Ser una persona homosexual no es pues ni moralmente bueno ni moralmente malo, son los actos genitales homosexuales los que son moralmente malos”.

La Carta del Comité sobre Matrimonio y Familia de la Conferencia Nacional de los Obispos Católicos de los EE.UU (1997) con el título *Siguen siendo nuestros hijos*²²⁴, se dirigió a los padres con hijos homosexuales. En este documento asumen la distinción entre “condición homosexual” y “comportamiento homosexual”. En este sentido, dicen: “por consiguiente, teniendo en cuenta esta distinción, parece comprenderse la orientación sexual (heterosexual u homosexual) como una dimensión fundamental de la personalidad y reconocer su relativa estabilidad en la persona. Una orientación homosexual produce una atracción emotiva y sexual más fuerte hacia individuos del mismo sexo que hacía los del sexo opuesto. Ello no excluye totalmente el interés por los miembros del sexo opuesto, ni la atención y atracción hacia éstos. El hecho de tener una orientación homosexual no significa necesariamente que la persona quiera ejercer una actividad homosexual”. En consecuencia, la orientación homosexual no puede considerarse como tal un pecado, ya que la moral supone una libertad de elección.

En el Documento de la Conferencia Episcopal de los Obispos suizos sobre la Bendición de las *Uniones Homosexuales* (2002)²²⁵, los Obispos escriben: “parejas homosexuales

²²³ Traducción francesa de la Nota en: *La Documentación Catholique* n. 2115, 1995, págs. 444 a 447.

²²⁴ Texto original en: *Origius* 27, 1997, págs. 287 a 289, traducción castellana en *Ecclesia* n. 2885, 1998, págs. 34 a 38.

²²⁵ Traducción castellana del texto en *Ecclesia* n. 3189, 2003, págs. 37 a 38.

que quieren establecer una unión duradera, piden a la Iglesia que bendiga su unión. De la misma manera, personas que viven en unión homosexual piden estar comprometidas en el servicio de la Iglesia. Nosotros no asumiríamos nuestra responsabilidad si no respondiésemos claramente a esta cuestión”. No se puede responder a la pregunta sin tener en cuenta los datos bíblicos y teológicos. Con respecto a los primeros, “el testimonio de las Santas Escrituras no es fácil de interpretar. No obstante, la afirmación bíblica no ha dejado de ser significativa porque el contexto ha cambiado y porque hemos adquirido una comprensión más profunda de la homosexualidad. La constatación por San PABLO de una contradicción con el orden objetivo de la creación sigue siendo actual (n. 2)”. Desde el punto de vista teológico, “falta a la homosexualidad una dimensión esencial, fundada en el actor creador (la dimensión procreativa), por este motivo, no puede ponerse simplemente al mismo nivel que el amor heterosexual”.

Sobre la legalización de las uniones homosexuales y su equiparación jurídica al matrimonio, en febrero de 2005, la Conferencia Episcopal de Canadá hizo pública una Carta en la que se oponía a la redefinición de matrimonio, para incluir bajo ese concepto a las uniones homosexuales cuando afirmaba que: “la redefinición del matrimonio ofende no solamente a la fe y a la práctica de los católicos y otros canadienses, sino que tiene también enormes consecuencias civiles y sociales para todos”²²⁶.

En este contexto, cabe traer a colación la resolución del Parlamento Europeo (2006/0018) sobre “la homofobia en Europa” en la que hace una llamada a los Gobiernos de la Unión Europea para que revisen sus legislaciones sobre las parejas del mismo sexo. La Comisión de Episcopados de la Comunidad Europea (COMECE) ha alertado sobre esa iniciativa y ha pedido a los diversos episcopados que reaccionen con mensajes contra ella²²⁷.

En conclusión, el magisterio de la Iglesia distingue entre la orientación homosexual y la actividad homosexual. Mientras la condición homosexual en sí misma no aparece descalificada, lo que sí se descalifican expresamente son los actos homosexuales, aunque se insiste en la prudencia en su valoración. Además, insiste en que los derechos

²²⁶ Traducción castellana del texto en *Ecclesia* n. 3264, 2005, pág. 36.

²²⁷ La reacción de la Conferencia Episcopal Española en “Nota del Comité Ejecutivo de la Conferencia Episcopal Española” de 11.05.2006 en *Ecclesia* n. 3310, 2006, pág. 7.

civiles no se opongan sobre la condición sexual, sino sobre la dignidad de la persona, dignidad que es igual para todos. De esta afirmación, hay que solicitar que desaparezca de todo sistema, la discriminación por esta materia y que se favorezcan las estructuras socio-culturales para la integración social de todas las personas, sea cual sea su orientación sexual.

2.6. Recapitulación y conclusiones

1. No encontramos en la Biblia una obsesión por la valoración ética del comportamiento sexual humano. Sin embargo, sí existe una serie de instrucciones básicas que deben tenerse en cuenta como marco para una valoración de la sexualidad humana. La Biblia presenta una visión positiva y sana de la sexualidad humana. Las dos únicas excepciones son ciertos textos del Levítico, en los que se refleja una tenencia tabuizadora de la sexualidad, y algunas afirmaciones de San PABLO en la contraposición que el Apóstol hace entre virginidad / matrimonio²²⁸.
2. Por el contrario, los dos relatos bíblicos de la creación de la pareja humana (el llamado sacerdotal, de Gn 1, 1-2, 4a, del siglo VI a.C. y el yahwista, de Gn 2, 4 bx-3, del siglo X a.C) presentan la diferencia de sexos como don y creación de Dios, sin que recurran al mito andrógino, que recogerá PLATÓN y que aparece también en varias culturas²²⁹. El relato yahwista presenta la atracción de los sexos como medio de superación de la soledad que acompaña al ser humano. La Biblia presenta una visión humana y profana de la sexualidad. Esa dimensión profana aparece con especial fuerza en el *Cantar de los Cantares*²³⁰, de fuerte contenido erótico²³¹.

²²⁸ 1 Corintios 7.

²²⁹ Para un estudio más pormenorizado de la cuestión vid. DUBARLE, André Marie, *Amor y fecundidad en la Biblia*, Paulinas, Madrid, 1970.

²³⁰ El libro del *Cantar de los Cantares* es un himno al amor humano. En él se encuentra una afirmación sin reservas de la sexualidad y del erotismo humano. Se puede afirmar que esta obra lírica israelita se inspira en la literatura cortesana de Egipto y refleja el “humanismo” de la época salomónica. La obra, que quizás está vinculada a una fiesta de boda, no trata tanto sobre el amor conyugal como sobre la belleza física y el amor sensual de dos jóvenes. El Cantar constituye un contrapeso a todas las corrientes del

San PABLO expresa en la primera Carta a los Corintios su concepción de que la sexualidad y los pecados sexuales no son periféricos a la persona, sino que afectan al ser personal y subraya su marcada preferencia hacia la virginidad sobre el matrimonio. Pero en la Carta a los Efesios se presenta la relación varón-mujer en el matrimonio como expresión y realización del amor de Cristo hacia su Iglesia²³².

3. Esa es la visión de la sexualidad con la que el incipiente cristianismo entra en diálogo con la cultura grecoromana y realiza su primer proceso de inculturación. Este proceso va a marcar negativamente la ulterior visión de la sexualidad; por ello como señala GAFO deben subrayarse los siguientes aspectos²³³.

En primer lugar, la polémica contra ciertos sectores del gnosticismo, que valoraban positivamente, como forma especial de gnosis, el comportamiento sexual, pero rechazando la procreación. La reacción cristiana va a ensalzar el valor de la procreación como elemento básico del comportamiento sexual.

En segundo lugar, a lo anterior se va a unir la asunción de una serie de elementos de la ética estoica, comenzando por el concepto de la ley natural, que tanto influjo ha tenido posteriormente en la tradición cristiana y católica, y que llevaba a afirmar que la sexualidad cristiana y católica estaba orientada a la procreación,

Antiguo Testamento que consideran el matrimonio, casi exclusivamente, como el medio de perpetuar el clan y el pueblo. Para reaccionar contra los ritos de la fecundidad, el Cantar no ensalza las glorias de la familia numerosa, sino que elogia sobre todo el amor humano. SCHILLEBEE, Edward, *El matrimonio. Realidad interna y misterio de salvación*, Sígueme, Salamanca, 1968, pág. 51.

²³¹ El Antiguo Testamento valora mucho la fecundidad, dentro de un contexto social y cultural que le confiere una gran importancia, pero no contiene afirmaciones concluyentes que justifiquen el comportamiento sexual en función exclusivamente de su significado procreador. También Vid. Pío XI, enc. "Casti connubii".

²³² I Corintios, 6; Efesios 5, 28 a 33.

²³³ GAFO, Javier, "Cristianismo y sexualidad" en la obra *La Evolución de la Sexualidad y los Estados Intersexuales* (Coord. BOTELLA LLUSIÀ, José, y FERNÁNDEZ DE MOLINA, Antonio), Díaz de Santos, Fundación Gregorio Marañón, Madrid, 1997, págs. 133 y ss.

y acabando por la integración de las actitudes estoicas de exaltación de la racionalidad y de la imperturbabilidad en el comportamiento humano sexual.

4. Sobre esta idea va a edificarse la síntesis agustiniana, en la que influye su concepción del pecado original que la lleva a afirmar que la concupiscencia está presente en el comportamiento sexual y que la única justificación del comportamiento sexual es su significado procreador.

Esta síntesis de San AGUSTÍN va a marcar la ulterior evolución de la tradición cristiana sobre la sexualidad. En la Edad Media va a acentuarse el rigorismo: se exige intención explícitamente procreativa en el acto sexual, se cuestionan las relaciones sexuales entre personas estériles y durante el embarazo de la mujer, y se concibe que la relación sexual tiene un componente pecaminoso.

5. Ahora bien, con TOMÁS DE AQUINO y la Escolástica aparece una visión neutra de la sexualidad, a la que se califica como *virtus generativa*, pero se sigue insistiendo en la apertura a la procreación como la finalidad que legitima el comportamiento sexual. Este planteamiento se mantiene a lo largo de los siglos posteriores y tiene su clara expresión en la delimitación de los fines del matrimonio, es decir, procreación y educación de los hijos y la mutua complementación de los esposos.
6. La Constitución *Gaudium et spes* del Concilio Vaticano II introduce el concepto de paternidad responsable y modifica el tema de los fines del matrimonio, poniendo a un mismo nivel la “comunidad de amor y de vida”, propia de la vida matrimonial. Sin embargo, la Encíclica *Humanae Vitae*, que asume muchos de los elementos del Vaticano II, afirma la ilegitimidad de los métodos artificiales de control de la natalidad, basándose en la inseparabilidad de los aspectos mítico y procreativo del acto sexual²³⁴.

²³⁴ *Ibidem*, págs. 133 a 134.

7. Como resumen de la tradición eclesial en materia de sexualidad, pueden citarse las siguientes formulaciones de JOHANNES GRÜNDEL²³⁵:

- Existe un mínimo que siempre se mantiene, en contra de movimientos rigoristas. La afirmación de una última bondad en el matrimonio y la sexualidad, consecuencia de los relatos bíblicos de la creación.
- Hay una comprensión unidimensional de la sexualidad y del comportamiento sexual humanos centrados en su significado procreador.
- En la evolución del pensamiento cristiano influyen de forma importante ciertas filosofías no cristianas –ya citadas– así como ciertos conocimientos científicos que creían que el nuevo ser estaba ya presente en el semen, con lo que se situará la anticoncepción en proximidad al homicidio.
- La tradición cristiana, englobada en el propio contexto cultural occidental, ha considerado a la mujer como madre y no como esposa.
- Un rasgo de la tradición católica ha sido la afirmación de la materia *semper gravis* dado que en el terreno sexual están implicados valores tan importantes que, todo pecado es siempre grave.
- Existe cierta evolución en las cuestiones de moral sexual a lo largo de la evolución histórica tal y como hemos apuntado y no puede hablarse de una ética que haya sido siempre idéntica consigo misma.
- El concepto de ley natural y la pretensión de una fundamentación naturalista de las normas morales ha estado y está muy presente en las posturas de la Iglesia en materia sexual²³⁶.

²³⁵ GRÜNDEL, Johannes, “Die eindimensionale Wertung der menschlichen Sexualität” en Böckle Franz, (Hrsg), *Menschliche Sexualität und Kirchliche Sexualmoral*, Düsseldorf, 1977, págs. 74 a 104.

²³⁶ Por ejemplo, está presente en la *Humanae Vitae* de San PABLO VI, *dado en Roma, junto a San PEDRO, en la fiesta del apóstol Santiago, 25.07.1968, sexto de nuestro pontificado*. Del contenido de la Encíclica se extrae que en el vínculo entre unión esponsal y la procreación es un movimiento fuerte hacia

8. Consideramos, por todo lo estudiado, que uno de los logros más trascendentales de finales del siglo XX en materia de comprensión de la sexualidad, ha sido el de la disociación entre sexualidad y procreación.
9. Por todo, podemos concluir que para la moral católica la sexualidad es una dimensión constitutiva de la persona. Asimismo, es conveniente que distingamos entre sexualidad y genitalidad. Esta última, hace referencia a los órganos genitales y al comportamiento sexual explícito, la sexualidad, hace referencia a una característica del ser humano que configura su persona y sus relaciones interhumanas²³⁷. Esto lleva a una doble afirmación. Por un lado, que nuestra propia persona está marcada por nuestra masculinidad y / o feminidad. Por otro, nuestras relaciones interhumanas se desarrollan en un clima que está valorado por nuestra personalidad sexuada. En este sentido, como se verá más adelante, hay que afirmar que nuestra personalidad y nuestro comportamiento están sexuados²³⁸, sin olvidar su significado procreador²³⁹.
10. No obstante, analizaremos en los siguientes capítulos la ambigüedad de la sexualidad. Siguiendo a DUCOCO²⁴⁰ pueden citarse dos circunstancias de la sexualidad que fundamentan esa ambigüedad. Por un lado, la sexualidad es una forma de autoafirmación de la persona, pero que puede llevar a una realización que no respete el carácter personal de los otros. Por otro, el comportamiento sexual explícito conlleva un elemento extraordinariamente placentero, que busca la repetición inmediata y hasta obsesiva, sin atender a los valores personales presentes y subordinando a la satisfacción de ese deseo de energías sumamente importantes en la vida.

una visión más personalista del matrimonio, y hacia una fundamentación ética y personalista de la inmoralidad de la anticoncepción. *Humanæ Vitæ* no usa ninguna otra terminología eclesialista previa en referencia al matrimonio, según la cual la procreación es el fin último del matrimonio y todos los demás fines se subordinan a éste.

²³⁷ GAFO, Javier, *Cristianismo y sexualidad* cit., pág. 135.

²³⁸ GOOREN, Luís, "Transexualidad, 20 años de experiencia", *El País*, 28.11.1995.

²³⁹ STEARNS FORD, Chellan; AMBROSE BEACH, Frank, *Conducta sexual: de los animales al hombre*, Fontanella, Barcelona, 1978, págs. 51 y ss.

²⁴⁰ DUCOCO, Curran, "Reflexions théologiques sur la sexualité", en *Lumière et vie*, 1971, págs. 94 a 95.

3. TRANSEXUALIDAD: ACEPCIONES Y PRECEDENTES HISTÓRICOS

3.1. Introducción

Nos referimos ahora con más detenimiento al estudio de la transexualidad, sus orígenes y evolución. Bien es cierto, que el concepto de transexualidad es relativamente nuevo y por ello mismo, desconocido en la cultura antigua. No obstante, puede establecerse una cierta correlación entre hermafroditismo (concepto sí conocido desde la antigüedad) y transexualidad, no porque sean conceptos parejos, pero sí porque, en buena medida, la idea de transexualidad proviene del hermafroditismo, aunque después lo ha trascendido, habida cuenta que dicha transexualidad puede venir determinada hoy en día, y según lo legalmente previsto en muchos países como el nuestro, por la simple voluntad del individuo basada en factores psicológicos, sin que sea necesaria la concurrencia de una ambigüedad fisiológica aparente en función de la cual se hubiera adjudicado originariamente un sexo que después se cambia por el otro sexo “real”.

Desde esta perspectiva, entendemos por hermafroditismo aquella situación fisiológica del individuo que combina elementos sexuales tanto del sexo masculino como del sexo femenino, y que en este sentido puede tener cierta similitud con una de las acepciones del concepto de bisexualidad²⁴¹. Por extensión, también puede considerarse

²⁴¹ Se puede afirmar que la “diferencia sexual” es compleja. Las fronteras de lo masculino y lo femenino son vagas y, tienen lugar en el interior de cada uno. Se recurrirá entonces a la noción freudiana de bisexualidad psíquica según la cual todo ser humano tiene biológicamente y psíquicamente disposiciones a la vez masculinas y femeninas. Se dirá que la identidad sexual no se define únicamente por el sexo biológico, sino que es el fruto de una elaboración progresiva. El “género” es una construcción social: se invocará la bipolaridad, la presencia en todo individuo de rasgos de carácter generalmente considerados como “masculinos” o “femeninos”. Pero estamos entonces en plena confusión. Con rigor, puede decirse que la bisexualidad no es la bipolaridad, sino que es el resultado de la identificación de un individuo con los dos sexos: “la bisexualidad psíquica es la capacidad de estar en relación con el otro sexo”, en ANATRELLA, Tony, “Le conflit des modèles sexuels contemporains”, *Revue d'éthique et de théologie morale*, n. 215, 2000, pág. 66. Atendiendo a lo dicho, el primer error es considerar la homosexualidad como una identidad, un estado de la persona, cuando no es más que una orientación, es decir, una interpretación subjetiva del deseo sexual. No hay dos categorías humanas: homosexuales y heterosexuales. Es una construcción ideológica. Lo sexuado remite a lo masculino y a lo femenino, lo sexual remite a un comportamiento, la sexualidad. LACROIX, Xavier, *La confusión de géneros –Respuesta a ciertas demandas homosexuales sobre el matrimonio y la adopción–*, Mensajero, Bilbao, 2006, págs. 39 a 66.

hermafroditismo aquella situación que por razón de carencia de elementos fisiológicos externos suficientemente determinantes dificulta discernir con claridad si se está, desde un punto de vista orgánico, ante una persona del sexo masculino o femenino.

Con el paso del tiempo, expertos científicos se percataron de que si bien es cierto que había personas que nacían con rasgos físicos de distinto sexo o que carecían de algún miembro del sexo del que creían formar parte, también las había que por distintas razones, físicas, culturales o sociológicas, que confluían en lo psicológico, consideraban que habían nacido en un cuerpo distinto al que querían y sentían pertenecer. Por ende, esta nueva concepción es lo que denominamos transexualidad, que en capítulos posteriores tendremos oportunidad de explicar con más detalle.

Como resulta que en definitiva acabaría prevaleciendo el que podríamos denominar sexo psicológico expresado en un acto de voluntad firme y libre del individuo (cualesquiera que sean los requisitos adicionales que la ley establezca), ha acabado resultando irrelevante si este acto psicológico se ha formado a partir de una ambigüedad fisiológica u orgánica, o si es puramente psicológica o reivindicativa. Con ello, resulta ya obsoleto remitirnos al concepto de hermafroditismo u otras situaciones más o menos próximas, las cuales sin embargo han tenido mucha importancia en el proceso evolutivo hacia la transexualidad tal como hoy la entendemos.

El anterior paso hacia el protagonismo de la voluntad individual a partir de la querencia psicológica en cuanto la determinación del sexo es de enorme importancia, no sólo en sí mismo sino también como posible puerta hacia otras soluciones legales. En efecto, si lo decisivo, en conexión con el principio de libre desarrollo de la personalidad, es el reconocimiento de esa voluntad individual, nada empece para que, en línea del principio y en mérito de este propio criterio, puedan reconocerse otras opciones distintas a la de cambio de un sexo a otro: por ejemplo, el que se refiere a quien no desee ser asignado a ninguno de los dos sexos oficiales reconocidos.

Volviendo al concepto de transexualidad, esta puede considerarse actualmente desde dos perspectivas: una de carácter médica, y otra de carácter legal. En su acepción legal, ya hemos visto que basta la voluntad del individuo a partir de su necesidad psicológica (todo ello debidamente acreditado y con los consiguientes controles médico-legales). En

cambio, en su acepción médica la transexualidad supone una intervención en los órganos genitales de la persona (además de otros tratamientos complementarios) de manera que su corporeidad quede adaptada al sexo deseado. Esto último es, como veremos, lo que ya no se requiere como algo indispensable para el cambio legal de sexo. En consecuencia, puede haber un transexual legal que no lo sea en sentido médico y puede haber un transexualizado quirúrgicamente, que pese a ello no se haya incorporado registralmente a su nuevo sexo aparente.

No hace falta decir que para llegar hasta dónde hemos llegado la transexualidad en sentido médico ha tenido una importancia vital. Las primeras informaciones documentadas que tratan sobre este nuevo concepto se remontan a los años veinte del pasado siglo, cuando el doctor HARRY BENJAMIN realizó uno de los primeros tratamientos hormonales a una persona que no se sentía identificada con el sexo asignado a su nacimiento. Asimismo, fue en el año 1931, cuando tuvo lugar una de las primeras operaciones quirúrgicas de cambio de sexo, a la que se sometió una joven pintora, LILI ALBA, que poco después falleció en un prematuro intento de creación de vagina²⁴².

Otro de los primeros ejemplos relatados biográficamente es el que se refiere a CHRISTINA JORGENSEN, operada en Dinamarca por el Dr. HAMBURGER, entre los años 1951 y 1954. La noticia alcanzó notoriedad mundial y su caso disparó las técnicas y demandas quirúrgicas de la transexualidad contemporánea²⁴³.

A continuación, en el año 1953, el Dr. BENJAMIN, en un artículo publicado en el *International Journal of Sexology*, con el título de “Transvestim and Transsexualisni”, utilizó científicamente este término, creado por el divulgador médico Dr. DAVID CAUDLWELL en 1950. A partir de este momento, en el ámbito de la sexología se crea una rama específica que atiende las necesidades de la transexualidad²⁴⁴.

3.2. El tratamiento legal de la transexualidad en su perspectiva histórica

²⁴² BATALLER PERELLÓ, Vicent, *Historia natural de la transexualidad* cit., pág. 2.

²⁴³ ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina, *Discriminación por orientación sexual...* cit., pág. 47.

²⁴⁴ *Ibidem*, pág. 47, nota 45.

Como hemos señalado anteriormente y pese a ser conceptos claramente diferenciados, para entender la evolución de la transexualidad es preciso referirnos al hermafroditismo, que aun siendo un fenómeno minoritario es conocido desde los albores de la humanidad.

El término “hermafrodita” procede del griego *hermaphroditos*, hijos de HERMES y de AFRODITA, para definir a las personas que tenían los dos sexos, expresión que derivó en el *hermaphroditus* romano²⁴⁵, y en el inglés *hermaphrodite*. La expresión alemana *Zwitter* está emparentada etimológicamente con *zwei* (dos); en sus orígenes el nombre era curiosamente *Zweidorn* (dos espinas) y tiene por significado un ser híbrido. Finalmente, *Mannweib* (hombre-mujer) es una expresión también alemana traducida literalmente del griego *androgynos* cuyo significado es equivalente²⁴⁶.

Hermaphroditos fue en sus orígenes una divinidad híbrida del mundo oriental en la que confluían ambos sexos, masculino y femenino. Su culto llegó a Atenas presumiblemente desde Siria a través de Chipre donde, no obstante, no era adorada de forma especial. Eran más bien la poesía y las artes plásticas las que se centraban en este ser perfecto²⁴⁷. Volviendo al origen griego de *hermaphroditos* como hijo de HERMES y de AFRODITA, explica la mitología que la ninfa de una fuente de Karien, SALMAKIS, se enamoró de un hermoso joven y para no ser separada jamás de él imploró a los dioses que su cuerpo se fundiera en una sola pieza con el de su enamorado. De este modo atrajo al joven indeciso a sus aguas. Ambos cuerpos se fusionaron creándose un ser con ambos sexos, tal y como nos lo describe OVIDIO en su *Metamorfosis*, con las siguientes palabras²⁴⁸:

Nec duo sint, et forma dúplex, nec femina dici Nec puer ut possint, neutrumque et utrumque vietur.

²⁴⁵ DI TULLIO, “Ermafrotismo”, en *Novissimo Digesto italiano* 6, 1960, pág. 659.

²⁴⁶ WACKE, Andreas, “Del hermafroditismo a la transexualidad”, *Estudios de Derecho Romano y Moderno en cuatro idiomas*. Fundación Seminario de Derecho Romano Ursicino Álvarez, Madrid, 1996, pág. 41.

²⁴⁷ *Ibidem*, pág. 42.

²⁴⁸ OVID LAUREATE, *Las Metamorfosis IV*, 1951, págs. 288 a 389.

Es decir,

No son dos, pero sin embargo si tienen una figura doble, no se les puede denominar ni muchacho, ni muchacha, de forma que parecen no ser ninguna de las dos cosas, siendo, no obstante, ambas cosas a la vez.

En cuanto el Derecho romano, que no reconocía el sexo hermafrodita, se basaba en un sistema binario y tradicional de dos sexos opuestos, ya que los juristas romanos consideraban que el cuerpo estaba irremisiblemente unido a la sexualidad de la persona. No obstante, los eunucos o castrados eran definidos, debido a la amputación de los testículos, como no masculinos y afeminados²⁴⁹.

El nacimiento de una persona hermafrodita se incluía por los romanos en la categoría de parto fallido. Las figuras antinaturales, los monstruos o seres deformados fruto de estos partos fallidos eran presagio de desgracias, celebrándose ceremonias de purificación de las mismas²⁵⁰.

Para ARISTÓTELES los hermafroditas no eran más que accidentes de la naturaleza en la concepción o en el nacimiento de la persona²⁵¹. En este sentido, la jurisprudencia romana distinguió entre las deformaciones corporales y los partos de bebés carentes totalmente de figura humana. La cuestión no aclarada por esta Jurisprudencia en cuanto la línea divisoria que media entre ambos fenómenos, fue decidida en el siglo XIX, en el sentido de que al menos debía existir una cabeza con forma humana²⁵². JUSTINIANO recogió tres manifestaciones de juristas clásicos tardíos en el Digesto, una general y dos referentes a cuestiones concretas de tipo técnico²⁵³. La primera manifestación,

²⁴⁹ WACKE, Andreas, “Del hermafroditismo a la transexualidad” cit., págs. 40 a 41.

²⁵⁰ BLOCH, Raymond, *Les prodiges dans l'antiquité classique*, Presses Universitaires de France, Paris, 1963, págs. 25 y ss.

²⁵¹ LOUS, Pierre, “Monstres et Monstruosités dans la biologie d’Aristote”, en *Le monde Grec, hommage à Cl. Préaux*, Bruxelles, 1975, págs. 277 a 284.

²⁵² WACKE, Andreas, “Del hermafroditismo a la transexualidad” cit., pág. 45.

²⁵³ Hay que tener en cuenta que en aquella época carente de conocimientos médicos fundamentales, el aspecto exterior era lo determinante.

considerada como general, corresponde a ULPIANO, y presumiblemente se refería a cuestiones hereditarias. Dice así:

Dig.1,5,10 (Ulpianus libro 1 ad Sabinum) Quaeritur: hermaphroditum cui comparamus? et magis puto eius sexus aestimandum, qui in eo praevallet.

Es decir:

Se pregunta: ¿qué sexo atribuimos al hermafrodita? Y pienso que mayormente ha de ser estimado el sexo que en él parezca prevalecer.

El Derecho romano distinguió entre hombres y mujeres a efectos del otorgamiento de testamento, así como a efectos de adquisición de la herencia²⁵⁴. En la anterior respuesta llama la atención su formulación *et magis puto* (considero mayormente), pues ¿pretendía Ulpiano excluir otras soluciones? Creemos que no tenía intención de permitir un tercer sexo.

La segunda manifestación esta ya de carácter particular la expresa ULPIANO en los siguientes términos:

Dig. 28, 2, 6 (Ulpianus libro 3. ad Sabinum) pr. Sed est quaesitum, an is, qui generare facile non posit, postumum heredem facere posit. et scribit Cassius et Iavolenus posse: nam et uxorem ducere et adoptare ptest. spadonem quoque posse postumum heredem scriber et Labeo et Cassius scribunt: quonim nec aetas nec sterilitas ei rei impedimento est. 1. Sed si castratus sit, Iulianus Proculi opinionem secutus non putat postumum heredem posse instituere, quo iure utimur. 2. Hermaphorodiuts plane, si in eo virilia praevallebunt, postumum heredem instituere poterit.

Es decir:

²⁵⁴ La capacidad de testar sólo la tenía el *pater familias*. Las mujeres originariamente no podían testar. Más tarde sólo lo podían hacer con especiales formalidades.

También se preguntó si puede instituir a un póstumo el que no es fácil que pueda engendrar. Casio y Javoleno escriben que sí, porque se puede casar y adoptar un hijo. También escriben Labeón y Casio que el impotente puede instituir heredero a un póstumo, porque para esto no es obstáculo ni la edad ni la esterilidad. 1. En cuanto al castrado, opina Juliano, siguiendo el parecer de Próculo, que no puede instituir al póstumo, y así se observa. 2. El hermafrodita al contrario podrá instituir al póstumo si predomina en él el sexo masculino.

De la lectura del texto podemos interpretar que ni la impotencia sexual ni la esterilidad absoluta excluyen la posibilidad de que un hombre nombre heredero a un *postumus*. Sin embargo, un eunuco no puede realizar ninguna de las dos cosas, es discriminado conscientemente. Un hermafrodita, por el contrario, no sufre sus inconvenientes porque si conforme a su aspecto exterior se le puede calificar como hombre, podrá incluso contraer matrimonio y adoptar válidamente.

No obstante –y entramos ya en la tercera manifestación– en las Sentencias de PAULO, nos encontramos con una dirección distinta en cuanto a la concepción jurídica del hermafrodita. El texto también se refiere a una cuestión de orden sucesorio:

Dig.22, 5, 15, 1 (Paulus libro 3. Sententiarum). Hermafroditus an ad testamentum adhiberi posit, qualitas sexus incalescentis ostendit.

Es decir:

El que pueda intervenir en un testamento el hermafrodita depende de su apetito sexual.

Por todo lo cual, cabe entender, según PAULO que la libido predominante (lo que hoy denominaríamos orientación sexual) sería decisiva para determinar el sexo del hermafrodita. La prueba de ello era una cuestión delicada. No se exigía una potencia regular de los órganos sexuales del hermafrodita; parece que bastaría con el mero apetito sexual. La pregunta acerca de la sensación interior incluye una subjetivización notable.

En resumen, en la antigüedad se sabía que una castración no implicaba siempre la pérdida de la libido. Pero aun así, los eunucos no quedaban por ello liberados de las desventajas jurídicas que ello acarrearaba. Los eunucos, tuvieron que hacer frente a grandes dificultades en los comienzos de la cristiandad. Por su parte, los hermafroditas que aparentaban el sexo masculino, disfrutaron, en el Derecho antiguo, de una posición más favorable que los eunucos²⁵⁵.

Dando un salto en el tiempo, pero no tanto de criterios legales, tenemos que hacer mención del Código civil sajón de 1863/65, en concreto, el párrafo 46, en el que podemos encontrar la diferenciación de sexos en orden a los atributos predominantes: *por regla general, la diferencia entre los sexos no justifica una desigualdad de derechos civiles. Una persona cuyo sexo sea dudoso se encuadra en aquel sexo que predomine en ella*. Probablemente no es que no haya diferencia en el tratamiento jurídico por razón de sexo, sino que, siguiendo el criterio de ULPIANO, a los hermafroditas habrá que asignarles el sexo que aparezca como más aparente. Por tanto, del hermafroditismo mismo no se derivarían discriminaciones, pero sí, acaso, del sexo asignado en función del anterior criterio.

El Codex Maximilianeus bávaro de Kreittmayr de 1756, contiene para este supuesto una solución, en la Parte I, capítulo 3 & 4 número 2 del Codex, cuando prevé: *los hermafroditas serán considerados como pertenecientes a aquel sexo que prevalezca de conformidad con el consejo y la opinión de los entendidos; pero si no se advierte una prevalencia, han de decidirse ellos mismos por uno de los dos sexos, no pudiendo separarse de tal decisión bajo poena falsi*. He aquí, pues, un antecedente histórico de singular importancia en cuanto a la prevalencia de la decisión personal del afectado en relación con la determinación de su sexo legal, aunque ciertamente circunscrito a un supuesto excepcional y límite: el hermafroditismo en el que no sea posible determinar por los expertos el sexo prevalente.

Históricamente, en cuanto el tratamiento que efectuaba el derecho canónico sobre el hermafroditismo, y también sobre la base de que no hubiera un sexo objetivamente prevalente, se optó como solución que fuese el propio hermafrodita quien eligiese entre

²⁵⁵ WACKE, Andreas, “Del hermafroditismo a la transexualidad” cit., pág. 48.

un sexo y otro. Un ejemplo, es el *Decretum Gratiani* que acogió en principio el pasaje del Digesto sobre la capacidad del hermafrodita para ser testigos en un testamento²⁵⁶. Por tanto, estamos ante otro precedente de la prevalencia de la autonomía de la voluntad.

Como señala WACKE²⁵⁷, el Derecho canónico consideraba al hermafrodita preferentemente en relación con el Derecho matrimonial. El autor, parte, por tanto, de que el hermafrodita podía elegir en estos casos dudosos sobre su identidad sexual por sí mismo y bajo juramento. No obstante, esta decisión se debía tomar por diversos motivos con mucha anterioridad al matrimonio. Ya en el bautizo se planteaba la cuestión práctica de si se le había de atribuir al niño un nombre femenino o masculino.

Así, hacia el año 1800, los médicos partieron de que un hermafrodita pertenecía al sexo femenino y que su masculinidad no era más que apariencia. No obstante, conforme a los juristas del *usus modernus*, en caso de duda debía considerarse al niño hermafrodita como de sexo masculino. Por ello, y con objeto de mantener sus derechos de orden sucesorio, debía ser bautizado con nombre de varón²⁵⁸.

Con la Ilustración la concepción de preponderancia del sexo masculino pierde fuerza. Prueba de ello es el Código prusiano de 1794, en su parte I, título I, que dice lo siguiente: (...) 19. *Cuando nace un hermafrodita son los padres los que determinan el sexo sobre la base del que recibirá su educación.* 20. *No obstante, una vez alcanzados los 18 años de edad, le corresponde a la persona de aquellas características la libre elección de determinar a qué sexo pertenece.* 21. *Conforme a esta elección quedarán perfilados sus derechos en el futuro.* 22. *Si los derechos de un tercero dependen de un presunto hermafrodita, el primero podrá solicitar una investigación por un perito.* 23. *El dictamen del perito es el determinante, incluso contra la elección del hermafrodita y la de sus padres, (...).* He aquí, pues, la incidencia de un criterio mixto de autonomía de

²⁵⁶ “Decr. Secunda pars Causa 4 quaestio 2 canon 3 & 22”, en FRIEDBERG, Emil, *Corpus Iuris Canonici I* (1879/Reimpr.), 1959, pág. 540. El Derecho judío, en cambio, consideraba a los hermafroditas como incapaces para ser testigos: FREISEN, Joseph, *Geschichte des kanon, Eherechts* (1893/Reimpr.), 1963, pág. 343, nota 49.

²⁵⁷ WACKE, Andreas, “Del hermafroditismo a la transexualidad” cit., págs. 52 y ss.

²⁵⁸ *Ibidem*, pág. 52.

la voluntad, interferido por el de criterios periciales cuando la determinación del sexo pudieran afectar los derechos de terceros.

4. MINORÍAS SEXUALES EN ESPAÑA: DE LA EDAD MEDIA A LA ACTUALIDAD

4.1. Previo

Pretendemos abordar aquí el tratamiento legal del hecho homosexual y, en general, de las minorías sexuales (gays, lesbianas, bisexuales, transexuales...) a partir de la Edad Media en que, en época de la reconquista, se produce una cierta proliferación de textos legales, en este caso sobre la homosexualidad, obviamente de tipo represor. Del largo periodo que transcurre desde entonces hasta nuestros días haremos especial hincapié en la época de la codificación, en lo que se refiere también a aspectos punitivos de los códigos penales. Y sobre todo, por lo que hace referencia a España, analizaremos la situación legal en que se hallan las personas pertenecientes a estas minorías antes del franquismo, durante el mismo, en la época de la transición y hasta llegar a la aprobación de la Constitución Española de 1978, a partir de cuyo momento se irán reconociendo los derechos de las minorías sexuales de nuestra legislación vigente.

4.2. Situación legal durante la Edad Media

La Edad Media en España integra dos culturas muy distintas, la visigoda en los Reinos cristianizados del norte de la península, y la civilización musulmana en la parte meridional de la misma. Por tanto, van a interrelacionarse las culturas cristiana, musulmana y judía.

Está ampliamente documentada la existencia de relaciones de carácter homosexual y el tratamiento de dichas relaciones en diversos textos jurídicos²⁵⁹. En la mayoría de dichos textos se hace referencia a las relaciones homosexuales entre hombres. Entre estos

²⁵⁹ PÉREZ CANOVAS, Nicolás, *Homosexualidad, homosexuales y uniones homosexuales en el Derecho español*, Comares, Granada, 1996, págs. 9 y ss.

textos destacan los de la *Ley Visigothorum*²⁶⁰ o *Liber Iudiciorum* (642-649) que recogen dos normas que castigan la homosexualidad. Una del rey EGICA, relativa a los hombres que yacen con otros hombres, en la que se manda castrar a los sodomitas por la justicia civil y entregarlos posteriormente a los obispos para que los encarcelasen o les obligasen a hacer penitencia, quedando disuelto el vínculo matrimonial si estaban casados²⁶¹. Otra, del Rey RECESVINTO, que establecía que cualquier hombre, lego o eclesiástico que hubiere cometido el pecado sodomítico fuere castrado y excomulgado²⁶².

En la misma época, en el XVI Concilio de Toledo, celebrado en el año 696, se condenó a los homosexuales eclesiásticos a la degradación, excomunión, decalvación y destierro perpetuo después de haber recibido 100 azotes a la espalda²⁶³.

Del momento crucial para el devenir de la historia de España que supuso la invasión de los musulmanes alrededor del año 711, existe documentación histórica que avala la existencia de relaciones homosexuales entre los hispanoárabes, lo que parece que puede atribuirse a ciertas costumbres islámicas, pues, aunque en lo religioso el Corán y los primeros escritos sagrados del Islam mantenían posturas moderadamente negativas respecto a las prácticas homosexuales, la sociedad musulmana era un tanto tolerante con las mismas²⁶⁴.

4.3. La época de la Reconquista

Durante este periodo muchos fueron los textos jurídicos que castigaban las relaciones homosexuales, según entendemos por influencia del cristianismo, ya que esta era la

²⁶⁰ La *Lex Visigothorum* castiga también el *strupum*. Éste servía para tipificar la relación ilícita de un hombre con una virgen. Pero también se empleaba para designar tanto la relación con una virgen o con una viuda de estatus social alto, como las relaciones homosexuales entre varones. En este sentido MENTXAKA, Rosa, “Delitos contra la moral sexual en las etimologías de Isidoro”, en *Revista de derecho romano*, Labeo, número 44, 1998, págs. 77 a 85.

²⁶¹ Libro III, Título VI, Ley V.

²⁶² Libro III, Título VI, Ley VI.

²⁶³ ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina, *Discriminación por orientación sexual...* cit., pág. 142.

²⁶⁴ El Corán condena la homosexualidad (VII, 78, 80 y XI, 82).

actitud de los cristianos que recuperaban los territorios ocupados por los musulmanes y que se traduciría en las leyes de la época.

Así, el “Fuero Juzgo”, versión castellanizada del *Liber Iudiciorum* (s.XII), mantuvo la misma postura punitiva ante dichas conductas que las leyes visigodas, lo que se recogió en diversos fueros municipales, aplicándose concretamente en los Reinos de Asturias, León y Castilla. Asimismo, el “Fuero Real” (1255) castigaba públicamente con pena de muerte a las dos sujetos implicados en las prácticas homosexuales²⁶⁵.

También el “Código de las Siete Partidas” (1265) imponía pena de muerte por la realización del acto homosexual, exculpando, a los menores de 14 años²⁶⁶. En consonancia con esta legislación, los Reyes Católicos dictaron una “Pragmática dada en Medina del Campo el 22 de agosto de 1497”, bajo el título de *Cómo ha de ser castigado el pecado nefando contra naturaleza*, que establecía la pena de muerte y la requisita de bienes de las personas que practicaban esta conducta, aún cuando no se hubiera producido la consumación del acto. Tales conductas eran consideradas de “abominable delito”, herejía y de crimen de lesa majestad, dando entrada a la Santa Inquisición para reprimir tales comportamientos. Los Reyes Católicos proponían que tanto “la ley secular como la eclesiástica unieran sus fuerzas para castigar el crimen nefando, ese que no merece tener nombre, destructor del orden natural y por tanto punible por la justicia divina”²⁶⁷. La Inquisición española persiguió a los homosexuales castigando a los mayores de 25 años con pena de muerte en la hoguera, mientras que para los menores era la pena de azote y las galeras. Sin embargo, el objeto principal de la Inquisición era la persecución de la herejía en España, por ello sufrieron mayor represión los judíos y los moriscos que los homosexuales²⁶⁸. Dicha norma fue recogida posteriormente por la Pragmática dada por Felipe II en Madrid en el año 1598, titulada *De la forma cómo se ha de tener probado el pecado contra naturam*.

²⁶⁵ Libro IV, Título IX, Ley II.

²⁶⁶ Partida 7, Título 21.

²⁶⁷ TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, “El crimen y pecado contra natura”, en *Derecho penal de la Monarquía absoluta. Siglos XVI, XVII y XVIII*, Madrid, 1969, págs. 150 y ss.

²⁶⁸ Según PÉREZ CÁNOVAS, “Homosexualidad, homosexuales...” cit., pág. 11, la Inquisición fue más moderada en la aplicación de la pena de muerte a los sodomitas que los Tribunales estatales.

Las dos pragmáticas antes citadas se recogieron en la Nueva Recopilación de las Leyes de España de 1567, y posteriormente en la Novísima Recopilación (1805), en la que se establecía que el sodomita debía morir así como el que consintiera tal conducta, salvo que se tratase de un menor de 14 años, a los que se azotaba, se enviaba a galeras, se les encerraba y se les llevaba a ver cómo ardía el cómplice²⁶⁹.

Otros textos legales que recogen graves penas por conductas homosexuales se recogieron en los Fueros de Valencia de 1261, en las Costumbres de Tortosa de 1279, en la Novísima Recopilación de las Leyes de Navarra de 1512, en los Fueros del Reino de Aragón de 1552, y en la Compilación de usos, Constituciones y otros derechos de Cataluña²⁷⁰.

También hay constancia de que las mujeres que realizaban prácticas sexuales entre ellas eran castigadas. Estas mujeres recibían “doscientos latigazos y el tribunal las desterraba a perpetuidad del Reino” o eran quemadas, según cómo se cometía el pecado. Esta situación se mantuvo hasta la promulgación del Código penal de 1848 (aunque, como veremos, con tipificaciones penales que no se referían literalmente a la conducta homosexual)²⁷¹. En definitiva, las relaciones sexuales con personas del mismo sexo eran castigadas con la pena de muerte.

4.4. Codificación

Como es sabido, la codificación en España llega de la mano de las Cortes de Cádiz que con la promulgación de la Constitución de 1812 ordenó elaborar los Códigos civil, mercantil y penal. El primer Código en publicarse fue el penal (1820), posteriormente el mercantil (1822) y, por último, el civil (1889).

Con relación al tratamiento jurídico de la homosexualidad en la etapa de la codificación, el primer Código penal no recoge la criminalización del delito de sodomía influido por

²⁶⁹ Libro VIII, Título XXI, Leyes I y II.

²⁷⁰ ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina, *Discriminación por orientación sexual...* cit., págs. 146 a 147.

²⁷¹ *Ibidem*, pág. 146.

el Código penal francés de 1810²⁷². Esta actitud se mantuvo en las reformas posteriores del Código penal de 1848, 1850, 1860 y 1870²⁷³.

Ahora bien, el hecho de que no estuviera penalizada, no implica que la conducta homosexual no fuera motivo de discriminación. Y ello, porque, de una parte, durante esta etapa es cuando se produce la “medicalización de la homosexualidad” ya que ésta era entendida como una enfermedad que podía curarse. Esta corriente nació en el siglo XIX y que tuvo muchos partidarios en países como Alemania y Francia y que también acabaría llegando a España²⁷⁴. Y, por otra, en el ámbito estrictamente jurídico-penal, si bien es cierto que la conducta homosexual no estaba tipificada, de hecho se incardinaba en otro tipo de delitos como los de escándalo público, faltas contra la moral y las buenas costumbres²⁷⁵.

En cambio, las relaciones homosexuales tampoco estaban tipificadas en el Código penal del Ejército (1884) ni en el de la Marina de Guerra (1888), en vigor hasta la promulgación del Código de Justicia Militar de 1945, que modificó la justicia militar de los tres ejércitos, momento a partir del cual sí que penalizan explícitamente las conductas homosexuales. Esta situación no variaría hasta la España democrática nacida de la Constitución de 1978²⁷⁶.

Por lo que se refiere a los Códigos mercantil y civil, que regulan las relaciones en el ámbito privado, no se hace en ellos ninguna referencia a la condición de homosexualidad, de manera que estas personas podían realizar actos de carácter mercantil o civil. Ello, no obstante, hay que recordar, que el Código civil español, inspirado en materia matrimonial por la Ley provisional de 1870, que a su vez, pese a

²⁷² En Francia, la Asamblea Constituyente de 1791, había abolido la pena de muerte para el delito de sodomía. Y el Código penal francés de 1810, había despenalizado la sodomía cuando tales relaciones se producían entre adultos.

²⁷³ ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina, *Discriminación por orientación sexual...* cit., pág. 148.

²⁷⁴ VÁZQUEZ GARCÍA, Francisco, “El discurso médico y la invención del homosexual (España 1840-1915)”, en *Revista Asclepio*, volumen III -2-, 2001, págs. 143 y ss.

²⁷⁵ ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina, *Discriminación por orientación sexual...* cit., pág. 147.

²⁷⁶ *Ibidem*.

ser una ley de matrimonio civil, estaba inspirada en criterios moralizantes católicos, estableció el impedimento matrimonial de impotencia²⁷⁷.

4.5. Homosexualidad y transexualidad: precedentes de su tratamiento legal hasta el franquismo

Como es sabido, el 13.09.1923, se produjo en España el golpe de Estado del General PRIMO DE RIVERA que instauraría una dictadura militar. En este contexto, el nuevo régimen político vuelve a reformar el Código penal que estaría vigente hasta 1932. El nuevo Código tipificaría como delito las relaciones homosexuales en dos preceptos. Por un lado, el artículo 69 lo preveía en relación con el delito de abusos deshonestos *cuando tiene lugar entre personas del mismo sexo del culpable, se impondrá la pena de dos a doce años de prisión*. Por otro, el artículo 616, en relación con el delito de escándalo público, prescribía que *el que habitualmente o con escándalo, cometiese 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*.

Posteriormente, en la Segunda República, el 14.04.1931, se publica la Constitución, cuyo artículo 2 establece que *todos los españoles son iguales ante la ley*, señalándose en el artículo 25 que *no podrán ser fundamentos de privilegio jurídico: la naturaleza, la filiación, el sexo, la clase social, la riqueza, las ideas políticas ni las creencias religiosas*. En virtud de este principio de igualdad de todos los españoles, se vuelve a reformar el Código penal de 1932, el cual hará desaparecer los dos preceptos del anterior código penal, relativos a los abusos deshonestos y al escándalo público. Sin embargo, los Tribunales si siguieron castigando dichas conductas por motivos de escándalo público²⁷⁸.

²⁷⁷ En su tenor literal (impotencia para la generación) el impedimento hubiera podido interpretarse incluso con más extensión que en el Derecho canónico que distingue entre la impotencia (impedimento) de la esterilidad (que no lo es). Sin duda que no fue esta la intención del legislador, sino más bien la de acercarse a las categorías canónicas, en todo caso, literalmente el art. 83.3º Cc decía así: *No pueden contraer matrimonio: 3º Los que adolecieren de impotencia física, absoluta o relativa, para la procreación con anterioridad a la celebración del matrimonio, de una manera patente, perpetua o incurable*.

²⁷⁸ ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina, *Discriminación por orientación sexual...* cit., pág. 149.

El régimen dictatorial surgido de la Guerra Civil Española motivó un cambio sustancial en la materia. Aunque las conductas homosexuales no serían tipificadas como delito en el Código Penal, tales conductas no fueron admitidas²⁷⁹, y serían penalizadas incluyéndolas en leyes especiales. Concretamente, en la ley de Vagos y Maleantes de 04.08.1933²⁸⁰, sobre todo, en su redacción por ley de 15.07.1954, que es cuando se alude expresamente a las personas homosexuales como sujetos de peligrosidad social (artículos 2 y 6). El artículo 2.2º de la citada Ley, incluyó a los homosexuales como sujetos peligrosos junto a los proxenetes y rufianes. Es más, en el artículo 6, apartado 20, se establecía que *a los homosexuales, rufianes y proxenetes, a los mendigos profesionales y a los que vivan de la mendicidad ajena, exploten menores de edad, enfermos mentales o lisiados, se les aplicarán, para que las cumplan todas sucesivamente, las medidas siguientes: a) Internado en un establecimiento de trabajo o colonia agrícola. Los homosexuales sometidos a esta medida de seguridad deberán ser internados en Instituciones especiales, y, en todo caso, con absoluta separación de los demás; b) Prohibición de residir en determinado lugar o territorio y obligación de declarar su domicilio; c) Sumisión a la vigilancia de los delegados.*

La Ley de Vagos y Maleantes fue sustituida posteriormente por la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 04.08.1970, que siguió incluyendo la homosexualidad como situación de peligrosidad social, con una diferencia respecto de la anterior ley: que en esta última se castigaban las conductas homosexuales pero no a las personas homosexuales, lo cual, dentro de la sin razón, fue sin embargo un cierto paso adelante. Otra de las características de la Ley de Vagos y Maleantes es que se incluyen a los

²⁷⁹ Se ha señalado por algunos autores, entre ellos ADAM DONAT, Antonio, MARTÍNEZ VIDAL Àlvar, “Consideraciones sobre tan repugnante tendencia sexual: la homosexualidad en la psiquiatría del franquismo”, en *Orientaciones: Revista de homosexualidades*, número 7, 2004, págs. 51 y ss, que durante el franquismo los asuntos relativos a la sexualidad se dejaron en manos de la moral o de la autoridad gubernativa como materia de orden público; y analizando la obra de los dos psiquiatras más influyentes de la época, Antonio VALLEJO NÁGERA y Juan José LÓPEZ IBOR observan que ambos trabajan la homosexualidad como un trastorno del instinto sexual, remitiendo el primero a los juristas para el tratamiento de estos delincuentes, y el segundo a los tratamientos de la medicina.

²⁸⁰ Un glosario sobre la Ley en ÁLVAREZ JOSUE, Antonio, *Ley de Vagos y Maleantes: exposición histórica de la legislación española. Precedentes parlamentarios. La ley actual y su procedimiento*, Madrid, 1933.

mayores de 16 años que realicen actos de homosexualidad (art. 1 y 2, párrafo 2, número 3º), y a los que ejerzan habitualmente la prostitución (art. 2, párrafo 2, número 4º).

Todo ello hace pensar que, de hecho, no sólo quedaban castigadas las conductas homosexuales, sino también las conductas de otras minorías sexuales que con más o menos propiedad podríamos asimilar a lo que hoy entendemos como personas transexuales o como personas travestidas.

Conviene señalar, que esta ley, regulaba una serie de medidas de seguridad que se imponían a las personas homosexuales (y entendemos también que, por extensión, a las personas transexuales), que consistían básicamente en internarlas con el fin de ser reeducadas y con la prohibición de residir en lugar o territorio que se determinara, así como de visitar ciertos lugares o establecimientos públicos, todo ello con sumisión a la vigilancia de los delegados (artículo 6, número 3º).

En otras palabras, lo que establecía la Ley eran medidas de seguridad dirigidas a curar, rehabilitar y regenerar socialmente a los sujetos peligrosos y propensos a delinquir, pero, habida cuenta que dichas conductas no se consideraban delitos, los sujetos declarados peligrosos y sometidos a tales medidas no podían beneficiarse ni de indultos, ni de amnistías, ni de la redención de penas por el trabajo, ni por buena conducta, ni de la libertad condicional²⁸¹. En definitiva, la Ley era un claro ejemplo de medicalización de la homosexualidad y la transexualidad.

Desde el punto de vista jurisprudencial, la Sala de Apelación de Peligrosidad de Madrid consideró como actos homosexuales cualquiera de los posibles que indujesen a esta práctica. Dicha Ley se aplicó a los dos supuestos clásicos en que se clasificaba de una manera un tanto maniquea la homosexualidad por razón de su origen, es decir, tanto la congénita o de “inversión” natural, como la adquirida, que era considerada patológica, perversa y viciosa, entendiendo la jurisprudencia del citado Tribunal que ambas se recogían en la Ley²⁸².

²⁸¹ PÉREZ CÁNOVAS, *Discriminación por orientación sexual...*, cit., pág. 20.

²⁸² La sentencia de la Sala de Apelación de Madrid de 12.05.1973, consideraba como tales actos los ayuntamientos carnales y en general los tocamientos lascivos de toda índole, y la sentencia de 05.02.1972, los de ayuntamientos carnal perilineales activos o pasivos entre personas del mismo sexo y los de

Los Tribunales siguieron castigando dichas conductas integrándolas en el delito de escándalo público, por vía del art. 431 del Código penal que decía: *el que de cualquier modo ofendiere el pudor o las buenas costumbres con hechos de grave escándalo o trascendencia incurrirá en la pena de arresto mayor, multa de 5.000 a 25.000 pesetas e inhabilitación especial. Si el ofendido fuere menor de veintiún años, se impondrá la pena de privación de libertad en su grado máximo*. En este sentido, se dictaron numerosas sentencias en las que el Tribunal Supremo definió los actos homosexuales de escándalo público como “altamente ofensivos al pudor y a las buenas costumbres, y atentatorios a la moral, fundamento de la familia y de la sociedad” (STS de 07.03.1963)²⁸³, considerando que la homosexualidad era una “vicio repugnante en lo social, aberración en lo sexual, perversión en lo psicológico y defecto en lo endocrino” (STS de 15.10.1951)²⁸⁴, y era ofensiva a la moral pública y a los principios morales de honestidad y recato (STS de 05.11.1974)²⁸⁵. Tales conductas no se consideraban punibles si se realizaban entre personas mayores de edad, con absoluta libertad de decisión y en la más absoluta privacidad. Ahora bien, el concepto de privacidad resultaba tan restringido que era inoperante, hasta el punto de que el propio Tribunal Supremo señalaba, contradictoriamente, que “la reserva u ocultación de estos actos se convierte en el medio propicio a los atentados contra el pudor” (STS de 15.10.1964)²⁸⁶. En esta línea el propio Tribunal Supremo señaló que lo verdaderamente característico de este delito era “(...) su propia naturaleza escandalosa de quien o quienes lo conozcan, y por muy reducido que sea su número...” (STS de 30.11.1953) y en el mismo sentido la citada STS de 27.10.1965)²⁸⁷. No es de extrañar, pues, que la doctrina considere que los tribunales habían creado un tipo específico que castigaba las conductas homosexuales²⁸⁸.

onanismo bucal *in vase praepostero vel in buca*, y los de masturbación y tocamientos lascivos de cualquier conducta.

²⁸³ RJ 1776\1963, Sala de lo Penal.

²⁸⁴ ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina, *Discriminación por orientación sexual...* cit., pág. 153.

²⁸⁵ RJ 2313\1974, Sala de lo Penal.

²⁸⁶ RJ STS 2879\1964, Sala de lo Penal.

²⁸⁷ ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina, *Discriminación por orientación sexual...* cit., pág. 154.

²⁸⁸ PÉREZ CANOVAS, Nicolás, *Homosexualidad, homosexuales...* cit., pág. 22.

En cuanto el tratamiento de la homosexualidad en el orden puramente militar, el Código de Justicia militar de 17.07.1945, sancionaba en el artículo 352 *al militar que cometa actos deshonestos con individuos del mismo sexo con penas de prisión entre seis meses y un día a seis años y con la separación del servicio*. Como podemos comprobar, en este caso ya no era preciso tipificar la conducta a través de otro delito, sino que, directamente se sancionaban las propias prácticas homosexuales.

Respecto a la homosexualidad en el ámbito de la enseñanza, la Orden del Ministerio de Educación y Ciencia de 01.02.1971, señalaba la intersexualidad y el homosexualismo como defecto físico o enfermedad que impide el ingreso en el Cuerpo de Magisterio Nacional de Enseñanza Primaria (Anexo I, número 45).

4.6. El reconocimiento de derechos de las minorías sexuales a partir de la Constitución Española de 1978

Con la Constitución de 1978 y, muy particularmente, merced a los artículos 10 y 14 del texto constitucional que regulan el derecho al libre desarrollo de la personalidad y el principio de igualdad y no discriminación, respectivamente, se reconocen un conjunto de derechos y libertades que afectan directamente al derecho de las minorías sexuales.

El principio de no discriminación en relación con la orientación sexual o la identidad sexual se encuentra también implícito en el artículo 14 de la Constitución, por dos razones²⁸⁹, si bien la primera de ellas (no discriminación por razón de sexo) es discutible porque, como afirma CARRASCO PERERA²⁹⁰, “la discriminación por razón de sexo no tiene nada que ver con la discriminación por orientación sexual, en las que se distingue entre heterosexuales y homosexuales, con independencia del sexo que tienen cada uno de ellos”. La segunda es que la fórmula final del artículo (alusivo a la no discriminación por “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”) permite incluir la orientación sexual e incluso el cambio de sexo como condición personal, por

²⁸⁹ ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina, *Discriminación por orientación sexual...* cit., págs. 158 a 159.

²⁹⁰ CARRASCO PERERA, Ángel Francisco, “El principio de no discriminación por razón de sexo”, *Revista Jurídica de Castilla – La Mancha*, número 11 y 12, 1991, pág. 19.

lo que ahí sí que indudablemente se proscribiera cualquier posible discriminación por dichas causas²⁹¹.

Pero es evidente que el reconocimiento de los derechos de las minorías sexuales no sólo tiene fundamento en el principio de igualdad y no discriminación, sino también en otros principios constitucionales, entre los que sin duda destaca el artículo 10.1 relativo al libre desarrollo de la personalidad²⁹².

Por lo demás, otros muchos preceptos constitucionales constituyen también una protección indirecta de los derechos de las minorías sexuales, en cuanto que instrumentos que garantizan el libre desarrollo de la personalidad y, ello tanto, por lo que se refiere a derechos y libertades (por ejemplo, a la integridad moral, a la libertad ideológica, religiosa y de culto y, en definitiva de conciencia, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, conforme los artículos 15, 16, 17 y 18), como en lo que se refiere a otro tipo de instrumentos como los procesales y, en particular, el del artículo 53.2 alusivo al recurso de amparo constitucional para la protección de los derechos fundamentales²⁹³.

4.7. Constitución de 1978 y modificaciones legislativas sustanciales en materia de orientación sexual y transexualidad

A raíz de la entrada en vigor de la Constitución Española de 1978 se reconocieron una serie de derechos en relación con la homosexualidad y la transexualidad. Pasamos, pues, a examinar cómo afectan estos cambios tanto en el ámbito penal como en el civil.

²⁹¹ Señala REY MARTÍNEZ, Fernando, "Homosexualidad y Constitución", *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 73, enero-abril de 2005, págs. 139 a 140, que el derecho fundamental a no ser discriminado por razón de orientación sexual tendría el defecto típico de la igualdad de trato con sus dos corolarios: la prohibición de discriminación directa, es decir, tratamiento jurídico diferente y peor trato por razón de la homosexualidad, y de discriminación indirecta, en cuanto impacta negativamente sobre la minoría homosexual. Además, la prohibición de discriminar obliga tanto a los particulares como a los poderes públicos. Criterio confirmado por la STC de 13.02.2006, Sala 2ª, EDJ 2006/6150.

²⁹² ÁLVAREZ CONDE, Enrique, *Curso de Derecho Constitucional*, vol. I, 5ª edición, Tecnos, Madrid, 2005, págs. 356 y ss.

²⁹³ LÓPEZ GUERRA, LUÍS, *Derecho Constitucional, Vol. I, El Ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, vol. I, 6ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, págs. 479 a 498.

En el ámbito penal, una de las primeras modificaciones, el mismo año 1978, fue la de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, excluyéndose de su tipificación las prácticas homosexuales. No obstante, los Tribunales españoles siguieron castigando las conductas de este tipo por vía del delito de escándalo público del artículo 431 del Código Penal.

En cuanto las personas transexuales, la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, supuso un importante avance social pues despenalizó las operaciones de cambio de sexo siempre que se practicaran con el consentimiento libre y expreso del paciente. Esta nueva orientación quedará otra vez plasmada y consagrada definitivamente con la reforma del Código penal por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.

En el ámbito civil las modificaciones sustanciales (en este caso en materia de transexualidad) tardaron más en llegar. Por de pronto la Ley del Registro Civil de 08.06.1957, apenas hacía mención de la rectificación de sexo y mucho menos por disforia de género, lo que no llegaría hasta el año 2007. La reforma del Reglamento del Registro Civil por Real Decreto 1917/1986, de 29 de agosto, apenas afecta, en esta sede, a la cuestión de la publicidad registral, de modo que se prohíbe la publicidad sin autorización especial de la rectificación del sexo (artículo 21.2º del Reglamento) salvo que se trate de certificación solicitada por el propio inscrito (artículo 22.2º). Y no sería hasta la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral, cuando a nivel legislativo se daría el paso definitivo hacia el reconocimiento de la disforia de género, y, en definitiva, hacia la admisión de que la propia voluntad personal es la que acaba siendo decisiva en este punto. Claro está que esta Ley no fue un salto en el vacío, sino que se amparó en una jurisprudencia cada vez más permisiva. De todo ello hablaremos con más concreción en los epígrafes correspondientes.

En este mismo ámbito civil, pero refiriéndonos a la homosexualidad, no cabe duda de los avances realizados, primero gracias a las leyes de parejas estables, en cuya materia Cataluña fue pionera al regular tanto las parejas heterosexuales como las homosexuales aunque en un sentido no exento de polémica²⁹⁴. El otro hito importante es el de la Ley

²⁹⁴ Ley 10/1998, de 15 de julio, cuyo capítulo primero estaba dedicado a las parejas heterosexuales y el segundo a las homosexuales. Esta Ley, aunque tuvo el mérito de ser pionera, fue muy criticada por el

13/2005, de 1 de julio, que incorpora como novedad más importante la posibilidad de contraer matrimonio entre dos personas con independencia del sexo de cada cual, es decir, lo que se conoce como matrimonio homosexual.

4.7.1. Ámbito penal

El art 1.1.a) de la *Ley 77/1978, de 26 de diciembre, de modificación de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social y de su Reglamento*²⁹⁵, excluyó a los homosexuales del ámbito de aplicación de dicha Ley, derogando, entre otros, el supuesto 3 del artículo segundo de la antigua Ley referente “al estado de peligrosidad” (*sic*) de quienes realizaban prácticas homosexuales. En la misma línea continuó la Ley de 11.01.1979, que volvió a reformar la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social.

Sin embargo, como hemos señalado anteriormente la jurisprudencia del Tribunal Supremo durante la década de los años ochenta siguió condenando conductas homosexuales por vía del delito de escándalo público recogido en el art. 431 del Código penal, calificando tales conductas como “relaciones aberrantes”²⁹⁶, “actos de perversión sexual”²⁹⁷, “actos contra natura”, “práctica obscena”, actos que tienden a la “desviada excitación del instinto sexual”²⁹⁸. Todas las sentencias citadas hacen alusión a la homosexualidad masculina y es excepcional encontrar alguna referida a la homosexualidad femenina, como la sentencia del Tribunal que condenó por corrupción

distinto alcance de unas y otras uniones, y muy singularmente en lo que se refiere a dos cuestiones fundamentales: 1) la constitución de estas uniones trataba de salvaguardar la intimidad de la orientación homosexual si la persona no decidía expresarla libremente, de modo que las parejas homosexuales, a diferencia de las heterosexuales, sólo podían establecerse mediante voluntad expresada en documento público y no por simple convivencia; 2) las parejas homosexuales no tenían derecho a adoptar. Superados estos prejuicios, la actual regulación de la convivencia en pareja se halla regulada en el Libro II Título III Capítulo IV del Código Civil de Cataluña en términos de igualdad.

²⁹⁵ BOE, 11.01.1979, núm. 10.

²⁹⁶ STS de 09.10.1981, Sala 2ª, EDJ 1981/4948.

²⁹⁷ STS 13.10.1981, Sala 2ª, EDJ 1981/4957.

²⁹⁸ STS 14.07.1982 en ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina, *Discriminación por orientación sexual...* cit., pág. 174.

de menores a una mujer que había mantenido relaciones lésbicas con una menor de edad²⁹⁹.

Ahora bien, como indica ALVENTOSA DEL RÍO³⁰⁰, la doctrina penalista criticó la formulación del delito de escándalo público en el art. 431 del referido Código penal porque entendía que vulneraba los principios de legalidad y seguridad jurídica. Sin embargo, el Tribunal Constitucional justificaba su aplicación señalando que ni dicho artículo ni el art. 566.5º del Código penal vulneraban los citados principios cuando la definición del tipo “interpone conceptos cuya delimitación permite un margen de apreciación, máximo en aquellos supuestos en que los mismos responden a la protección de bienes jurídicos reconocidos en el contexto internacional en el que se inserta nuestra Constitución Española, de acuerdo con su art. 10.2 y en el supuesto en que la concreción de tales bienes es la dinámica y evolutiva y puede ser distinta según el tiempo y el país de que se trate”³⁰¹. Como puede comprobarse, la posición del Tribunal Constitucional no era precisamente progresista, pero en cierto modo, daba cabida a un futuro cambio de criterio en materia de homosexualidad y de orden público que acabarían materializándose pocos años después.

Por lo que se refiere a las personas transexuales, la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, supone un importante cambio normativo porque despenaliza las operaciones de cambio de sexo. Así lo establece la Exposición de Motivos de la Ley, que consideró urgente introducir un nuevo párrafo en el artículo 428 del Código penal de forma que, mediando consentimiento libre y expresamente manifestado por parte del interesado eximía de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos, esterilizaciones y cirugía transexual, efectuados legalmente y por facultativos. Asimismo, la indicada excepción se recogió en la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código penal, que estableció: *no obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, el consentimiento libre y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuados con arreglo a lo dispuesto en la ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o*

²⁹⁹ ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina, *Discriminación por orientación sexual...* cit., pág. 175.

³⁰⁰ *Ibidem*, 174.

³⁰¹ STC de 15.10.1982, Sala 1ª, EDJ 1982/62.

*recompensa, o el otorgante fuera menor o incapaz, en cuyo caso no será válido el prestado por estos ni por sus representantes legales. Sin embargo, no será punible la esterilización de persona incapaz que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquella haya sido autorizada por el juez a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el ministerio fiscal y previa exploración del incapaz. – El consentimiento a que se refiere el párrafo segundo de este artículo, no eximirá de responsabilidad penal en los supuestos del artículo 425 de este Código*³⁰².

³⁰² Consideramos que la referencia al artículo 425 de este Código es innecesario porque ya en el mismo precepto se pone de manifiesto la irrelevancia (sic) del consentimiento, al castigar al que *prestare su consentimiento para ser mutilado, con el fin de eximirse del servicio militar o de un servicio público de inexcusable cumplimiento y fuere declarado exento de este servicio por efecto de la mutilación* (pfo. 1^a), y al que *con la finalidad y resultado antes previstos se causare a sí mismo cualquier otra inutilidad o se la produjera a persona distinta con su consentimiento* (pfo. 2^o).

El pfo. 3^o del art. 428 obliga a cuestionarnos si el legislador se quiere referir a un consentimiento genérico, o bien a un consentimiento más específico y delimitado por los requisitos subjetivos y objetivos. Ello obligaría a preguntarnos si dichos requisitos pueden tener aplicabilidad en los supuestos del art. 425, que a continuación analizamos. Respecto a los requisitos subjetivos destacamos tres: capacidad, mayoría de edad y consentimiento. El requisito de la capacidad no tiene trascendencia a los efectos del art. 425, pues quien es incapaz para presentar consentimiento por estar incurso en alguno de los supuestos del art. 200 del Cc, también estará incapacitado para el cumplimiento del servicio militar o desempeño de cualquier otro servicio público de inexcusable cumplimiento. La mayoría de edad es también innecesaria en los supuestos del art. 425, como pone de manifiesto la exigencia al menor de dieciocho años que ingresa como voluntario en el Ejército del consentimiento paterno prestado ante el Juez. Y, el consentimiento, la referencia del pfo. 3^o a los requisitos de validez del consentimiento es reiterativa, ya que si el consentimiento es obtenido viciadamente o mediante precio o recompensa, determinará la exención de responsabilidad en quien consiente por la aplicación de la circunstancia eximente de la fuerza irresistible del art. 8, n^o 9, o del error (art. 6, bis.a) del Código penal, y en quien ejercita la violencia, intimidación, engaño o paga un precio para obtener el consentimiento, aparte de su responsabilidad, a título de autor (art. 14), le podrán ser de aplicación las correspondientes agravantes del art. 10. 2^o (precio, recompensa o promesa), y n^o 7 (astucia o fraude).

De los requisitos objetivos estudiamos tres aspectos: trasplantes, esterilizaciones y cirugía transexual. En cuanto al primero, trasplantes, el pfo. 3^o del art. 428 es también irrelevante porque el legislador quiso referirse a que el consentimiento válidamente prestado para la práctica de un trasplante sería igualmente irrelevante a efectos penales. Las esterilizaciones tampoco plantean problema al carecer de virtualidad como causa de inutilidad. Y, la cirugía transexual, en cuanto cambio morfológico de sexo, puede ser causa de exención para el servicio militar y, concurriendo el elemento subjetivo del injusto y la condición objetiva de penalidad del art. 425, su tipificación como delito dependerá de la interpretación que se dé al pfo. 3^o del art. 428, según que entendamos que el consentimiento a que se refiere alcanza o no los tres

En igual sentido la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, en su artículo 156, párrafo primero, dispone: *no obstante lo dispuesto en el artículo anterior el consentimiento válido, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la Ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad o incapaz; en cuyo caso no sería válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales.*

No obstante, lo verdaderamente importante de esta reforma de Ley Orgánica de 23.11.1995, es que, por primera vez, en lugar de sancionar a las personas homosexuales y transexuales se les protege a través de diversos preceptos, como por ejemplo, el art. 510 del Código penal que tipifica la provocación a la discriminación, al odio o a la violencia por motivo de sexo o de orientación sexual; el art. 510.2 que castiga a quienes con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad difundan informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones en cuanto a la pertenencia de sus miembros a un sexo u orientación sexual; art. 511.1 que penaliza al particular encargado de un servicio público que deniega a una persona por razón de su sexo u orientación sexual una prestación a la que tenga derecho; art. 511.2 que sanciona esta misma conducta cuando se lleve a cabo contra una asociación, fundación, sociedad, corporación o contra sus miembros; art. 512 que castiga a quien en ejercicio de sus actividades profesionales o empresariales deniegue a una persona por razón de su sexo o de su orientación sexual una prestación a la que tenga derecho³⁰³.

Por lo expuesto, de los indicados preceptos podemos extraer tres conclusiones. Primera, el legislador concibe la orientación sexual como una de las manifestaciones de los

supuestos mencionados en el pfo. 2º del art. 428, en RODRÍGUEZ CASTRO, Justo, *El consentimiento como causa excluyente de la antijuridicidad en las lesiones*, Boletín núm. 1418, Madrid, págs. 763 a 774.

³⁰³ Código penal conforme Ley Orgánica de 23.11.1995, Libro II, Título XXI (Delitos contra la Constitución), Capítulo IV, Sección 1 (De los Delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución). Esa referencia al sexo o a la orientación sexual forma parte de un conjunto de situaciones que se pretenden proteger como son la etnia o raza, el origen nacional, la enfermedad o minusvalía o la situación familiar. Vid. RODRÍGUEZ RAMOS, Luís, *Código penal. Concordado con jurisprudencia sistematizada y leyes penales especiales y complementarias*, et alii, Madrid, 2007, págs. 1020 y ss.

derechos fundamentales y libertades públicas. Segunda, no puede discriminarse a nadie por razón de su sexo u orientación sexual. Y, tercera, consecuencia de las anteriores, se sancionan las conductas que discriminen a las personas por su sexo o por su orientación sexual.

4.7.2. Ámbito civil

Ya hemos aludido, someramente, al Real Decreto 1917/1986, de 29 de agosto, que modificó el Reglamento del Registro Civil, en lo que aquí interesa en materia de publicidad (arts. 21.1 y 22.2), ello con la finalidad de proteger la intimidad de aquellas personas que hubieran rectificado su sexo³⁰⁴. La rectificación del sexo tenía lugar mediante el expediente gubernativo regulado en el artículo 93.2 de la Ley del Registro Civil, conforme el cual podían rectificarse previo expediente gubernativo: 1º) las menciones erróneas de identidad, siempre que ésta quede indudablemente establecida por las demás circunstancias de la inscripción; 2º) la indicación equivocada del sexo cuando igualmente no haya duda sobre la identidad del nacido por las demás circunstancias. Esta disposición permitía la rectificación del sexo en los cambios de error cometido en la inscripción, y en supuestos de intersexualidad (conurrencia de elementos de ambos sexos, en que se supone que también había existido un error al haberse determinado en un principio un sexo que no se correspondía al realmente dominante).

A la rectificación del Registro Civil le dedica la Ley del Registro Civil (LRC) el Título VI: “De la rectificación y otros procedimientos”. Esta regulación es desarrollada en el Reglamento del Registro Civil (RRC) a través de su Título VI (arts. 293 y ss). El art. 92 de la LRC declara, como regla general, que *las inscripciones sólo pueden rectificarse por sentencia firme recaída en juicio ordinario*. Sin embargo, a continuación se señalan en los tres preceptos siguientes una serie de casos en los que es posible acudir a la vía del expediente gubernativo (arts. 93 a 95 LRC). Por ello, en la práctica registral, la

³⁰⁴ En este sentido GÓMEZ LAPLAZA, María Carmen, “Transexualidad”, en *Actualidad civil*, 2004, págs. 1015 y ss.

rectificación del Registro se suele realizar mediante expediente gubernativo, y sólo, en estos supuestos excepcionales resulta necesario acudir a la vía judicial³⁰⁵.

Es precisa la vía judicial para obtener la rectificación del Registro en dos supuestos. Primero, cuando no esté permitida la rectificación mediante expediente. Segundo, cuando hubiera sido denegada la rectificación en la vía gubernativa. La rectificación mediante expediente ha quedado prevista en la ley 3/2007, de 15 de mayo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas.

En nuestro Ordenamiento Jurídico, ante la ausencia, hasta la Ley 3/2007, de una regulación específica sobre la transexualidad, los primeros intentos para conseguir un reconocimiento legal del cambio de sexo se orientaron a obtener, mediante los correspondientes expedientes gubernativos, el cambio de nombre propio por otro habitual correspondiente al sexo contrario y la rectificación de la indicación del sexo del transexual en la inscripción de nacimiento en el Registro Civil³⁰⁶.

La Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) en su Resolución de 17.03.1982³⁰⁷, descartó que, por causa de la transexualidad, pudiera ser rectificado el asiento del Registro Civil fruto del expediente gubernativo –conforme el art. 93.2º LRC–, posición mantenida en ulteriores decisiones dictadas sobre la materia, al precisarse que la vía judicial es la adecuada para el cambio de sexo de un transexual³⁰⁸. Se consideraba que el referido cambio, por afectar a una de las condiciones de que da fe el Registro, y a falta de disposición legal que dispusiera otra cosa y por contradecir el sexo que ya constaba en el Registro, este documento no podía ser otro que la sentencia

³⁰⁵ Sobre esta cuestión véase la obra de DÍEZ DEL CORRAL RIVAS, Jesús, *Lecciones prácticas sobre Registro Civil*, Madrid, 1993.

³⁰⁶ BUSTOS MORENO, Yolanda, *La Transexualidad (De acuerdo a la Ley 3/2007, de 15 de marzo)*, Dykinson, Madrid, 2008, pág. 182. También, el Tribunal Supremo, en la sentencia de 02.07.1982, justificaba así la falta de regulación legal: “si se tiene en cuenta que la transexualidad es un hecho reciente; pronto se advertirá que tanto la Ley del Registro Civil como su Reglamento no regularan la posibilidad de rectificación de la inscripción por supuesto cambio de sexo por operación quirúrgica posterior”.

³⁰⁷ RJ 1987\1588.

³⁰⁸ RJ 1987\5045.

firme recaída en el correspondiente juicio ordinario, según declaraba la citada Resolución³⁰⁹.

Centrándonos en la mención relativa al sexo de las personas, sólo son susceptibles de rectificación por vía de expediente gubernativo “la indicación equivocada del sexo cuando igualmente no haya duda sobre la identidad del nacido por las demás circunstancias”. Este apartado se refiere exclusivamente al error en el sexo en la inscripción de nacimiento³¹⁰.

La DGRN ha venido admitiendo la rectificación del sexo por la vía gubernativa, *ex art.* 93.2º LRC, en los supuestos de error material u originario en la consignación del sexo como incorrecta transcripción (equivocación material) o error en parte del facultativo, además de los supuestos de intersexualidad³¹¹. Esta última, es el caso que motivó la RDGRN de 05.03.2001³¹², donde se resolvía la rectificación del error padecido en el sexo y nombre, en concreto, de un niño por el de una niña. El verdadero sexo era el femenino que quedaría definido con posterioridad, tras operaciones quirúrgicas a que fue sometida la menor. Cuando se trate de intersexualidad, en el supuesto de que se constatare que la referencia registral al sexo había sido errónea, el cauce legal para su rectificación –y supuesto que no se prevé expediente explícito de rectificación– será la vía gubernativa, de acuerdo con lo establecido por el art. 93 LRC, siendo ésta la tesis sustentada unánimemente por la DGRN³¹³. Sin embargo, en los supuestos de transexualidad, la rectificación del sexo ha de obtenerse por vía de sentencia firme recaída en juicio ordinario³¹⁴.

Concretamente, la Resolución de 28.06.2001³¹⁵, afirma que “es ya doctrina reiterada de este Centro que el expediente gubernativo de rectificación de error en cuanto al sexo, al

³⁰⁹ Por el contrario, la RDGRN de 22.05.1981, autorizó el cambio del nombre propio de un transexual por un nombre epiceno que venía usando habitualmente el interesado, RJ 1981\2185.

³¹⁰ BUSTOS MORENO, Yolanda, *La Transexualidad...* cit., pág. 185.

³¹¹ RJ 1991\4070.

³¹² RJ 2001\3881.

³¹³ RJ 1987\3222.

³¹⁴ RJ, 1982\1588; RJ 1995\1547; RJ 2001\8842.

³¹⁵ RJ 2001\8842.

que se refieren los arts. 93.2º de la Ley y 294 del Reglamento (...) hay que entenderlo limitado a las hipótesis de discordancia originaria –tanto por inadecuación inicial evidente como por una apariencia de intersexualidad definida después, incluso con intervenciones quirúrgicas, en sentido opuesto al que consta en la inscripción– mientras que los casos como el actual de transexualidad o cambio de sexo sólo pueden obtenerse por la vía de sentencia firme recaída en correspondiente juicio ordinario”. En sintonía con este criterio, en las peticiones únicamente de cambio de nombre propio, la DGRN ha venido afirmando que mientras que “no obtenga el interesado por la vía judicial oportuna la rectificación del dato sobre su sexo, no pueden permitirse una contradicción total entre su sexo inscrito y su nombre propio”³¹⁶.

El Tribunal Supremo consideró la sentencia judicial como el cauce procesal adecuado para rectificar la inscripción registral de sexo del transexual (sentencias de 02.07.1987, 19.04.1991)³¹⁷.

En la práctica, la tramitación procesal que seguían estas demandas de rectificación registral de sexo era la del juicio ordinario que regula la Ley de Enjuiciamiento Civil en el Título II del Libro II. Una vez firme la sentencia estimativa, se instaba la autoridad judicial a promover la inscripción de la sentencia en el Registro Civil, remitiéndola de oficio al Encargado del Registro Civil correspondiente, a fin de que rectificara la inscripción de nacimiento del transexual³¹⁸.

Con el paso del tiempo la jurisprudencia fue admitiendo el cambio de sexo por razones de disforia de género (aproximadamente a partir de la década de los ochenta). Este panorama determinará la división de la doctrina en cuanto a la posibilidad de matrimonio de las personas transexuales. Pasemos a referirnos a distintas posturas doctrinales.

Para un sector de la doctrina no cabía ni siquiera considerar una rectificación de sexo basada en criterios psicológicos, pues entendía que la realidad registral y la realidad

³¹⁶ RJ 2005\1954; JUR 2004\175297.

³¹⁷ RJ 1987\5045 y RJ 1991\2725, respectivamente.

³¹⁸ Arts. 25, 92 LRC y art. 82 RRC.

biológica debían coincidir en virtud del principio de seguridad jurídica³¹⁹. Un segundo sector doctrinal sostenía la legitimidad del cambio de sexo por disforia de género, con su correspondiente rectificación registral, pero con limitación de derechos, y, concretamente, con exclusión del derecho al matrimonio y a la adopción³²⁰. La prohibición matrimonial -pese a no estar estipulada explícitamente en ningún impedimento- tenía su fundamento en la heterosexualidad del matrimonio, entonces todavía no muy discutida, y también en la finalidad procreativa, pese a que esta última ya había desaparecido como finalidad necesaria del matrimonio desde la reforma del Código civil por Ley 30/1981, de 7 de julio, y la consiguiente supresión del impedimento de impotencia. A las anteriores posturas restrictivas se añade una tercera corriente doctrinal que defiende la existencia de un derecho a la identidad sexual con fundamento en los principios de respeto a la dignidad de la persona humana y al libre desarrollo de la personalidad, contenidos en el artículo 10 de la Constitución, así como en los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico consagrados en el artículo 1 de la misma, y a las libertades fundamentales que recoge la norma suprema del ordenamiento jurídico³²¹.

El debate sobre el derecho de acceso al matrimonio por razón de identidad sexual concluye, normativamente, 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 se reconoce el *ius nubendi*

³¹⁹ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Derecho Civil español*, Volumen I, Bosch, Barcelona, 1996, pág. 241; DÍEZ DEL CORRAL RIVAS, Jesús, “La Transexualidad y el Estado civil. En torno a la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1980”, en *Anuario de Derecho civil*, 1981, págs. 1084 y ss; ELÓSEGUI ITXASO, María, “Transexualidad, derecho a la vida privada y derecho al matrimonio. El caso español a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y estadounidense”, en *Actualidad civil*, número 10/7, 13.03.1994, págs. 174 y ss.

³²⁰ En este sector de la doctrina se encuentra ROCA TRIAS, Encarna, “El derecho a contraer matrimonio y la regulación de las parejas de hecho” en *Puntos capitales del Derecho de familia en su dimensión internacional*, obra colectiva de la Asociación Española de abogados de familia, Madrid, 1999, págs. 157 y ss.

³²¹ PÉREZ CANOVAS, Nicolás, “Cursos de derechos humanos de Donostia – San Sebastián”, *Transexualidad y matrimonio*, Vol. 3, 2002, pág. 433.

de toda persona independientemente de su sexo (y, por extensión, de su orientación sexual)³²².

No podemos por menos que mencionar la subliminal línea argumental que subyace en el importante cambio legislativo y concretamente en la redacción del artículo 44 del Código civil. Un argumento socorrido en favor de la legalidad de los matrimonios entre personas del mismo sexo ha venido siendo la redacción del artículo 32.1 de la Constitución, conforme el cual el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica; de donde se desprende, según dicho argumento, que también es posible el matrimonio entre hombre y hombre o entre mujer y mujer. Tal justificación nos parece la menos afortunada de cuantas se podían argüir, porque si algo demuestra la adición del artículo 32.1 es todo lo contrario. En efecto, mientras que todos los demás derechos reconocidos en la Constitución tienen como titulares a los ciudadanos españoles, el caso del matrimonio es el único en que se aluce explícitamente al hombre y a la mujer, sin duda para referirse al elemento heterosexual subyacente. En cambio, podrían haberse buscado otros fundamentos justificativos de la constitucionalidad del matrimonio homosexual, partiendo de la base de que la Constitución no tiene por qué aludir a todas las instituciones y a todas y a cada una de sus modalidades, y atendiendo a principios constitucionales como el del libre desarrollo de la personalidad en relación con el de igualdad. Sin embargo, el legislador, en su reforma, ha optado por la primera vía argumental y de forma sibilina ha mantenido

³²² El TEDH ha respetado el margen de apreciación de los Estados al valorar si el reconocimiento de un cambio de sexo se ajusta en su ordenamiento jurídico. Sin embargo, a partir de la sentencia de 25.03.1992 “Affaire B c. France” (*Requête no 13343/87*) consideró que la parte demandante se encontraba “cotidianamente ante una situación global incompatible en relación al debido respeto a su vida”, por lo que obligó al estado francés a autorizar el cambio de sexo en el Registro. Esta sentencia supuso un punto de inflexión para el TEDH respecto a la temática transexual y el reconocimiento de los derechos de este colectivo. El TEDH en el caso “Schalk and Kolpf vs. Austria” (*Application n.º 30141/04*) consideró finalmente, el 22.10.2010, que el derecho a contraer matrimonio no puede ser considerado como un derecho imperativo porque entre otros motivos solamente 6 de los 47 miembros del Consejo de Europa han regulado específicamente el matrimonio homosexual. Además, otros 13 estados, incluida Austria, permiten que las parejas de un mismo sexo puedan registrar su relación. De este modo, se pone de relieve la gran importancia que existe entre el derecho nacional de los distintos países y las decisiones tomadas por el TEDH.

intacto el párrafo primero del artículo 44 del Código civil (*el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme las disposiciones de este Código*), modificando sólo el párrafo segundo (*el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo*), con lo cual, da por hecho que el derecho a contraer matrimonio entre hombre y mujer, reconocido en el párrafo anterior, deudor del artículo 32.1 de la Constitución, incluye tanto el matrimonio heterosexual como el homosexual, lo que ya hemos dicho que no era así, sin perjuicio de poder buscar la legitimidad del derecho al matrimonio homosexual en otros fundamentos jurídicos ya citados.

Con la indicada reforma legal ha perdido sentido el debate acerca de si los matrimonios homosexuales pueden adoptar o no conjuntamente. En este orden de cosas, teniendo en cuenta que la ley concede a los matrimonios heterosexuales y homosexuales los mismos efectos, también estos últimos pueden adoptar conjuntamente y así se reconoce expresamente en el art. 175.4 del Código civil reformado por Ley 13/2005, de 1 de julio. Por otra parte, como la Disposición Adicional 3ª de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, disponía que la capacidad de los cónyuges para adoptar conjuntamente también era aplicable al hombre y a la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal, parece obvio, que a raíz del reconocimiento del matrimonio homosexual, haya de reconocerse también este derecho a las parejas convivientes también homosexuales. Todo lo cual se producía al socaire de ordenamientos autonómicos³²³ que precedieron a este posicionamiento de la ley estatal, e, incluso, en el caso de Cataluña³²⁴, también al socaire de su reforma, aunque inicialmente había partido de un presupuesto contrario cual era la prohibición de

³²³ En Navarra la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables (Texto publicado en el BON nº. 82 de 07.07.2000). Y, en el País Vasco la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho (Publicada en el BOPV nº. 100 de 23.05.2003).

³²⁴ La originaria ley catalana de uniones estables de pareja, 10/1998, de 15 de julio, establecía la posibilidad de adopción conjunta para las parejas heterosexuales (artículo 6) pero no para las parejas homosexuales. No obstante, antes incluso de la aprobación del Libro II del Codi Civil de Catalunya, esta discriminación ya fue corregida por Ley 3/2005, 8 de abril, que dejó sin contenido el art. 6 y reformó la regulación de la adopción (arts. 115 a 131), ya sin diferenciaciones, en lo que hace a la conjunta entre parejas heterosexuales y homosexuales.

que las uniones estables de pareja del mismo sexo pudieran adoptar conjuntamente³²⁵. Admiten estas adopciones de forma conjunta: Dinamarca (1999), Noruega (2002), Israel (2000 con modificaciones en el año 2005), Holanda, Bélgica y Suecia, en el año 2003, Alemania (2004), Reino Unido (2005)³²⁶.

Una visión panorámica del derecho comparado, muy diverso, sobre las parejas de hecho nos lleva a establecer las siguientes categorías³²⁷. Una primera categoría en la que se habla de “leyes de pareja de mínimos” para designar a aquellas leyes que pudiendo otorgar derechos frente a la descendencia, deciden no hacerlo³²⁸. La segunda categoría hace referencia a las “leyes de máximos” para designar a aquellas leyes que buscan la equiparación entre el matrimonio y cualquier otra forma de organización familiar³²⁹. La tercera categoría responde a las “leyes de uniones civiles” y son aquellas que equiparan en todo las parejas de hecho homosexuales al matrimonio, excepto en el *nomen iuris*³³⁰. Y, la cuarta, las “leyes de matrimonio” para referirse a aquellas leyes que admiten el matrimonio tanto para parejas de distinto sexo como del mismo³³¹.

³²⁵ Para una visión detallada de la adopción conjunta de carácter internacional véase TALAVERA FERNÁNDEZ, Pedro, “El matrimonio entre personas del mismo sexo frente a la adopción” en *Matrimonio adopción entre personas del mismo sexo* (Coord. ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina) en *Cuadernos de Derecho judicial*, CGPJ, XXVI, Madrid, 2006, págs. 409 a 450.

³²⁶ ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina, *Discriminación por orientación sexual* cit., pág. 183, nota 6.

³²⁷ CALVO BOROBIA, Kerman., *Ciudadanía y minorías sexuales: la regulación del matrimonio homosexual en España*, Fundación Alternativa, pág. 14.

³²⁸ Conforme a esta categoría, tendrían una regulación sobre leyes de mínimos de parejas de hecho en: Hungría (1996), Francia (1999), Portugal (1999-2001), Croacia (2003), Luxemburgo (2004), Andorra (2005).

³²⁹ Se regulan leyes de pareja de máximos en Holanda (1998).

³³⁰ Se regulan como leyes de uniones civiles en Dinamarca (1989-1999), Noruega (1993), Suecia (1994, 2004), Islandia (1996), Alemania (2001), Finlandia (2001). Otros países donde existen leyes de parejas de hecho son: Reino Unido (2005), Nueva Zelanda (2005), República China (2006), Eslovenia (2006), Suiza (2007).

³³¹ Se regula el matrimonio entre personas del mismo sexo en: Holanda, Bélgica, Canadá, España, Bélgica, SudÁfrica, Noruega, Suecia, Portugal, Islandia, Argentina, Dinamarca, Nueva Zelanda, Uruguay, Francia, Luxemburgo, Brasil, EE.UU. (en virtud de la reciente resolución del Tribunal Supremo a efectos del día 26.06.2015) y México. Sobre la cuestión Vid. <http://www.elmundo.es/internacional/2015/05/23/55606bade2704ecc238b4572.html>. Consultado el 01.01.2015.

5. EL MOVIMIENTO ASOCIATIVO Y REIVINDICATIVO DE LAS MINORÍAS SEXUALES

En un primer momento los movimientos asociativos homosexuales y transexuales actuaron conjuntamente con el fin de reivindicar sus derechos. No obstante, con el

Sobre EE.UU. inicialmente, el Tribunal Supremo de EEUU por una votación de 5 a 4 declaró la inconstitucionalidad de la ley federal de 1996 que definió el matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer. Cada uno de los 50 Estados tenía su propia legislación sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo. Hasta la aprobación del matrimonio homosexual había 12 estados y el Distrito de Columbia en los que el matrimonio entre personas del mismo sexo estaba legalizado: Massachussets, Connecticut, Iowa, Vermont, New Hampshire, Nueva York, Maryland, Washington, Maine, Rhode Island, Delaware y Minesota. En *United States vs. Windsor, Executor of the Estate of Syper, Et Al. Certiorari to the United Sates Court of Appeals for the Second Circuit*, No. 12-307. Argued March 27, 2013, decided June 26, 2013. Vid. <http://www.abc.es/gestordocumental/uploads/Sociedad/supremo-matrimonio-gay.pdf>. Consultado el 30.12.2013.

Es interesante la cronología del matrimonio entre personas del mismo sexo en EEUU que puede resumirse en: 1971, el Tribunal Supremo de Minesota ratifica la decisión de una corte inferior por la que se niega el certificado homosexual a MICHAEL McCONNELL y JACK BAKER. Se considera que la Constitución no garantiza el derecho al matrimonio a personas del mismo sexo; 1973, Maryland se convierte en el primer Estado en prohibir el casamiento gay. A él le seguirán muchos otros, alcanzando casi la totalidad de EEUU en la década de los 90; 1993, el Tribunal Supremo de Hawai dictamina que la legislación estatal que sólo permite el matrimonio a personas de sexo opuesto es inconstitucional, a no ser que el Estado exponga una razón convincente que la justifique; 1996, el presidente CLINTON promulga la Ley en Defensa del Matrimonio (DOMA) que prohíbe al Gobierno Federal reconocer matrimonios del mismo sexo; 1999/2000, el Tribunal Supremo de Vermont determina que excluir a las parejas homosexuales del matrimonio va contra la Constitución del Estado. Este Estado se convierte en el primero en reconocer a las parejas del mismo sexo los mismos derechos que a las heterosexuales (pero no matrimonio); 2004, Massachussets es el primer Estado de EEUU que reconoce legalmente el matrimonio entre personas del mismo sexo después de una decisión de la Corte Suprema local; 2008, California aprueba la Proposición 8, una enmienda a la Constitución estatal que prohíbe el matrimonio gay. Enmiendas similares se aprueban en Arizona y Florida; 2009; en aplicación de la Proposición 8, un funcionario de California niega el permiso de matrimonio a una pareja de lesbianas quienes inician una demanda en los tribunales que deriva en el caso que ha analizado recientemente el Supremo y sobre el que líneas más arriba nos hemos referido; 2010, la Unión Americana de Libertades Civiles (ACLU) presenta una demanda contra el Gobierno Federal en defensa de un cónyuge de un matrimonio homosexual cuya pareja pereció; 2012, Maine, Maryland y Washington se convierten en los primeros Estados en los que se aprueba el matrimonio entre personas del mismo sexo por referéndum. Vid. http://www.elmundo.es/america/2013/06/26/estados_unidos/1372265921.html. Consultado el 12.02.2014.

transcurso de los años se separaron, pues sus objetivos aun coincidiendo en algunos aspectos eran y son distintos.

Nos referiremos a los primeros movimientos asociativos que se produjeron en España en la década de los setenta para tratar después de la ebullición asociativa que en este sector social se produjo en España durante el periodo de la transición democrática y cuyos efectos perduran en la actualidad. Dicha ebullición se explica fácilmente si se tiene en cuenta que a partir de la Constitución el derecho a asociarse quedaba expresa y especialmente protegido como derecho fundamental, al tiempo que con la Carta Magna se abría, aunque fuera embrionariamente, un reconocimiento amplísimo en materia de derechos personales, ligados al libre desarrollo de la personalidad, entre los que sin duda se encuentra cuanto se refiere a la identidad y a la orientación sexuales.

Por último, nos detendremos en la realidad de los grupos asociativos transexuales en la España actual así como en algunas de sus principales reivindicaciones.

5.1. Los inicios del movimiento asociativo reivindicativo de las minorías sexuales

Puede decirse que el movimiento transexual en sus comienzos se encontraba habitualmente diluido dentro del movimiento gay. Los términos homosexual y transexual se confundían y mezclaban. La transexualidad se percibía como una manifestación exacerbada de la homosexualidad. No obstante, a medida que las asociaciones se fueron consolidando, las diferencias conceptuales entre homosexualidad y transexualidad se hicieron cada vez más palpables. Así, fueron apareciendo poco a poco, las asociaciones de transexuales. En las asociaciones de mujeres transexuales se abordaban cuestiones relativas a la prostitución, cuestiones que a los hombres transexuales no parecían interesarles. Los problemas con que se encontraban las mujeres y hombres transexuales en sus vidas cotidianas eran y son distintos. Mientras que las mujeres transexuales son más identificables y tienen que soportar el peso de las estructuras patriarcales, los hombres transexuales pasan más desapercibidos, pero se enfrentan al problema de su invisibilidad o falta de reconocimiento³³².

³³² Sobre los factores que intervienen en la mayor visibilidad de la mujer transexual y en la menor del hombre transexual Vid. RAMOS CANTÓ, Juana, “Las asociaciones de transexuales en España” en

El “verdadero transexual”, como se consideraba en sus inicios, era la persona que pasaba por una cirugía de genitales o situaba esta intervención dentro de sus máximos existenciales. Ahora bien, a partir de los años 80, en los Estados Unidos, el movimiento transexual se va desligando de las categorizaciones clínicas transformándose en un movimiento más global denominado transgenerismo³³³. A partir de este momento, ya no resultaba tan importante la cirugía de genitales, sino que primaba el género del individuo, es decir, la concepción social del sexo. Asimismo, la comunidad transgénica englobaba todas las categorías transgresoras del binomio sexo / género e incluía, por tanto, transexuales operados o que querían operarse, los que no, travestis, transformistas y personas que ocasionalmente visten ropajes asociados a otro sexo³³⁴.

En España, como en el resto de los países occidentales, el movimiento asociativo de las personas transexuales ha pasado por diversas etapas. Al principio, la finalidad de los grupos asociativos se dirigió a reclamar el derecho a no ser perseguidos ni sus miembros condenados como delincuentes. Una vez alcanzado este objetivo, el paso siguiente fue la consecución de la no discriminación y la igualdad en el seno de la sociedad. Los últimos objetivos han sido el reconocimiento de los derechos a nivel legislativo y su visibilidad en la sociedad en todos los ámbitos posibles³³⁵.

Para entender el nacimiento del movimiento asociativo transexual en España, primero tenemos que explicar su inicio a nivel internacional. Y en ese sentido, puede considerarse como punto de partida la revuelta de Stonewall el 28.06.1969, a la que ya nos hemos referido, aunque es preciso recordar a MAGNUS HISCHFELD, quien fundó en Alemania, 1897, el Comité Científico Humanitario, siendo la primera organización dedicada a luchar por el fin de la intolerancia legal y social contra la homosexualidad. Aunque el día 28.06.1969, marcó un referente celebrándose desde entonces como el día

Transexualidad. La búsqueda de una identidad (Coord. BECERRA-FERNÁNDEZ, Antonio), Díaz de Santos, Madrid, 2003, pág. 126.

³³³ El transgenerismo es un movimiento transgresor que rompe con los esquemas tradicionales del binomio hombre/mujer.

³³⁴ LACROIX, Xavier, *La confusión de géneros –Respuesta a ciertas demandas homosexuales sobre el matrimonio y la adopción-*, Mensajero, Bilbao, 2006, págs. 35 y ss.

³³⁵ Véase la historia del movimiento LGTB, explicada por sus propios protagonistas en la página web de la Asociación Fundación Triángulo: www.fundaciontriangulo.org; y, en RAMOS CANTÓ, Juana. *Las Asociaciones de Transexuales...* cit., págs. 125 y ss.

del orgullo gay, pasaría posteriormente a aglutinar el resto de colectivos de minorías sexuales (lesbianas, bisexuales, transexuales)³³⁶.

Los movimientos asociativos que se produjeron a raíz de los hechos acontecidos en Estados Unidos tuvieron cierto seguimiento en España aunque en la clandestinidad, siendo ilegales y perseguidos por los agentes de la autoridad. En todo caso, el nacimiento del movimiento transexual en el Estado español viene también determinado por la presentación en las Cortes Españolas del Proyecto de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, aprobado el 04.08.1970, en la que se condenaba a los homosexuales por el simple hecho de serlo. Contra esta Ley, algunas personas protestaron enviando cartas a los Obispos Procuradores en Cortes y a los medios de comunicación, que presionaron para suavizar el texto del proyecto, en el que en su articulado definitivo sólo se penalizaron las conductas homosexuales.

Así, MIR BELLGAI (pseudónimo de FRANCESC F.) y ROGER DE GAIMON (pseudónimo de ARMAND DE FLUVIÀ), constituyeron el primer grupo asociativo y de lucha por los derechos de las personas homosexuales y transexuales denominado Movimiento Español de Liberación Homosexual (MELH), que realizó sus actividades en la clandestinidad con sede en Barcelona. En 1972, empezó a editar un boletín mensual llamado AGHOIS (Agrupación Homosexual para la Igualdad Sexual) que se enviaba a Francia, para distribuirla desde allí. Después, el grupo comenzó a implantarse en Madrid, pero el acoso policial terminó con el mismo, aunque sus militantes se volvieron a activar tras la muerte de Franco. En 1973, en Barcelona, los restos del MELH se convierten en el “Front d’Alliberament Gai de Catalunya” (FAGC). El FAGC es considerado como el primer grupo estable que trabaja de forma abierta a favor de los derechos de gays y lesbianas³³⁷.

5.2. El movimiento asociativo transexual en España durante el periodo de la transición

³³⁶ La primera de estas manifestaciones se celebraría en New York en el año 1970. A finales de 1969, se crean en New York las asociaciones de GLF (Gay Liberation Front) y GAA (Gay Activist Alliance), entre otras, y en el Reino Unido la asociación CHE (Comite for Homosexual Equality).

³³⁷ ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina, *Discriminación por orientación sexual...* cit., pág. 165.

ROGER DE GAIMON creó en Barcelona, el año 1976, el “Institut Lambda”, un centro de servicios sin carácter reivindicativo. Un año después nacieron otros grupos que sí revestían ese carácter, como fue EHGAM (Euskal Herriko Gay Askapen Mugimendua), de Bilbao. En Madrid, aparecen grupos asociativos importantes como son el Frente Homosexual de Acción Revolucionaria, o la COFLHEE (Coordinadora de Organizaciones y Fuentes de Liberación Homosexual del Estado Español³³⁸).

Posteriormente, en junio de 1977, se celebra en Barcelona la primera manifestación a nivel estatal del Día del Orgullo Gay, en la que también participarían personas transexuales³³⁹. Con el transcurso de los años el evento del Orgullo LGTB de Barcelona se ha convertido en un referente nacional e internacional al respeto de la diversidad.

En 1979, se crea el primer grupo reivindicativo de transexuales, en Barcelona, con el nombre de “Colectivo de Travestis y Transexuales”.

Más adelante, en 1981, las diferencias entre homosexuales masculinos y femeninos en el seno del Frente de Liberación Homosexual de Castilla (FLHOC) determinan que las mujeres se separen formando el grupo femenino denominado “Colectivo de Feministas Lesbianas de Madrid” (CFLM), que se integrara en el movimiento feminista estatal. De manera similar, los grupos de transexuales y travestis deciden formar sus propias agrupaciones, creándose distintas asociaciones y colectivos por la geografía española³⁴⁰.

En 1989, un colectivo de mujeres transexuales decide tomar las riendas por sí mismo de sus reivindicaciones y crea en Madrid el grupo Asociación Transexual Española (ATE), a la que se unieron después hombres transexuales, y que tenía como objetivo originario acabar con el acoso policial a las trabajadoras sexuales, promoviendo después actividades en defensa de los derechos de las personas transexuales. En 1992, se crea el “Colectivo de Transexuales de Catalunya Pro Derechos” (CTC). Al año siguiente nace en Granada el “Centro de Identidad de Género”, que posteriormente pasaría a denominarse “Asociación de Identidad de Género de Andalucía” (AIGA), cuyo mayor

³³⁸ *Ibidem*, págs. 166 a 167.

³³⁹ Para un conocimiento más detallado del itinerario que ha seguido el movimiento del colectivo transexual, véase RAMOS CANTÓ, Juana, *Las asociaciones de transexuales en España*, cit.

³⁴⁰ ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina, *Discriminación por orientación sexual...* cit., págs. 165 a 166.

logro fue potenciar la inclusión del tratamiento integral de cambio de sexo (psicológico, endocrinológico, plástico-quirúrgico) en el Servicio Andaluz de Salud (SAS)³⁴¹.

El 22.02.1996, se crea la Federación de Asociaciones de Transexuales del Estado Español (FAT), que se constituye con el objetivo de coordinar y aunar esfuerzos en la lucha por los derechos de los transexuales. Sus principales reivindicaciones eran³⁴²: no discriminar entre transexuales operados o no operados; solicitar que se extienda la misma protección médica que ofrecía la Seguridad Social de Andalucía para la cirugía de reasignación sexual a las demás Comunidades Autónomas³⁴³; supresión del sexo en el DNI; y cambio de sexo registral sin cirugía de reasignación de sexo; demandas que mayoritariamente son hoy una realidad.

A nivel internacional, la homosexualidad es por fin eliminada de la lista de enfermedades de la OMS en 1990³⁴⁴, y el Parlamento Europeo defiende la necesidad de igualar los derechos de gays y lesbianas con los del resto de la población³⁴⁵.

Conseguidas en lo sustancial las reivindicaciones históricas, la Asociación Española de Transexuales y otras asociaciones similares hacen una labor informativa, de apoyo y de orientación a las personas y familias que lo requieran, sin perjuicio de que se mantenga una base reivindicativa irrenunciable, pues, a efectos prácticos, la igualdad todavía no se ha alcanzado.

³⁴¹ RAMOS CANTÓ, Juana, *Las asociaciones de transexuales en España* cit., pág. 136.

³⁴² RAMOS CANTÓ, Juana, *Las asociaciones de transexuales en España* cit., pág. 137.

³⁴³ Esta reivindicación tiene su explicación en tiempo de la creación de la FAT, sólo la sanidad andaluza cubría todos los gastos que se devengaban por una operación de reasignación de sexo, derecho que hoy tienen todas las Comunidades, aunque las Comunidades que carecen de servicios propios trasladan a sus pacientes a otras autonomías con la compensación económica correspondiente.

³⁴⁴ <https://www.change.org/p/organizaci%C3%B3n-mundial-de-la-salud-oms-la-transexualidad-no-es-una-enfermedad-mental>. Consultado el 13.03.2011.

³⁴⁵ ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina, *Discriminación por orientación sexual...* cit., pág. 169.

CAPÍTULO SEGUNDO: EL PRINCIPIO DE LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD COMO FUNDAMENTO DE LAS OPCIONES SEXUALES

1. CUESTIONES PREVIAS

El sexo, al menos aparente, de una persona viene determinado, en principio, por los rasgos fenotípicos y, a esta apariencia y, consiguiente hecho social le sigue la correspondiente asignación jurídico-declarativa de identificación sexual conforme requiere la Ley del Registro Civil³⁴⁶. A partir de este planteamiento, pueden darse, en sentido muy general, dos tipos de disfunciones. El primero es aquel en que la persona tiene elementos morfológicos tanto de la fisiología masculina como de la femenina, que incluso pueden afectar a su anatomía genital y que pueden originar confusión en su identidad sexual. El segundo es el consistente en un problema de autopercepción, de modo que el individuo no está psicológicamente conforme con el sexo biológico que le ha correspondido al nacer, ni por tanto, con la correspondiente asignación legal de sexo masculino o femenino registralmente inscrito. En el presente capítulo haremos referencia a este segundo supuesto en que el individuo no se considera perteneciente al sexo legalmente atribuido (disforia de género).

Esta disforia puede dar lugar al fenómeno transgénero o transexual, cuyo reconocimiento en las últimas décadas ha sido una conquista notable de los derechos humanos, porque hasta hace bien poco los problemas que han afectado a estos colectivos han sido especialmente graves. Y todavía hoy sufren de hecho –cuando no de derecho– un grado alto de discriminación, intolerancia y violencia –transfobia– por el solo hecho de ser transexuales. Se violan sus derechos humanos básicos como el derecho a la vida, derecho a la integridad física y derecho a la salud. Si bien el número de personas transexuales es pequeño, la comunidad transexual es muy diversa. Incluye a personas transexuales pre-operadas y post-operadas, pero también a personas que deciden no operarse, bien porque no tienen acceso a las operaciones o bien porque no les son médicamente aconsejadas. Pueden identificarse como personas transgénero de mujer a hombre (MaH) o de hombre a mujer (HaM) y pueden, o no, haberse sometido a

³⁴⁶ Como exige en el art. 41 LRC y 170.2 RRC. La Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil modifica el anterior art. 41 transponiéndolo en el precepto 44.2 con el siguiente contenido: *la inscripción hace fe del hecho, fecha, hora y lugar del nacimiento, identidad, sexo y, en su caso, filiación del inscrito.*

intervención quirúrgica o terapia hormonal. La comunidad también incluye a *cross-dressers*, travestis y a otras personas que no encajan en el binomio hombre o mujer. Pero los marcos legales de los países de nuestro entorno –también España– parecen referirse exclusivamente a las personas transexuales, dejando fuera una parte decisiva del colectivo.

Para entender el concepto de identidad de género es preciso distinguir entre la noción de “sexo” y “género”. El “sexo” se refiere, básicamente, a las diferencias biológicas entre mujeres y hombres. Y el “género” incluye también el aspecto social de la diferencia entre los géneros añadiéndolo al elemento biológico. La noción de “identidad de género” permite entender que el sexo asignado al nacer puede no corresponderse con la identidad de género innata o adquirida que el ser humano desarrolla al crecer. Hace referencia a la experiencia de género interna individual de cada persona, sentida a un nivel profundo, que puede o no corresponderse con el sexo asignado al nacer, e incluye el sentido personal del cuerpo y de otras expresiones de género como la forma de vestir, el habla y los gestos. La mayoría de personas definidas como hombre o mujer tienen la correspondiente identidad de género masculina o femenina. Sin embargo, las personas transgénero no desarrollan esta identidad de género correspondiente y pueden desear cambiar su estatus jurídico y social y su condición física –o parte de éstos elementos– para que coincida con su identidad de género. Modificaciones de la apariencia o cuerpo que suelen formar parte de la identidad personal del género de las personas transexuales.

Tanto la noción de género como las formas de expresión de género usadas en la vida cotidiana son elementos importantes para entender los problemas de derechos humanos a los que se enfrentan las personas con disforia de género.

La identidad de género es uno de los aspectos más fundamentales de la vida de un ser humano. Pero identidad de género y orientación sexual son dos conceptos diferentes. Por orientación sexual se entiende la capacidad que tiene cada persona para sentir atracción emocional, afectiva y sexual, y para mantener relaciones íntimas y sexuales con individuos de diferente, igual o indistinto género o sexo (heterosexualidad, homosexualidad y bisexualidad, respectivamente). Además, clasificaciones médicas internacionales y nacionales todavía imponen a las personas transgénero el diagnóstico

de trastorno mental. Este diagnóstico puede convertirse en un obstáculo para el disfrute de sus derechos humanos.

El reto de proteger los derechos humanos de toda persona consiste en adoptar un enfoque que no excluya a ningún tipo de persona. Es claro que muchas personas transgénero no disfrutan plenamente de sus derechos fundamentales, tanto a nivel de garantías como en la vida cotidiana. Por eso, es necesario analizar su situación más de cerca. Este capítulo pretende contribuir en el debate sobre las cuestiones de los derechos humanos transgénero y lograr un conocimiento más amplio de los problemas con los que se encuentra el colectivo. La falta de datos, investigaciones doctrinales e informes sobre el tema ha constituido un obstáculo en la elaboración del capítulo. La escasa información accesible suele referirse a países que son Estados miembros de la Unión europea. La ausencia de estudios sobre otros países demuestra la necesidad de investigaciones más profundas y de una mayor atención científica, tal como ya se ha puesto de manifiesto en capítulos anteriores.

En un primer apartado, terminológico, explicaremos que se entiende por sexo, género e identidad sexual. Nos detendremos en el concepto de transexualidad y sus precedentes históricos. A continuación prestaremos especial atención al principio de libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE) como fundamento de la opción transexual y de las minorías sexuales. Para definir el referenciado principio general del derecho, su contenido, alcance y límites nos valdremos de la evolución jurisprudencial que dividiremos en tres fases: la primera, se caracteriza por la prohibición del *ius connubii* y exigencia de cirugía de reasignación sexual completa; la segunda, se define por la aportación del TEDH en la materia y, la tercera, a raíz de la entrada en vigor de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, de modificación registral del sexo de la persona (LRR). Esta Ley supone un avance importante en la cuestión pues consolida lo que ya se venía materializando por la jurisprudencia consistente en la no exigencia de cirugía de reasignación sexual para que una persona sea considerada transexual. Posteriormente, analizaremos diferentes normativas autonómicas en materia de transexualidad y sus efectos después de la entrada en vigor de la LRR.

2. TERMINOLOGÍA

En este apartado, dedicado al significado de la terminología nos aproximaremos al concepto de sexo. Aunque no existe una definición expresa legal ni jurídica, la jurisprudencia y la doctrina científica de la mano de autores como LÓPEZ-GALIACHO y ESPIN ALBA nos ayudarán a acotar la noción. Algo parecido podemos decir del concepto “género”, para el que nos valdremos de la teoría de MONEY y STOLLER así como de las aportaciones de GAYLE RUBIN. En cuanto a la identidad sexual, nos serviremos de GARAIZABAL y WEEKS para delimitar su contenido y alcance. En el siguiente epígrafe explicaremos también –aunque ya adelantamos algo sobre este tema en el capítulo primero– qué es la transexualidad y el transgenerismo en función del criterio y aportación científica de TOLDRÀ ROCA y BUSTOS MORENO.

2.1. Sexo, género e identidad sexual

El diccionario de la Real Academia Española (RAE) define “sexo” con cuatro acepciones: *1. Condición orgánica, masculina o femenina, de los animales y las plantas. 2. Conjunto de seres pertenecientes a un mismo sexo. Sexo masculino, femenino. 3. Órganos sexuales. 4. Placer venéreo –está obsesionado con el sexo–.* En este trabajo tomamos como referencia la segunda acepción a partir, en principio, de los órganos sexuales o sexo morfológico, teniendo presente, que puede tener sus excepciones cuando a pesar de todo la persona opta por un sexo distinto, incluso, excepcionalmente, cuando no haya intervención de cambio de sexo ni de apariencia fenotípica.

En el derecho español no encontramos un concepto jurídico de sexo. Ante esta ausencia se recurre a otros campos, principalmente a la medicina. Así, vemos que LÓPEZ-GALIACHO PERONA³⁴⁷ dice: “el Derecho no puede quedar a la espera de que las demás ciencias implicadas en el problema le proporcionen un concepto definitivo de sexo, pues ello supone prolongar innecesariamente el sufrimiento de las personas afectadas por esta incidencia; máxime cuando sabemos de la dificultad de hallar una respuesta científica unánime sobre este problema”.

³⁴⁷ LÓPEZ-GALIACHO PERONA, Javier, *La problemática jurídica de la transexualidad...* cit., pág. 40.

Por otra parte, ESPIN ALBA³⁴⁸ define el sexo a partir de tres dimensiones: el sexo a partir de la configuración cromosómica o genética; el elemento morfológico externo; el rol social que marca el género femenino o masculino. Asimismo, considera que para definir el sexo es necesario explicar qué es el género, pues el juego de ambos conceptos es básico para entender la cuestión de la transexualidad que es una de las cuestiones nucleares.

En opinión de ESPÍN ALBA, se parte de cinco elementos en la conformación del sexo de una persona: 1) la distribución cromosómica; 2) la estructura gonadal; 3) la configuración genital; 4) los factores psicológicos; 5) los factores hormonales unidos a caracteres sexuales secundarios³⁴⁹. Para TOLDRÀ ROCA el cambio legal de sexo puede abordarse desde tres categorías: el sexo legal o jurídico, el sexo morfológico y el sexo biológico o natural. El sexo legal o jurídico es el que consta en la inscripción del Registro Civil, despliega su eficacia en todos los órdenes de la vida de la persona, y la constatación registral que se realiza coincide con el sexo morfológico y con el biológico o natural. Puede decirse que el sexo legal o jurídico viene determinado por los caracteres morfológicos, con la apariencia física de la persona. El sexo legal o jurídico puede sufrir variaciones cuando se ha producido un cambio morfológico de hecho y un reconocimiento jurídico de este cambio morfológico, en virtud de sentencia judicial. El sexo morfológico es susceptible de transformarse y de crear una nueva exteriorización física de la persona con los tratamientos hormonales y las intervenciones quirúrgicas oportunas. El sexo biológico es inmutable desde el nacimiento hasta la muerte, ya que se determina a través de los cromosomas³⁵⁰.

Desde el punto de vista registral, la constancia del sexo de la persona en la inscripción de nacimiento es absolutamente necesaria para la completa y perfecta determinación e identificación de la misma. Al hablar de sexo, se puede hablar en distintos sentidos: sexo cromosómico, sexo morfológico, sexo psicosocial, sexo social³⁵¹. El sexo aparente coincide con el morfológico, y lo normal es que este coincida con el cromosómico.

³⁴⁸ ESPIN ALBA, Isabel, *Transexualidad...* cit., pág. 14.

³⁴⁹ *Ibidem*, pág. 83.

³⁵⁰ TOLDRÀ ROCA, Dolors, *Capacidad natural y capacidad matrimonial...* cit., págs. 134 a 136.

³⁵¹ GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María, “Modificación de sexo en el Registro Civil: Nuevo giro jurisprudencial”, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, Dialnet, número 87, 2011.

Probablemente, sea ese sexo biológico o genético el que pueda identificar a una persona, y el que hasta ahora se ha venido considerando como sexo jurídicamente relevante. El problema surge cuando ese sexo morfológico coincidente con el cromosómico o genético no coincide con el psicológico. El individuo puede sufrir entonces disforia de género si le origina un grave rechazo a su sexualidad morfológica.

La Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Madrid de 23.12.2004³⁵², distingue entre varios tipos de sexo: el biológico, el psicológico y el social. “El primero compuesto por la suma de todos los elementos sexuados del organismo: a) Los cromosomas, los cuales aportan la información genética (en el hombre son XY, y en la mujer XX); b) Las gónadas, que son las glándulas sexuales del organismo (testículos u ovarios); c) Los genitales, que son las partes externas del aparato genital: pene, escroto, clítoris, vulva; d) La anatomía o distribución de los órganos del cuerpo humano; e) La morfología o forma del cuerpo humano; f) Las hormonas sexuales, que son sustancias producidas, básicamente, por las gónadas, y que actúan sobre los órganos y tejidos de muy diversas maneras, y que son las responsables de los caracteres sexuales secundarios; el sexo psicológico es el responsable de la identidad sexual; el sexo social, o público, responsable de la identidad de género, compuesto por comportamientos o formas de vestir que estén consideradas como propias de hombres y otras como propias de mujeres; el sexo legal, que se atribuye en el momento del nacimiento, mediante la observación de la apariencia genital y que tiene acceso al registro civil con la inscripción del nacimiento”.

Históricamente se ha considerado que el sexo es biología. En cambio, el género es un estatus adquirido, construido a partir del entorno psíquico, social y cultural. Mientras el sexo es dado el género es adquirido³⁵³. Tanto desde la medicina como desde la psicología ha desarrollado un papel importante la teoría de MONEY sobre el rol de género, consiste en que según el autor la identidad sexual se refería al sexo biológico, mientras la identidad de género a la diferenciación psicosocial. El sexo no cambia. El rol que ocupa una persona en una determinada sociedad sí; a diferencia del sexo que es

³⁵² EDJ 2004/231697.

³⁵³ ESPÍN ALBA, Isabel, *Transexualidad...* cit., pág. 14.

percibido como permanente y objetivo, el género es producto de la percepción social en cada momento histórico³⁵⁴.

La influencia de las teorías feministas en la construcción del género es notable. Éstas han permitido escapar de los parámetros biológicos que siempre destacan las diferencias físicas entre hombre y mujer. Ponen énfasis en el carácter social y cultural del concepto, encaminado hacia la eliminación de rasgos de desigualdad entre las personas por su pertenencia biológica a un sexo. Prueba de la influencia de las teorías feministas es el ensayo de GAYLE RUBIN. En él defendía que la construcción del género se daba sobre la base del sexo biológico, concediéndole a la sexualidad un papel importante en este proceso. La sexualidad quedaba como un subproducto del género, llegando en algún caso, incluso, a afirmar que mientras exista una situación subordinada de las mujeres a los hombres, la heterosexualidad no puede ser una opción libre para éstas. Además, la opción sexual se concebía como variable, susceptible de introducir matices y diferencias en el desarrollo de la identidad de género, según cuales sean las preferencias sexuales de cada sujeto³⁵⁵.

La formulación, también de GAYLE RUBIN, del sistema sexo / género tuvo una gran aceptación dentro del feminismo y sirvió como punto de arranque para la elaboración de diversas teorías. Así, mientras unas defendían que entre el sexo biológico y el género cultural mediaba una construcción social (feminismo de la igualdad), otras defendían que existe una correlación simbólica basada en la diferencia biológica (feminismo de la diferencia). Ahora bien, estas teorías se caracterizan por estar impregnadas de la dicotomía naturaleza/cultura; así, el sexo sería la matriz biológica, natural e incuestionable, mientras que el género sería lo construido culturalmente y que se traduce en una posición social y en una subjetividad específicas³⁵⁶.

El género es la asignación de un rol social. Mientras que el sexo es una realidad biológica. ESPÍN ALBA define el sexo como “las características biológicas de los individuos, abarcando la genitalidad, las gónadas (testículos y ovarios), la genética (cromosomas XX o XY) y los rasgos sexuales secundarios relacionados por lo general

³⁵⁴ *Ibidem*, págs. 14 a 15.

³⁵⁵ RUBIN, Gayle, *The traffic in women*, Reiter Rayna, New York, 1975.

³⁵⁶ *Ibidem*.

con el sistema hormonal”. Y el género como “el elemento social de la conformación del sexo. Se habla de: comportamiento, actitudes, sentimientos masculinos o femeninos”³⁵⁷.

El concepto de género en psicología aparece por primera vez en los estudios de MONEY³⁵⁸ y STOLLER³⁵⁹ sobre hermafroditismo y transexualidad. STOLLER introduce la necesidad de diferenciar entre lo que es el sexo de orden biológico, que englobaría las características genéticas, hormonales y fisiológicas, y lo que es el género, una categoría de orden psicológico que queda definida como la convicción íntima de la persona de pertenecer al grupo social de los hombres o de las mujeres.

Nos hemos referido ya a la identidad sexual. La RAE la define en dos de sus acepciones como “el conjunto de rasgos propios de un individuo o de una colectividad que los caracterizan frente a los demás” y también “la conciencia que una persona tiene de ser ella misma y distinta a las demás”. Según GARAIZABAL³⁶⁰ para definir el concepto de identidad sexual es conveniente que el sujeto se pregunte ¿quién soy yo? Sobre la base de la respuesta se determinará si las personas sienten pertenecer a aquellas categorías que se consideran apropiadas. O, si por el contrario, resulta que los sujetos pertenecen a una identidad de las no habituales, por lo que construir su identidad se convierte en básico³⁶¹. El autor, señala que, la reivindicación de una identidad sexual ha estado siempre presente en la construcción de los movimientos de liberación de las denominadas minorías sexuales.

Según criterio de la SAP de Madrid de 23.12.2004³⁶², “la identidad sexual es la identificación de una persona con un determinado sexo, y de la identidad de género es la asunción y manifestación de lo que se siente, en base a unas normas sociales”.

³⁵⁷ ESPIN ALBA, Isabel, *Transexualidad...* cit., pág. 16.

³⁵⁸ MONEY, John, *Imprinting and the establishment of gender role...* cit., págs. 333 y ss.

³⁵⁹ STOLLER, Robert Jesse, *The term “transvestism...”* cit., págs. 230 y ss.

³⁶⁰ GARAIZABAL, Cristina, “Identidad: cuerpo, género y subjetividad en Transexualidad”, *La búsqueda de una identidad* (coord. BECERRA FERNÁNDEZ, Antonio), Díaz de Santos, Madrid, 2003, pág. 236.

³⁶¹ Quien siente pertenecer a un grupo marginado por cuestiones de género, sexo o práctica sexual, la búsqueda de una identidad parece que ha constituido un ideal esencial porque están en juego temas fundamentales sobre las elecciones sexuales y sobre su propia vida.

³⁶² EDJ 2004/231697.

De la definición doctrinal y jurisprudencial del concepto de identidad sexual es preciso diferenciar entre la identidad individual y la identidad colectiva. Las colectivas integran y construyen identidades individuales y, al mismo tiempo, las identidades individuales no son fiel reflejo de las colectivas e incorporan la pertenencia de cada persona a varias identidades colectivas. La identidad de una persona no tiene porque ser la misma siempre, sino que puede cambiar con el transcurso del tiempo. Si bien puede que haya personas que opinen que no puede cambiar y es estable en el tiempo, si bien para una mayoría es estable en el tiempo³⁶³.

Consideramos que la identidad no viene dada sino que se construye con el tiempo, influida por nuestro entorno social y cultural. WEEKS³⁶⁴ cuando se refiere a la identidad entiende, por un lado, que nos uniformiza y tapa la diversidad y cuando es impuesta sirve para controlar, por otro, nos diferencia y cuando tiene que ver con las afinidades significa elección³⁶⁵.

Hablar de identidades sexuales implica estudiar cómo ha ido evolucionando y desarrollando, sobre todo, desde la sexología, la ciencia que ha pretendido dar a los estudios sobre la sexualidad una base científica.

En nuestra sociedad, la sexualidad, como ya hemos comentado anteriormente, se ha ido configurando como un elemento central en la construcción de la identidad individual, siendo la medicina, la psicología y la sexología los instrumentos fundamentales en la elaboración de esta construcción. Mientras en otras épocas las prácticas y preferencias sexuales eran aspectos del comportamiento que en nada definían a las personas, en la actualidad, dichas prácticas y preferencias se han convertido en el rasero por el que se define a las personas, apareciendo la sexualidad como la esencia íntima de la personalidad. Así, se presupone que una práctica sexual determinada configura una personalidad específica. Por todo, sexo, género y deseo sexual aparecen como la misma cosa, porque se entendía que todo ello estaba ligado por el imperativo biológico, que

³⁶³ GARAIZABAL, Cristina, “Identidades: cuerpo, género...” cit., pág. 237.

³⁶⁴ WEEKS, Jeffrey, *El malestar de la sexualidad*, Talasa Ediciones, Madrid, 1999, págs. 25 y ss.

³⁶⁵ Cuando desde los grupos minoritarios reivindican identidades colectivas, los procesos de construcción de éstas pueden resultar contradictorios porque, al mismo tiempo que controlan y restringen la diversidad, también permiten autoafirmar la propia existencia.

eran manifestaciones naturales, instintivas del comportamiento humano. Esto dio lugar a la creación de unos prototipos de masculinidad y feminidad complementarios, donde los comportamientos sexuales tienen un papel importante, prototipos que definen la feminidad como contraluz de la masculinidad, y en que la heterosexualidad aparece como la meta del desarrollo sexual.

2.2. Transexualidad y transgenerismo

La definición del término “transexual” propiamente no está del todo consensuada, ni siquiera por la propia comunidad transexual. Inicialmente, la jurisprudencia definió la transexualidad como “una operación quirúrgica que ha dado como resultado una morfología sexual artificial de órganos externos e internos practicables similares a los del sexo femenino, unidos a otros caracteres como el irresistible sentimiento de pertenencia al sexo contrario, rechazo del propio y deseo obsesivo de cambiar la morfología sexual”³⁶⁶. Superada queda la doctrina jurisprudencial, vigente hasta el 2007, que entendía que lo era quien había sido intervenido quirúrgicamente o, al menos, haber comenzado la terapia hormonal.

La RAE define transexual como “la persona que se siente del otro sexo, y adopta sus atuendos y que por intervención quirúrgica adquiere los caracteres sexuales del sexo opuesto”. La definición parece ser el sentido al que alude la *Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas* (LRR), cuando en la Exposición de Motivos señala que la transexualidad es “considerada como un cambio de la identidad de género”. Sin embargo, veremos cómo lo más común es que se considere transexual a la persona que simplemente encuentra una disconformidad entre su sexo psicológico y alguno o todos los demás caracteres sexuales, como se desprende de la Recomendación 1117/1989 del Consejo de Europa³⁶⁷.

³⁶⁶ Sentencias del TS de 02.07.1987 (JUR 1987/5313) y 19.04.1991 (RJ 1991/2725).

³⁶⁷ Recomendación 1117 / 1989 (*Recommendation 1117 / 1989 on the condition of transsexuals*) que recomienda a los estados miembros del Consejo de Europa a establecer una legislación para regular el cambio registral de nombre y sexo, la protección de la privacidad y la prohibición de la discriminación (Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de 1989). Vid.

En los pasados años cincuenta tanto el desarrollo de la endocrinología, con el descubrimiento de hormonas sintéticas como el avance de la cirugía plástica, permitieron a través de la ciencia un cambio radical en la apariencia física de una persona. El término “transexual”³⁶⁸ apareció por primera vez en la literatura médica en los trabajos de HIRSCHFELD en 1923. Posteriormente es utilizado en un sentido más actual, en 1949, por el doctor DAVID CAULDWELL, para denominar a los individuos que desean vivir de forma permanente como miembros del sexo opuesto y que quieren someterse a la cirugía de reasignación de sexo. En 1953, el médico alemán afincado en Nueva York³⁶⁹-endocrinólogo- HARRY BENJAMIN publicó un artículo en el que dio noticia a la comunidad científica internacional de la primera operación de reasignación de sexo³⁷⁰. Además, el indicado artículo definió por primera vez el término “transexual” como “el deseo irreversible de pertenecer al sexo contrario al genéticamente establecido y asumir el correspondiente rol y de recurrir, si es necesario, al tratamiento hormonal y quirúrgico encaminado a corregir esta discordancia entre la

<http://assembly.coe.int/main.asp?Link=/documents/adoptedtext/ta89/erec1117.htm>. Consultado el 27.05.2013.

³⁶⁸ En el vocabulario que utilizamos para hablar de las personas que cambian de género y/o sexo, se utilizan generalmente tres términos: transexual, transgénero, travesti. Travesti hace referencia a aquellas personas que esporádicamente se visten y actúan con los códigos del género opuesto, aunque en su vida social y cotidiana se identifiquen con el género que les fue atribuido al nacer. Es el primer concepto que la medicina utiliza a principios del siglo XX para hacer referencia a quienes no se identifican completamente con su género asignado. Transexual es aquella persona que quiere someterse a una reasignación genital y modificar su cuerpo para vivir en el género que siente como propio. Es una transición en el sexo biológico. Nace en la década de los cincuenta de la mano de los primeros médicos que intervienen a personas trans para diferenciarlas de las personas que practican el travestismo. Transgénero hace referencia a aquella persona que vive en el género opuesto al que le asignaron al nacer pero sin modificar necesariamente su cuerpo. Es un tránsito en el género. Emerge de los movimientos trans norteamericanos de los años ochenta en oposición a la categoría médica transexual, y a menudo está relacionada con una crítica al sistema binario hombre/mujer. Empiezan a utilizar transgénero como término paraguas para englobar a todas aquellas identidades de género no normativas, es decir, identidades de personas que no se identifican con el género asignado al nacer, en MISSÉ, Miquel., *Transexualidades. Otras miradas posibles...* cit., págs. 11 a 13.

³⁶⁹ La primera clínica de tratamientos de los trastornos de identidad de género se fundó en la Universidad de JOHN HOPKINS, en 1963, en Estados Unidos.

³⁷⁰ El paciente se llamaba CHRISTINE JORGENSEN, ex sargento de las fuerzas armadas americanas, que se sometió a la intervención de reasignación y tratamiento hormonal en Dinamarca, cuya vuelta en EE.UU. tuvo un importante impacto social y mediático.

mente y el cuerpo”. El sentimiento de pertenecer a un determinado sexo, biológico y psicológicamente, se llamara identidad de sexo o de género, definido así por MONEY en 1955³⁷¹. El uso del término se generalizó después de la publicación en 1966 del libro *The Transsexual phenomenon* por el doctor HARRY BENJAMIN, que describía el transexualismo como una patología compleja³⁷². En 1973, FISK propone el término de síndrome de disforia de género que incluye el transexualismo pero también a otros trastornos de identidad de género³⁷³.

El concepto científico de transexual ofrecido por la CIE-10³⁷⁴ y elaborado por la Organización Mundial de la Salud (OMS) describe la transexualidad como el deseo de vivir y ser aceptado como un miembro del sexo opuesto, que suele acompañarse por sentimientos de malestar o desacuerdo con el sexo anatómico propio y de deseos de someterse a tratamiento quirúrgico u hormonal para hacer que el propio cuerpo concuerde lo más posible con el sexo preferido. Para el diagnóstico de la “enfermedad” señala como requisito el que la identidad transexual debe haber estado presente constantemente durante al menos dos años³⁷⁵.

En psiquiatría existe la referencia al disturbio de la identidad de género o disforia de género. Disforia entendida como falta de sintonía en el sentimiento de la persona y el sexo que socialmente le fue asignado, y que suele manifestarse ya en la infancia y adolescencia, y más raramente en la edad adulta. El término está presente en los tratados de psiquiatría referido a la sensación contraria a la euforia, denotando disconformidad y desosiego (manuales DSM-IV-TR, ICD-10). Así mismo, en la psiquiatría encontramos la consideración del transexualismo como una disforia de género, es decir, un desacuerdo profundo entre el sexo biológico y el sexo psicológico. Una de las principales razones para mantener la consideración de enfermedad es que de ese modo

³⁷¹ BUSTOS MORENO, Yolanda., *La transexualidad...* cit., págs. 40 a 41.

³⁷² ESPÍN ALBA, Isabel, *Transexualidad...* cit., pág. 19.

³⁷³ *Ibidem*, pág. 19; BUSTOS MORENO, Yolanda, *La Transexualidad...* cit., págs. 41 a 42.

³⁷⁴ Clasificación Internacional de enfermedades, o ICD-10 en inglés.

³⁷⁵ https://eciemaps.mspsi.es/ecieMaps/browser/index_10_mc.html#search=&flags=111100&flagsLT=1111111&searchId=1436699202632&indiceAlfabetico=&listaTabular=id-2-class-Tab.D&expand=0&clasificacion=cie10mc&version=2010. Consultado el 23.12.2011.

se puede obtener una ayuda médica multidisciplinar para la transición de sexo³⁷⁶. Entendemos, que lo que quiere decir es que desde el punto de vista psiquiátrico es una enfermedad. La cuestión es presentada por la Sociedad Española de Endocrinología y Nutrición (SEEN) en los siguientes términos³⁷⁷: “hay diversas teorías sobre el origen de este hecho, pero la más aceptable sostiene que la transexualidad se origine durante la etapa fetal. Una alteración hace que el cerebro se impregna hormonalmente con una sexualidad distinta a la genital. Se consideran transexuales femeninos quienes habiendo nacido hombres se sienten mujeres y transexuales masculinos a los que nacidos mujeres se sienten hombres”. Y, añade: “ser transexual no es implantarse silicona para llamar la atención. Un transexual no es un travesti. El travestido acepta su biología y no reniega de su propio sexo. El transexual es transgénico. Desde la infancia su identidad mental es distinta a su identidad genital”. El transexualismo no hay que confundirlo con el travestismo, porque el travesti no rechaza su sexo de nacimiento³⁷⁸.

ESPÍN ALBA señala que la noción de transexualidad se resume en la idea de una discordancia entre la realidad física y el sentimiento de pertenencia a un determinado sexo. Discordancia quiere decir rechazo al sexo biológico. No debe confundirse con homosexualismo cuya orientación sexual se fundamenta en la atracción hacia personas del mismo sexo, pero nunca un rechazo al propio³⁷⁹.

TOLDRÀ ROCA³⁸⁰ describe las características de un transexual a tenor de los siguientes criterios: se trata de un sujeto que presenta una morfología normal y adecuada al sexo que se le atribuye en el nacimiento; tiene un sentimiento intenso y una profunda convicción de pertenecer al otro sexo; a la persona que se le plantea un conflicto interno porque se produce una disociación entre la mente y el cuerpo, entre el sexo morfológico y el sexo psicológico; demanda de un cambio en su apariencia física, mediante tratamiento hormonal e intervención quirúrgica de cambio de sexo. Respecto a este punto es preciso apuntar que no es determinante el deseo de reasignación quirúrgica

³⁷⁶ El concepto de disforia de género es propuesto por NORMAN FISK en 1973.

³⁷⁷ <http://www.seenweb.org/index.php?pagina=transexualidad>. Consultado el 18.03.2014.

³⁷⁸ ESPÍN ALBA, Isabel, *Transexualidad...* cit., pág. 20, nota 31.

³⁷⁹ *Ibidem*, pág. 17.

³⁸⁰ TOLDRÀ ROCA, M^a Dolors, *Capacidad natural...* cit., pág. 117; ESPÍN ALBA, Isabel, *Transexualidad...* cit., pág. 21.

de genitales ya que éstos no tienen por qué considerarse la esencia de la construcción de la identidad de género. Y define la persona transexualizada como “la persona transexual que ha sido tratada hormonalmente, cambiado su aspecto morfológico mediante intervención quirúrgica y, adecuada su identidad civil a la nueva realidad, con el consiguiente cambio de sexo y de nombre”³⁸¹.

Por el contrario, se define el transgénero como aquellas personas que asumen el rol del sexo opuesto al suyo biológico, pero no se somete a cirugías de reasignación sexual. Es una forma de asumir el cambio de sexo respaldado por la vigente legislación registral española que no exige la cirugía completa de reasignación a las personas diagnosticadas con su síndrome de disforia de género. La SAP de Jaén de 09.10.2006³⁸², define transgéneros o transexuales no genuinos como “aquellas personas que a pesar de no sentirse bien con su sexo legal, no desean tampoco una adaptación completa al sexo legal contrario (tratamiento hormonal o cirugía de reasignación sexual) y quieren vivir un rol distinto al asignado, manteniendo su cuerpo inalterable o parcialmente alterado, puesto que pueden sentir que no encajan en ningún género, en ambos, o en el género contrario, y que podrían modificar su percepción en el futuro”. En mi opinión la sentencia abre la puerta a la existencia de un tercer género o sexo³⁸³.

³⁸¹ TOLDRÀ ROCA, *Capacidad natural y capacidad matrimonial...* cit., pág. 99.

³⁸² JUR 2007/145216.

³⁸³ Desde hace algunos años, se trabaja para retomar la idea de que, mucho antes de que existieran categorías médicas para explicar la cuestión trans, había ya, en otras culturas, identidades muy parecidas a las que aquí llamamos transexuales o, según nuestro criterio, casos de opciones culturales de género que trascienden del hombre / mujer, sin que estas fueran consideradas un problema; en algunos casos, se entienden como un tercer género y en algunas culturas incluso se les atribuyen características positivas. Se encuentran: *hijras* (India); *two-spirits* (entre los nativos americanos); las *fa'afafines* (Polinesia); *takatapuis* (Maoris), en MISSÉ, Miquel, *Transexualidades...* cit., pág. 97.

Otro caso son las *mahu* (Islas de Polinesia). Las familias numerosas tienen una curiosa costumbre consistente en que si el primogénito nace varón, se le educa como si fuera mujer, y que ayudará en las tareas del hogar y en la educación de los hermanos. La figura del *mahu* está tan presente en la cotidiana que no suscita ninguna curiosidad. Éstos son hombres en apariencia externa, que parecen querer mostrar que hay algo que los diferencia radicalmente no sólo en el cuerpo de un hombre o una mujer, sino también en su conducta de género. También hay una razón genética para la existencia de los *mahus*: el vasto archipiélago de la Polinesia Francesa está formado por ciento dieciocho islas pequeñas y muy a menudo distantes entre sí, muchas de ellas escasamente pobladas por unas pocas familias de isleños, con múltiples matrimonios y relaciones sexuales entre parientes próximos, sin importarles –o ignorando– las

consecuencias genéticas. Cuando alguien ha nacido *mahu*, lo asume fácilmente y vive en consecuencia. En la actualidad la integración de los *mahus* a la sociedad polinesia es total. Este género está constituido por varones que visten y actúan como mujeres y que se dividen en dos grupos diferenciados: los *mahus* y los *raeraes*. Todos ellos están plenamente integrados en la sociedad, aunque los primeros gozan de un mejor estatus. Los *raeraes* son los *mahus* modernos y evolucionados. Los *mahus* jóvenes a veces permanecen *mahus* durante toda su vida: son los *mahus* propiamente dichos. Pero también podrían llegar a ser *raerae* (travestido), o incluso dar un salto atrás a su situación pre-*mahu*, casarse, tener hijos, y fundar una familia completamente “normal”. Por regla general el *raerae* es más contemporáneo. Es coqueto, orientado al sexo, suele ir vestido de manera provocativa. El *mahu* es realista, acepta su condición sexual incierta, trabaja, y vive lo mejor que puede. Cuando se les pregunta cómo se llaman, el *mahu* siempre dará su nombre y apellido; un *raerae* dará un seudónimo femenino, más bien “artístico”. El *raerae* desea casarse con un hombre no homosexual. Para ello se somete a tratamientos médicos y a todo tipo de cirugías para adaptarse físicamente. En conclusión podemos afirmar que es esta atmósfera de tolerancia social, étnica, religiosa y sexual, que continua siendo una constante en la vida cotidiana, la que quizás hizo posible la realidad, y sobre todo la sobrevivencia y aceptación social del fenómeno *mahu* en los Mares del Sur. Vid. <http://www.mundo-geo.es/gente-y-cultura/existe-un-tercer-sexo-en-algun-rincon-del-planeta>. Consultado el 16.01.2014.

También hemos encontrado el caso de las *Kathoey* o *ladyboys* en Tailandia. Aunque la sociedad y la legislación las reconoce como un tercer sexo –en los registros oficiales o, por ejemplo, con la instalación de un tercer aseo distinto al de hombres y mujeres en centros de estudio– su realidad es muy similar a la de la transexualidad en Occidente. La mayoría, según los estudios antropológicos, se definen como mujeres encerradas en un cuerpo equivocado. Sin embargo, socialmente las *kathoey* –que ocupan todos los estratos sociales y económicos, aunque muchas veces se les asocia con el espectáculo y la prostitución– tienen la consideración de tercer sexo, algo que también ocurre en los vecinos Bangladesh y Nepal. Vid. <http://www.zoomnews.es/260521/actualidad/sociedad/tercer-genero-realidad-biologica-y-cultural-mas-alla-lo-masculino-y-femen>. Consultado el 08.03.2014.

Las *vírgenes juradas* de Albania. En las zonas rurales de las montañas de Albania aún perviven (pocas) *vírgenes juradas*. Nacieron mujeres, pero una sociedad misógina y las guerras que durante siglos asolaron esta región de los Balcanes las obligó a “convertirse” en hombres. Su tradición se remonta a cientos de años y está muy condicionada por el “kanun”, un código de leyes que rige la vida de esta zona desde el siglo XV, y que relega el papel de la mujer a mera reproductora y cuidadora de hijos. Se les niega el voto, el derecho a conducir, ganar dinero, fumar, beber o acceder a determinados establecimientos. Además, era costumbre el pacto de matrimonios concertados. Las *vírgenes juradas* surgen Albania por dos motivos: cuando moría el patriarca sin dejar herederos varones o para evitar un matrimonio forzado. Cuando el patriarca de una familia fallecía sin dejar herederos masculinos o cuando la hija se negaba a casarse con el hombre impuesto, muchas mujeres hacían un juramento de castidad ante los hombres prominentes de la aldea. Renunciaban a una identidad sexual femenina y pasaban a vestirse y adoptar una apariencia física de hombres, desempeñar trabajos de hombres, convivir en el pueblo con los hombres, pero sin sentirse hombres. La realidad ha cambiado en el País, pero hasta hace unas décadas era una mancha familiar no tener un hombre de la casa, y la comunidad aceptaba a estas *vírgenes juradas*. Vid.

http://entremujeres.clarin.com/genero/virgenes-juradas-juramentadas-mujeres-hombres-balcanes-fotos-fotografa-jill-peters_0_983301745.html. Consultado el 03.02.2015.

Las *muxes* en México. Al otro lado del Atlántico, en el Istmo de Tehuantepec (México), los pueblos zapotecas llevan siglos organizando su sociedad más allá de la división entre hombres y mujeres. Desde la época precolombina, en estas comunidades existe la figura de las *muxes*, un tercer género que desempeña roles y funciones reconocidas y prestigiadas. Las *muxes* nacieron con el sexo masculino, pero desde la infancia muchas familias educan a estos niños para convertirlos. Según la antropóloga MARINELLA MIANO BORRUSO sostuvo que las madres las consideraban “el mejor de sus hijos”, al garantizarse que nunca abandonarían el hogar. Las *muxes* adoptan la figura matriarcal dentro del clan, cuidando de la casa, criando a los niños, asistiendo a los ancianos y los enfermos o gestionando la economía doméstica. Otro de los roles que se le atribuye dentro de la comunidad es la iniciación sexual de los varones. En la cultura zapoteca está mal visto que las mujeres pierdan su virginidad antes del matrimonio, pero no así los hombres, que pueden practicar a través de las enseñanzas de las *muxes*. Vid. <http://www.proceso.com.mx/?p=357775>. Consultado el 10.03.2015.

Los *Dos espíritus* (o *two-spirits*) se encuentran en Estados Unidos y Canadá -el concepto “Dos espíritus” se originó en Winnipeg, Canadá, en 1990, durante la tercera conferencia intertribal anual de amerindios y de las naciones originarias LGBT. En un calco de la frase “ojibwa niizh manidoowag” que significa “dos-espíritus”-. En la cultura milenaria Nativo Americana las personas podían mostrar un interés desde temprana edad por roles a la vez masculinos y femeninos. Los adultos de la tribu notarían esta tendencia en los niños y les apoyarían en el desarrollo de esta personalidad dual hasta la edad adulta, en la que se convertirían en respetados y admirados por la comunidad, que a la vez esperaba que al menos hubiese una persona semejante en cada generación. La naturaleza espiritual de esta cultura ha interpretado estos individuos como “ocupados” por *dos espíritus*, implicando que un espíritu masculino y otro femenino conviven en el mismo cuerpo. Antes del término dos-espíritus, los antropólogos solían utilizar el más antiguo “berdache”, pero esta etiqueta era frecuentemente rechazada por inapropiada y ofensiva por los Indígenas. La razón se encontraba en su etimología peyorativa, proveniente del francés “bardache vía”, que significa “chico mantenido; prostituto”. En la actualidad, ha sido sustituido por *dos espíritus*. En algunas tribus los *dos espíritus* con cuerpos masculinos tuvieron papeles activos como el manejo y entierro de los difuntos o enfermos durante expediciones de guerra; los *dos espíritus* con cuerpos femeninos adoptaron roles como jefas, consejeras, cazadoras o guerreras. En ambos casos se les otorgaba fuertes poderes místicos, actuando como curanderos de la comunidad. Las personas heterosexuales o de un género definido, podrían emparejarse con los *dos espíritus* de su mismo sexo sin ser esta una conducta homosexual, puesto que se sentirían atraídos por la parte femenina o la masculina. En conclusión, en algunos integrantes de tribus amerindias de Estados Unidos y Canadá conviven los espíritus femenino y masculino. Los dos espíritu visten con ropajes tradicionales de hombres y mujeres y desempeñan roles específicos como adivinos, curanderos o trabajos funerarios. Pueden mantener relaciones sexuales con ambos sexos y formar familias que no se identifican ni como homosexuales ni como heterosexuales. Vid. <http://www.eldragondehipatia.com/articulos/dos-espiritus-la-variedad-de-genero-en-las-culturas-indigenas-americanas/>. Consultado el 10.03.2015.

BUSTOS MORENO, define el término “transexual” como aquella persona cuya identidad sexual o de género es contraria a su sexo biológico, es decir, la identidad sexual está en conflicto con la anatomía sexual. El individuo se tiene por preso en el cuerpo equivocado, padeciendo el grado más extremo de trastorno de identidad sexual. En estas personas suele darse el deseo de modificar las características sexuales anatómicas que no corresponden con el sexo con el que se sienten identificados. Algunas suelen pasar por un proceso de reasignación de sexo, que puede incluir o no cirugía de reconstrucción genital, conocida como “operación de cambio de sexo”³⁸⁴. En definitiva, se trata de un problema en la identidad del sujeto, que se debe a la falta de correspondencia entre lo que es y lo que se siente ser.

La SAP Madrid de 23.12.2004³⁸⁵ ha afirmado que se trata de un síndrome, un estado patológico que exige un tratamiento que no se dirige a corregir la tendencia hacia el sexo fenotípico o genotípico, sino hacia el psíquico o anímico, tratando de aproximar el soma hacia la psique, y no a la inversa. La sentencia define el transexualismo como “la identificación con el rol asociado al sexo opuesto que conduce al individuo. Se ha definido como el deseo irreversible de pertenecer al sexo contrario al legalmente establecido (o sea, al de nacimiento, ratificado por sus genitales) y asumir el correspondiente rol (el contrario del esperado), y de recurrir si es necesario a un tratamiento hormonal y quirúrgico encaminado a corregir esta discordancia entre la mente y el cuerpo”. Y añade: “no puede confundirse con otros fenómenos como la homosexualidad, el travestismo, ni tampoco con los denominados “transgéneros” o transexuales no genuinos, término más amplio que el de transexual y que se usa para designar a aquellas personas que a pesar de no sentirse bien con su sexo legal, no desean tampoco una adaptación completa al sexo legal contrario (tratamiento hormonal o cirugía de reasignación sexual), esto es, quieren vivir un rol distinto al asignado, manteniendo su cuerpo inalterable o parcialmente alterado, puesto que pueden sentir que no encajan en ningún género, en ambos, o en el género contrario, y que podrían modificar su percepción en el futuro”.

³⁸⁴ BUSTOS MORENO, Yolanda, *La Transexualidad...* cit., págs. 27 a 28.

³⁸⁵ EDJ 2004/231697.

En la construcción de un derecho a la identidad sexual, tiene importancia la distinción entre transexuales e intersexuales, pues hay quien cuestiona la necesidad de encasillar una persona en un género, y se pregunta si, en aras del derecho de libre desarrollo de su personalidad, no es más conveniente que cada individuo construya su propia identidad sexual, sin necesidad de encajar en la estructura binaria vigente³⁸⁶.

Un recién nacido es diagnosticado como intersexual cuando sus genitales externos o algún órgano interno es atípico según los parámetros médicos de pertenencia a un sexo u otro. ESPÍN ALBA define el intersexual como “la persona que posee desde su nacimiento caracteres de los dos sexos, y a que los médicos, normalmente poco después del nacimiento, orientan por medio de cirugía y/o tratamientos hormonales hacia uno de los dos, mientras la persona que padece una disforia de género posee una definición

³⁸⁶ Se puede hablar de sexo en distintos sentidos: el sujeto desde su inicial formación embrionaria posee un sexo cromosómico que pasa a ser inmutable durante toda su existencia, comportando la atribución a los gametos masculinos de una fórmula 46XY y para los femeninos 46XX. Este sexo cromosómico determina a su vez las características del sexo gonadal relativo a la conformación de las glándulas propias de los órganos sexuales y reproductores del individuo. El sexo fenotípico o morfológico es el relativo a la conformación anatómica del cuerpo humano de acuerdo con la morfología del sexo a que pertenece. El fenómeno del transexualismo aparece cuando la natural adecuación del sexo cromosómico con el gonadal y con el fenotípico sufre desviaciones debido a razones de distinta etiología, produciendo en la psique del individuo que las sufre un rechazo a su morfología sexual y un deseo de acomodar su conducta sexual y sexo a la propia del sexo contrario al que corresponde a su apariencia anatómico-genital. Todas estas características que pueden calificarse de “inter-sexo”, generan dificultades a la hora de determinar la clasificación del individuo en uno de los dos únicos géneros sexuales que el Derecho reconoce, rechazando las situaciones de indeterminación o inexistencia conforme el principio *tertium non licet* (una tercera posibilidad). Vid. DÍAZ FRAILE, Juan Maria, “Identidad sexual y Registro civil...” cit., pág. 94; Vid. la STS 03.03.1989, que establece lo siguiente: “a la hora de valorar los parámetros que, con mayor peso, habrán de influir en nuestra decisión de clasificar el individuo en uno de los dos géneros sexuales que el derecho reconoce –*tertium non licet*– es evidente que no habrá de ser el factor cromosómico el que predomine aun sin negarle su influencia, ni aun 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 porque son los factores psíquicos los más nobles e importantes de la persona y los que determinan su diferencia esencial con las especies de grado inferior, sino también porque en los factores anímicos anida el centro del desarrollo de la personalidad...”, en ELOSEGUI ITXAXO, Maria, *La transexualidad...* cit., pág. 185; LÓPEZ-GALIACHO PERONA, Javier, *La problemática jurídica de la transexualidad...* cit., págs. 103 y ss.

biológica, pero presenta un deseo de pertenencia al otro sexo. Las personas transexuales no necesariamente nacen intersexuales”³⁸⁷.

La STSJ de Asturias (Sala de lo Social) de 31.01.2003³⁸⁸, se refiere a la transexualidad como “una patología de carácter psiquiátrico o psíquico” que representa “un trastorno mental en el que no hay patología anatómica o genética”, mientras que la intersexualidad es “una patología con bases fisiológicas, genéticas, o sea, biológicas”. La intersexualidad estaría relacionada con trastornos de orden físico que provocan la presencia de caracteres secundarios masculinos y femeninos en una misma persona, tratándose del “hermafroditismo” o “pseudohermafroditismo”³⁸⁹. La intersexualidad se ha visto como un infortunio de la naturaleza, imputable al terreno de lo involuntario y fatalista, mientras que el transexual se ve como una persona que a pesar de haber nacido con un sexo determinado, por su voluntad desea cambiar³⁹⁰.

Podemos decir que mientras la intersexualidad se estudia por la medicina desde la óptica de un problema físico, la transexualidad se viene tratando en el capítulo de las enfermedades mentales. Por eso, la intersexualidad trata de rectificar unos datos para reflejar la identidad real del individuo en el Registro, mientras que en la transexualidad se modifica la realidad, y se da entrada a una nueva situación personal, distinta de las

³⁸⁷ ESPÍN ALBA, Isabel, *Transexualidad...* cit., pág. 25.

³⁸⁸ AS 2003/1718.

³⁸⁹ Según el diccionario médico *Doctissimo* el “pseudohermafroditismo” es un *trastorno provocado por la existencia de unas gónadas de un determinado sexo (ovarios o testículos) pero con una tendencia a la diferenciación de los órganos genitales del sexo contrario*. Por su parte el diccionario de medicina *VOX* define el “pseudohermafroditismo masculino” como el *estado en el que el sujeto sufre una feminización de los genitales externos, debido generalmente a la presencia de un cariotipo con un solo heterocromosoma X o una pareja XY. En algunos casos, también puede ser debido a un mal funcionamiento de los receptores androgénicos o a una alteración en la cadena enzimática que lleva a la síntesis de testosterona. También se denomina androginia*. Y el “pseudohermafroditismo femenino” es el *estado en que el sujeto presenta un cariotipo propio del sexo femenino (XY) y los correspondientes ovarios, pero hay una masculinización de los genitales externos, como por ejemplo, fusión de los labios de la vagina, hipertrofia del clítoris*. Vid. <http://salud.doctissimo.es/diccionario-medico/>. Consultado el 10.03.2015.

³⁹⁰ ESPÍN ALBA, Isabel, *Transexualidad...* cit., pág. 27.

circunstancias identificativas presentes en el nacimiento de la persona. Una es rectificación, la otra es cambio³⁹¹.

2.3. Recapitulación y conclusiones

El conocimiento de los procesos de las personas transexuales implicó un replanteamiento de muchos de los esquemas feministas porque esta construcción no se ha desarrollado sobre la base del sexo biológico. Prueba de ello es que JANICE RAYMON³⁹² considera la transexualidad como “el último medio inventado por los hombres para asegurar su hegemonía en la lucha de sexos” y entiende que “todos los transexuales violan el cuerpo de las mujeres al reducir la verdadera forma femenina a un artefacto y apropiarse de este cuerpo para sí”; por otra parte, las posiciones de JUDITH BUTLER³⁹³ señala, que tanto el travestismo como la transexualidad “revelan la estructura imitativa del género mismo y, por tanto, su contingencia (...) Y que la proliferación de identidades de género se enfrenta implícitamente a la distinción binaria y política entre los géneros”. Todo ello nos obliga a replantearnos si el sexo no deja de ser una construcción cultural y a cuestionarnos las categorías binarias que establecen rígidas divisiones entre hombre y mujer, heterosexual y homosexual, travesti y transexual, si bien la existencia de estas categorías tiene de positivo poder nombrar lo que antes era innombrable y dotar de identidad a aquellas personas que se encuentran fuera de lo estadísticamente mayoritario y que la sociedad considera “normal”. Por el contrario, la riqueza humana es tan grande y compleja que resulta absurdo pretender

³⁹¹ El sexo que predominará en caso de duda será el que vendrá recomendado por un protocolo que, según el síndrome diagnosticado, establecerá si el sujeto ha de ser considerado varón o hembra en base a las recomendaciones de un protocolo internacional. La Organización Internacional de Intersexuales se opone a las prácticas de asignación sexual por entender que contravienen el derecho de las personas a decidir sobre sus cuerpos e identidades “sin interferencias, tratamientos forzados u otra coerción de autoridades legales y/o médicas”. MAURO CABRAL critica el uso de protocolos médicos. Para el autor la solución pasa por asignar al recién nacido uno de los sexos aceptados en su país (hombre, mujer, o sexo neutro en el caso de Australia), sin forzar al cuerpo a que acompañe esa elección y aceptando que la persona podrá cambiar de identidad cuando crezca. Vid. <http://www.pikamagazine.com/2010/11/%C2%BF-sera-nino-o-nina/>. Consultado el 13.07.2011.

³⁹² RAYMON, Janice, *The transsexual empire...* cit., págs. 15 y ss.

³⁹³ http://singenerodedudas.com/2003_2012/tirnamban/1129/judith-butler-para-principiantes. Consultado el 17.03.2012.

encajarlas en rígidas clasificaciones. No creo que hoy pueda hablarse de la identidad como algo preexistente, sino que es fruto de un proceso de construcción, cambiante. En palabras de GARAIZABAL, la identidad es un mito, algo que se ha idealizado para poder conseguir la estabilidad personal³⁹⁴.

3. EL PRINCIPIO DE LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD COMO FUNDAMENTO DE LA OPCIÓN TRANSEXUAL

3.1. Introducción

En el capítulo primero, hemos analizado que el sexo de las personas viene históricamente asignado en el momento de nacer distinguiéndolo conforme a la dicotomía varón / mujer. En función de este binomio las personas son clasificadas por razón de género, pero también por razón de las respectivas categorizaciones sociales. En efecto, por el hecho de pertenecer a uno u otro sexo a los individuos les han sido asignadas socialmente unas funciones sociales y culturales y un rol o forma externa de comportarse, conforme a parámetros no escritos pero mayoritariamente aceptados por los usos sociales.

Durante largas etapas de nuestra historia se castigaron severamente comportamientos sexuales y de género contrarios a los roles implícitamente asignados a cada uno de los sexos. Con el fin de evitar estos castigos, represalias, condenas o rechazo social, generalmente los individuos se comprometían con el cumplimiento de las reglas y las leyes de la época aun contrariando su propia voluntad u orientación sexual. De todas maneras esta sumisión nunca fue absoluta ya que la historia demuestra que siempre ha habido núcleos más o menos cerrados de conductas sexuales contrarios a las convenciones tradicionales, además de ciertas celebraciones señaladas en las que de una u otra forma se toleraban ciertas manifestaciones de ambigüedad sexual aunque fuese bajo el paraguas de lo lúdico-festivo. Los poderes públicos –fuertemente influidos por la doctrina moral de la Iglesia– castigaban con importantes represalias y condenas a los disidentes sexuales, pero estas proposiciones jurídico-morales poco a poco fueron

³⁹⁴ GARAIZABAL ERIZALDE, Cristina, “Identidad: cuerpo, género y subjetividad”... cit., pág. 242.

cediendo a la libertad individual, de forma que los ciudadanos interesados pudieron acabar por desertar de las reglas que les oprimían. La confrontación entre la moral sexual tradicional y otras opciones sexuales no convencionales se hace patente sobre todo desde las primeras décadas del siglo XX, en que entran en liza como opciones reivindicativas la homosexualidad, la bisexualidad y la transexualidad.

El hecho que un individuo manifieste haber nacido con un cuerpo de sexo distinto al que siente pertenecer -transexualidad- con independencia de su orientación sexual no es un tema banal, todo lo contrario. Se trata de una materia históricamente poco analizada desde el punto de vista jurídico que debe tenerse en consideración pues afecta directamente al ser, querer ser y a la dignidad de la persona. Hay personas, sujetos de derecho que manifiestan abiertamente su voluntad y deseo de cambiar su sexo legal asignado al nacer por su sexo psicológico, con el objetivo que éste no sea únicamente una expresión de voluntad que forme parte de su esfera privada sino que se exteriorice corporalmente adaptando su cuerpo y su conducta a su psique. Hay quienes optan por someterse a intervenciones quirúrgicas para conseguirlo, otros manifiestan su voluntad de cambiar de sexo sin pasar por el quirófano adoptando su conducta y comportamiento social al sexo contrario al que han nacido. Distinguimos dos tipos de transexuales. Uno, los que nacen con un cuerpo que no sienten como propio y deciden operarse para adaptarlo a su sexo psicológico, además de adoptar conductas a la del sexo que sienten pertenecer como máxima expresión de su corporeidad. Dos, quienes aun no estando conformes con su sexo asignado al nacer no sienten la necesidad de pasar por el quirófano sino que únicamente se comportan como sujetos del sexo contrario. Una vez el individuo se ha sometido a intervenciones quirúrgicas consideramos que es un sujeto *transexual transexualizado* (se ha sometido a todas o a parte de las fases médicas para ser considerado como tal). Mientras que si no se ha sometido a cirugía lo definimos como un sujeto *transexual no transexualizado*. En uno y otro caso la persona es transexual igualmente, pues abandonamos la idea de que se es más o menos transexual por el hecho de haberse sometido a tratamiento médico; en todo caso, cambia el cómo se es visto por los demás. El que una persona se someta o no a intervención quirúrgica

es una decisión que corresponde únicamente al sujeto como manifestación máxima de principio del libre desarrollo de la personalidad³⁹⁵.

3.2. El artículo 10 de la Constitución española de 1978

El Título I de la CE comienza con un precepto de alcance general, el art.10, estructurado en dos apartados³⁹⁶. El apartado primero, siguiendo como modelo más próximo el de los arts. 1.1 y 2.1 de la Ley Fundamental de Alemania, otorga a los derechos fundamentales la condición de fundamento del orden político y de la paz social a partir de la dignidad de la persona, que no es en la Constitución un derecho subjetivo, sino un valor superior (“un valor espiritual y moral inherente a la persona”), sustento de la libertad personal y fundamento, a su vez, de los derechos fundamentales, que adquieren sustantividad propia en el sistema de valores y principios consagrados en la CE³⁹⁷.

El art. 10.1 CE se refiere a *la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, al libre desarrollo de la personalidad, al respeto a la ley y a los derechos de los demás que son fundamento del orden político y de la paz social*. Y el apartado segundo, a *las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, que se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*. La dignidad de la persona y los derechos que le son inherentes, como el principio al libre desarrollo de la personalidad, no aparecen expresamente reconocidas en ninguna de nuestras Constituciones históricas, si bien se puede encontrar en la Constitución de 1812, un precedente en su art. 4 cuando establece que *la Nación está obligada a conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de todos*

³⁹⁵ Cosa distinta es que pretendida la juridificación de la transexualidad (cambio legal de sexo) la ley puede exigir determinados requisitos para dispensar del tratamiento legal o de la intervención quirúrgica como más adelante explicaremos.

³⁹⁶ CASAS BAAMONDE, María Emilia, “De los derechos y deberes fundamentales”... cit., pág. 168; también sobre la cuestión vid. PECES BARBA, Gregorio, *Lecciones de Derechos Fundamentales*... cit., págs. 50 y ss.

³⁹⁷ STC 114/1984, de 29 de noviembre, EDJ 1984/114.

*los individuos que la componen*³⁹⁸. Otro antecedente, aunque de poco valor jurídico, lo encontramos en el Proyecto de Constitución Federal de la Primera República, de 1873, que recoge en su Título Preliminar una serie de derechos, reconocidos a toda persona, sin que ningún poder tenga facultad para cohibirlos, ni ninguna ley facultad para desvirtuarlos, entre los que se encuentra el derecho a la dignidad de la vida. Durante la dictadura franquista, encontramos referencias a la dignidad de la persona en dos de las Leyes Fundamentales (art. 1 del Fuero de los Españoles y art. 3 de la Ley Orgánica del Estado). Por lo que se refiere al reconocimiento de los tratados y acuerdos internacionales como normas interpretativas de los derechos y deberes reconocidos en la CE, recogido en el apartado segundo del art. 10, el único precedente del constitucionalismo histórico es el previsto en la Constitución de la Segunda República Española de 1931, en concreto en el art. 7, en el que se establece que *el Estado español acatará las normas universales del Derecho internacional, incorporándolas a su derecho positivo*.

El reconocimiento de la dignidad de la persona en virtud de la naturaleza humana, tiene lugar principalmente, después de la Segunda Guerra Mundial y es precisamente en los textos internacionales sobre derechos humanos donde se recoge por primera vez para extenderse posteriormente a diferentes Constituciones. El primer texto internacional que constituyó un referente sobre la cuestión es la DUDH cuando en su Preámbulo prevé que la libertad, la justicia, y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana.

Sobre la cuestión en el derecho comparado, baste citar la Constitución de la República italiana de 1947, arts. 2 y 3³⁹⁹; Ley Fundamental de Bonn de 1949, art. 1 apartados 1 y

³⁹⁸ DE ASÍS, Rafael, “La apertura constitucional: La “dignidad de la persona” y “el libre desarrollo de la personalidad” como fundamentos del orden político y de la paz social” en *Comentario a la constitución socio-económica de España* (obra coordinada por MOLINA NAVARRETE, Cristóbal; MONEREO PÉREZ, José Luís; MORENO VIDA, María Nieves), Fundación Dialnet, La Rioja, 2002, pág. 153.

³⁹⁹ Artículo 2 de la Constitución italiana: *La república reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, ora como individuo, ora en el seno de las formaciones sociales donde aquel desarrolla su personalidad, y exige el cumplimiento de los deberes inexcusables de solidaridad política, económica y social*.

2, y art. 2.1⁴⁰⁰, y, finalmente, la Constitución Portuguesa de 1976, que contiene una referencia a la dignidad de la persona en el art. 1⁴⁰¹. En cuanto a la interpretación de los derechos y libertades conforme a los tratados internacionales, la Constitución Portuguesa contiene una disposición similar al art. 10.2 CE, concretamente el art. 16.2 que dice: *los preceptos Constitucionales y legales relativos a derechos fundamentales deberán ser interpretados e integrados en armonía con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre.*

El art. 10 CE es clave en el sistema de derechos y libertades reconocidas en el Título I de la Constitución. En el apartado primero se observa la referencia a la dignidad de la persona, como valor inherente a la misma, que consiste en el derecho de cada cual a determinar libremente su vida de forma consciente y responsable y a obtener el correspondiente respeto de los demás como se estableció en la STC 53/1985, de 11 de

Artículo 3 de la Constitución italiana: *Todos los ciudadanos tendrán la misma dignidad social y serán iguales ante la ley, sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas ni circunstancias personales y sociales.*

Constituye obligación de la Republica suprimir los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país.

⁴⁰⁰ Artículo 1.1º de la Constitución alemana: *La dignidad del pueblo es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder estatal.*

Artículo 2 de la Constitución alemana: *El pueblo alemán se identifica, por tanto, con los inviolables e inalienables derechos del hombre como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo.*

Respecto el precepto 2.1 recoge el libre desarrollo de la personalidad. Según DE VERDA, la Constitución alemana configura el libre desarrollo de la personalidad como un derecho fundamental, dotado de eficacia inmediata y vinculante para todos los poderes del Estado. Consiguientemente, en el Derecho alemán se reconoce el recurso de amparo contra los actos de los poderes públicos lesivos del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Ahora bien, en la CE, por el contrario, no existe un derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, cuya lesión pudiera ser invocada en recurso de amparo. Y la no inclusión del libre desarrollo de la personalidad entre los derechos fundamentales y las libertades públicas de la sección primera del capítulo primero del Título I de la Constitución plantea el problema de delimitar su exacto alcance y significado. Vid. DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, “El libre desarrollo de la personalidad...” cit., pág. 33.

⁴⁰¹ *Portugal es una Republica soberana, basada en la dignidad de la persona humana y en la voluntad popular y en la transformación en una sociedad sin clases.*

abril (FJ 3)⁴⁰². La dignidad de la persona debe permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre, constituyendo un *mínimum* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar⁴⁰³. De modo, que la Constitución prevé aquellos derechos “que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano o, dicho de otro modo (...) aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana”⁴⁰⁴.

Según la doctrina jurisprudencial, a la que hemos hecho mención, las características de la dignidad de la persona pueden resumirse en: la dignidad del ser humano es superior a la del resto de seres; en consecuencia, la dignidad humana no admite grados, por lo que todos los seres humanos por el hecho de ser personas, son iguales en dignidad, sin que pueda devaluarse la dignidad del individuo o de grupos de personas y considerarlos de inferior condición con respecto a los demás; el respeto a esta dignidad es el fundamento de todo Derecho positivo estatal o internacional; es necesario adaptar cualquier norma del ordenamiento jurídico a las exigencias de la dignidad de la persona; la dignidad es irrenunciable, indisponible y permanece hasta el mismo momento de la muerte del individuo.

Del precepto examinado se consagran otros postulados también relacionados con la dignidad de la persona como son el libre desarrollo de la personalidad, los derechos inviolables, que le son inherentes como fundamento del orden político y la paz social. Asimismo, establece unos límites en el ejercicio de los derechos: el respeto a la ley y a los derechos de los demás. Por lo que se refiere a la cláusula interpretativa de los derechos fundamentales y de las libertades que la CE reconoce, conforme a la DUDH y los tratados y acuerdos ratificados por España, establecida en el apartado segundo del art. 10, supone la apertura al Derecho internacional de los Derechos Humanos. Tanto la Declaración como los tratados se convierten en fundamento interpretativo de los derechos y libertades contenidos en el Título I de la CE, con independencia de cuál sea su ubicación en la sistemática del Título y por tanto de su sistema de garantías. Sin embargo, hasta el momento, el TC no ha interpretado derechos contenidos en el Capítulo III de la CE a la luz de ningún Tratado Internacional, aunque podemos señalar,

⁴⁰² EDJ 1985/53.

⁴⁰³ STC 120/1990, de 27 de junio (FJ 4), EDJ 1990/6901.

⁴⁰⁴ STC 242/1994, de 20 de junio (FJ 4).

a modo de ejemplo, la STC 199/1996⁴⁰⁵, de 3 de diciembre, en la que parece admitirse únicamente de manera implícita la labor interpretativa del Convenio de Roma en la interpretación del art. 45 CE.

Por tanto, el art. 10.1 CE, abre el Título Primero de la CE, *De los derechos y deberes fundamentales*, constituyendo el soporte sobre el cual han de entenderse los preceptos relativos a los españoles y extranjeros (capítulo primero), los derechos y libertades (capítulo segundo), los principios rectores de la política social y económica (capítulo tercero), así como las garantías y suspensión de las libertades y los derechos (capítulos cuarto y quinto). Según ROBLES⁴⁰⁶, por su contenido, el Título Primero de la CE tiene la finalidad de ofrecer los valores constitucionales básicos en cuanto se refieren a la persona humana, valores que se despliegan en un haz de derechos fundamentales y de libertades, además de deberes fundamentales y principios rectores de la política social y económica. El centro sobre el que gira el título primero de la CE es la determinación del estatuto jurídico y política del orden constitucional. El libre desarrollo de la personalidad aparece como el recurso justificativo de algunas de las modificaciones más importantes que se han producido en el Derecho civil, especialmente en el Derecho de la Persona (transexualidad), o Derecho de Familia (matrimonio entre personas del mismo sexo, divorcio)⁴⁰⁷. A todo ello, el principio de autonomía de la voluntad adquiere una nueva justificación desde la perspectiva del libre desarrollo de la personalidad. RUIZ JIMÉNEZ, señala, que el art. 10 es “piedra angular de todo el sistema jurídico que la Constitución instituye”. Justifica su afirmación en que se encuentra entre el Título Preliminar, que sintetiza los principios básicos y los valores superiores del Estado

⁴⁰⁵ EDJ 1996/9676.

⁴⁰⁶ ROBLES MORCHÓN, Gregorio, “El libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 de la CE)”... cit., pág. 45.

⁴⁰⁷ La Exposición de Motivos de la Ley 15/2005, en orden a explicar el nuevo sistema de divorcio, basado en la pura voluntad de cualquiera de los cónyuges de disolver el matrimonio, y desconectado de cualquier idea de culpabilidad dice: “se estima que el respeto al libre desarrollo de la personalidad, garantizado por el art. 10.1 de la Constitución, justifica reconocer mayor trascendencia a la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculado con su cónyuge. Así, el ejercicio de su derecho a no continuar casado no puede hacerse depender de la demostración de la concurrencia de causa alguna, pues la causa determinante no es más que el fin de esa voluntad expresada en su solicitud, ni, desde luego, de una previa e ineludible situación de separación. MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis, *El principio de libre desarrollo de la personalidad...* cit., pág. 210.

social y democrático de Derecho que se instaura, y el Título Primero, consagrado a los derechos y deberes fundamentales de cuantas personas en él convivan⁴⁰⁸.

El art. 10.2 CE establece la conexión entre nuestro sistema de derechos fundamentales y libertades y la Declaración Universal de Derechos Humanos y los convenios y tratados internacionales sobre los mismos ratificados por España, instrumentos internacionales que han sido, por lo demás, inspiradores directísimos de la CE, expresando así el constituyente la voluntad de la Nación española de incorporarse al orden internacional de valores que los derechos fundamentales y su protección y defensa representan. El art. 10.2 CE ha constituido también una importante vía de penetración del Derecho comunitario europeo y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia comunitario que, ha venido convirtiendo en principios generales del Derecho Comunitario los derechos fundamentales reconocidos en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros y en el CEDH.

Resulta, pues, que a través del art. 10.2 CE, no se otorga rango constitucional a los derechos y libertades proclamados en los Tratados Internacionales en cuanto no estén también recogidos en la CE. Siendo el TC el que ha delimitado el valor de esta estipulación. Así, la STC 36/1991. de 14 de febrero⁴⁰⁹, declaró que “esta norma se limita a establecer una conexión entre nuestro propio sistema de derechos fundamentales y libertades, de un lado, y los Convenios y Tratados Internacionales sobre las mismas materias en los que sea parte España, de otro. No da rango constitucional a los derechos y libertades internacionalmente proclamados en cuando no estén también consagrados por nuestra propia Constitución, pero obliga a interpretar los correspondientes preceptos de ésta de acuerdo con el contenido de dichos Tratados o Convenios, de modo que en la práctica este contenido se convierte en cierto modo en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el capítulo segundo del título I de nuestra Constitución”. De este modo “aunque los textos y acuerdos internacionales del artículo 10.2 constituyen una fuente interpretativa que

⁴⁰⁸ RUIZ JIMÉNEZ, Marta, “Comentario al art.10” en *Comentarios a la Constitución española de 1978* (coord. ALZAGA VILLAMIL, Óscar), Edersa, Universidad de Granada, 1997, pág. 40. Sobre la misma cuestión LÓPEZ AGUILAR, Juan Fernando, *Derechos fundamentales y libertad negocial*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990, pág. 19.

⁴⁰⁹ EDJ 1991/1562.

contribuye a la mejor identificación del contenido de los derechos cuya tutela se pide a este Tribunal Constitucional, la interpretación a que alude el citado artículo 10.2 del texto constitucional no los convierte en canon autónomo de validez de las normas y actos de los poderes públicos desde la perspectiva de los derechos fundamentales, es decir, no los convierte en canon autónomo de constitucionalidad”. Si así fuera, sobraría la proclamación constitucional de tales derechos, bastando con que el constituyente hubiera efectuado una remisión a las Declaraciones internacionales de Derechos Humanos o, en general, a los tratados que suscriba el Estado español sobre derechos fundamentales y libertades públicas”⁴¹⁰. No hará falta advertir que los tratados citados en este art. 10.2 CE han de estar publicados oficialmente en España para su consideración como parte del ordenamiento jurídico interno y su utilización a efectos interpretativos, tal y como se establece en el art. 96.1 CE.

De la lectura del art. 10.2 CE se deriva la recepción constitucional de los valores de la dignidad y la libertad de la persona, que son inalienables y reforzados por el reconocimiento internacional al que España se suma con la Constitución, que se convierten en derechos individuales mediante los oportunos tratados y convenios para contribuir así a la identificación de los contenidos de los derechos fundamentales presentes en la Carta Magna. Por eso, desde sus primeras sentencias el TC ha reconocido la importante función hermenéutica que, para determinar el contenido de los derechos fundamentales, tienen los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por España⁴¹¹ y, muy singularmente, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Públicas, firmado en Roma en 1950, dado que su cumplimiento está sometido al control del TEDH, a quien corresponde concretar el contenido de los derechos declarados en el Convenio que, en principio, han de reconocer los Estados signatarios del mismo como contenido mínimo de sus derechos fundamentales (STC 91/2000, FJ 7)⁴¹².

⁴¹⁰ STC 236/2007, de 7 de noviembre, EDJ 2007/188657.

⁴¹¹ STC 38/1981, de 23 de noviembre; STC 78/1982, de 20 de diciembre; STC 38/1985, de 8 de marzo.

⁴¹² SAIZ ARNAIZ, Alejandro, “La interpretación de los derechos fundamentales y los tratados internacionales sobre derechos humanos”... cit., págs. 194 y ss; <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/trcons/cont/5/tc/tc14.pdf>. Consultado el 18.08.2014.

3.3. El libre desarrollo de la personalidad como principio general del derecho

Ante todo, tenemos que explicar, qué significa el término “principio general del derecho” y la pluralidad de significados que incluye. Según MARTÍN CASTÁN⁴¹³ se ha utilizado esta expresión con sentidos diversos: “a) “Principio” en el sentido de norma muy general, que regula un caso cuyas propiedades relevantes son muy generales; por ejemplo, las contenidas en el título II del libro cuarto del Código Civil, que resultan aplicables a cualquier clase de contratos; b) “Principio” en sentido de norma redactada en términos particularmente vagos, como acontece con las que incorporan lo que los juristas llaman “conceptos jurídicamente indeterminados”, por ejemplo, “buena fe”, “diligencia propia de un buen padre de familia”; c) “Principio” en sentido de norma que expresa los valores superiores de un ordenamiento jurídico. Por ejemplo, el art. 14 CE que consagra la igualdad de los españoles ante la ley y prohíbe que prevalezca discriminación alguna; d) “Principio” en el sentido de norma programática o directriz, esto es, de norma que estipula la obligación de perseguir determinados fines; e) “Principio” en el sentido de norma dirigida a los órganos de aplicación del Derecho y que señala, con carácter general, cómo seleccionar la norma aplicable, interpretarla, por ejemplo, los criterios interpretativos contenidos en el art. 3.1 CC; f) “Principios” en el sentido de *regula iuris*, es decir, de enunciado o máxima de un considerable grado de personalidad y que permite la sistematización del ordenamiento jurídico. Por ejemplo, la máxima *iura novit curia*⁴¹⁴. Aquí utilizamos el concepto de “principio general del

⁴¹³ MARÍN CASTÁN, María Luisa, “Algunas reflexiones...” cit., pág. 161.

⁴¹⁴ Para MARÍN CASTÁN “todos estos significados pueden, sin embargo, quedar reducidos a dos distinciones básicas: a) Principios explícitos y principios implícitos. Esta distinción es la que se establece entre principios explícitos, que son los expresamente dictados por una fuente de producción jurídica, y principios implícitos, esto es, principios extraídos a partir de disposiciones expresas del ordenamiento, como racionalización de las mismas. La aceptación de los principios implícitos depende de la aceptación de estas afirmaciones: 1ª) que mediante el razonamiento jurídico es posible obtener normas a partir de otras normas, o sea, obtener una regla que es considerada premisa o consecuencia de normas vigentes; 2ª) que la regla así obtenida constituye de verdad una regla nueva y distinta a las que constituyen su origen, pues si fuese una simple “repetición” de estas últimas, acaso los principios servirían para ofrecer una descripción más simple o resumida del Derecho o de algún sector normativo pero, evidentemente, no servirían como “fuente” que se aplica en defecto de ley y costumbre. De este modo, la obtención de los principios implícitos tiene bastante que ver con la analogía *legis* desempeñando una función integradora del ordenamiento jurídico. b) Principios en sentido estricto y directrices o normas programáticas. Esta

derecho” como norma jurídica, aunque formalmente no tenga la estructura de la misma⁴¹⁵. GORDILLO⁴¹⁶ denominó el libre desarrollo de la personalidad como principio constitucional poniéndolo en relación con el transexualismo. Para DE CASTRO⁴¹⁷, “en todos los países de Derecho conocido se distingue, junto al Derecho formulado en leyes o manifestado en prácticas sociales, ciertas normas que, a pesar de no basarse en la autoridad del Estado ni en los intereses de una determinada fuerza social, tienen un vigor normativo tal, que son el fundamento más firme de la eficacia de leyes y costumbres”.

Será el Código austriaco el primero que hable de los principios generales, remitiendo al juez a los “principios jurídicos naturales” según el iusnaturalismo protestante. En cambio, el Código Civil italiano de 1865 difundió una nueva fórmula, la de “principios generales del Derecho”, aunque es discutible que quisieran apartarse del significado de los principios del Código austriaco⁴¹⁸.

Para DE CASTRO, los principios generales expresan las convicciones sociales de una comunidad, y en este sentido son creación de la misma. Su autoridad deriva de la misma comunidad, coincidiendo así el origen de su contenido y el de su eficacia jurídica. Los principios generales reciben su fuerza jurídica de la misma comunidad jurídica, expresando del modo más directo su idea de vida. De ahí que tengan una significación primera entre las fuentes jurídicas. Implican un conjunto normativo no formulado, o sea aquel impuesto por la comunidad que no se manifiesta en forma de ley o de costumbre. La evidencia de su realidad y eficacia hace innecesaria su concreción en una regla formulada. También, -para el autor- existen tres tipos de principios generales del

segunda distinción se basa en la idea de que los principios en sentido estricto recogen valores superiores o fundamentales de un ordenamiento jurídico, mientras que las directrices o normas programáticas son aquellos principios que obligan a perseguir determinados fines o intereses. Así, cabe entender las directrices o normas programáticas –a diferencia de los principios en sentido estricto– como “mandatos de optimización”, en cuanto que las primeras presentan la propiedad o cualidad de poder ser susceptibles de cumplimiento en diferentes grados”. *Ibídem*, pág. 166.

⁴¹⁵ DE CASTRO y BRAVO, Federico, *Derecho Civil de España*, Tomo I, Civitas, Madrid, págs. 404 y ss.

⁴¹⁶ GORDILLO CAÑAS, Antonio, *Ley, principios generales y Constitución...* cit., págs. 84 y ss.

⁴¹⁷ DE CASTRO, Federico, *Derecho Civil...* cit., pág. 404.

⁴¹⁸ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis, *El principio de libre desarrollo de la personalidad en el ámbito privado*, Thomson Reuters, Pamplona, 2010, pág. 27.

Derecho. Los principios de Derecho Natural, los principios tradicionales y los principios políticos. Pues bien, dentro de los segundos incluye lo que denomina “primacía de la dignidad humana”. En cualquier caso, la Constitución no contradice la existencia de los principios generales del Derecho, como fuentes-normas jurídicas, contemplados en el art. 1 Cc. El principio de libre desarrollo de la personalidad es un principio general del Derecho y un principio constitucional⁴¹⁹.

La consideración del principio de libre desarrollo de la personalidad como principio general constitucional le atribuye una eficacia jurídica que absorbe la eficacia derivada del art. 1 Cc, ya que se fundamenta en la contemplación de la Constitución como auténtica norma jurídica, con eficacia directa. El sistema de eficacia directa significa que los jueces y, en general todos los llamados a aplicar el Derecho, habrán de tomar el principio de libre desarrollo de la personalidad como una premisa de su decisión, igual que cualquier otra norma, con las siguientes consecuencias⁴²⁰: a) dado que la Constitución es norma superior, los principios general del derecho habrán de examinar con ella todas las leyes y cualesquiera normas para comprobar si son o no conformes con el principio de libre desarrollo de la personalidad; b) habrán de aplicar el principio para extraer del mismo la solución del litigio o, en general, para tipificar de un modo u otro una situación jurídica; c) habrán de interpretar todo el ordenamiento jurídico conforme a la Constitución.

Desde este punto de vista, creo que puede afirmarse que el art. 10 CE tiene en sí los fundamentos básicos de la vida y ostenta una cierta primacía interpretativa, a pesar de que todos los preceptos de la Constitución tienen el mismo rango formal. El principio constitucional de la dignidad humana cumplirá una función de puente entre las convicciones sociales más fundamentales y la Ley ordinaria que debe recogerlas y consagrarlas en términos de normatividad vinculante.

El principio de libre desarrollo de la personalidad se concebiría como aquel principio anterior a la ley cuyo contenido es básico y necesario para ésta. Como señala

⁴¹⁹ DE CASTRO, Federico, *Derecho Civil...* cit., pág. 416.

⁴²⁰ DE OTTO y PARDO, Ignacio, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*. 4ª Edición, Ariel Derecho, Barcelona, 1995, pág. 85.

GORDILLO⁴²¹, con la Constitución el principio de libre desarrollo de la personalidad se convierte en un principio constitucional, de rango superior a la Ley y con vocación de cambio del ordenamiento jurídico. La norma suprema del ordenamiento jurídico recoge la convicción social de que la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad se hallan en el vértice del ordenamiento y constituye, no sólo un principio informador, sino que las normas jurídicas habrán de aplicarse e interpretarse de acuerdo con el mismo⁴²².

Por último, un mecanismo para amparar el principio de libre desarrollo de la personalidad es a través del reconocimiento de derechos subjetivos. Las personas se convierten así, en titulares de ámbitos de poder, se revisten de un conjunto de facultades, acciones, posibilidades de actuar, en suma, con cuyo ejercicio hacen valer sus intereses, satisfacen sus necesidades, aseguran, en definitiva, el libre desarrollo de su personalidad.

3.4. Tribunal Constitucional y principio de libre desarrollo de la personalidad

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, según LATORRE⁴²³, no ha invocado con frecuencia el principio de libre desarrollo de la personalidad. En primer lugar, porque hay una cuestión procesal⁴²⁴. El recurso de amparo sólo se admite por la violación de

⁴²¹ GORDILLO, Antonio, *Ley, principios generales y Constitución...* cit., pág. 63.

⁴²² Según ROBLES, dignidad de la persona y libre desarrollo de la personalidad están en íntima conexión. No se puede entender la dignidad de la persona sin el libre desarrollo de la personalidad. La dignidad de la persona se manifestaría, en el aspecto dinámico, en la libertad de acción y de pensamiento que conlleva el libre desarrollo de la personalidad: “El “ser” persona, en ese sentido moral, se concreta en la “personalidad”, que no es sino la configuración concreta que la persona va adquiriendo a lo largo de su vida. La personalidad es aquí también un concepto moral, y no jurídico, puesto que se refiere a todas las diversas modalidades de acción y de pensamiento que la persona hace suyas y que constituyen la manifestación de su existencia, de su ser en el mundo como individualidad personal. La personalidad es algo que no se da de una vez por todas, como sucede en la persona, sino que se produce en desarrollo. Es una realidad sometida a continua revisión y decisión del ser humano. De ahí que la decisión sea su condición necesaria”. ROBLES, “El libre desarrollo...” cit., pág. 48.

⁴²³ LATORRE SEGURA, Ángel, “El derecho al libre desarrollo de la personalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional” en *El libre desarrollo de la personalidad. Artículo 10 de la Constitución* (coord. GARCÍA SAN MIGUEL, Luis), Universidad de Alcalá, Servicio de Publicaciones, 1995, pág. 79.

⁴²⁴ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis, *El Principio...* cit., pág. 41.

los derechos reconocidos en los artículos 14 a 29 de la Constitución y del derecho a la objeción de conciencia consagrado en el art. 30 CE. El recurso de amparo no puede basarse directamente en la lesión de este principio, aunque ello no empece para que pueda servir de criterio de interpretación de los derechos públicos y libertades públicas en general⁴²⁵. En segundo lugar, el Tribunal Constitucional prefiere la aplicación de normas concretas a principios generales⁴²⁶. En tercer lugar, también según LATORRE, a la hora de buscar el consenso entre los miembros que forman una Sala o un Pleno, el debate es más eficaz cuando se razona sobre textos concretos que cuando se invocan principios generales, abiertos siempre a una mayor diversidad de apreciaciones⁴²⁷.

Un ejemplo jurisprudencial en el que se invoca el referenciado principio más allá de la STC 53/1985, de 11 de abril y de la STC 120/1990, de 27 de junio, en las que haremos especial hincapié en el siguiente apartado, es la STC 215/1994, de 14 de julio⁴²⁸, que consideró constitucional la despenalización de la esterilización de incapacitados, con autorización judicial, afirmando que el ejercicio de la sexualidad (como la libertad de procreación) “deriva del libre desarrollo de la personalidad proclamado en el art. 10.1 de la Constitución”.

En el ámbito privado destaca la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de uniones de hecho, donde es constante la vinculación del principio de libre desarrollo de la personalidad con la libertad de opción entre el estado de casado o de soltero. Según la STC 156/1987⁴²⁹, de 11 de febrero, “la libertad de opción entre el estado civil de casado o de soltero es uno de los derechos fundamentales más íntimamente vinculados al libre desarrollo de la personalidad, considerado por la Constitución fundamento del orden político y de la paz social (art. 10.1 de la Constitución) (...), de tal modo que el Estado

⁴²⁵ Aunque hay otras vías que hubiera podido utilizar el Tribunal Constitucional para la defensa de los derechos individuales: el recurso directo de inconstitucionalidad y la cuestión de inconstitucionalidad. En estos tipos de procesos son aplicables e invocables todos los preceptos constitucionales, incluido el art. 10 CE.

⁴²⁶ LATORRE, “El derecho al libre desarrollo...” cit., pág. 81.

⁴²⁷ *Ibidem*, págs. 81 y ss. Según LATORRE hay más referencias explícitas del Tribunal Constitucional a la dignidad humana al que está íntimamente ligado el libre desarrollo de la personalidad.

⁴²⁸ EDJ 1994/10563.

⁴²⁹ EZQUERRA UBERO, José Javier y LÁZARO GONZÁLEZ, Isabel Eugenia, “Las parejas de hecho...” cit., pág. 30.

no puede imponer un determinado estado civil”. Esta sentencia es un ejemplo más de la autonomía de la voluntad del individuo y no injerencia de los poderes públicos como elemento coercitivo del desarrollo y ejercicio de la autonomía individual.

3.5. El libre desarrollo de la personalidad: concepto, contenido, alcance y límites

El art. 10 CE declara: *la dignidad de la persona humana, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento de orden político y de la paz social*. Establece como fundamento de las relaciones humanas, la dignidad de la persona y los derechos que le son inherentes, como inviolables. El derecho del art. 10.1 CE es, en todo caso, un derecho de principios. Los principios de dignidad de la persona y libre desarrollo de la personalidad tienen acceso al recurso de amparo constitucional en relación con el derecho fundamental enunciado en el art. 24.1 CE (STC 244/2007, de 10 de diciembre, FJ 2)⁴³⁰.

La definición no la encontramos en un texto normativo, sino que es la doctrina jurisprudencial y la doctrina científica que nos aproximarán a su contenido. Primeramente, nos detendremos en su análisis jurisprudencial. La primera sentencia que se pronuncia sobre la cuestión es la STC 53/85, de 11 de abril, sobre la ley del aborto⁴³¹. La STC define la dignidad de la persona como valor moral y como valor jurídico con esas palabras: “(...) la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás (...)”; y sigue: “(...) Junto al valor de la vida humana y sustancialmente relacionado con la dimensión moral de ésta, nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona (...) (FJ 8)”. Puede afirmarse que la dignidad humana es un valor espiritual y moral elevado a valor jurídico fundamental por la Constitución⁴³². Y de ese valor moral elevado a jurídico, se deducen, como

⁴³⁰ EDJ 2009/143192.

⁴³¹ La sentencia es consecuencia de un recurso inconstitucionalidad sobre la ley de parcial despenalización del aborto.

⁴³² Manifestar una orientación sexual distinta a la presumida por el sexo que corresponde al nacer, incluso la posibilidad de cambiar de sexo modificando los caracteres morfológicos de un sexo por los del otro, y

consecuencia, los derechos humanos fundamentales: “indisolublemente relacionado con el derecho a la vida en su dimensión humana se encuentra el valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona (...) germen o núcleo de unos derechos que le son inherentes. La relevancia y la significación superior de uno y otro valor y de los derechos que los encarnan se manifiesta en su colocación misma en el texto constitucional (...), lo que muestra que dentro del sistema constitucional son considerados como el punto de arranque (...) para la existencia y especificación de los demás derechos” (FJ 3).

El Tribunal Constitucional ha establecido una estrecha vinculación entre el derecho a la vida y la dignidad de la persona –valor reconocido en el art. 10 CE–. Nuevamente la STC 53/85 establece que “dicho derecho a la vida, reconocido y garantizado en su doble significación física y moral por el art. 15 CE, es la proyección de un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional –la vida humana– y constituye el derecho fundamental esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible”. E insolublemente relacionado con el derecho a la vida en su dimensión humana se encuentra el valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona, reconocido en el art. 10 CE como núcleo de unos derechos “que le son inherentes”⁴³³. Además, el alto Tribunal en la misma sentencia ha referenciado la conexión de la dignidad de la persona con otros preceptos también de la norma suprema del ordenamiento jurídico. En este sentido véanse los arts. 15, 16 y 18 de la CE: “junto al valor de la vida humana y sustancialmente relacionado con la dimensión moral de ésta, nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10) y los derechos a la integridad física y moral (art. 15), a la libertad de ideas y creencias (art. 16), al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1). Por tanto, la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia

que sea reconocido jurídicamente, tiende a interpretarse como un derecho que se asentaría dentro de los derechos fundamentales a la vida y a la salud, como consecuencia de la dignidad humana. LÓPEZ-GALIACHO PERONA, Javier, “El nuevo derecho a la identidad sexual” en *La problemática jurídica de la transexualidad*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, págs. 97 y ss.

⁴³³ STC 53/85, de 11 de abril.

vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás”⁴³⁴. Por lo que “proyectada sobre los derechos individuales, la regla del art. 10.1 CE implica que, en cuanto valor espiritual y moral inherente a la persona (STC 53/1985, FJ 8), la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que, sean unas u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales, no conlleven menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona”⁴³⁵. La regla del art. 10.1 CE reflejada sobre los derechos individuales implica que la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre. En este sentido, “la dignidad de la persona, como fundamento del orden político y la paz social (art. 10.1 CE), obliga a reconocer a cualquier persona, independientemente de la situación en que se encuentre, aquellos derechos o contenidos de los mismos imprescindibles para garantizarla, erigiéndose así la dignidad en un mínimo invulnerable que por imperativo constitucional se impone a todos los poderes, incluso el legislador”⁴³⁶. En la STC 120/1990, se alternan también ambas consideraciones de la dignidad de la persona y la moral cuando establece: “proyectada sobre los derechos individuales, la regla del art. 10 implica que, en cuanto <valor espiritual y moral inherente a la persona>, la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre, (...) constituyendo, en consecuencia, un *mínimum* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que, sean unas u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales, no conlleven menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona”⁴³⁷. Igualmente la STC 57/1994⁴³⁸: “(...) los arts. 15 y 18.1 son proyección de la dignidad de la persona que como valor jurídico fundamental consagra el art. 10.1”.

⁴³⁴ *Ibídem*.

⁴³⁵ STC 120/1990, de 27 de junio, EDJ 1990/6901.

⁴³⁶ STC 11/1981, de 8 de abril. La sentencia aborda el tema de la huelga de hambre de carácter reivindicativo de presos terroristas.

⁴³⁷ STC 120/1990, de 27 de junio, FJ 4.

⁴³⁸ STC 57/1994, de 28 de febrero.

De la doctrina jurisprudencial destacamos que los elementos característicos de la dignidad de la persona humana consisten⁴³⁹:

- En un valor espiritual y moral inherente a la misma.
- En un valor jurídico fundamental de la vida humana.
- En la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida como manifestación singular de la dignidad de la persona.
- En que es un mínimo invulnerable que ha de permanecer inalterado, salvo limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales.

La STS 02.07.1987⁴⁴⁰, define la personalidad como “lo más propio de cada ser humano, aquello que le caracteriza como un ser único, individuo irrepetible, distinto a todos los demás seres humanos. La personalidad es lo que caracteriza a cada uno de nosotros, que nos vamos definiendo y haciéndonos a través de la vida. Una de las cualidades de la personalidad es el sexo, es decir, sentirme hombre o mujer, desarrollar la propia personalidad, masculinidad o femineidad, ser yo mismo. Por ello, entendemos que se conculca abiertamente el artículo 10 de la Constitución española, si no se me permite ser y manifestarme como me siento, si todo mi sentir y toda mi apariencia es de mujer y sin embargo mi tarjeta de identidad, mi pasaporte, manifiesta a todos que soy varón. Esta falta de reconocimiento de mi propio sexo aunque el mismo hubiere evolucionado y no fuera así originariamente, estaría impidiendo a todas luces el libre desarrollo de mi personalidad”.

Con el objeto de profundizar en el concepto del principio de libre desarrollo de la personalidad, tenemos que hacer explícita mención a la libertad y autonomía de la persona. Ambas se funden en la expresión “autodeterminación consciente y responsable de la propia vida”⁴⁴¹. Por tanto, entendemos que se convierten en el “libre desarrollo de

⁴³⁹ ENRIQUE MORA, José, *La dignidad de la persona humana en la jurisprudencia constitucional...* cit., págs. 33 y ss.

⁴⁴⁰ JUR 1987/5313.

⁴⁴¹ Como así manifiesta la reiterada STC 53/1985, de 11 de abril.

la personalidad”, del art. 10 CE, que supone, a su vez, el reconocimiento de la total autodisponibilidad de cada ser humano, sin interferencias o impedimentos externos de su propia libertad y autonomía para decidir.

Las Declaraciones Internacionales de Derechos Humanos ponen énfasis en la dignidad personal. Esto es, en el concepto mismo de persona humana, el origen, la razón de ser y los derechos humanos como se desprende en los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos, y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 19.12.1966, de los que destacamos: “(...) *la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana. Reconociendo que estos derechos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana*”.

Estas declaraciones tienen plena trascendencia jurídica en España, ya que de acuerdo con el art. 10.2 CE en materia de derechos fundamentales “hay que interpretar la Constitución de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre la materia ratificados por España”⁴⁴². Desde esta perspectiva podemos afirmar que el valor y la dignidad de la persona son lo que fundamenta los derechos humanos. Sólo son posibles si se considera que la naturaleza esencial del hombre como persona es la fuente inmutable de la dignidad.

Simultáneamente, de las sentencias referenciadas vislumbramos que “conciencia” y “libertad” son dos pilares sobre los que se sostiene la dignidad de la persona, en tanto que el hombre se siente libre, el hombre es persona. De esta perspectiva “la moral como norma directiva de nuestras conductas no es más que el conjunto de imperativos categóricos derivados de esa percepción. Es una deducción de este triángulo: conciencia, libertad y dignidad de la persona como ideal a perseguir incondicionalmente”⁴⁴³. Los derechos fundamentales consagrados como derechos autónomos en los arts. 15 (integridad moral y física), 18.1, 20 y 22 CE, tienen su fundamento en la libertad de conciencia del art. 16 apartados 1 y 2 de la norma suprema

⁴⁴² Sentencias del TC, de 15.10.1982 (JUR 1982/0062) y 22.12.1982 (JUR 1988/0265).

⁴⁴³ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, Dionisio, “Libertad de conciencia, identidad sexual y moral pública”, en *Estudios Jurídicos sobre persona y familia* (coord. ARECES PIÑOL, Maria Teresa), Comares, Granada, 2009, pág. 6.

del ordenamiento jurídico, y en las libertades correspondientes que forman parte de su contenido sexual. Por esto, podemos afirmar que tanto el derecho a la libertad de conciencia como el derecho a la vida son los dos pilares sobre los que se asienta la dignidad de la persona y consecuentemente todos los demás derechos fundamentales.

Otro elemento integrador del principio de libre desarrollo de la personalidad es la “conciencia” de la persona humana. Concepto que define LLAMAZARES FERNÁNDEZ⁴⁴⁴ en los siguientes términos: “la conciencia es la facultad de percepción del propio sujeto, de sus propias posibilidades y límites para decidir libremente entre las distintas alternativas posibles a los estímulos externos para acercarse al ideal de la persona, de sí mismo como centro de imputación de lo que hace o ha hecho y de referencia de lo que le acontece o ha acontecido, de lo que debe hacer o no hacer en el marco de sus posibilidades y sus límites, aceptándose tal como es para sentirse feliz. Por tanto, de la definición se extrae que uno es dueño de sí mismo, de su interioridad (espíritu) y de su exterioridad (cuerpo)”. De ahí que la libertad de formación de la propia conciencia se manifiesta como facultad y como resultado del ejercicio de la libertad de elección de la persona. No obstante, el contenido del concepto va más allá de lo hasta ahora referido pues el individuo no sólo es dueño de su interioridad –capacidad de decidir sobre sí mismo– sino también de su corporeidad –como instrumento de expresión de su halo interno–. La libertad de la persona no es infinita sino que está sujeta a unos límites que impone la ambigüedad del propio cuerpo que en ocasiones puede no ser capaz de expresar su vivencia interior, y en otras expresa vivencias en contra de su voluntad⁴⁴⁵.

La dualidad cuerpo / espíritu forma parte de nuestra identidad personal, e implica que la persona puede actuar libremente de acuerdo con lo que le marca y / o guía su conciencia, de acuerdo con sus convicciones, con un límite: los otros. Por tanto, la conciencia y la libertad de expresión (o manifestación) de ésta son el símbolo y la demostración de la identidad personal del sujeto.

⁴⁴⁴ *Ibidem*, págs. 10 a 11.

⁴⁴⁵ El poder de disposición sobre el propio cuerpo como instrumento de expresión de las vivencias interiores no es ilimitado.

Las convicciones son el resultado de la autopercepción como ser único y singular que se refiere a lo que cada uno hace. Cada persona es libre para optar entre las distintas alternativas posibles como reacciones a los estímulos externos y en ella radica la dignidad humana. De esta afirmación extraemos tres conclusiones. Primera, sólo las convicciones con las que entra en contradicción el mandato legal pueden llegar a ser reconocidas por la propia ley como fundamento de liberación con respeto a esta obligación⁴⁴⁶. Segunda, este derecho tiene un límite, el orden público. Tercero, el individuo tiene derecho a formar y desarrollar su propia conciencia.

La identidad personal es una realidad objetiva vista como los otros y uno mismo se ven. Está integrada por derechos tales como la intimidad, la propia imagen o el honor, derecho sobre la propia capacidad y autodisposición, derecho al propio cuerpo como instrumento de manifestación, de comunicación con los otros. En definitiva, de autorrealización y autoestima⁴⁴⁷. Ahora bien, un individuo no siempre se siente como expresa su corporeidad, siendo preciso reconocer el derecho a poder modificarlo dado que la persona se siente y es más libre cuando es dueña de su imagen, por lo que es habitual que una persona transexual desee ser operada para adaptar su corporeidad a su conciencia e identidad personal en aras de su autorrealización y satisfacción personales. Cuando nos referimos a la corporeidad de una persona estamos incluyendo su apariencia sexual y sus órganos sexuales, que también forman parte de la identidad personal.

La sexualidad, entendida aquí como manifestación física del sexo, es sin duda parte integrante de la identidad personal⁴⁴⁸; y nos preguntamos: ¿forma también parte de esa identidad personal el sentirse hombre o mujer o sentir atracción por personas del mismo sexo cuando los órganos sexuales están en contradicción con tales vivencias? Todo apunta a que sí, más teniendo en cuenta lo explicado sobre la relación entre intimidad

⁴⁴⁶ Contiene la libertad para formar libremente la conciencia como consecuencia de la libertad radical del desarrollo de la personalidad ya desde un primer momento, y la libertad para mantener, abandonar o modificar las propias convicciones sin presión alguna del exterior.

⁴⁴⁷ En estas facultades se encuentra el fundamento de algunos derechos autónomos en el art. 15 CE (integridad física y moral), art. 18 CE (intimidad, imagen y honor). Los derechos del art. 15 CE son la prolongación del derecho sobre el propio cuerpo como instrumento de expresión de realización de la personalidad que es contenido del derecho de libertad de conciencia.

⁴⁴⁸ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, Dionisio, "Derecho de la libertad de conciencia" en *II Libertad de conciencia, identidad personal y solidaridad*, 3ª ed., Thomson – Civitas, Madrid, 2007, págs. 434 y ss.

(vivencias internas) e imagen externa (corporeidad como mecanismo de expresión y realización de la persona). El cuerpo resulta ser expresión e instrumento para la realización de las vivencias internas y, simultáneamente, es el vehículo para la realización de estas vivencias, de manera que debe incardinarse la actitud del Derecho al servicio del libre desarrollo y pleno de la personalidad humana.

En esta línea, el Tribunal Supremo califica como fundamental el derecho al “libre desarrollo de la personalidad”, que incluye los cambios físicos de la corporeidad para la correspondiente acomodación entre lo que se muestra y lo que se siente. También apuesta por la prevalencia, en caso de discordancia, del espíritu sobre el cuerpo, la vivencia íntima sobre la apariencia orgánica externa⁴⁴⁹.

La transexualidad y cualquier diferencia de trato basada en ella afectan negativamente y de forma directa a la “dignidad de la persona”. Es un tema que concierne a la persona. Como dice el TEDH “la dignidad de la persona y la libertad del hombre son la esencia misma del Convenio (de derechos humanos) (...) en el que la noción de autonomía personal refleja un principio importante que subyace en la interpretación de las garantías de dicha disposición; la esfera personal de cada individuo está protegida, incluido el derecho de cada uno a establecer los detalles de su identidad personal de ser humano”⁴⁵⁰, por tanto, también de su identidad sexual como expresión de su identidad personal.

El principio de libre desarrollo de la personalidad es defendido por diversas leyes y convenios, tanto a nivel español como internacional⁴⁵¹. El respeto y protección de la dignidad humana lo encontramos en la Constitución Española (art. 10), en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina o Convenio de Bioética del Consejo de

⁴⁴⁹ STS 15.07.1988, RJ 1988/5722.

⁴⁵⁰ STEDH de 11.07.2002, TEDH 2002/45.

⁴⁵¹ BARRIL VICENTE, Rafael, “Aspectos legales del transexualismo. Asistencia sanitaria”, *Transexualidad. La búsqueda de una identidad* (coord. Becerra-Fernández, Antonio), Díaz de Santos, Madrid, 2003, pág. 97.

Europa de 1997 (art. 1)⁴⁵², en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) del Parlamento Europeo del año 2000 (art. 1)⁴⁵³ y en la Ley General de Sanidad de 1986 (art. 10.1)⁴⁵⁴. Respecto la profesión médica, el Código de Ética y Deontología Médica -LO 7/1984, de 5 de julio-, también se refiere al respeto a la vida humana y a la dignidad de la persona y el cuidado de la salud del individuo y de la comunidad (art. 4.1)⁴⁵⁵.

A continuación, nos referiremos al significado de libre desarrollo de la personalidad desde la doctrina científica. Por un lado, “el libre desarrollo de la personalidad” no opera en un ámbito específico, sino que ampara una conducta determinada ya que establece una protección genérica, por la cual se aplica en principio a toda conducta, lo que lo dota de gran fuerza expansiva y por otro lado, en cuanto que la ley y los derechos de los demás constituyen limitaciones al mismo⁴⁵⁶.

ESPINAR considera que las palabras “personalidad” y “libertad” no conllevan una acepción única sino una pluralidad de significaciones que pueden dar lugar a conceptos bien distintos. Entiende que pueden darse por buenas distintas concepciones de la expresión “libre desarrollo de la personalidad”. La primera entendería el libre desarrollo de la personalidad como la “facultad natural de la que gozan los hombres para actuar, de acuerdo con su peculiar modo de ser, al objeto de acrecentar, o simplemente llevar a la práctica, sus cualidades diferenciales de orden físico, intelectual o moral”. La segunda lo definiría como la “facultad natural de que gozan los hombres para realizar sin obstáculos, las acciones u omisiones que le permitan expresar; y aumentar progresivamente, aquellas cualidades de capacidad, disposición, virtudes y prudencia

⁴⁵² Convenio para la Protección de los Derechos Fundamentales y de las Libertades Fundamentales de 04.11.1950, promovido por el Consejo de Europa (BOE, nº. 243, de 10.10.1979), arts. 8 y 12.

⁴⁵³ De 07.12.2000.

⁴⁵⁴ Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (BOE nº. 102, de 29.04.1986).

⁴⁵⁵ HERRANZ RODRÍGUEZ, Gonzalo, *Comentarios al Código de Ética y Deontología médica*, Capítulo IV, Universidad de Navarra, Pamplona, 1992.

⁴⁵⁶ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis, *El principio de libre desarrollo de la personalidad en el ámbito privado*, Thomson Reuters, Pamplona, 2010, pág. 17.

que deben distinguir a la persona”. Por tanto, hablar de libre desarrollo de la personalidad implica requiere hacer una mención a la “dignidad de la persona”⁴⁵⁷.

Según ROBLES, “dignidad de la persona” quiere decir que ésta tiene valor en sí misma, independientemente de cualquier circunstancia o cualidad interna o externa. Por tanto, independientemente de su raza, credo, ideología, sexo, clase social, nacionalidad, entre otras. También independientemente de su conducta. Para el autor “la idea de la dignidad humana es la traducción al lenguaje secularizado de la idea cristiana de que todos los hombres, independientemente de cualquier condición o circunstancia, son hijos de Dios. Con el cristianismo el hombre adquiere el máximo valor posible. Al ser hecho a imagen y semejanza de Dios y al estar destinado por Él a la eterna bienaventuranza, se sitúa por encima de cualquier voluntad humana. El ser humano deja de ser un medio para transformarse en un fin en sí mismo. Esto es precisamente lo que significa “dignidad”: cualidad de ser fin en sí mismo, no susceptible de rebajarse a la categoría de medio bajo ninguna circunstancia, ni siquiera de carácter excepcional”⁴⁵⁸. Por su parte, DE

⁴⁵⁷ ESPINAR VICENTE, José Maria, “Consideraciones en torno al libre desarrollo de la personalidad desde un planteamiento social” en *El libre desarrollo de la personalidad. Artículo 10 de la Constitución* (coord. GARCÍA SAN MIGUEL, Luis), Dialnet, ISBN 978-84-8138-085-9, 1995, pág. 63. También, según ESPINAR VICENTE, “en nuestro Diccionario ideológico se entiende por “personalidad” tanto la “diferencia individual que constituye a cada persona y la distingue de otra”, como el “conjunto de cualidades que constituyen a la persona o supuesto inteligente”. La primera significación se corresponde con la noción de “individuo de la especie humana” y la segunda con la de “capacidad, disposición y prudencia” o “supuesto inteligente”, expresiones con las que el Diccionario de la Real Academia define la palabra “persona”. Por su parte, “libre” es tanto el “que tiene facultad para obrar o no obrar”, como que se halla “exento, privilegiado, dispensado”; lo que en términos de la palabra “libertad” se correspondería a su vez, con la “facultad natural que tiene el hombre a obrar de una manera u otra y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos”; bien sea en el contexto de su “falta de sujeción y subordinación” o bien en el de la “facultad que se disfruta en las naciones bien gobernadas, de hacer y decir cuánto no se oponga a las leyes ni a las buenas costumbres”. Finalmente, “desarrollo” como noción y efecto de desarrollar, equivale básicamente, a dar incremento a una cosa de orden físico, intelectual o moral”. MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis, *El Principio...* cit., pág. 17, nota 13.

⁴⁵⁸ ROBLES, “El libre desarrollo...” cit., pág. 46. También, según el mismo autor, “la dignidad de la persona excluye toda consideración utilitarista de la misma, esto es, la concepción que aceptaría verla, no como un fin en sí misma, sino como un posible medio para satisfacer cualesquiera fines ajenos o propios. La dignidad del ser humano se manifiesta en su intangibilidad o indisponibilidad. Que la dignidad es intangible, quiere decir que no puede aceptarse nada que la afecte en su integridad, siendo tarea de los poderes públicos (aunque no sólo de ellos) el protegerla. La indisponibilidad se refiere a que nadie puede

CASTRO definió el concepto “dignidad de la persona”, explicitando el significado institucional de la persona, como ser con propios fines, que el Derecho tiene que respetar y debe proteger. Ello determina que, en nuestra regulación jurídica, todo hombre tenga capacidad jurídica y capacidad de obrar. Además, añade que marca el alcance de las reglas sobre el patrimonio, autonomía y ejercicio de los derechos, explica los derechos de la personalidad y justifica el deber general de respeto a la persona⁴⁵⁹. Dignidad de la persona que, como valor constitucional, según DOMÍNGUEZ RODRIGO⁴⁶⁰, implica una exigencia positiva inmediata, el mantenimiento en todo tipo de relación jurídica de ese rango de la dignidad humana, sin ser admisible ninguna suerte de degradación de la misma. La dignidad de la persona expresa, junto con lo anterior, la idea de que se es dueño del propio proyecto de vida, esto es, del libre desarrollo de la personalidad. Como señala ROBLES⁴⁶¹, puede hablarse de algo similar si nos referimos a la autonomía del individuo o de autodeterminación del individuo. Según el autor la libertad constituye la esencia de la personalidad moral, no pudiéndose construir ésta sino desde la libre elección. Pero al ser el concepto de personalidad un concepto moral, la libertad que es su punto de partida no podrá tener cualquier contenido sino sólo aquellos que efectivamente conduzcan al desarrollo de la personalidad moral que el ser humano, como libre sujeto agente, se propone⁴⁶².

En definitiva, el libre desarrollo de la personalidad establece un proyecto de libertad individual de carácter general. Es el individuo el que tiene el derecho a decidir libremente su proyecto vital, así como a cambiarlo cuantas veces quiera, e incluso a no tenerlo propiamente. Es lo que la doctrina alemana denomina una “libertad general de

disponer del valor dignidad, ni siquiera el propio sujeto, por ejemplo, vendiéndose como esclavo, o renunciando a los derechos que le son inherentes como persona”. *Ibidem*, pág. 47.

⁴⁵⁹ DE CASTRO y BRAVO, Federico, *Derecho civil de España*, Tomo II, Civitas, Madrid, 1984, pág. 32.

⁴⁶⁰ DOMÍNGUEZ RODRIGO, Luis Maria, “Los derechos procreativos como expresión del derecho al libre desarrollo de la personalidad...” cit., pág. 352.

⁴⁶¹ ROBLES, “El libre desarrollo...” cit., pág. 49.

⁴⁶² El libre desarrollo de la personalidad aporta una concepción dinámica del hombre, en la que se afirma la libertad psicológica o autogobierno y se reconoce en dicha cualidad una entidad jurídica creadora y modificadora. La personalidad se desenvuelve libre a través de los actos, relaciones y negocios jurídicos de la persona-sujeto, y, en definitiva, a través de todo el actuar o no actuar humanos. RAMOS CHAPARRO, Enrique, *La persona y su capacidad civil*, Tecnos, Madrid, 1995, pág. 152.

acción”⁴⁶³. Este concepto, según ROBLES, es el contenido propio del libre desarrollo de la personalidad. Pone de relieve el mismo autor que la cuestión es determinar qué se entiende por “libertad”. Para él, el libre desarrollo de la personalidad implica una libertad general de acción para la formación de la propia personalidad, entendiendo este concepto como un concepto espiritual o moral: “la Constitución reconoce al individuo una libertad general de acción para que éste desarrolle su personalidad. La libertad, así entendida, no es un concepto vacío de valor, sino muy al contrario, constituye la condición de la realización de los valores en la vida del individuo. Así, pues, el libre desarrollo de la personalidad será la libertad general de acción que corresponde al individuo en cuanto que éste tiene el deber de formar su propia personalidad moral”. El principio está presente donde se desenvuelva la vida de la persona, aplicable a cualquier actuación humana, a la vida misma del sujeto como ser libre que es, sin tener un contenido normativo propio. Cualquier actividad humana, sea en el campo que sea, está bajo la protección del libre desarrollo de la personalidad⁴⁶⁴.

Como hemos explicado, a veces, en vez de libre desarrollo de la personalidad se habla de “autonomía” y de “autodeterminación” y “libre opción”⁴⁶⁵. Aunque estos conceptos presentan diferencias de matiz entre sí, en definitiva confluyen en la idea del “libre desarrollo de la personalidad” como libertad general de la persona de elegir los medios para alcanzar sus fines⁴⁶⁶.

Para concluir, en el derecho alemán, la dignidad de la persona y libre desarrollo de la personalidad hunden sus raíces en lo que LARENZ⁴⁶⁷ denomina personalismo ético, como fundamento del Código civil alemán. Concretamente señala que esta consideración que el Código civil hace del ser humano como “persona” nacida, por así decirlo, se hace comprensible, junto con todas las consecuencias que de ello se derivan,

⁴⁶³ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis, *El Principio del libre... cit.*, pág. 21.

⁴⁶⁴ ROBLES, “El libre desarrollo...” cit., págs. 49 a 50.

⁴⁶⁵ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis, *El Principio del libre... cit.*, pág. 22.

⁴⁶⁶ También es razonable afirmar que este principio se predica sólo de las personas naturales ya que las personas jurídicas se rigen por sus propios estatutos y sólo pueden desarrollar el objeto social que ellos determinan.

⁴⁶⁷ LARENZ, Karl, *Derecho civil. Parte general*, traducción de IZQUIERDO, Miguel; PICAVEA, Macías, Editorial de Derecho Reunidas, S.A., Madrid, 1978, pág. 44.

solamente sobre el fondo de una comprensión del hombre según la cual la condición de persona es la cualidad que distingue al hombre sobre todos los demás seres vivientes. Con ello, se considera que el hombre, de acuerdo con su peculiar naturaleza y su destino, está constituido para proponerse el objetivo de configurar libre y responsablemente su existencia, en el marco de las posibilidades existentes en cada caso y con las autolimitaciones que él mismo se imponga. Esta comprensión hunde sus raíces tanto en la religión cristiana como en la filosofía. Aunque estas disciplinas no agotan todo posible planteamiento, ya que tiene una importancia fundamental la propia experiencia vital de cada persona. Dicha comprensión del hombre ha hallado una expresión duradera en el personalismo ético de KANT, que ha influido en el mundo ideológico de los creadores del Código civil de forma semejante a cómo la doctrina del Derecho natural del siglo XVIII influyó en los autores del Código General Prusiano y del Código civil austríaco. El personalismo ético atribuye al hombre, precisamente porque es “persona” en sentido ético, un valor en sí mismo –no simplemente como medio para los fines de otros– y, en este sentido, “una dignidad”.

El principio no es ilimitado sino que, todo lo contrario, está limitado por el orden público. El art. 3.1 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa⁴⁶⁸ (LOLR) establece: *el ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática*. La moral pública está definida por la STC 62/1982, de 17 de noviembre⁴⁶⁹, como “el mínimo común ético, de una sociedad determinada acogido por el derecho”. La sentencia reitera que no es inmutable ni universal, sino que puede cambiar como consecuencia del paso del tiempo o puede variar de una sociedad a otra. Puede afirmarse que la moral pública es el conjunto de normas derivadas de los principios y valores supremos de la Constitución, especialmente de la dignidad de la persona humana y de los derechos que le son inherentes y que se han asumido por todos como valores colectivos y en los que se incluye el triple compromiso: respeto, defensa y promoción de los valores comunes

⁴⁶⁸ LO 7/1984, de 5 de julio, BOE del 24 del mismo mes.

⁴⁶⁹ VILLACURTA MANCEBO, Luis, *Principio de igualdad y Estado Social. Apuntes para una relación sistemática*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, Santander, 2006, nota 190.

entre los que procede incluir el derecho a la diferencia, siempre que no entre en contradicción con los valores comunes y respeto de unas reglas procedimentales que permitan superar las posibles situaciones de conflicto.

En el art. 10.1 CE los límites del libre desarrollo de la personalidad son el “respeto a la ley” y “el respeto a los derechos de los demás”. Aunque el art. 10.1 CE no utiliza el término “límite” o “limitación”, es obvio que no se puede considerar “el libre desarrollo de la personalidad” con un carácter ilimitado⁴⁷⁰. Estas dos limitaciones responden al bien común o interés general —el interés particular que está subyaciendo en el libre desarrollo de la personalidad tiene que ceder ante el interés general—. Ninguna de estas dos limitaciones es arbitraria. Manifiestan una de las características más propias de la persona: su sociabilidad, que, desde un punto de vista negativo, implica la necesidad de reglamentar este principio por exigencia de la vida en sociedad. Es precisamente por el hecho de estar el hombre en sociedad que las libertades no pueden ser absolutas sino que deben estar reglamentadas. Es decir, nadie, aduciendo a la autodeterminación de su personalidad, está legitimado para abusar de sus derechos. ¿Son límites internos o externos? Los límites internos se referirán al campo de aplicación del principio. Lo delimitan. En cambio, los límites externos, más que delimitar, establecen barreras para su ejercicio. Actúan desde fuera⁴⁷¹.

El primer límite externo es el respeto a “los derechos de los demás”. Teniendo en cuenta los derechos de los demás la libertad de una persona se ve restringida en relación con la libertad de los otros. Dentro de esta limitación se pueden incluir el abuso del derecho y no causar daño a otro.

“El respeto a la ley” del art. 10.1 CE es el respeto al ordenamiento jurídico, expresión genérica que se refiere al conjunto de normas y resoluciones judiciales que conforman la organización jurídica de la sociedad española. Dentro de este respeto a la ley, se halla el art. 1255 Cc en relación con la autonomía de la voluntad. El libre desarrollo de la personalidad tiene como un límite específico las leyes imperativas. Como señala DÍEZ

⁴⁷⁰ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis, *El Principio del libre... cit.*, pág. 46.

⁴⁷¹ *Ibidem*, págs. 46 a 47.

PICAZO⁴⁷², tales normas quedan siempre sujetas al posible enjuiciamiento de su constitucionalidad. Por tanto, el ordenamiento jurídico constituye una limitación externa del libre desarrollo de la personalidad sin que ello dé autorización al legislador para limitar de cualquier manera esta libertad de elegir que le es reconocida jurídicamente al individuo⁴⁷³.

Como es sabido, el concepto de orden público es un concepto complejo. Para De CASTRO⁴⁷⁴, en el ámbito civil, el significado técnico de “orden público” lo acerca a la consideración de una cláusula general de la ley, como la “diligencia de un buen padre de familia”, la “buena fe”, “el abuso del derecho” y “la equidad”.

Desde el punto de vista de los límites internos⁴⁷⁵, el libre desarrollo de la personalidad se puede entender como un principio absoluto (en el sentido de ilimitado en sí mismo) o no absoluto (en el sentido de limitado en sí mismo). Tener carácter absoluto significa, según SUÁREZ BERRÍO⁴⁷⁶, que este principio no admite más limitaciones que las necesarias para asegurar esa misma libertad de acción a todas las personas, evitando la superposición de autonomías. El carácter absoluto debe entenderse en el sentido de ilimitable, en la medida que respeta el ordenamiento jurídico y los derechos de los demás.

El carácter de “absoluto” es matizable. Presenta las limitaciones externas que ya hemos visto: respeto a los derechos de los demás y respeto a la ley, limitaciones que vienen dadas por exigencia de la vida del hombre en sociedad. La conclusión, en este punto, es que cualquier deber que no tenga que ver con las relaciones de las personas entre sí, sino que únicamente afecte a la esfera individual, está comprendido en el campo de la aplicación del libre desarrollo de la personalidad, en que se incluyen los deberes de tipo moral. Cada persona, sí es autónoma, es soberana en la esfera personal. Los demás no

⁴⁷² DÍEZ PICAZO, Luís, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial...* cit., pág. 155.

⁴⁷³ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis, *El Principio del libre...* cit., pág. 68, nota 113.

⁴⁷⁴ DE CASTRO, Federico, “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad”, *ADC*, 1982-IV, pág. 1021.

⁴⁷⁵ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis, *El Principio del libre...* cit., pág. 68, nota 123.

⁴⁷⁶ Sobre esta cuestión, véase el estudio de SUÁREZ BERRÍO, Andrés Felipe, *Noción de libertad y pensamiento cristiano en Étienne Gilson*, Pamplona, nº 108, 2006.

deben interferir en las decisiones personales, siempre y cuando no afecten a terceros. La persona, con esta concepción, decide sobre lo bueno y lo malo, sobre el sentido de su existencia. Así, por ejemplo, el Estado es incompetente para entrar a valorar la orientación sexual de la persona a no ser en casos excepcionales como sería que reclamara su intervención el propio afectado por ser víctima de discriminación, o que se perjudicaran legítimos derechos de terceros (caso de nulidad de matrimonio por error sobre cualidad personal del otro contrayente consistente en su orientación sexual). Otra consecuencia de adoptar el libre desarrollo de la personalidad como algo absoluto, sin límite interno, es que el Estado no puede interferir en la esfera personal del individuo. La consideración del libre desarrollo de la personalidad como un derecho no absoluto, implica comprender la libertad como una facultad ordenada al perfeccionamiento del hombre. La libertad es “la facultad de autodeterminación que posee el hombre para conseguir sus propios fines naturales. En otras palabras, el dominio que el hombre tiene sobre sí, es un dominio en orden a una finalidad: perfeccionarse a sí mismo”⁴⁷⁷.

Según MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO que a su vez cita a SUÁREZ BERRÍO, resulta claro por qué se concibe el libre desarrollo de la personalidad como algo no absoluto. “La libertad es un medio para lograr los fines naturales que el hombre descubre y hace suyos por el ejercicio de la razón. Estas finalidades naturales son exigencias que se presentan ante la razón del hombre con caracteres evidentes y que son deberes que debe cumplir. Por ejemplo, el deber de conservar la vida deriva de la misma naturaleza humana, como finalidad ínsita a la misma”. Lo anterior tiene una consecuencia: “el Estado no es indiferente ante el individuo. (...). Tampoco propugnamos una intervención asfixiante del Estado en todos los aspectos de la vida de la persona (...). Se trata de brindar las condiciones sociales para que los individuos cooperen con el todo social buscando el bien común, al tiempo que buscan también el bien particular (desarrollo de su personalidad y propio perfeccionamiento) respetando los derechos de los demás y el ordenamiento jurídico en aquella parte que afecta al orden público, y a la libertad de las conciencias”⁴⁷⁸. En relación con el límite interno, la expresión “libre desarrollo de la personalidad” denota la tensión compensada de dos valores: el valor libertad y el valor personalidad. La libertad aquí aludida no es la

⁴⁷⁷ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis, *El Principio del libre...* cit., págs. 124 a 126.

⁴⁷⁸ La Ley Fundamental alemana establece como límite al libre desarrollo de la personalidad la ley moral.

absoluta ausencia de vínculos. La libertad que propugna el ordenamiento jurídico es la libertad en la justicia y en la igualdad. Del mismo modo, la libertad que constituye el gran atributo y derecho de la persona es la libertad en el desarrollo y para el desarrollo de la personalidad. A su vez, la noción personalidad indica mucho más que la mera individualidad humana, señala al sujeto racional y libre, llamado a forjarse a sí mismo su propio destino personal. El libre desarrollo de la personalidad remite, pues, a la integración y planificación de la misma, no a la “libertad de”, sino a la “libertad para”. En conclusión, el libre desarrollo de la personalidad tiene una connotación positiva y otra negativa. El aspecto positivo es que consiste en que la persona puede en principio hacer todo lo que desee en su vida y con su vida. Y el aspecto negativo consisten en que la sociedad civil y el Estado no pueden realizar intromisiones indebidas en la vida de la persona, siempre que éste respete tanto los límites externos como internos⁴⁷⁹.

3.5.1. Derecho a la dignidad humana

El fundamento jurídico 3º y 4º de la STC 53/85⁴⁸⁰ proclama un concepto de “dignidad” íntimamente relacionado con los otros Derechos de la personalidad: “junto al valor de la vida humana y substancialmente relacionado con la dimensión moral de ésta, nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10), y los derechos a la integridad física y moral (art. 15), a la libertad de ideas y creencias (art. 16), al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1)”. Del sentido de estos preceptos puede deducirse que la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida, y que lleva consigo la pretensión del respeto por parte de los demás⁴⁸¹. La dignidad es una noción “con un cuerpo semántico relativamente poco preciso” y, ello, conduce a que las formulaciones doctrinales resulten insatisfactorias⁴⁸².

⁴⁷⁹ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis, *El Principio del libre...* cit., págs. 130 a 132.

⁴⁸⁰ La sentencia recayó en recurso previo de inconstitucionalidad nº 800/1983, contra el Proyecto de Ley que dio nueva redacción al art. 417 bis del Código Penal de descriminalización de tres supuestos del delito de aborto.

⁴⁸¹ TOLDRÀ ROCA, Mª Dolores, *Capacidad natural y capacidad matrimonial...* cit., pág. 167.

⁴⁸² GONZALEZ PÉREZ, Jesús, *La dignidad de la persona*, Civitas, Madrid, 1986, págs. 111 y ss.

La dignidad sería aquella que distinguiera entre los individuos no por su situación o por su conducta objetiva, sino por su identidad misma, personal o de grupo, lo que se ha llamado una “discriminación primaria”: aquella que se presenta precisamente cuando se admite que existe una diferencia previa de valoración de los seres humanos. Así entendido, el principio impondría la interdicción absoluta de un cierto tipo de diferenciación, históricamente orientada a la separación, y no se confundiría, por tanto, con lo que la igualdad constitucional impone en el art. 14 CE⁴⁸³. En la jurisprudencia constitucional no faltan alusiones a este posible modo de ver las cosas (STC 214/1991, de 11 de noviembre, FJ 8⁴⁸⁴ (sobre ofensas al pueblo judío), y STC 147/2002, de 15 de julio, FJ 5 (declaración de incapacidad y derecho a la personalidad jurídica del ser humano)).

La STC 181/2004, de 2 de noviembre, en su FJ 13, establece: “(...) la dignidad de la persona constituye una cualidad ínsita a la misma, que por tanto corresponde a todo ser humano con independencia de sus concretas características particulares, y a la que se contraponen frontal y radicalmente los comportamientos prohibidos en el art. 15 CE, bien porque cosifican al individuo, rebajándolo a un nivel material o animal, bien porque lo mediatizan o instrumentalizan, olvidándose de que toda persona es un fin en sí mismo”. Afirmaciones de este género y otras semejantes como que la persona no ha de ser “mero objeto del ejercicio de los poderes públicos” (STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 7) se vincula al idealismo moral ilustrado.

Al fenómeno de la transexualidad se le ha dado solución jurídica fundamentada en el principio del libre desarrollo de la personalidad recogido en el art. 10.1 CE, y de ello puede inferirse que se ha consagrado el cambio de sexo en clave de derecho fundamental. El Tribunal Supremo acude a mecanismos de integración ante la laguna existente en nuestro ordenamiento (art. 1.6 Cc), se vale de la ficción, y realiza una interpretación extensiva por vía de *analogía iuris* del principio de libre desarrollo de la personalidad y, en definitiva, la resolución que no acepte el cambio de sexo y la

⁴⁸³ *Ibidem*, pág. 112.

⁴⁸⁴ EDJ 1991/10668.

rectificación registral puede interpretarse que vulnera el art. 10.1 CE⁴⁸⁵ porque viene a impedir este derecho fundamental⁴⁸⁶. En la misma línea también se ha originado un derecho al cambio de nombre, concebido como derecho de la personalidad y, como derecho fundamental, protegidos por la tutela del art. 53.1 CE.

3.5.2. Derecho a la vida (art. 15 de la Constitución Española) y a la protección de la salud (art. 43 de la Constitución Española)

Con menor fuerza doctrinal también se ha sustentado que el derecho de la persona transexual al cambio de sexo y a su reconocimiento se asienta en los derechos fundamentales a la vida y a la salud, como consecuencia inmediata de la dignidad humana. El derecho a la vida ha superado los límites estrictos de ausencia de enfermedad ya que “venía siendo entendido como un derecho a la simple sobrevivencia o conservación física de la persona, algo así como un derecho a seguir viviendo (...), aquel derecho no se limita a la vida sin más (en una visión estática), sino que lo es a una vida digna (en sentido dinámico, social) en condiciones de sanidad física, psíquica y moral, adecuada a la dignidad de la persona, a los derechos inviolables, inherentes y al libre desarrollo de su personalidad (art. 10 CE y STC 11.04.1985). Y, es en esta tesis, entendido como el derecho a una vida digna, donde debe encuadrarse el cambio de sexo”⁴⁸⁷

3.5.3. Derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen (art. 18 de la Constitución Española)

Los derechos al honor, a la vida privada, a la intimidad personal y a la propia imagen se han catalogado como derechos de la personalidad. Las intromisiones y perturbaciones a estos derechos y que han afectado, en particular, a transexuales y a personas pertenecientes a las minorías sexuales justifican que brevemente nos detengamos sobre esta cuestión⁴⁸⁸.

⁴⁸⁵ STS 19.04.1991, EDJ 1991/4017.

⁴⁸⁶ TOLDRÀ ROCA, M^a Dolors, *Capacidad natural y capacidad matrimonial...* cit., pág. 168.

⁴⁸⁷ *Ibidem*, pág. 170.

⁴⁸⁸ PARDO FALCÓN, Javier., “Los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen” en *Comentarios a la Constitución Española*, (dir. CASAS BAAMONDE, María Emilia;

El procedimiento para la rectificación del sexo se realiza a través de la inscripción de una resolución de rectificación, cuya regla general es la contenida en el art. 306 del RRC, en virtud del cual, la inscripción ha de practicarse en el folio registral a que se refiere la resolución y determinará las expresiones que se cancelen y las que las sustituyen, con referencia a la inscripción rectificada. Cabe también la cancelación total prevista en el art. 307 RRC aunque de forma excepcional y para una mayor claridad. En este supuesto se cancela totalmente el antiguo asiento y se extiende otro nuevo cuando la resolución de rectificación así lo ordene.

El mecanismo más común para la rectificación del sexo es el establecido en el art. 306 RRC y con ello, se salvaguardan, protegen y garantizan los derechos constitucionales a la dignidad, libre desarrollo de la personalidad, a la integridad moral y a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. También es importante el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo regulado en la Constitución⁴⁸⁹ y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE). El TEDH⁴⁹⁰ ha dictado varias sentencias, como analizaremos en el capítulo tercero, con relación a demandas relativas a la vulneración de los arts. 8 y 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos que protegen la vida privada y el matrimonio⁴⁹¹. En estas sentencias, se da la paradoja de que la Comisión del Consejo de Europa (encargada de elaborar un dictamen

RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, Miguel), Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008, págs. 421 a 427.

⁴⁸⁹ Artículos 10.1, 14, 18.1, 32.1 y 32.2 CE.

⁴⁹⁰ STEDH de 27.09.1990, Caso Cossey, serie A, vol. 184. Traducción española en Boletín de Jurisprudencia constitucional, 1993, 274 y ss; STEDH de 06.09.1980, *Caso Van Oosterwijkck*, serie A, nº 40. Versión española en *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, Madrid, 1981, págs. 665 a 681; STEDH de 06.09.1980, Caso Rees, nº 16/1989/175/232, Serie A, nº 106. Versión española en *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, Madrid, 1987, págs. 675 y ss. ELOSEGUI ITXASO, María, “Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el problema”, en *La transexualidad. Jurisprudencia y argumentación jurídica*, Comares, S.L., Granada, 1999, págs. 207 a 332.

⁴⁹¹ La postura del TC español cuenta con la cobertura de la jurisprudencia del TEDH que en sendas sentencias (caso Rees de 17.10.1986 y en caso Cossey de 27.09.1990) había ya declarado que no permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo no implica violación del art. 12 del CEDH, que al garantizar el derecho a casarse, se refiere al concepto tradicional del matrimonio entre dos personas de distinto sexo, en URÍAS MARTÍNEZ, Joaquín., “El régimen constitucional del matrimonio” en *Comentarios a la Constitución Española*, (coord. CASAS BAAMONDE, María Emilia; RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, Miguel), Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008, pág. 896.

previo no vinculante) informó que había habido violación de ambos artículos, mientras que las sentencias lo deniegan. Únicamente una sentencia de 1992 obliga a que Francia autorice el cambio de sexo en el Registro⁴⁹².

En el ordenamiento jurídico español, la reforma del Código Penal de 1983, excluyó del delito de lesiones las operaciones que modificaban el sexo anatómico⁴⁹³. En la reforma del Código Penal en 1995, se mantiene dicha despenalización, especificando que (...) *el consentimiento válido, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto por la Ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo (...)*⁴⁹⁴. Es evidente que el aspecto en que se basa la despenalización o autorización es el libre consentimiento de la persona para realizar dicha intervención quirúrgica, por lo que deben descartarse previamente circunstancias que pudieran invalidar dicho consentimiento. Asimismo hay que considerar la situación de los menores de edad, pues, el mismo artículo, indica que dicho consentimiento no es válido cuando es dado por el menor de edad o por sus representantes legales. En este caso la autorización corresponde al Juez, que ha de tomar como criterio rector el de mayor interés del menor o del incapaz.

Los derechos a la intimidad y a la propia imagen forman parte de los denominados derechos de la personalidad, que se hallan relacionados a la dignidad de la persona. Estos derechos reconocidos en el art. 18.1 CE, en íntima conexión con el art. 10.1 CE, se hallan también recogidos en el art. 12 de la DUDH, en el art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, así como en el art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En España, el desarrollo legislativo de tales derechos se encuentra recogido en la LO 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen. El art. 2 de la Ley establece que la protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen quedará delimitada por las leyes y por los usos

⁴⁹² STEDH nº 57/1990/248/319, de 25.03.1992, *Caso Botella*, Serie A, nº 232-C.

⁴⁹³ Previamente se consideraban una castración. Nos referimos a la reforma del Código Penal mediante LO 3/1983, de 25.06.1983, art. 428.

⁴⁹⁴ Reforma del Código Penal por LO 10/1995, de 23.11.1995, art. 156.

sociales y deberá atenderse al ámbito que mantenga cada persona según sus propios actos, disponiendo el art. 7 una serie de supuestos en que se considera que existen intromisiones ilegítimas de tales derechos. El art. 9.3 del mismo texto legal prescribe que la existencia de perjuicio se presumirá siempre que haya intromisión ilegítima y para la valoración del daño moral causado por la misma deberá atenderse a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión, así como a la difusión o audiencia del medio en que se ha divulgado y el beneficio que el causante de la lesión haya obtenido.

Según la doctrina jurisprudencial en la STC 231/1988, de 2 de diciembre⁴⁹⁵, “los derechos a la imagen y a la intimidad personal reconocidos en el art. 18 CE aparecen como derechos fundamentales estrictamente vinculados a la propia personalidad, derivados sin duda de la dignidad de la persona que reconoce el art. 10 CE y que implican la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás (...) Se muestran así esos derechos como personalísimos y ligados a la misma existencia del individuo”. De esta sentencia podemos extraer que las principales características de los derechos a la intimidad y propia imagen son: derechos fundamentales vinculados a la propia persona en cuanto tal, derivados de su dignidad intrínseca que le reconoce el art. 10 CE. Son personalísimos y ligados a la misma existencia del individuo; forman parte de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada; protegen el núcleo de las relaciones privadas frente a la injerencia que supone la acción ajena. Salvaguardan un espacio de privacidad que queda sustraído a intromisiones extrañas; deben ser modulados en función de las pautas culturales de la sociedad en donde se desenvuelven; como todos los derechos fundamentales, no son absolutos, sino que se encuentran delimitados por los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos.

Conforme a la STC 231/1988, el derecho a la intimidad puede ser calificado como aquél que implica la existencia de un ámbito privado y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario para mantener una calidad mínima de vida humana. La citada sentencia recuerda que el derecho a la intimidad se extiende no sólo a los aspectos de la vida propia personal sino también a aspectos de otras personas con las

⁴⁹⁵ EDJ 1988/547.

que se guarde una personal y estrecha vinculación familiar, aspectos que, justamente por dicha relación familiar, inciden en la propia esfera personal del individuo que los derechos del art. 18.1 CE protegen, por lo que existe un derecho propio y no ajeno a la intimidad constitucionalmente protegido.

Dentro del derecho a la intimidad debe incluirse el derecho a la intimidad corporal, que protege el sentimiento de pudor personal en tanto responda a estimaciones y criterios arraigados en la cultura de la comunidad. Ahora bien, el ámbito de la intimidad corporal que la CE protege no es una entidad física sino cultural, determinada por el criterio dominante que nuestra cultura tiene sobre el recato corporal. Por consiguiente, no podrán entenderse como intromisiones ilegítimas aquellas actuaciones sobre el cuerpo humano que, por las razones donde afecten o por los instrumentos o medios utilizados, no constituyan violación del pudor o recato personal, según patrones del sano juicio⁴⁹⁶.

El derecho a la intimidad como tal no tiene demasiado reflejo en las Constituciones europeas anteriores a la CE de 1978, mientras que las declaraciones internacionales de derechos surgidas tras la Segunda Guerra Mundial parecen incluir el mismo dentro de una expresión de alcance más amplio como es la de derecho a la vida privada (art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos). Desde un principio se ha vinculado el derecho a la intimidad personal con “la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario –según las pautas de nuestra cultura– para mantener una calidad mínima de vida humana (STC 231/1988, de 22 de diciembre, FJ 3)”. El derecho a la intimidad corporal protege “frente a toda integración o pesquisa que sobre el cuerpo quisiera imponerse contra la voluntad de una persona”; esto es así, siempre y cuando se trate de “actuaciones que, por las partes del cuerpo humano sobre las que operan o por los instrumentos mediante los que se realizan, no constituyen, según un sano criterio, violación del pudor o recato de la persona (STC 37/1989, de 15 de febrero, FJ 7; STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 3A)”.

⁴⁹⁶ STC 57/1994, de 28 de febrero, EDJ 1994/1755.

El derecho a la propia imagen atribuye a su titular la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación, lo que conlleva tanto el derecho a determinar la información gráfica generada por los rasgos físicos que le hagan reconocible que puede ser captada o tener difusión pública, como el derecho a impedir la obtención, reproducción o publicación de su propia imagen por un tercero no autorizado. El aspecto físico constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de todo individuo.

El único precedente que conocemos de reconocimiento del derecho a la propia imagen anterior a la CE 1978 se encontraba y se encuentra en la Constitución portuguesa de 1976 (art. 26), que también incluye una referencia expresa e individualizada del mismo.

Habrá que esperar a la STC 81/2001, de 6 de marzo para que dicho Tribunal se pronuncie directamente sobre el contenido del derecho a la propia imagen como derecho fundamental. Según dicha sentencia, el derecho a la propia imagen “atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que puede tener difusión pública”, de modo que “la facultad otorgada por este derecho, en tanto que derecho fundamental, consiste en esencia en impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad –informativa, convencional, científica, cultural, etc.– perseguida por quien la capta o difunda” (FJ 2).

Con posterioridad, el Tribunal Constitucional ha venido dictando algunas nuevas sentencias en las que, siguiendo la doctrina apuntada por la STC 99/1994, ha sentado ya como cuestión de principio la autonomía del derecho a la propia imagen respecto del derecho a la intimidad, y ello en función de los distintos intereses jurídicos que protegen ambos derechos, intereses definidos, no obstante, con una terminología no exenta de cierta imprecisión conceptual. Así, el derecho fundamental a la propia imagen pretendería “la salvaguarda de un ámbito propio reservado, aunque no íntimo, frente a la acción y conocimiento de los demás, siendo en consecuencia ese ámbito íntimo, más estricto, el que constituirá el objeto de protección del derecho fundamental a la intimidad (STC 139/2001, de 18 de junio, FJ 4; STC 83/2002, de 22 de abril, FJ 4).

Por último, el Tribunal Constitucional en numerosas ocasiones ha manifestado que se trata de derechos autónomos, aunque se hallan muy estrechamente unidos⁴⁹⁷. Como establece, cabe descartar que la vulneración del derecho a la propia imagen conlleve una lesión al honor o de la intimidad. El carácter autónomo de los derechos del art. 18.1 CE impide considerar subsumido en algunos de ellos las vulneraciones de los otros derechos. Cuando una imagen muestre, además de los rasgos físicos que permitan la identificación de la persona, aspectos de su vida privada, partes íntimas de su cuerpo o la represente en una situación que pueda hacer desmerecer su buen nombre o propia estima, no sólo conllevará una violación del derecho a la propia imagen sino lesiona también su derecho al honor y a la intimidad.

3.5.4. Recapitulación y conclusiones

- 1- Podemos definir el principio de libre desarrollo de la personalidad, como aquélla “expresión y manifestación propias y hacia los demás de la identidad personal de un individuo como resultado de la formación de su conciencia –vivencias y creencias internas– y su corporeidad –sexo y órganos sexuales–“.
- 2- Las personas nos relacionamos con los demás conforme a unas pautas de comportamiento derivadas, en buena medida, de la identidad sexual de cada cual, a la que social y culturalmente se asigna un rol determinado. No obstante, esta expectativa social y cultural puede ser y de hecho es evolutiva y cambiante.
- 3- El sexo –que suele coincidir con el legal– puede no adaptarse a nuestra conciencia que viene determinada por la identidad personal, es decir, del cómo se siente la persona interiormente.
- 4- La identidad personal requiere especial protección cuando no coincide con la identidad sexual corpórea, cuando las formas de relación con los demás no se ajusta al rol social y culturalmente expectante o cuando concurren ambas circunstancias simultáneamente.

⁴⁹⁷ STC 156/2001, de 2 de julio, EDJ 2001/14942.

- 5- La conciencia manifestada en la voluntad de adaptar el cuerpo “real” al que se siente pertenecer se materializa por tres posibles vías. Primera, modificando el sexo registral de la persona. Segunda, sometiéndose a intervenciones quirúrgicas y/o morfológicas. Tercera, comportándose como del sexo contrario. Ninguna de las tres es exclusiva o excluyente.

3.6. Derecho a la identidad sexual

En este apartado analizaremos el concepto de identidad sexual en el marco del libre desarrollo de la personalidad. La identidad se refiere a la virilidad o feminidad de la persona, lo cual puede entenderse en su dimensión objetiva (sexo masculino o femenino en función de los órganos sexuales) o en su dimensión subjetiva (percepción de uno mismo respecto del sexo con el que psicológicamente se identifica); en cambio, la orientación se refiere a la preferencia sexual, de manera que un transexual puede ser homosexual o heterosexual⁴⁹⁸.

La Resolución del Parlamento Europeo de 12.09.1989, que instaba a los Estados miembros a reconocer el derecho de los transexuales a cambiar de sexo, partía de que la dignidad del hombre y la protección de la personalidad humana implican necesariamente el derecho a llevar una vida acorde a su condición sexual. ¿Cómo se puede construir el concepto de identidad sexual, a partir de las categorías de derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Española? La jurisprudencia del TEDH considera que la identidad sexual se perfila como manifestación del principio del derecho a la intimidad personal, una vez que la ausencia de un cambio legal del sexo propicia una serie de situaciones que provocan sentimientos de vulnerabilidad, humillación y ansiedad, como la necesidad de enseñar un pasaporte o DNI⁴⁹⁹. Para la doctrina científica, la libertad individual de optar por un nuevo sexo no será legal si no lleva aparejada la plenitud de consecuencias jurídicas, como señala MORENO

⁴⁹⁸ BUTLER, Judith, *Deshacer el género*, Paidós, Barcelona, 2006, pág. 119.

⁴⁹⁹ CANO ONCALA, Guadalupe, “La construcción de la identidad de género en pacientes transexuales”, en *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, núm. 89, Madrid, enero-marzo, 2004, págs. 2830 a 2848.

TORRES⁵⁰⁰. De la intimidad personal forma parte la intimidad corporal⁵⁰¹. El derecho a la identidad sexual puede ser visto como una expresión del derecho a la intimidad personal. Si para evitar ese sufrimiento personal (a veces al extremo de la transfobia), la persona transexual exige poder desarrollar libremente la identidad elegida, el enfoque del problema gira hacia el concepto de libre desarrollo de la personalidad. Se trata de que cada individuo puede conformar su propia identidad. LÓPEZ-GALIACHO⁵⁰², considera, que el derecho a la identidad sexual puede pasar a formar parte de un derecho más amplio como es el de la identidad personal.

La doctrina científica ha preconizado que el art. 10.1 CE podría servir al reconocimiento de nuevos derechos de la personalidad, como es el caso del derecho a la identidad sexual. HERNÁNDEZ GIL⁵⁰³, apunta, que aunque el derecho de la persona a su propia identidad no está recogido expresamente en la Constitución, forma parte del contenido esencial de los valores superiores del ordenamiento jurídico, como el libre desarrollo de la personalidad consagrado en el art. 10 CE. Por eso cuando se dice que la asignación de un rol social es un elemento básico en el desarrollo de la personalidad de los individuos⁵⁰⁴; lo que se quiere indicar, no es que estos tengan que plegarse a los roles tradicionales socialmente impuestos, sino a que la sociedad admita su propio rol elegido en libertad, aunque no sea el que mayoritariamente se viene reconociendo a las personas de su sexo corpóreo.

La doctrina jurisprudencial también se ha pronunciado sobre la vigencia del derecho al libre desarrollo de la personalidad de acuerdo el art. 10 CE⁵⁰⁵. Así, en la STS

⁵⁰⁰ MORENO TORRES, Dolores, “Situación legal de la transexualidad en España, perspectivas legislativas y situación legal en países de su entorno” en *Ser Transexual* (dirs. GÓMEZ GIL, Esther; ESTEVA DE ANTONIO, Isabel), Glosa, Barcelona, 2006, pág. 428.

⁵⁰¹ STC 37/1989, de 15 de febrero, EDJ 1989/1607.

⁵⁰² LÓPEZ-GALIACHO PERONA, Javier, *La problemática jurídica de la transexualidad* cit., pág. 110.

⁵⁰³ HERNÁNDEZ GIL, Francisco, “La Transexualidad” en *Libro Homenaje a Jesús López Medel*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, t. II, Madrid, 1999, pág. 2395.

⁵⁰⁴ STANZIONE, Pasquale, “Transessualismo e tutela della persona: la legge núm. 164 del 1982”, *Studi di diritto civile*, Edizione Scientifiche italiane, 1986, pág. 147.

⁵⁰⁵ La SAP Madrid de 23.12.2004, EDJ 2004/231697, define la identidad sexual como “la identificación de una persona con un determinado sexo (sentirse hombre o sentirse mujer)”.

02.07.1987⁵⁰⁶, ha convivido con otros argumentos, como la teoría de la ficción⁵⁰⁷. La segunda ocasión en que se pronunció el Alto Tribunal sobre la materia es en la STS 15.07.1988⁵⁰⁸, en la que ya se dio entrada a “la vía de los derechos fundamentales”. Concretamente, la resolución dice que “el art. 10.1 CE, al establecer como derecho fundamental el del libre desarrollo de la personalidad, implica una proyección hermenéutica amplia que autoriza para incluir en tal desarrollo los cambios físicos de la forma del ser humano, siempre que ello no suponga acto delictivo, acto ilícito civil, y la inscripción del cambio de sexo contribuya a no impedir el libre desarrollo de la personalidad del transexual según las tendencias de un sexo psíquico, por lo que la resolución en que así no se concreta violaría el art. 10 CE”⁵⁰⁹. Posteriormente, la doctrina defendida por el Tribunal Supremo en la sentencia de 06.09.2002⁵¹⁰ matiza que ese derecho fundamental también presenta límites, como la seguridad jurídica, principio también de rango constitucional⁵¹¹. Seguidamente, el argumento de la violación del principio de libre desarrollo de la personalidad se refuerza en la STS de 17.09.2007⁵¹², en la que se valora si un procedimiento iniciado antes de la entrada en vigor de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, relativa a la rectificación registral –que analizaremos en otro apartado específico sobre jurisprudencia–, se cuestiona sí es lícito exigir a una persona transexual que complete quirúrgicamente su proceso de reasignación sexual, siguiendo criterios jurisprudenciales vigentes con anterioridad a la referida Ley. En el fallo se insiste en la idea de tal exigencia: “no hay, en puridad, una vulneración del derecho a la intimidad, pero hay un freno al libre desarrollo de la personalidad –art. 10.1 CE– que se proyecta en una lesión de la dignidad humana, en una falta de tutela de la salud –art. 43.1 CE–, al respeto a la intimidad y a la propia imagen –art. 18.1 CE– y a la protección de la integridad física y moral –art. 15 CE–, pues parece que el libre desarrollo de la personalidad implica, dada la prevalencia de los factores psico-sociales en la

⁵⁰⁶ JUR 1987/5313.

⁵⁰⁷ Consiste en admitir la rectificación registral del sexo porque se aparenta una determinada identidad sexual pero sin otorgarle todos los efectos de dicha consideración.

⁵⁰⁸ RJ 1988/5722.

⁵⁰⁹ Véase también sentencia del juzgado de primera instancia de Valladolid de 13.12.2004, en el procedimiento de juicio ordinario 898/04.

⁵¹⁰ RJ 2002/7180.

⁵¹¹ En el mismo sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 30.09.2003, AC 2003/1360.

⁵¹² RJ 2007/4968.

determinación del sexo, que ha de primar en los supuestos de disforia de género un derecho de sostener la identidad sexual como expresión de la identidad personal, que un bien de la personalidad”. El mismo criterio mantiene el Tribunal Supremo en la sentencia de 18.07.2008⁵¹³: “hay que reconocer que el individuo que sufre la patología denominada “disforia de género”, la facultad de conformar su identidad sexual de acuerdo con sus sentimientos profundos, con sus convicciones de pertenecer a otro sexo, pues de otro modo ni se protege su integridad, ni se le concede la protección a la salud, ni se trata adecuadamente el derecho a la imagen y a la intimidad familiar y se desarrolla dentro de su ámbito de privacidad, sin invasiones ni injerencias⁵¹⁴. Y añade, “la asunción de las pautas y del rol de un determinado sexo va significativamente diluyendo diferencias radicales y tiende hacia una cierta uniformidad, que sólo se rompe en concretos aspectos, por más que subsistan perceptibles y hasta muy notables diferencias, mientras que, por otra parte, incluso en los niveles de las más profundas relaciones familiares, la asignación de roles sociales (como de padre o madre) se desconectan de la identidad sexual, o al menos de una identidad sexual basada en los cromosomas”.

3.7. Derecho a la identidad de género

Para definir la identidad de género es preciso distinguirla de la orientación sexual, y a ello nos ayudan, por un lado, los “principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género”⁵¹⁵. Por otro, la SAP Madrid de 23.12.2004 define la identidad de género, como “la asunción y manifestación de lo que se siente, en base a unas normas sociales (rol)”⁵¹⁶.

⁵¹³ RJ 2008/249741.

⁵¹⁴ FJ 2º.

⁵¹⁵ Principios de Yogyakarta, publicados a partir de una reunión de especialistas realizada en Yogyakarta (Indonesia), del 6 al 9 de noviembre de 2006, por iniciativa de Human Rights Watch y el Center for Women’s Global Leadership. Sobre los Principios nos hemos referido ampliamente en el capítulo segundo del trabajo.

⁵¹⁶ EDJ 2004/231697.

Sobre las anteriores bases, “se entiende por *orientación sexual* la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un sexo diferente o de un mismo sexo o de más de un sexo, así como a la capacidad de tener relaciones íntimas y sexuales con estas personas”⁵¹⁷. Y “se entiende por *identidad de género* la profundamente sentida experiencia interna e individual del género de cada persona, que podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo el sentido personal del cuerpo (que, de tener la libertad para escogerlo, podría involucrar la modificación de la apariencia a la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole) y otras expresiones de género, incluyendo el vestido, el modo de hablar y los amaneramientos”⁵¹⁸.

La doctrina advierte que la protección de la persona transexual no se debe plantear a partir del factor sexo, sino más bien de su identidad comprendida en la esfera de la intimidad. BELDA PÉREZ-PEDRERO⁵¹⁹ considera, que “en la transexualidad el hecho destacable es la autodefinición que se pretende; o incluso la meditada y consciente ausencia de definición”⁵²⁰. Se trata de estados internos en el sujeto, por lo tanto, atinentes a la identidad, que los poderes públicos y el resto de los individuos deben respetar”. Y, añade: “desde mi modesto parecer es necesario ubicar la transexualidad como una situación radicalmente interna, dentro del campo de la definición y el concepto que toda persona rige en torno a sí para identificarse”.

Para el reconocimiento de los derechos de las personas transexuales ha sido decisiva la postura del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), a partir del análisis del art. 14 del Convenio Europeo de Derechos humanos (CEDH), que entiende

⁵¹⁷ Vid. “Documentación” en *iustel.com*, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, nº 14, mayo 2007.

⁵¹⁸ *Ibidem*.

⁵¹⁹ BELDA PÉREZ-PEDRERO, Enrique, “Transexualidad y Derechos Fundamentales: protección integral sin la utilización del factor sexo como diferencia”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 2, 2004, pág. 133.

⁵²⁰ Esta ausencia de definición no es otra, según entendemos que la de aquellas personas que no se identifican con ninguno de los sexos biológicos y respecto de las cuales no cabría estrictamente hablar de transexualidad porque no hay pretensión de tránsito de un sexo a otro, sino simplemente deseo de no pertenencia a ninguno de ellos. Esta consideración deja abierta la vía del reconocimiento de un tercer género.

incluida en la discriminación por razón de sexo el trato discriminatorio hacia los transexuales⁵²¹, como veremos en el capítulo tercero del presente trabajo.

Refiriéndonos a la identidad sexual desde el punto de vista del género del sujeto, el grupo de transexuales de HaM constituyen un ejemplo que la doctrina define como *minorías dentro de minorías*⁵²². Si bien el sexo deja de ser un estado civil, sigue siendo determinante en la condición personal de los sujetos⁵²³.

En algunas materias el ordenamiento jurídico español, partiendo del binomio hombre / mujer, establece medidas contra la violencia de género y contra la desigualdad como las contenidas en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre⁵²⁴, o la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo⁵²⁵. ¿Resultan de aplicación estas normas en una relación en que la mujer resulta ser un transexual? La Circular 4/2005, de la Fiscalía General del Estado de 18.07.2005⁵²⁶, relativa a los criterios de aplicación en la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, estima que las parejas del mismo sexo se han quedado excluidas de su ámbito especial de protección y que, por el

⁵²¹ STSJCE de 30.04.1996, *Caso P contra S* y otros, analizó si la discriminación contra un transexual era contraria a la Directiva 76/207/CEE del Consejo de 9 de febrero, relativa a la aplicación del Principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres.

⁵²² BELDA PÉREZ- PEDRERO, Enrique, “Transexualidad y Derechos Fundamentales...” cit., pág. 135.

⁵²³ ESPÍN ALBA, Isabel, *Transexualidad y tutela civil de la persona...* cit., pág. 46.

⁵²⁴ LO 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, art. 1.1: *la presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quien estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aún sin convivencia*. Sobre la Ley se pronunció el Tribunal Constitucional en la sentencia 59/2008, de 14 de mayo (Sala Pleno), RTC 2008/59, que ve en la LO una diferenciación razonable que no conduce a consecuencias desproporcionadas pues lo que se pretende es fomentar la protección de la integridad física, psíquica y moral de las mujeres en el ámbito de la pareja.

⁵²⁵ LO 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, art. 1: *las mujeres y los hombres son iguales en dignidad humana, e iguales en derechos y deberes. Esta Ley tiene por objeto hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, en particular mediante la eliminación de la discriminación de la mujer, sea cual fuere su circunstancia o condición, en cualesquiera de los ámbitos de la vida y, singularmente, en las esferas política, civil, laboral, económica, social y cultural para, en el desarrollo de los artículos 9.2 y 14 de la Constitución, alcanzar una sociedad más democrática, más justa y más solidaria*.

⁵²⁶ EDL 2005/135324.

contrario, si será de aplicación a las parejas de distinto sexo formadas por transexuales reconocidos legalmente, si el agresor es el varón y la víctima la mujer. En este sentido la SAP Tarragona de 12.02.2008⁵²⁷, tiene su inicio en una sentencia del juzgado de instrucción en la que el Juez, con apoyo del criterio del Ministerio Fiscal, considera que no puede aplicar la Ley de Violencia de Género porque la demandante no tiene rectificado en el Registro la mención al sexo femenino⁵²⁸.

La Ley 5/2008⁵²⁹, de 24 de abril, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista, de Cataluña, indica en el Preámbulo que los poderes públicos deben actuar con medidas específicas para las mujeres en varias situaciones o ámbitos entre los que se encuentra la transexualidad.

El art. 43 de la Ley 12/2007⁵³⁰, de 26 de noviembre, de Protección de la igualdad de género en Andalucía dispone en su apartado segundo que *igualmente, promoverán las acciones necesarias para eliminar la discriminación por opción sexual y la transexualidad, garantizando la libertad de decisión individual.*

Las medidas previstas en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres son de aplicación a los transexuales según su nuevo sexo registral, puesto que *la rectificación registral permitirá a la persona ejercer todos los derechos inherentes a su nueva condición* (art. 5.2 LRR).

3.8. Matrimonio entre personas del mismo sexo

⁵²⁷ EDJ 2008/40080.

⁵²⁸ En este supuesto se aplicó la legislación anterior a la Ley 3/2007, de 22 de marzo. Esto demuestra que incluso en un ordenamiento como el español, muy sensible al sentimiento subjetivo del individuo sobre su pertenencia sexual, los datos objetivos –en este caso la falta de inscripción en el Registro Civil del cambio de sexo- pueden ser decisivos. Lo cual nos suscita la reflexión de si no sería conveniente, para paliar el rigorismo legal, que en el proceso de transexualidad –al que se estaba sometiendo la afectada cuando se produjeron los actos violentos- prever la adopción de medidas provisionales para la debida protección del transexual en curso acorde con el nuevo sexo a reasignar.

⁵²⁹ DOGC de 02.05.2008, BOE de 30.05.2008.

⁵³⁰ BOJA de 18.12.2007, BOE de 13.02.2008.

La Ley 13/2005, de 1 de julio⁵³¹, regula el derecho a contraer matrimonio de personas con el mismo sexo y modifica el Cc en este sentido, por lo que el problema del *ius connubii* de los transexuales ha desaparecido. MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO⁵³² señala, que “hoy con la nueva redacción del art. 44 Cc, este problema, formalmente, no se plantea: el matrimonio del transexual tiene plena cabida en el mismo. Si prima el sexo biológico, se trataría del matrimonio de dos personas del mismo sexo. Si prima el sexo psicológico, sería la boda de un hombre y una mujer, al menos desde un punto de vista legal, que no cromosómico”. Por su parte, el TC ha inadmitido cuestiones de inconstitucionalidad contra el referenciado artículo 44, párrafo segundo Cc, que reconoce el derecho a contraer matrimonio entre dos personas con independencia de que “sean del mismo o de diferente sexo”, con los mismo requisitos y efectos. Las inadmisiones han obedecido a que fueron sendos Jueces Encargados del Registro Civil quienes, con ocasión de expedientes matrimoniales entre personas del mismo sexo, plantearon las respectivas cuestiones, las cuales, se dice en las resoluciones, no ejercen funciones jurisdiccionales cuando tramitan el expediente⁵³³.

⁵³¹ BOE núm. 157, de 02-07-2005, pp. 23632-23634.

⁵³² MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, Luís, *El concepto de matrimonio en el Código Civil*, Thomson-Civitas, Madrid, 2008, pág. 95.

⁵³³ Vid: Auto TC (Pleno) (505/2005) de 13.12.2005, Magistrados CASAS BAAMONDE, JIMÉNEZ SÁNCHEZ, CONDE MARTÍN DE HIJAS, DELGADO BARRIO PÉREZ, PÉREZ VERA, GARCÍA-CALVO Y MONTIEL, GAY MONTALVO, RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, RODRÍGUEZ ARRIBAS, SALA SÁNCHEZ, ARAGÓN REYES Y PÉREZ TREMP. Núm. Registro: 5856-2005. Asunto: Cuestión de inconstitucionalidad promovida por la Magistrada-Juez del titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 y encargada del Registro Civil de Denia (Alicante). Auto PC (Pleno) (508/2005), de la misma fecha, 13.12.2005, compuesto por mismos magistrados. Núm. Registro 6661-2005. Asunto: Cuestión de inconstitucionalidad promovida por el Magistrado-Juez titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 y encargado del Registro Civil de Telde. En ambos casos con Votos Particulares de los Magistrados JAVIER DELGADO BARRIO, JORGE RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, al que se adhiere el Magistrado ROBERTO GARCÍA-CALVO Y MONTIEL Y RAMÓN RODRÍGUEZ ARRIBAS. Auto TC (Pleno) (12/2008) de 16.01.2008, GAY MONTALVO, RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, RODRÍGUEZ ARRIBAS, SALA SÁNCHEZ Y PÉREZ TREMP. Núm. registro: 7796-2007. Asunto: Cuestión de constitucionalidad promovida por el Juez titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 y encargado del Registro Civil de Cieza (Murcia). Votos particulares de JAVIER DELGADO BARRIO, JORGE RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, y RAMÓN RODRÍGUEZ ARRIBAS.

ARECHEDERRA ARANZADI⁵³⁴ en un estudio de defensa de la concepción heterosexual del matrimonio reconocía que “el matrimonio entre personas del mismo sexo biológico es ya una realidad entre nosotros”, pues a partir de la RDGRN de 08.01.2001⁵³⁵ se reconoce la validez “de un matrimonio en el que la heterosexualidad era meramente registral, no biológica”.

En el debate extraparlamentario previo a aprobarse la Ley no faltaron detractores y partidarios. Los últimos consideraban que era un deber del legislador español equiparar los derechos de los ciudadanos para evitar cualquier posible discriminación en función de la orientación sexual del individuo. Los primeros, en cambio, se mostraban reacios a la modificación legislativa amparándose fundamentalmente en la doctrina y la moral cristiana de la Iglesia fuertemente arraigada en nuestra sociedad. Transcurridos unos años desde su entrada en vigor, la Ley se aplica sin problemas. Las personas desde que nacemos tenemos los mismos derechos, independientemente del sexo, género u orientación sexual, motivo por el cual equiparar los derechos es lo propio en aras de la igualdad y no discriminación.

Ha venido siendo un argumento conservador contra la consideración de matrimonio de las uniones entre las personas del mismo sexo el entender que no puede utilizarse el concepto de matrimonio, consagrado para una realidad heterosexual, aunque el contenido material de las uniones entre personas del mismo sexo pueda prácticamente equipararse al matrimonio. MARTINELL, afirma que el argumento podría tener cierto sentido si el trato legal, social y cultural que históricamente se ha dispensado a las personas homosexuales hubiera sido tolerante; pero si partimos de la furibunda discriminación que contra el hecho homosexual se ha producido históricamente en nuestro país y, en otros muchos, se comprenderá que la exclusión del carácter matrimonial de estas uniones siga apareciendo como un residuo de tales antecedentes y que la única manera de no reincidir en discriminaciones y tratamientos injustos es reconocérseles naturaleza matrimonial. Por otra parte, el mismo autor, considera que la redacción del art. 44 Cc según Ley 13/2005 es ingeniosa pero a la vez equívoca. Argumenta que el párrafo primero mantiene su entronque constitucional con el art. 32.1

⁵³⁴ ARECHEDERRA ARANZADI, Luis Ignacio, “El matrimonio es heterosexual”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 658, Westlaw Aranzadi BIB 2005/510, 2005.

⁵³⁵ EDL 2001/16492.

CE (*el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio...*); y cuando se añade acto seguido que este matrimonio se podrá celebrar con independencia del sexo de los contrayentes, lo que implícitamente se está afirmando es que el art. 32.1 CE hace referencia también al matrimonio heterosexual y al homosexual indistintamente. Y es aquí en dónde está en desacuerdo, ya que, según razona, dicho precepto alude inequívocamente sólo al matrimonio heterosexual y no de otra manera puede entenderse que se especifique hombre y mujer como expresión de los respectivos y opuestos sexos. ¿Significa esto que está en contra del matrimonio homosexual? Evidentemente, no. Lo que afirma es que la constitucionalidad del matrimonio homosexual no deriva del art. 32 CE, sino de los derechos de la personalidad, en especial del art. 10 CE (libre desarrollo de la personalidad) en relación con el art. 14 CE (no discriminación por razón de sexo). Y, no solamente defiende su constitucionalidad, sino que plantea la probable inconstitucional su no reconocimiento. Pero este reconocimiento, insiste, no proviene del art. 32 CE sino de estos otros preceptos y consideraciones, teniendo en cuenta en todo caso que no es deber constitucional el prever expresamente todas y cada una de las modalidades de las instituciones que, como el matrimonio, el texto constitucional contempla⁵³⁶.

De la regulación de la Ley 13/2005, llama la atención que una reforma de este calado no vaya acompañada de ninguna previsión de Derecho internacional privado, para aquellos supuestos de matrimonios en los que existe algún elemento de extranjería⁵³⁷. Ello fue puesto en seguida de manifiesto por la doctrina, y una consulta elevada por un Juez Encargado del Registro Civil sobre si podían contraer válidamente matrimonio entre sí dos personas del mismo sexo –siendo una de ellas española y la otra extranjera cuya ley nacional no reconocía el matrimonio entre personas del mismo sexo–, motivó que la DGRN se pronunciara a través de su Resolución-Circular de 29.07.2005⁵³⁸. La

⁵³⁶ MARTINELL GISPERT - SAÚCH, Josep Maria, “Sexo y juridicidad. Reflexiones para el debate”, *Estudios jurídicos sobre persona y familia*, (coord. ARECES PIÑOL, M^a Teresa), Comares, 19, Colección Religión, derecho y sociedad, Granada, 2009, págs. 172 a 173.

⁵³⁷ Cuestión sobre la que ya nos hemos pronunciado más extensamente en el capítulo segundo del trabajo relativo al derecho internacional privado.

⁵³⁸ B.O.E. núm. 188, 08.08.2005, pág. 27817-27822. Esta Resolución vincula a los jueces en su condición de funcionarios Encargados del Registro Civil.

DGRN⁵³⁹ entiende que cuando la autoridad española sea competente para la celebración del matrimonio, este se podrá celebrar, con independencia del sexo de los contrayentes, sea cual sea su nacionalidad (y, por tanto, aunque la ley personal de alguno de ellos o de ambos no admita el matrimonio entre personas del mismo sexo). Se desvincula, así, la cuestión del sexo de la capacidad para contraer matrimonio⁵⁴⁰. Se parte, por tanto, de que el matrimonio celebrado entre español y extranjero o entre extranjeros residentes en España del mismo sexo será válido, por aplicación de la Ley material española aunque la legislación nacional del extranjero no permita o no reconozca la validez de tales matrimonios. En esta línea, Resoluciones de la DGRN de 26.10.2005⁵⁴¹ (referente a un matrimonio entre un español y un nacional de la India), 07.04.2006⁵⁴² (relativa a un matrimonio entre un español y un portugués), y 10.11.2006⁵⁴³ (matrimonio a contraer en España por nacionales británicos del mismo sexo domiciliados en territorio español). Cuestión distinta será que se trate de matrimonios territorialmente claudicantes, en la medida que puedan no ser reconocidos por otros Estados, que no admitan el matrimonio homosexual. Por otra parte, la DGRN entiende que el hecho de que las autoridades españolas hayan de ser competentes para tramitar el correspondiente expediente matrimonial (de acuerdo con los arts. 57 Cc y 238 RRC)⁵⁴⁴ evita que España pueda convertirse en un país en el que acudan expresamente extranjeros a contraer matrimonio.

Pero además no deja de ser llamativo que la excepción del orden público, que ha constituido un argumento clave para no reconocer los matrimonios homosexuales y que todavía lo es, en muchos países sirva precisamente como argumento, en relación con la

⁵³⁹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, “Laguna legal y matrimonio de los homosexuales”, *Aranzadi Civil núm. 18/2005*, Parte Tribuna (BIB 2005/2581).

⁵⁴⁰ De hecho nunca se configuró por la vía de los impedimentos –más allá de lo que podía tener que ver con el impedimento de impotencia, cuando éste se regulaba civilmente, antes de su derogación por ley 30/1981 de 7 de julio–, sino que la exigencia de la heterosexualidad venía dada por la propia noción histórica, social y cultural de matrimonio.

⁵⁴¹ JUR 2006/266658.

⁵⁴² RJ 2007/3357.

⁵⁴³ RJ 2008/716.

⁵⁴⁴ La competencia de las autoridades españolas para tramitar el expediente matrimonial va a depender de que por lo menos uno de los contrayentes esté domiciliado en territorio español.

protección a los derechos de la personalidad, para autorizar estos matrimonios incluso a personas que por su ley nacional lo tendrían vetado.

3.9. Recapitulación y conclusiones

El ascenso general en el mundo occidental de los derechos de la personalidad, en particular el derecho fundamental a la libertad y autonomía personales, han hecho cambiar la vida de la persona y obligado a valorar de forma especial ciertas etapas de su vida, sobre todo las más decisivas en la definición de su propia identidad y personalidad futura. Los valores individuales (la libertad, la dignidad, el respeto de la persona), la autonomía de cada sujeto para dirigir su propia vida y ejercer sus opciones más trascendentes según su voluntad y sin coerciones exteriores eran incompatibles con una mentalidad y normas que primaban una autoridad fuerte y anulaban en buena medida la personalidad de los sometidos.

La tutela civil de la transexualidad representa el reconocimiento del derecho fundamental a una identidad sexual acorde con la voluntad de cada individuo, como consecuencia del ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad recogido en el art. 10.1 CE, también como máxima expresión de la dignidad humana. Primeramente se buscaron soluciones que no pasasen por el reconocimiento de un derecho del cambio de sexo. En ese lugar, se ubica el recurso a la teoría de la ficción que consiste en una forma de proteger la apariencia de la persona que después de su nacimiento desarrolla un rol social distinto de su sexo biológico. No obstante, la Ley 13/2007, de 15 de marzo, tiene su eje en la autodeterminación, entendida como la construcción individual de la identidad de cada persona.

A pesar del indudable avance de la legislación española, no puede afirmarse que esta posibilite el reconocimiento jurídico de todas las opciones sexuales personales. El sistema español –siguiendo la tónica general– sigue basado en la dicotomía hombre / mujer. El solicitante del cambio de la mención registral del sexo no puede optar por un “tercer sexo” o por un “no sexo”, sino que cualquier pretensión de cambio sobre su identidad sexual, para que sea legal, tiene que consistir en el sexo opuesto. A estos efectos legales se precisa una adaptación física, psicológica y social al nuevo sexo legal aunque no es indispensable una cirugía completa. No se admite al amparo de la LRR

crear identidades de género que no puedan subsumirse en uno de los dos sexos legales, en lo que insiste el art. 54 LRC, que prohíbe los nombres que objetivamente perjudiquen a la persona, los que hagan confusa la identificación y los que induzcan a error en cuanto al sexo, si bien el párrafo 2º del art. 54 es modificado por el apartado tres de la disposición final segunda de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, en el sentido de eliminar la prohibición de inscribir como nombres *los diminutivos o variantes familiares y coloquiales que no hayan alcanzado sustantividad*. De tal modo que el art. 54 segundo párrafo LRC ha pasado a tener la siguiente redacción: *quedan prohibidos los nombres que objetivamente perjudiquen a la persona, los que hagan confusa la identificación y los que induzcan a error en cuanto al sexo*.

4. LEY 3/2007, DE 15 DE MARZO, DE MODIFICACIÓN REGISTRAL DEL SEXO DE LA PERSONA

La Ley tiene por objeto regular los requisitos necesarios para acceder al cambio de la inscripción relativa al sexo de una persona en el Registro Civil, cuando dicha inscripción no se corresponde con la identidad de género sentida por la persona. Para BUSTOS MORENO⁵⁴⁵, la Ley está reconociendo el derecho a la identidad sexual o derecho a la identidad de género. En lo fundamental se recoge la doctrina jurisprudencial en materia de identidad sexual incluida el que no es requisito indispensable el que el sujeto se someta a intervención quirúrgica para cambiar su sexo registral.

El derecho a la identidad sexual ha venido siendo considerado expresión del libre desarrollo de la personalidad y su dignidad, conforme el art. 10.1 CE. De este modo se ha consagrado en la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas⁵⁴⁶. La Exposición de Motivos declara que

⁵⁴⁵ BUSTOS MORENO, Yolanda, *La Transexualidad (De acuerdo a la Ley 3/2007, de 15 de marzo)*, Dykinson, Madrid, 2008, pág. 111.

⁵⁴⁶ La STS de 17.09.2007 (JUR 2007/4968), ha declarado que a la Ley 3/2007 se le ha de dar valor como ampliación del ámbito del libre desarrollo de la personalidad, planteándose si la imposición de la intervención quirúrgica vulnera los derechos fundamentales a la intimidad privada y a la propia imagen

la respuesta del legislador tiene como finalidad “garantizar el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad de las personas cuya identidad de género no corresponde con el sexo con el que inicialmente fueron inscritas”. En España, antes de la reforma, se carecía de regulación civil que admitiese el cambio en la mención registral. Ante el consiguiente problema de fundamentación legal, se ha discutido si cabía la aplicabilidad directa de la CE, en particular, como expresión del libre desarrollo de la personalidad⁵⁴⁷. Tal fue el camino seguido por el TS, Sala Primera, en las sentencias anteriores a 2007, como soporte de justificación del cambio (sentencias de 15.07.1988⁵⁴⁸, 03.03.1989⁵⁴⁹, 19.04.1991⁵⁵⁰, 06.09.2002⁵⁵¹). El TS ha declarado que dicho derecho fundamental “implica, dada la prevalencia de los factores psico-sociales en la determinación del sexo, que han de primar en los supuestos de disforia de género, un derecho de sostener la identidad sexual como expresión de la identidad personal, que es un bien de la personalidad⁵⁵²”. Otros argumentos en los que se ha basado para fundamentar el derecho del transexual a ver reconocida su identidad de género son el derecho a la salud, *ex art. 43.1 CE*⁵⁵³; a la integridad moral, *ex art. 15 CE*; o a la intimidad personal y a la propia imagen, *ex art. 18 CE*⁵⁵⁴.

que tutelan y amparan los arts. 18.1 y 10.1 CE, FJ 4º, respecto de lo que se pronuncia negativamente (más adelante volveremos sobre este asunto).

⁵⁴⁷ A favor de que el derecho a rectificar el sexo registral, en supuestos de transexualidad, tuviese sustento en el art. 10.1 CE, LÓPEZ GALIACHO, Javier, *La problemática jurídica de la transexualidad* cit., págs. 111 y ss; ARROYO Y AMAYUELAS, Esther, “Sexo, identidad de género y transexualidad” en *Matrimonio homosexual y adopción. Perspectiva nacional e internacional*, Navas, Madrid, 2006, págs. 141 y ss. En contra, ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Derecho Civil I, Introducción y parte general*, Edisofer Colección, Madrid, 2006, págs. 233 a 335; DÍEZ DEL CORRAL RIVAS, Jesús, “Estado Civil y sexo. Transexualidad”, *AC 1987-2*, nº 36, págs. 2154 a 2155.

⁵⁴⁸ RJ 1988/5722.

⁵⁴⁹ RJ 1989/1993.

⁵⁵⁰ RJ 1991/2725.

⁵⁵¹ RJ 2002/7180.

⁵⁵² STS 17.09.2007, RJ 2007/4968.

⁵⁵³ VIDAL MARTÍNEZ, José, “¿Se incluye el “cambio de sexo” (transexualidad), en el “libre desarrollo de la personalidad”, al que se refiere el artículo 10.1 de la Constitución Española? (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª de 2 de julio de 1987)”, *RGD*, 1989, págs. 987 y ss.

⁵⁵⁴ GÓMEZ LAPLAZA, Carmen, “Transexualidad”, *BIB 2004/248=Aranzadi Civil 2004/1*, pág. 13.

En este orden de cosas, analizaremos la Ley, sus antecedentes, principios y aspectos técnicos. En cuanto a los antecedentes haremos hincapié en la necesidad de un contenido que regulara la materia. Destaca, entre los principios inspiradores del mismo el de autodeterminación del individuo, que a su vez inspira el del libre desarrollo de la personalidad. A partir de todo lo cual será posible apuntillar los aspectos legales y concretos de la norma: legitimación, requisitos, procedimiento a seguir para modificar el sexo registral de la persona y los efectos jurídicos que desencadena el cambio registral del sexo.

4.1. Antecedentes normativos

En España, en el año 1870, existía un sistema registral, heredero de la idea de secularización del Registro Parroquial⁵⁵⁵. LUCES GIL⁵⁵⁶ pone de manifiesto que “mientras que los Registros Civiles de tipo francés, (...) los asientos registrales no pueden modificarse sino en virtud de resoluciones judiciales, en el sistema español se atribuye a los órganos registrales una amplia función en orden a la rectificación y corrección de los asientos, a través de los expedientes registrales”. A través del expediente gubernativo se alcanza la rectificación de la inscripción, pero la modificación sólo se puede conseguir por medio de una sentencia declarativa⁵⁵⁷. Los expedientes gubernativos tienen una tramitación más sencilla que la de un juicio

⁵⁵⁵ CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, tomo I, Vol. II, 15ª ed. (revisada y puesta al día por ROMÁN, Antonio), Reus, Madrid, 2007, pág. 472, dice “en nuestra Patria dictó el Poder Público, desde mediados del siglo XVIII, algunas disposiciones encaminadas a que la redacción de los asientos de los Registros parroquiales se ajustara a unos mismos modelos, y a asegurar su custodia y conservación (Red Cédula de 21.03.1749 y Reales Órdenes de 8 de mayo 15 de octubre de 1801). No faltaron tampoco tentativas dirigidas a establecer en las Secretarías de los Ayuntamientos un Registro Civil (Ley de 23.02.1823, art. 7 y Decreto de 24.01.1841). Pero la implantación del mismo no fue un hecho hasta que, como lógica consecuencia del principio de libertad de cultos, proclamado en la Constitución de 1869, se publicó la Ley de 17.07.1870, que entró en vigor el 1 de enero de 1871”.

⁵⁵⁶ LUCES GIL, Francisco, *Derecho del Registro Civil*, 5º ed., Bosch, Barcelona, 2002, pág. 23.

⁵⁵⁷ ESPÍN ALBA, Isabel, *Transexualidad...* cit., pág. 106. En la misma línea, la RDGRN de 17.03.1982 (RJ 1982/1588), deja claro que el expediente gubernativo no es aplicable al supuesto de cambio de sexo como consecuencia de una intervención quirúrgica practicada a un transexual, ya que, en este caso, no hay un error en la consignación del sexo del nacido al tiempo de extenderse la inscripción del nacimiento, sino un posible cambio ulterior, cuya constatación en el Registro requiere una sentencia judicial sobre el estado civil.

ordinario, ya que en los términos del art. 97 LRC se sujetarán a las reglas siguientes: 1º puede promoverlos o constituirse en parte cualquier persona que tenga interés legítimo que en su caso, deben promover la inscripción⁵⁵⁸; 2º siempre será oído el Ministerio Fiscal⁵⁵⁹; 3º la incoación del expediente se comunicará a los interesados, que podrán hacer las manifestaciones que consideren oportunas⁵⁶⁰; 4º en última instancia, cabe recurso de apelación contra las resoluciones ante la Dirección General⁵⁶¹.

Después de la reforma del 2007, la discordancia entre el Registro y la realidad material puede tener un doble origen. Primero, debido a errores considerados materiales en la inscripción, entre los que puedan incluirse los relativos a la intersexualidad, es decir, la determinación del sexo externo aparente, contradictorio con el sexo real interno⁵⁶². Segundo, los casos de cambio de sexo sobrevenido, debido a una disforia de género. Sobre este último aspecto versa la Ley 3/2007. En síntesis, la discordancia entre el Registro y la realidad material puede proceder, bien de un error material al practicar la inscripción de nacimiento inscribiendo como hombre a la nacida como mujer y viceversa, o bien puede darse en aquellos supuestos en que el cambio de sexo es sobrevenido por razones psicológicas pudiendo dar lugar, aunque no se trate de un requisito taxativo como consecuencia de una operación de cirugía de cambio de sexo y a tratamiento hormonal: estaríamos ante el supuesto de la transexualidad. La rectificación vía expediente gubernativo solamente alcanzaba los supuestos mencionados en primer lugar, cuando se trataba de la corrección de errores originarios. En los supuestos de cambio sobrevenido, y consiguiente rectificación del Registro Civil, la DGRN había estimado que la modificación debía pretenderse por la vía de la jurisdicción ordinaria, si bien, este supuesto ha sido modificado al regularse en la Ley 3/2007 el expediente de rectificación de la mención registral del sexo de las personas⁵⁶³.

⁵⁵⁸ Por tanto, está legitimado quien tenga interés en la rectificación.

⁵⁵⁹ El Ministerio Fiscal participará en beneficio de los intereses públicos para garantizar que el procedimiento se siga conforme lo previsto por la normativa.

⁵⁶⁰ Los interesados que pueden resultar perjudicados por la modificación tienen derecho a ser informados así como, a oponerse en el supuesto que resulten perjudicados.

⁵⁶¹ El recurso es un derecho que permite que en el supuesto que se haya inhibido algún trámite o se haya efectuado sin las garantías legales correctamente, tendrá el interesado derecho a recurrir.

⁵⁶² ESPÍN ALBA, Isabel, *Transexualidad...* cit., pág. 106.

⁵⁶³ HOLGADO ESTEBAN, Juan, Capítulo III, punto 2, "VVAA", *Práctica del Registro Civil* (dir. SOSPENDRA NAVAS, Francisco), Thomson Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2007, pág. 184.

4.2. Los principios inspiradores de la Ley 3/2007, de 22 de marzo

Como es sabido, el Estado tiene competencia exclusiva en materia de ordenación de los Registros (art. 149.1.8 CE) y dicha competencia se esgrime de la disposición final primera de la LRR. Debiérase, sin embargo, y en aras de determinar las posibles competencias autonómicas -especialmente en autonomías con competencia civil como la catalana- concretar previamente que ha de entenderse por ordenación de los registros, y deslindar así las materias de la Ley que son competencia exclusiva del Estado, de aquellas otras que tienen carácter sustantivo pese a pertenecer a una noma registral, o que teniendo carácter registral acaso no puedan calificarse de normas ordenadoras del Registro.

Entendemos el concepto de transexualidad como un cambio de identidad de género, aunque el resultado registral es el cambio de sexo legal. En la Exposición de Motivos de la LRR, la reforma legislativa tiene lugar con la finalidad de garantizar el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad de las personas cuya identidad de género no corresponda con el sexo con el que inicialmente fueron inscritas. Se evita la idea de cambio de sexo, una vez que la reasignación biológica total no es viable y tampoco se exige la reasignación quirúrgica. Se centra en la voluntad del solicitante y en la constatación médica y psicológica de un cambio en su rol social, en su identidad de género, aunque el resultado es la alteración del sexo en la inscripción. El paso para alcanzar la identidad de género deseada viene por un reconocimiento jurídico de la nueva identidad sexual⁵⁶⁴. De modo que, para el Derecho, a través de un procedimiento registral, se homologa el criterio médico de que existe una disforia que eleva al individuo a desear una nueva identidad de género, y como consecuencia de ese reconocimiento posibilita una rectificación de la identidad sexual en el Registro.

Aunque se supera completamente el concepto de sexo biológico, para introducir los factores psicológicos y de identidad de género, no se admiten situaciones ambiguas en cuanto a la adscripción a un sexo. El art. 54.2 LRC dispone: *quedan prohibidos los nombres que objetivamente perjudiquen a la persona, los que hagan confusa la identificación y los que induzcan a error en cuanto al sexo.*

⁵⁶⁴ ESPÍN ALBA, Isabel, *Transexualidad...* cit., pág. 109.

El principio más destacado de la Ley es el de autodeterminación del individuo. No se trata de dejar en manos del sujeto la decisión sin más de cambiar de sexo, sino que se exige un diagnóstico de disforia de género. Tampoco está a su disposición crear un “tercer sexo”, sino que es preciso una adaptación física (que no tiene que alcanzar la cirugía de reasignación completa), psicológica y social al nuevo sexo legal. No se prevé al amparo de la LRR crear identidades de género que no puedan subsumirse en uno de los dos sexos legales.

El principio de autodeterminación del individuo es uno de los avances más significativos de la Ley, entendida como reflejo extremo del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Se deja en manos del solicitante el cambio la decisión sobre una cuestión jurídica que se entiende por el legislador de trascendencia limitada al ámbito privado⁵⁶⁵. Se sobreentiende que el ámbito privado se refiere a la determinación de la identidad sexual, no a las consecuencias que esta tiene una vez producida.

La no exigencia de cirugía proporciona un considerable margen a la persona transexual a la hora de decidir el cómo vivir su identidad de género. El individuo, con independencia de sus relaciones pasadas o futuras, puede decidir libremente su identidad sexual, aunque adaptándose a la exigencia registral de adscripción a un sexo, una vez que no se admiten situaciones intermedias; por tanto ni está contemplada la opción de un tercer sexo. El margen concedido de ejercicio de libre desarrollo de la personalidad no significa libre arbitrio sin más, sino que se exigen requisitos de certificaciones médica y psicológica que demuestran que no se trata sólo de un acto voluntarista sino el reconocimiento jurídico de un diagnóstico médico, bien que originado a partir de la libertad personal⁵⁶⁶.

En el procedimiento de cambio registral de sexo puede observarse que hay una doble intervención de los especialistas (médico, psicólogo clínico) para respaldar dos requisitos básicos. La persona solicitante debe acreditar que ha sido diagnosticada de disforia de género y para ello es preciso un informe médico o psicológico colegiado (art. 4.1.a) LRR). El sujeto debe acreditar que ha sido tratado médicamente durante al menos

⁵⁶⁵ *Ibidem*, pág. 110.

⁵⁶⁶ ARROYO I AMAYUELAS, Esther, “Sexo, identidad de género y transexualidad”, en *Matrimonio homosexual y adopción* (coord. NAVAS NAVARRO, Susana), Reus, Madrid, 2006, pág. 141.

dos años para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado, que se justificará mediante informe del médico colegiado bajo cuya dirección se haya realizado el tratamiento o, en su defecto, mediante informe de un médico forense especializado. Se abandona la estricta jurisprudencia que venía exigiendo la cirugía de reasignación completa para conceder el cambio legal del sexo de la persona. No se exige la esterilidad como requisito para acceder al cambio. Por tanto, se disocia el derecho reproductivo de la identidad sexual.

Otro requisito de la Ley es la publicidad restringida. El art. 7 LRR señala que *no se dará publicidad sin autorización especial de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas*, con el objetivo de garantizar la intimidad personal y familiar del solicitante del cambio, a efectos de vivir su sexo con total libertad y sin influencia del pasado.

4.3. Aspectos técnicos de la Ley

En cuanto el objeto de la Ley, el art. 1 debería haberlo establecido, pero no lo ha hecho. La Ley tiene como propósito regular los requisitos necesarios para acceder al cambio de la inscripción del nacimiento en el Registro Civil en el extremo relativo al sexo de una persona, cuando dicha inscripción no se corresponde con su verdadera identidad de género. De la exposición de motivos se deduce que la rectificación registral del sexo y el ámbito del nombre se dirigen a constatar como un hecho cierto el cambio ya producido de la identidad de género. Para ello, el cambio de identidad habrá de acreditarse debidamente, y la rectificación registral se llevará a cabo de acuerdo con la regulación de los expedientes gubernativos del Registro Civil, todo ello con arreglo a los requisitos sustantivos y procedimentales que veremos a continuación.

La Ley 3/2007 no regula el derecho del “transsexual diagnosticado” a adoptar su anatomía o su identidad sexual, sino que se ciñe a diseñar una acción de rectificación de los asientos registrales, regulando la legitimación y demás requisitos para solicitar y obtener la “rectificación de la mención registral del sexo”. En el título de la Ley 3/2007 se observa que es reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas. La rúbrica puede resultar confusa porque parece desprenderse un ámbito de aplicación mayor que el realmente comprendido, que no es otro que la

transexualidad, dado que puede inicialmente entenderse que va a afectar a cualquier rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas. Este es, a un ámbito de cobertura extensible a la transexualidad (o disforia de género), intersexualidad e indicación equivocada del sexo, como ocurre al regular los supuestos de publicidad restringida en el RRC (arts. 21 y 22), donde se alude genéricamente a la rectificación del sexo⁵⁶⁷. Dichas dudas quedan disipadas con la lectura de la Exposición de Motivos al precisar que la Ley tiene por objeto regular los requisitos necesarios para acceder al cambio de la inscripción relativa al sexo de una persona en el Registro Civil, cuando dicha inscripción no se corresponde con su verdadera identidad de género.

La Exposición de Motivos habla de transexualidad y de cambio de la identidad de género. El art. 4 se refiere al diagnóstico de disforia de género y a los tratamientos médicos para acomodar las características físicas a las correspondientes al sexo reclamado o de cirugía de reasignación sexual, y la Disposición Final segunda, apartado 4º, de casos de disforia de género. En el articulado de la Ley observamos aspectos conexos de carácter jurídico-civil, tales como los efectos derivados de dicha inscripción, la publicidad concerniente a la rectificación registral y diversas cuestiones administrativas relacionadas con la rectificación. Puede que hubiese sido más acertado redactar una ley integral del derecho de identidad sexual o de género que habría adoptado además de la rectificación registral⁵⁶⁸, otras medidas de carácter sanitario, penalización de la transfobia⁵⁶⁹, sobre el derecho de asilo⁵⁷⁰, en el ámbito penitenciario⁵⁷¹ y de materia laboral⁵⁷².

⁵⁶⁷ BUSTOS MORENO, Yolanda, *La Transexualidad...* cit., pág. 115.

⁵⁶⁸ Criterio defendido por BUSTOS MORENO en *Ibíd.*, págs. 116 a 117.

⁵⁶⁹ Según la Plataforma reivindicativa unitaria del movimiento asociativo transexual del Estado español, se entiende por transfobia aquellas actitudes de odio y rechazo hacia el colectivo transexual, que pueden acabar ocasionando, entre otros efectos perversos, agresiones a la persona transexual por motivo de su identidad de género. Vid. http://www.transrespect-transphobia.org/es_ES/countries/spain-1/spain-2/fuentes.htm. Consultado el 25.07.2015.

La transfobia funciona en diversos sentidos: como opresión que sufre toda la sociedad y que se traduce en la presión para que los hombres sean masculinos y las mujeres femeninas; como una discriminación de la sociedad en general hacia las personas trans, como el rechazo entre las personas trans mismas; también de la persona trans a sí misma, el auto-odio. Es decir, con la construcción de su subjetividad, en MISSÉ, Miquel, *Transexualidades...* cit., pág. 16.

La Ley 3/2007 se refiere en su rúbrica a la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, al igual que en la mayoría de su articulado, mientras que en el apartado 3 del art. 5 y en los incisos 1 y 2 del art. 6 opta por referirse al cambio de sexo. El empleo de uno u otro término, es decir, rectificación o modificación del sexo, no es un tema banal. La Real Academia Española define rectificar como “corregir las imperfecciones, errores o defectos de una cosa ya hecha”. Con ello, la “rectificación”, comprendería tan sólo la corrección de los datos o circunstancias de los asientos y su sustitución por los verdaderos, o sea, los supuestos susceptibles de rectificación por vía de expediente gubernativo de los arts. 93 (con anterioridad a la reforma de la Ley 3/2007) y 94 de la LRC (que con la entrada en vigor de la nueva LRC pasa a ser el art. 91⁵⁷³), que tienen en común la rectificación de errores de hecho o iniciales.

En ocasiones, se ha querido diferenciar expresamente el cambio de sexo de otros casos de rectificación o bien se ha venido excluyendo la transexualidad del término

⁵⁷⁰ El legislador se ha ocupado de la concesión del derecho de asilo a aquellas mujeres extranjeras que huyen de sus países de origen debido a un temor fundado de sufrir persecución por motivos de género. La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, a través de la Disposición adicional novena, ha añadido una nueva Disposición adicional tercera a la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado.

⁵⁷¹ Sí se ha resuelto el caso del internamiento en centros penitenciarios, permitiendo que puedan ingresar en prisiones de hombres o mujeres, según la identidad de género que manifiesten socialmente. En ese sentido la Instrucción de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias 17/2006 TGP, de 19.03.2006, sobre Integración Penitenciaria de Personas Transexuales prevé que, tras los preceptivos informes de valoración médica y psicológica y el reconocimiento de la identidad psico-social de género, a efectos penitenciarios, las personas transexuales sin identidad oficial de sexo acorde con ésta, puedan acceder a módulos y condiciones de internamiento adecuados a su condición.

⁵⁷² Sobre esta materia ya se han pronunciado los Tribunales españoles, STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) de 19.01.2006 (JUR 2006/84419). También se ha pronunciado el TJCE en el caso *PvS y Cornwall Conty Council* en la sentencia de 30.04.1996 (TJCE 1996/77).

⁵⁷³ Artículo 91 de la nueva LRC. Rectificación de los asientos por procedimiento registral. 1. *No obstante lo previsto en el artículo anterior, pueden rectificarse a través de un procedimiento registral: a) las menciones erróneas de los datos que deban constar en la inscripción; b) los errores que proceden de documento público o eclesiástico ulteriormente rectificado; c) las divergencias que se aprecien entre la inscripción y los documentos en cuya virtud se haya practicado.* 2. *La mención registral relativa al nombre y sexo de las personas cuando se cumplan los requisitos del artículo 4 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral relativa al sexo de las personas, se rectificará mediante procedimiento registral.* En tales casos, la inscripción tendrá eficacia constitutiva.

“rectificación”. Paralelamente, se ha cambiado de criterio cuando con la expresión “rectificación del sexo” se ha pretendido englobar, además de la transexualidad, la intersexualidad y el simple error material padecido en la consignación del sexo, según interpretación del art. 21 RRC realizada por la DGRN en la resolución de 09.06.1994⁵⁷⁴, confirmada por la resolución de 23.12.2000⁵⁷⁵. En conclusión, podría haberse subsanado añadiendo al título el inciso final “en los casos de disforia de género”⁵⁷⁶.

4.3.1. Legitimación

El art. 1.1 LRR establece que estará legitimado toda persona de nacionalidad española, mayor de edad y plenamente capaz. Si cumple estos tres requisitos podrá solicitar la rectificación de la mención registral del sexo. Debe hacerlo con carácter personalísimo, es decir, no puede delegar a un tercero. El art. 97.1 LRC establece que el transexual es una persona interesada a los efectos de promover su reasignación registral de sexo. Sorprende que se hayan excluido a los extranjeros, a la vista de la postura asumida por la DGRN en distintas resoluciones, especialmente en la Resolución de 24.01.2005⁵⁷⁷, que mantiene la posibilidad de cambio de sexo conforme el orden público español⁵⁷⁸. La explicación es que estamos ante una ley registral y no de una ley de identidad de género. LLOVERAS FERRER⁵⁷⁹, considera, “perfectamente lógico si tenemos en cuenta que se trata de la rectificación de una indicación de la inscripción de nacimiento sin que se cree ningún tipo de libro específico para estos casos. Los ciudadanos extranjeros residentes o no en España no constarán en el Registro Civil a estos efectos y, por tanto, nada tienen que rectificar de su contenido”. El argumento esgrimido no parece suficiente porque

⁵⁷⁴ RJ 1994/6039.

⁵⁷⁵ JUR 2000/231692.

⁵⁷⁶ BUSTOS MORENO, Yolanda, *La Transexualidad...* cit, pág. 124.

⁵⁷⁷ RJ 2005/1954. Resolución sobre la que ya nos hemos referido con detenimiento en el capítulo segundo del trabajo relativo al derecho comparado.

⁵⁷⁸ ARENAS GARCÍA, Rafael, “Transexualidad y Matrimonio en el Derecho Internacional Privado”, en *Matrimonio homosexual y adopción* (dir. NAVAS NAVRRO, Susana), Reus, Madrid, 2006, págs. 191 y ss.

⁵⁷⁹ LLOVERAS FERRER, Marc-Roger, “Una ley civil para la transexualidad”, *inDret*, núm. 1/2008, http://www.indret.com/pdf/510_es.pdf. Consultado el 03.09.2013.

como pone de relieve ÁLVAREZ GONZÁLEZ⁵⁸⁰, en el Registro Civil español también existen inscripciones relativas a extranjeros *ex. art. 15 LRC* que dice: (...) *cuyo sexo y nombre registrados seguirán siendo ajenos a la posibilidad que obre la Ley 3/2007*. Consideramos, por tanto, que la Ley debiera extenderse al menos a los extranjeros inscritos. Ciertamente, el art. 14 CE predica el principio de igualdad y no discriminación entre todos los españoles no incluyendo a los extranjeros; pero no es menos cierto que a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁵⁸¹, una discriminación de los extranjeros en esta materia sería de dudosa constitucionalidad por infracción del art. 10 CE. Y esta discriminación se produciría en el supuesto de obligar a los extranjeros incluso con residencia legal en España e inscritos en el Registro civil, a acudir al procedimiento registral abreviado previsto en la LRR, que les estaría vetado, y obligarles a acudir al procedimiento ordinario. Al margen de esto, antes de la reforma de 2007, varias sentencias de distintas audiencias provinciales –como se verá en el análisis jurisprudencial que vendrá– ya admitían el cambio de sexo sin intervención quirúrgica, por lo que no tendría sentido aplicar la jurisprudencia de entonces vigente del Tribunal Supremo que si requería dicha intervención, lo cual supondría una segunda discriminación para los extranjeros.

Siguiendo con el requisito de la nacionalidad española, el Convenio núm. 29 de la Comisión Internacional del Estado Civil relativo al reconocimiento de las decisiones constatando un cambio de sexo, redactado en Viena el 12.09.2000, dispone en su art. 1: *las decisiones judiciales o administrativas definitivas constatando el cambio de sexo de una persona adoptadas por las autoridades competentes de un Estado contratante son reconocidas en los otros Estados contratantes cuando, a la fecha de la solicitud, el interesado ostenta la nacionalidad del Estado en que se ha adoptado la decisión o tiene en él su residencia habitual*⁵⁸².

Del requisito de la mayoría de edad la regla general es que se requiere mayoría de edad más capacidad suficiente. Queda vedada la posibilidad de cambios legales de sexo a los

⁵⁸⁰ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, “La Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas y la legitimación restringida a nacionales españoles”, en *Revista de Derechos Internacionales*, núm. 1, 2007, pág. 445.

⁵⁸¹ *Ibidem*, págs. 445 y ss.

⁵⁸² http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2011-2609.

menores de edad. Situación diferente es que el menor puede haber sido diagnosticado y sometido –con la autorización de sus padres o representantes legales– a tratamiento médico antes de los 18 años, pero solo con la mayoría de edad podrá solicitar el cambio en el Registro Civil. ESPÍN ALBA⁵⁸³ considera que es razonable el requisito de la mayoría de edad, como sinónimo de madurez. Ahora bien, la necesidad de al menos dos años de tratamiento médico no impide que dicho período haya transcurrido antes de cumplida la mayoría de edad, lo cual parece una exigencia razonable que no coarta el libre desarrollo de la personalidad del individuo, sino que se limita a establecer un criterio jurídicamente objetivo para garantizar que la persona asume libre e individualmente una nueva identidad de género. Puede acreditarse la madurez del transexual por medio de certificado médico de que la persona no padece trastornos de la personalidad relevantes que puedan desnaturalizar la diagnosis de disforia de género⁵⁸⁴.

Por último, destaca la ausencia del requisito de la inexistencia de vínculo matrimonial del interesado⁵⁸⁵.

4.3.2. Procedimiento

El procedimiento, –en el que interviene el Ministerio Fiscal– a seguir para la rectificación de la mención registral del sexo se tramitará y acordará con sujeción a las disposiciones de la LRR, de acuerdo con las normas establecidas en la LRC para los expedientes gubernativos. En la solicitud de rectificación registral se deberá incluir la elección de un nombre propio, salvo cuando la persona quiera conservar el que ostenta y éste no induzca a error en cuanto al sexo con arreglo al art. 54 de la LRC (apartado 2). La autoridad competente para conocer de las solicitudes de rectificación registral de la mención del sexo es el Encargado del Registro Civil del domicilio del solicitante. Se

⁵⁸³ ESPÍN ALBA, Isabel, *Transexualidad...* cit., pág. 122.

⁵⁸⁴ SOSPEDRA NAVAS, Francisco, *Práctica del Registro Civil* (dir. SOSPEDRA NAVAS, Francisco), Thomson Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2007, pág. 70.

⁵⁸⁵ No se exige la adecuación a través de reasignación sexual, como dispone la ley en el art. 4.1.2, ni la esterilidad o ausencia de vínculo matrimonial. DÍAZ FRAILE, Juan María, “Informe sobre el Proyecto de Ley reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas”, en *Jurisprudencia Registral sobre nacionalidad y estado civil*, Cizur Menor, Navarra, 2006, pág. 2272.

trata de un procedimiento próximo a los actos de la jurisdicción voluntaria. No obstante, el art. 1.2 LRR impone normas especiales⁵⁸⁶.

El art. 2.1 de la Ley declara que *la rectificación de la mención registral del sexo se tramitará y acordará con sujeción a las disposiciones de esta Ley, de acuerdo con las normas establecidas en la Ley de Registro Civil, de 8 de junio de 1957, para los expedientes gubernativos*. Hasta el año 2007, la Dirección General había establecido que el procedimiento seguido en la modificación del sexo por transexualidad no debía ser el expediente gubernativo, sino que la rectificación en dichos casos había de obtenerse a través de sentencia firme en juicio ordinario, *ex* art. 92.1 LRC. Como recoge el Convenio n. 29 de la CIEC en su art. 1, cabe que el cambio de sexo de una persona sea adoptado como consecuencia de una decisión judicial o bien administrativa, aunque definitiva en ambos casos. En España, se ha considerado –hasta la Ley 3/2007– que el procedimiento judicial declarativo ordinario era la vía adecuada para encauzar las acciones de estado civil y, en particular, la solicitud de cambio de sexo y nombre de los transexuales, frente al trámite del expediente gubernativo⁵⁸⁷. Distinguimos dos criterios: a) la vía judicial del proceso ordinario, como criterio seguido hasta la Ley 3/2007. El TS consideró la sentencia judicial como el cauce procesal adecuado para rectificar la inscripción registral de sexo del transexual⁵⁸⁸. La tramitación procesal que seguían era la del juicio ordinario que regula la LEC en el Título II del Libro II. Una vez firme la sentencia estimativa, se instaba a la autoridad judicial a promover la inscripción de la sentencia en el Registro Civil, remitiéndola de oficio al Encargado del Registro Civil correspondiente, a fin de que rectificara la inscripción de nacimiento del transexual, *ex* arts. 25, 92 LRC y art. 82 RRC; b) la opción del expediente gubernativo frente al proceso judicial ordinario. La Ley 3/2007 ha determinado que la rectificación de la mención registral del sexo en los casos de transexualidad se tramite conforme a las normas registrales establecidas para los expedientes gubernativos. Este trascendental cambio se puede considerar, junto a la no exigencia de cirugía de reasignación sexual, como uno de los aspectos más significativos de la Ley 3/2007.

⁵⁸⁶ STS 17.09.2007 (FJ 5), EDJ 2007/152384.

⁵⁸⁷ BUSTOS MORENO, Yolanda, *La transexualidad...* cit., pág. 180.

⁵⁸⁸ STS 02.07.1987, RJ 198/5045; STS 15.07.1988, RJ 1988/5722; STS 19.04.1991, RJ 1991/2725.

El expediente gubernativo puede constituir la vía adecuada para conseguir la constancia registral del cambio de sexo⁵⁸⁹. En primer lugar, porque ofrece unas garantías, dado que la función registral se ejerce por un órgano judicial, el Juez de Primera Instancia; segundo, porque el expediente registral está inspirado en el principio de oficialidad; tercero, porque el Ministerio Fiscal interviene de un modo general en los expedientes registrales con el fin de asegurarse que se desarrolle en el marco de una instrucción y tramitación adecuada; cuarto, porque el procedimiento se desarrolla dentro de una agilidad y sencillez que se enmarca dentro del principio de economía procesal del art. 354 RRC; quinto, porque es un medio de rectificar el Registro, que ya viene siendo utilizado habitualmente de conformidad con el art. 37 LRC.

Respecto a la normativa aplicable al procedimiento, el Preámbulo de la Ley, declara que *la rectificación registral se llevará a cabo de acuerdo con la regulación de los expedientes gubernativos del Registro Civil*. La Ley no establece un nuevo procedimiento para la rectificación registral del sexo, sino que designa el procedimiento adecuado tomando partido entre las dos soluciones legalmente previstas para la rectificación registral en los arts. 92 a 97 LRC (sustituidos por el art. 91 de la nueva LRC), es decir, el juicio ordinario o el expediente gubernativo, decidiendo a favor de este último. Se trata de una decisión del legislador que modifica el criterio seguido por el Tribunal Supremo y la DGRN hasta el 2007, como hemos explicado. La Ley establece en el art. 2.1 normas procedimentales especiales referentes a la competencia y legitimación. Por lo demás, remite a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil para los expedientes gubernativos, lo cual hay que entenderlo referido a los arts. 93 a 97 LRC, que quedan sustituidos por el art. 91 de la nueva LRC relativo a la rectificación de los asientos por procedimiento registral. También son aplicables las disposiciones del RRC, en particular, el Título VI, Capítulo V (arts. 341 a 362) que recoge las reglas de los expedientes en general.

Como excepciones a esta remisión general efectuada a la legislación del Registro Civil sobre el procedimiento, se declara en el art. 2.2 de la Ley que *no son de aplicación en el expediente para la rectificación de la mención registral del sexo: a) La regla primera*

⁵⁸⁹ BUSTOS MORENO, Yolanda, *La transexualidad...* cit., pág. 198.

*del artículo 97 de la Ley de Registro Civil*⁵⁹⁰; b) *El párrafo segundo del artículo 218 del Reglamento del Registro Civil*⁵⁹¹; c) *Los párrafos tercero y cuarto del artículo 349 del Reglamento del Registro Civil*⁵⁹². La Disposición Final Segunda, apartado cuarto de la Ley ha reformado el art. 93 LRC en su segundo inciso añadiéndole un segundo párrafo que reza: *no obstante el artículo anterior, pueden rectificarse previo expediente gubernativo: (...) 2º. La indicación equivocada del sexo cuando igualmente no haya duda sobre la identidad del nacido por las demás circunstancias, así como la mención relativa al sexo de las personas en los casos de disforia de género.* De lo anterior extraemos dos conclusiones: primera, la consideración de la transexualidad como un supuesto a tramitar por medio del expediente gubernativo; segunda, la inclusión de la disforia de género –que es un concepto médico– en la legislación registral.

En definitiva, la Ley se configura sobre la base de articular un procedimiento registral de rectificación de los asientos o inscripciones registrales. La regla general es la de que tal manifestación sólo puede tener lugar por sentencia firme en juicio ordinario, debiendo dirigirse la demanda contra el Ministerio Fiscal, con arreglo al principio de la salvaguarda judicial de los asientos registrales (art. 2 y 92 LRC). Esta regla general está sujeta a una serie de excepciones en los arts. 93 a 95 de la Ley, en que se admite que la rectificación puede tener lugar a través del cauce de un expediente registral, entre cuyas excepciones figura la relativa a la rectificación de la “indicación equivocada del sexo cuando igualmente no haya duda sobre la identidad del nacido por las demás

⁵⁹⁰ Es decir, que el documento haya sido otorgado por autoridad extranjera competente conforme a la legislación de su Estado.

⁵⁹¹ El artículo hace referencia a que la inscripción sólo puede practicarse si se solicita antes de ciento ochenta días desde la notificación.

⁵⁹² El párrafo tercero regula que: *Cuando no conste el paradero de algún interesado, se hará la notificación por anuncio general de la incoación mediante edictos fijados en el tablón de anuncios del Registro y en el de las oficinas que se juzgue oportuno. En expediente relativo a numerosos asientos, basta que el anuncio determine la Sección y fecha de los hechos de que dan fe las inscripciones principales afectadas.* Y, el párrafo cuarto, establece: *Si se estima conveniente por la índole de la cuestión, cabe que, además de las notificaciones, se haga también anuncio general de la incoación por edictos o cualquier otro medio de publicidad; la inserción en periódicos oficiales u otros medios de información general sólo cabe si la causa es grave y lo ordena la autoridad que haya de resolver el expediente. No obstante, a petición y costa del interesado, se ordenará la publicidad que proponga, si no hubiera en ello afrenta a persona u otro inconveniente.*

circunstancias⁵⁹³, precepto que va a acoger también el supuesto de la rectificación del sexo en los casos de transexualidad. El art. 2 de la Ley no introduce un procedimiento registral autónomo, sino que opta por someter dicha rectificación al procedimiento común previsto por la Ley del Registro Civil de 08.06.1957, para los expedientes registrales. Esta precisión remite a las “reglas de los expedientes en general”, contenidas en los arts. 341 a 354 del RRC y de las específicas de rectificación en la inscripción de nacimiento de la indicación del sexo. Si bien la Ley no contiene ninguna disposición transitoria en relación con los procedimientos judiciales iniciados antes de su entrada en vigor y pendientes de resolución, la STS de 17.09.2007, ha aplicado los criterios consagrados en la Ley 3/2007, entendiendo que puede subsumirse en la Disposición Transitoria 1ª del Código Civil.

El art. 3 de la Ley 3/2007, establece 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. La solicitud para iniciar el expediente gubernativo que ha de acordar la rectificación registral del sexo se presenta mediante escrito del interesado dirigido al Encargado del Registro Civil de su domicilio, en virtud del art. 3 de la Ley. Se reflejará la petición de que se rectifique la mención relativa a su sexo así como el nombre que propone en concordancia con el nuevo sexo inscrito, salvo cuando la persona quiera conservar el que ostente y éste no sea contrario a los requisitos establecidos en la Ley del Registro Civil, *ex arts. 1.1 y 2.1 segundo párrafo de la Ley 3/2007*. El art. 1.1 de la Ley dispone que *la rectificación del sexo conllevará el cambio del nombre propio de la persona, a efectos de que no resulte discordante con su sexo registral*. El art. 2.1 señala que *en la solicitud de rectificación registral se deberá incluir la elección de un nuevo nombre propio, salvo cuando la persona quiera conservar el que ostente y éste no sea contrario a los requisitos establecidos en la Ley del Registro Civil*⁵⁹⁴. Para la elección de un nuevo nombre propio deberá existir justa causa en la pretensión y que no haya perjuicio para tercero (art. 210 RRC), además, el

⁵⁹³ DÍAZ FRAILE, Juan María, *Identidad sexual y registro civil. Exégesis de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas*, Boletín del Colegio de Registradores de España, ISSN 1135-0180, nº. 156, 2009, págs. 705 a 726.

⁵⁹⁴ El art. 54 segundo párrafo LRC establece que: *quedan prohibidos los nombres que objetivamente perjudiquen a la persona, los que hagan confusa la identificación y los que induzcan a error en cuanto al sexo*.

nombre propio solicitado no podrá infringir las normas que regulan su imposición (arts. 54 LRC y 192 RRC). La única excepción para solicitar el cambio de sexo del sujeto sin afectar a su nombre propio es que se trate de un nombre ambiguo, que es la posibilidad que se desprende del art. 2.1 segundo párrafo de la Ley cuando afirma: *la persona quiera conservar el que ostente y éste no sea contrario a los requisitos establecidos en la Ley del Registro Civil*.

Una vez que la resolución es firme, debe ejecutarse en el sentido de que así se ha acordado la oportuna rectificación de la mención registral del sexo, y en su caso, el cambio de nombre. La Ley sólo indica que *la resolución que acuerde la rectificación de la mención registral del sexo tendrá efectos constitutivos a partir de su inscripción en el Registro Civil* (art. 5.1)⁵⁹⁵.

4.3.3. Requisitos

Los requisitos que debe acreditar la persona solicitante para que se acuerde la rectificación son dos y están regulados en el art. 4.1 LRR: primero, que le ha sido diagnosticada disforia de género, lo cual se acreditará mediante informe de médico o psicólogo colegiado. Segundo, que ha sido tratada médicamente durante al menos dos años para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado, bastando informe del médico colegiado. Se trata en definitiva de un doble informe: en primer lugar, el diagnóstico de disforia emitido por médico o psicólogo clínico, colegiados en España o cuyos títulos hayan sido reconocidos u homologados en España; en segundo lugar, un informe que acredite el tratamiento médico durante al menos dos años de un médico colegiado, bajo cuya dirección se haya realizado el tratamiento, o un informe de un médico forense especializado.

ESPÍN ALBA⁵⁹⁶ considera preciso superar el llamado “test de la vida real”⁵⁹⁷, que algún autor, como BUSTOS MORENO, considera necesario para autorizar la modificación.

⁵⁹⁵ La inscripción sólo puede practicarse si se solicita antes de ciento ochenta días de la notificación, conforme el art. 218 del RRC.

⁵⁹⁶ ESPÍN ALBA, Isabel, *Transexualidad...* cit., pág. 129.

⁵⁹⁷ Consiste en un test que valorará el grado de adaptación al nuevo sexo. Vid. MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel: “El transexualismo en el derecho español (3): Otras sentencias del Tribunal

Tampoco se exige la adecuación física del transexual a través de la cirugía de reasignación sexual; ni requiere la Ley un certificado final emitido por una comisión de especialistas que acredite el cumplimiento de todos los requisitos, como si exigen, por ejemplo, el Reino Unido⁵⁹⁸ o Austria⁵⁹⁹, sino tan sólo aportar los informes individuales de los correspondientes facultativos (art. 4.1.a) y b)).

Aunque el principio general es el de reasignación sexual y el tratamiento hormonal, la Ley no lo establece como requisitos imprescindibles. Esta particularidad, junto con la previsión del procedimiento administrativo, constituyen el núcleo principal de la reforma. Remitiéndonos ahora al primer aspecto, debe recordarse que el sexo cromosómico de la persona presenta un carácter inmutable, que la determina como hombre o mujer de forma irreversible para toda su vida; pero también lo es que, por el contrario, el sexo gonadal puede ser parcialmente modificado mediante el adecuado tratamiento médico-hormonal, así como también puede ser alterada la apariencia anatómico-legal por medio de la cirugía transexual. Por ello, la jurisprudencia, en una primera fase admitió la rectificación registral de la mención del sexo de los transexuales y su cambio de nombre, como expresión de su derecho al libre desarrollo a su propia personalidad, conforme el art. 10 CE, pero siempre en relación con aquellos transexuales que, conservando su invariable sexo genético, hubieran adecuado su sexo morfológico al pretendido por medio de la técnica quirúrgica. En ausencia de este requisito, se consideraba que la pretensión de cambio de sexo iba en contra del principio de concordancia del Registro con la realidad, pues el transexual no operado sigue teniendo no sólo su original sexo cromosómico, sino también el inicial sexo gonadal y anatómico. Pues bien, esta exigencia tradicional de la cirugía de reasignación sexual se ha suprimido en la Ley 3/2007, si bien hay que decir que ello no supone una novedad

Supremo sobre el cambio de sexo”, en AC, núm. 3, 1990, págs. 719 a 741. El “Test o Experiencia de la vida real”, según *The Harry Benjamin International Gender Dysphoria Association* (HBI-GDA) se define como “el acto por el cual la persona se adapta plenamente a un rol nuevo o evolutivo de identidad sexual ante los acontecimientos y circunstancias de la vida cotidiana”. Vid. <http://www.transgendercare.com/guidance/resources/hbigda01/>. Consultado el 26.04.2013.

⁵⁹⁸ Apartados 2 y 3 de la *Gender Recognition Act*.

⁵⁹⁹ Transsexueller Erlaß, 2.1, último párrafo.

absoluta, sino que viene a refrendar la jurisprudencia inmediatamente anterior, que había superado el anterior dogmatismo y a la que después haremos referencia.

Aportar el informe diagnóstico es uno de los requisitos que debe cumplir la persona transexual solicitante de la rectificación registral. Debe ser realizado por alguno de los profesionales que estipula la Ley y cuyo contenido mínimo determina la misma –en concreto, el art. 4.1.a)–. La Ley se refiere a informe emitido por un médico sin mayores especificaciones. Al no precisar qué especialidades ha de poseer el profesional, puede suponerse que se refiere al psiquiatra, los médicos forenses⁶⁰⁰, o al endocrino bajo cuya dirección se haya realizado el tratamiento hormonal⁶⁰¹. La Ley declara competente a los psicólogos, si bien tan sólo en la especialidad clínica⁶⁰². La Ley sigue los Estándares de Tratamiento de la *Harry Benjamin International Gender Dysphoria Association* (HBIGDA) que determinan que, dentro del equipo multidisciplinar que debe atender a los pacientes con trastorno de identidad de género, el psiquiatra o psicólogo es el primer miembro del equipo y al que corresponde la elaboración del diagnóstico⁶⁰³.

En España, se requiere que el diagnóstico de disforia de género lo emitan únicamente los psicólogos clínicos. Se les considera profesionales con capacidad para actuar psicológicamente con las personas transexuales y emitir el informe diagnóstico que exige la Ley. El Decreto de Especialidad de Psicología Clínica otorga al psicólogo clínico que preste servicio en Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social el carácter de Facultativo Especialista⁶⁰⁴. De la norma se desprende la capacitación para la realización de diagnósticos. Por tanto, el diagnóstico del psicólogo es el que determina sí la persona en cuestión se puede someter al tratamiento hormonal e intervenciones quirúrgicas. La Ley no exige que el diagnóstico de disforia de género lo emitan dos

⁶⁰⁰ En aplicación del art. 294.4º RRC.

⁶⁰¹ *Ex* art. 4.1.b) de Ley 3/2007.

⁶⁰² El RD 2490/1998, de 20 de noviembre, regula el título oficial de psicólogo especialista en Psicología Clínica, BOE de 02.12.1998.

⁶⁰³ También la Ley Inglesa *Gender Recognition Act*, section 3 (1) (b); la Ley Holandesa (art. 29.b) permiten que el citado informe lo elabore un médico o un psicólogo. En cambio, el art. 62 bis §2 del *Code Civil* belga limita competencialmente a la declaración elaborada por un psiquiatra. La legislación alemana –*Transsexuellengesetz* §4 (3)– y austríaca –*Transsexueller Erlass* 2.1– se habla de expertos en problemas de transexualidad.

⁶⁰⁴ Real Decreto 2490/1998, de 20 de noviembre, en concreto la Disposición Adicional Segunda.

especialistas simultáneamente. El art. 4.1.a) declara alternativamente que sea informe de médico o psicólogo clínico, mientras que en otros países se exige la opinión de dos expertos en la materia⁶⁰⁵.

4.3.4. Concepto de disforia de género

La Ley 3/2007 contempla que el informe diagnóstico debe hacer referencia a que el solicitante sufre disforia de género, según establece el art. 4.1.a). Este término, introducido en la literatura médica por FISK en 1973⁶⁰⁶, se define, en el sentido de que el trastorno produce una ansiedad asociada al conflicto entre la identidad de género sexual y el sexo asignado. Los transexuales pueden sufrir o no distintos grados de disforia de género⁶⁰⁷. Este parece ser el sentido que se quiere otorgar al concepto de disforia de género cuando en la Instrucción de la Dirección General de Instrucciones Penitenciarias (DGIP) 17/2006, se declara, que el informe psicológico deberá hacer referencia, entre otros aspectos, a la “evacuación de la presencia de disforia de género por identidad sexual”⁶⁰⁸.

El término disforia de género también se utiliza como sinónimo de “trastorno de identidad de género”⁶⁰⁹. Así, se define la transexualidad, como una forma extrema de disforia de género, entendiéndose que esta expresión resuelve el conflicto de la identidad / rol de género mediante el cambio de identidad sexual, normalmente con reasignación de sexo y excepcionalmente sin él. Esta es la acepción que sigue la Ley 3/2007⁶¹⁰, en el art. 4.1.a) y en la Disposición final segunda, apartado cuatro y que, emplea el Tribunal Supremo⁶¹¹. Según BUSTOS MORENO⁶¹² hubiera resultado suficiente con la

⁶⁰⁵ En el Reino Unido la *Gender Recognition Act*, section 3 (1) (a) y (b). En Alemania, la *Transsexuellengesetz* §4 (3).

⁶⁰⁶ BUSTOS MORENO, Yolanda, *La transexualidad...* cit., pág. 133.

⁶⁰⁷ MARTÍNEZ PEREDA, Consuelo Madrigal, “Operaciones sexuales: castración, esterilización, y especial estudio del transexualismo”, en *Derecho médico*, vol. I, (coord. MARTÍNEZ CALCERRADA, Luís), Díaz de Santos, Madrid, 1986, pág. 400.

⁶⁰⁸ Disposición cuarta, apartado 3b).

⁶⁰⁹ GOOREN, Louis, “El transexualismo, una forma de intersexo”, en *Transexualidad: la búsqueda de una identidad* (coord. BECERRA FERNÁNDEZ, Manuel), Madrid, 2003, pág. 49.

⁶¹⁰ BUSTOS MORENO, Yolanda, *La transexualidad...* cit., pág. 134.

⁶¹¹ STS de 17.09.2007, JUR 2007/4968.

descripción de este síndrome⁶¹³, o cuando menos, que el legislador hubiera empleado el término transexualismo o transexualidad que son más conocidos.

El art. 4.1.a) de la Ley no sólo exige que el informe diagnóstico indique que el solicitante tiene “disforia de género”, sino también que haga referencia a los siguientes extremos: *1. A la existencia de disonancia entre el sexo morfológico o género fisiológico inicialmente inscrito y la identidad de género sentida por el solicitante o sexo psicosocial, así como la estabilidad y persistencia de esta disonancia. 2. A la ausencia de trastornos de personalidad que pudieran influir, de forma determinante, en la existencia de la disonancia reseñada en el punto anterior.* Estos incisos son consecuencia de la Instrucción de la DGIP 17/2006, en su disposición cuarta⁶¹⁴, en relación al contenido del informe psicológico. La existencia de disonancia entre el sexo morfológico o género fisiológico o inicialmente inscrito y la identidad de género sentida por el solicitante o sexo psicosocial, recogida en la primera parte del inciso primero del art. 4.1.a), no es sino la descripción de la transexualidad o trastorno de identidad de género que sufre la persona, desde el punto de vista médico.

La Ley no exige plazo para apreciar la existencia de la disonancia descrita en el art. 4.1.a), en contraste con la opción legal que sigue la referenciada Instrucción al precisar “un periodo suficiente de, al menos, doce meses”. Según los criterios establecidos por el DSM-IV y en el ICD-10, se fija en dos años el periodo durante el cual el psicólogo diagnosticará el trastorno de género del individuo. La Ley debería haber exigido algún plazo mínimo durante el cual se llevara a cabo el diagnóstico, dada la importancia del informe y su trascendencia. Además, el informe diagnóstico deberá hacer referencia “a la ausencia de trastornos de personalidad que pudieran influir, de forma determinante, en la existencia de la disonancia reseñada en el punto anterior”. Se sigue lo dispuesto en

⁶¹² BUSTOS MORENO, Yolanda, *La transexualidad...* cit., pág. 136.

⁶¹³ Con este requisito ya se cumple si el informe diagnóstico se realiza conforme lo previsto en el art. 4.1.a) de la Ley.

⁶¹⁴ Disposición cuarta, apartado 3: *el informe diagnóstico, tomando en consideración el informe médico, deberá informar sobre: a) La disonancia entre el género fisiológico de origen y el sentido psicológicamente, así como la coincidencia y estabilidad de ésta disonancia con una trayectoria psicosocial en un período suficiente de, al menos, doce meses. b) Ausencia de trastornos de personalidad que pudieran influir, de forma determinante, en su elección de identidad de género. c) Evaluación de la presencia de disforia de género por identidad sexual.*

la Instrucción de la DGIP 17/2006, en su disposición cuarta apartado 3b) en relación al informe del contenido psicológico.

Uno de los principales extremos que debe recoger el informe diagnóstico es la evaluación clínica que detecte problemas psicopatológicos, desde el punto de vista psiquiátrico / psicológico. Los criterios diagnósticos de transexualismo que establece el DSM-IV o el ICD-10 indican que el sentido de “disconfort” con el sexo anatómico y deseo de librarse de los propios genitales para vivir como miembro del otro sexo no sea debido a un desorden mental coexistente⁶¹⁵. Según la Guía Clínica debe evaluarse la existencia de psicopatología asociada, entendiéndose por ello adicción, tendencias suicidas, perversiones, trastornos de personalidad, cuadros psicóticos, entre otros. No resulta inusual que algunos transexuales sufran determinados trastornos psíquicos como depresión⁶¹⁶. La indicación de que la persona transexual que solicita la rectificación sufre alguno de estos trastornos asociados a la transexualidad, y el grado resulta de interés por tres motivos. Primero, para indicar el tratamiento médico adecuado a seguir. Segundo, desde el ámbito sanitario, a la hora de enjuiciar el paciente si éste tiene la capacidad suficiente para consentir dichos tratamientos; además ayudará a determinar si el solicitante tiene capacidad suficiente para inscribir el cambio en el Registro Civil⁶¹⁷. Tercero, el informe diagnosticado aportado deberá indicar que el solicitante no sufre trastornos de personalidad que influyan en la existencia de la disonancia referida⁶¹⁸.

La clasificación de los trastornos de la personalidad se basa en dos sistemas diagnósticos⁶¹⁹. Según el DSM-IV⁶²⁰, se definen como agrupaciones de rasgo, estables

⁶¹⁵ Vid. la Guía Clínica para el diagnóstico y tratamiento de los trastornos de identidad de género. Elaborada por la Sociedad Española de Endocrinología y Nutrición (coord. BECERRA FERNÁNDEZ, Antonio), mayo 2002. <http://www.elsevier.es/es-revista-endocrinologia-nutricion-12-articulo-trastornos-identidad-genero-guia-clinica-13042311>. Consultado el 19.01.2015.

⁶¹⁶ STSJ de Asturias, Sala de lo Social, de 31.01.2003, AS 2003/1718.

⁶¹⁷ Art. 1 de la Ley 3/2007.

⁶¹⁸ Art. 4.1.a) Ley 3/2007.

⁶¹⁹ La idea de transexualidad normativa está relacionada con la crítica al modelo de la patologización. La perspectiva médica ha puesto sobre la mesa una determinada manera de ser transexual que se presenta como correcta. Para obtener el diagnóstico de trastorno de la identidad de género hace falta presentar unas características muy particulares fijadas en los manuales internacionales de enfermedades. Entre las más importantes, se encuentran la de haber expresado el deseo de vivir en el otro género desde la infancia, el

en el tiempo, que tienen su inicio en la adolescencia o en la edad adulta temprana y causan deterioro importante del funcionamiento social o laboral, o ambos. El DSM-IV presenta una lista de 10 categorías que pueden agruparse en tres grupos⁶²¹. La CIE-10 define los trastornos de la personalidad como trastornos graves en la constitución caracterológica y en las tendencias conductuales del individuo.

4.3.5. Tratamiento médico

La Ley se refiere a este aspecto en el art.4.1.b) al determinar que debe acreditarse que la persona solicitante *ha sido tratada médicamente durante al menos dos años para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado. Y no será necesario (...) que el tratamiento médico haya incluido cirugía de reasignación*

sentir rechazo hacia las características sexuales secundarias del propio cuerpo, hacia los genitales e, incluso, rechazo a tener relaciones sexuales. Estos criterios han establecido una forma de ser transexual aceptable y legítima, una transexualidad normativa y, a la vez, han dejado fuera a mucha gente que, a pesar de identificarse como trans, nunca obtendrá el diagnóstico favorable. Vid. en MISSÉ, Miquel., *Transexualidades...* cit, pág. 51. Para MISSÉ “la patologización de la transexualidad es solo una pieza de un gran engranaje más importante, de una maquinaria que ha sido definida como sistema heteropatriarcal. Este sistema se basa en la división binómica de las personas en dos únicos sexos (exclusivos y excluyentes), la superioridad de los hombres sobre las mujeres que naturaliza en los hombres unas determinadas características (la masculinidad tradicional) y en las mujeres otras (la feminidad tradicional), y la atracción de los hombres por las mujeres y al revés para garantizar la reproducción de la especie. Lo que es problemático no es la persona transexual sino la sociedad en la cual vive; una sociedad que no puede encajar esta identidad y que solo valida el rol de género masculino en personas nacidas con cuerpo de hombre y el rol de género femenino en personas nacidas con cuerpo de mujer. “Para legitimar el binomio hace falta invisibilizar y patologizar todas las otras opciones que existen”. Si dejamos de pensar exclusivamente en hombres y mujeres, podríamos superar esta lógica binaria que acaba por excluir a las personas trans. Es el binarismo de género la principal causa de la transfobia. La voluntad en reflexionar sobre la importancia de superar el paradigma médico. Superar no quiere decir eliminar, pero sí relativizar y también transformar. ¿Cómo se construye la alternativa al paradigma médico? La respuesta podría ser visibilizando todo aquello que el trastorno de identidad de género niega, todo aquello que se supone que una persona transexual no ha de ser ni hacer”, en MISSÉ, Miquel, *Transexualidades...* cit., págs. 85 a 89 y 103 a 107.

⁶²⁰ Cuarta edición revisada del Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales.

⁶²¹ Grupo A, Excéntricos: paranoide, esquizoide, esquizotípico; Grupo B: dramático, emocional o errático, límite, antisocial, histriónico, narcisista; Grupo C: ansioso o temeroso, por evitación, por dependencia, obsesivo-compulsivo.

sexual (art. 4.2). El concepto de “tratamiento médico” exigido durante dos años por la Ley debe considerarse que es sólo el hormonal. Así lo especifica el art. 4.2º: *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*, lo que se adecua con la realidad y el deseo de muchos transexuales que no quieren someterse a cirugía. La prueba del tratamiento médico consiste *en un informe del médico colegiado bajo cuya dirección se haya realizado el tratamiento o, en su defecto, mediante informe de un médico forense especializado* (art. 4.2.a).

La Ley española se distingue de otras de otros países de nuestro entorno, ya que mientras algunas Leyes exigen la cirugía transexual⁶²², otras han optado por guardar silencio al respecto (Finlandia), o bien por una formulación genérica⁶²³ que no termina de aclarar hasta qué grado de transformación física se requiere para la rectificación registral, si sólo hormonación, o también cirugía⁶²⁴. En España, el tratamiento médico no requiere de una autorización previa, pero lo que sí se exige es acreditar dicho tratamiento por parte del médico que lo haya realizado a los efectos de la Ley, esto es, para conseguir la rectificación registral del sexo y del nombre del transexual. La persona solicitante debe acreditar el tratamiento médico por medio del *informe del médico colegiado bajo cuya dirección se haya realizado el tratamiento o, en su defecto, mediante informe de un médico forense especializado* (art. 4.1.b). El médico colegiado bajo cuya dirección se haya realizado el tratamiento debe ser el endocrino, que es el especialista en hormonación. Un médico forense especializado estaría también facultado para emitir el informe⁶²⁵. La Ley 3/2007 atribuye a todos ellos la competencia en el tratamiento médico para acomodar las características físicas al sexo reclamado, cuando lo requiera la persona interesada en la rectificación registral (art. 4.1.b). Esta nueva

⁶²² §8 (1) 4 *Transsexuellengesetz*.

⁶²³ Austria, art. 2.2 (*Transsexuellen Erlass*); Italia, art. 3 de la Ley de 14.04.1982; el art. 22 del Código civil neerlandés; el art. 62 bis §1 y §2 2º del Code civil belga.

⁶²⁴ BUSTOS MORENO, Yolanda, *La transexualidad...* cit., págs. 145 a 146.

⁶²⁵ Los médicos forenses constituyen el Cuerpo Nacional de Titulados Superiores, integrado por licenciados en Medicina, al servicio de la Administración de Justicia, como lo regula el art. 479 LOPJ. Entre otras funciones, tienen la emisión de informes y dictámenes médico-legales que les sean solicitados a través de los Institutos de Medicina Legal por las Oficinas del Registro Civil. Vid. art. 3 del Real Decreto 296/1996, de 23 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento orgánico del cuerpo de médicos forenses.

competencia debe ser puesta en relación con el trámite que impone el art. 294 RRC que establece⁶²⁶: *para rectificar en la inscripción de nacimiento la indicación del sexo se investigará: 4º. El sexo del inscrito por dictamen del Médico del Registro Civil o su sustituto*. Según el art. 378 RRC, las funciones que la Ley sobre el Registro Civil atribuye a los médicos del Registro Civil serán desempeñadas por funcionarios del cuerpo de médicos forenses. Como se desprende del art. 294 RRC, el expediente gubernativo de rectificación del sexo en los casos previstos en el reformado art. 93.2º LRC (entre los que se ha incluido la disforia de género) requiere el dictamen del Médico Forense para lo cual la persona interesada debe someterse al reconocimiento médico previo que, por las evidentes necesidades del fin exigido –averiguar el sexo del inscrito, referido al morfológico– comprenderá una minuciosa exploración de su cuerpo. Dos objeciones a la exigencia del art. 294 RRC. Primera: podría interpretarse atentatoria al derecho a la intimidad personal, cuando el transexual no quiera someterse a dicho reconocimiento⁶²⁷. Según STS de 07.09.2007, de la intimidad personal forma parte la intimidad corporal frente a toda indagación que sobre el propio cuerpo quisiera imponerse contra la voluntad de la persona⁶²⁸, con lo que queda protegido el sentimiento de pudor personal, en tanto que responde a estimaciones y criterios arraigados en la cultura de la propia comunidad⁶²⁹. Segunda, cabe dudar de su utilidad a la vista de los informes que, para la rectificación registral de la mención del sexo y/o nombre de los transexuales, ya exige la Ley 3/2007, en el art. 4⁶³⁰.

La necesidad legal de someterse a tratamiento hormonal durante dos años, mínimo, lo mismo que la de someterse a la cirugía de reasignación sexual, encuentran su excepción

⁶²⁶ Los artículos 293 y 294 del Decreto de 14.11.1958, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley del Registro Civil permite rectificar la inscripción de nacimiento por vía de expediente gubernativo. Por tanto, será en esta fecha cuando se producirá el primer paso para rectificar el nombre inscrito al nacer.

⁶²⁷ Hasta la aprobación de la Ley 3/2007, consta en varias RDGRN la negativa de estas personas a someterse a dicho reconocimiento, vid. resolución de 28.06.2001, RJ 2001/8842; resolución de 29.12.1994, RJ 1995/1547.

⁶²⁸ STC 57/94, de 28 de febrero.

⁶²⁹ STC 137/1990, de 19 de julio.

⁶³⁰ La Ley exige que la persona solicitante haya llevado a cabo el tratamiento médico durante, al menos, dos años para acomodar las características físicas a las correspondientes al sexo reclamado. BUSTOS MORENO, Yolanda, *La transexualidad...* cit., pág. 149.

en el caso de que concurran en el solicitante razones de salud o edad que imposibiliten su seguimiento y se aporte certificación médica de tal circunstancia, según dispone el art. 4.2 de la Ley.

4.3.6. La no exigencia de cirugía de reasignación sexual

El art. 4.2 de la Ley dispone que *no será necesario para la concesión de la rectificación registral de la mención del sexo de una persona que el tratamiento médico haya incluido cirugía de reasignación sexual*. “Cirugía de reasignación sexual” es el término que aglutina a los distintos procesos quirúrgicos mediante los cuales la apariencia física y la función de los caracteres sexuales de una persona son transformadas por los del otro sexo. Es una parte del tratamiento en los trastornos de identidad de género de las personas transexuales, aunque también se lleva a cabo en casos de intersexualidad⁶³¹. El legislador está pensando únicamente en la “cirugía de reasignación genital”, que es sólo una de las intervenciones posibles dentro del proceso de adaptación hacia el sexo deseado por el transexual. En el mismo sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en la sentencia de 17.09.2007⁶³², cuando se refiere a la cirugía de reasignación. La cirugía de reasignación sexual es la más polémica en cuanto a su exigencia pasada, dado que así lo entendían gran parte de los Tribunales españoles, siguiendo la doctrina jurisprudencial del TS anterior a la sentencia de 2007 citada⁶³³. Por ello, como hemos indicado, en la excepcionalidad del requisito de la cirugía de reasignación sexual es donde reside el núcleo principal de la reforma.

No todas las personas transexuales se someten a operaciones quirúrgicas, ni con la situación anterior⁶³⁴, ni con la Ley 3/2007⁶³⁵. Las causas son diversas⁶³⁶: el alto coste de

⁶³¹ *Ibíd.*, págs. 153 a 154.

⁶³² EDJ 2007/152384.

⁶³³ Esta postura está guiada por la SAP Jaén, 09.10.2006, JUR 2007/145216.

⁶³⁴ SAP Valencia, 10.10.2006 (JUR 2007/76673) señala que, si la jurisprudencia no hubiera exigido la mutación completa de los órganos genitales para adecuarlos al sexo que se reafirma, posiblemente muchos de los interesados en adecuar la realidad registral a su identidad sexual no se habrían sometido a intervenciones quirúrgicas de altísimo coste y elevado riesgo.

⁶³⁵ Hasta la aprobación de la Ley 3/2007, el Tribunal Supremo había mantenido una posición firme de exigir la cirugía de reasignación sexual completa para acceder al cambio de sexo y consiguiente cambio de nombre. Con el fin de preservar al máximo la irreversibilidad del proceso de reasignación sexual, el TS

la operación⁶³⁷; por los riesgos en la salud que pudieran asumir⁶³⁸; por razones personales de cada uno lo que no les impide vivir permanentemente en el rol de género del sexo con el que se identifican. Para algunos, esta intervención es calificada de “castración” y como una vulneración de los derechos fundamentales reconocidos por los arts. 10 y 18 CE⁶³⁹, expresamente denunciado en la SAP de Valencia de 10.10.2006⁶⁴⁰, cuando declara que “un Estado en cuya Constitución se proclama la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad como derechos fundamentales no puede seguir imponiendo a las personas que solicitan la reafirmación de su sexo real que se sometan a una mutación de sus órganos genitales por ser contrario a los derechos fundamentales del art. 10.1 y por consolidar una clara desigualdad ante la ley por razones económicas en la medida de que solo se les ha reconocido el derecho a aquellos que han podido costearse la intervención quirúrgica para transformar sus órganos genitales”. En la misma línea la STS de 17.09.2007, señala que “en puridad (*hay*) una vulneración de los derechos a la intimidad y a la propia imagen, pero hay un freno al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) que se proyecta en una lesión de la dignidad humana, en una falta de tutela de la salud (art. 43.1 CE), al respeto a la intimidad y a la propia imagen (art. 18.1 CE) y a la protección de la integridad física y moral (art. 15 CE)”.

4.3.7. La irreversibilidad en el proceso de acomodación a las características físicas del sexo reclamado

Actualmente, se exige que, en el informe diagnóstico, quede constancia de que en el demandante se da la estabilidad y persistencia de la disonancia entre el sexo morfológico inicialmente inscrito y la identidad de género sentida por el solicitante, en virtud del art. 4.1.a) de la Ley. En cuanto al cambio físico se refiere, que el solicitante

consideraba imprescindible haber finalizado los tratamientos hormonales y quirúrgicos precisos para la supresión, no solo de sus caracteres sexuales secundarios, sino también, la extirpación de los primarios y la dotación de órganos sexuales semejantes, al menos en apariencia. En la misma línea también la SAP Barcelona de 07.04.2003 (JUR 2003/200183).

⁶³⁶ BUSTOS MORENO, Yolanda, *La transexualidad...* cit., págs. 155 a 156.

⁶³⁷ STS de 17.09.2007, EDJ 2007/152384; STS de 06.09.2002, RJ 2004/164317.

⁶³⁸ SAP de Valencia, de 30.12.2003, JUR 2004/164317.

⁶³⁹ FJ 1 de la STS de 17.09.2007.

⁶⁴⁰ JUR 2007/76673.

haya sido tratado médicamente durante, al menos dos años, para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado, art. 4.1.b) de la Ley. Al cumplirse dichos presupuestos, se tratará de transexuales que ya viven de acuerdo con su nuevo rol sexual. Sin embargo, hay supuestos en donde se habrá podido conseguir la rectificación de la mención registral del sexo sin ningún cambio apreciable del aspecto corporal⁶⁴¹, ni haber adoptado el rol sexual correspondiente al género sentido. Dicha situación sólo podría ocurrir, aun cuando fuera claro y determinante el diagnóstico de transexualidad; y la hormonación no sea todavía irreversible⁶⁴², por haberse tenido que suspender el tratamiento, o ni siquiera haberse comenzado, atendiendo a razones de índole médico o la edad del paciente.

El problema podría plantearse al solicitarse el reconocimiento de la decisión en otro Estado donde se sea más exigente sobre este extremo. Aunque España no ha ratificado el Convenio n. 29 de la Comisión Internacional del Estado Civil (CIEC), éste dispone que el reconocimiento de la decisión constatando el cambio de sexo de una persona en un Estado contratante podría ser denegado en otro Estado parte cuando *la adaptación física no haya sido realizada y constatada por la decisión en cuestión* (art. 2.a)).

Según BUSTOS⁶⁴³, no se debería permitir la rectificación registral de la mención del sexo cuando no se trate de transexualismo irreversible, siguiendo la Recomendación 1117 de la Asamblea del Consejo de Europa.

En otro orden de cosas, cabe distinguir, entre “transgéneros” (o transexuales no genuinos) y “transexuales”. Los primeros no se sienten bien con su sexo legal, sufren un nivel de sexuación discordante, pero no desean modificar sus genitales / cuerpo, o al menos no están en una fase en que tengan decidido modificarlo, ni en definitiva tienen decidido el cambio legal de sexo aunque sea sin cirugía de reasignación; los segundos, en cambio, si se someten al proceso de adaptación física o al menos deciden modificar su sexo legal por tener un sentimiento permanente y concluyente de pertenecer al sexo opuesto al que figura en su inscripción de nacimiento. Pues bien, la SAP de Madrid de

⁶⁴¹ STSJ Comunidad Valenciana, de 21.01.2003, AS 2003/3224.

⁶⁴² SAP Barcelona, de 17.02.2004, AC 2004/893.

⁶⁴³ BUSTOS MORENO, Yolanda, *La transexualidad...* cit., págs. 176 a 177.

23.12.2004⁶⁴⁴, reconoce respecto los primeros su derecho a vivir un rol distinto al asignado por el sexo y sentir que no encajan en ningún sexo.

4.3.8. Dimensión del valor de lo afectivo-sexual, cambio de sexo y límites

El principio personalista, del que ya hemos tratado anteriormente, refuerza el valor de la sexualidad, de manera que no existe una exclusiva legitimación por vía matrimonial y ni si quiera para una genérica finalidad procreativa. Se entiende que la sexualidad tiene valor por sí misma y que su ejercicio va íntimamente ligado al desarrollo integral de la persona humana. De aquí, que el legislador en ningún momento se haya planteado establecer límite alguno ni en relación con hipotéticas incompatibilidades con el estado matrimonial, incluso el existente en el momento del cambio, ni con relación a posibles problemas de esterilidad e impotencia, entendiéndose que esta última no tiene por qué excluir toda posibilidad de satisfacción sexual. En cambio llama la atención que quede limitada la posibilidad de que un transexual masculino pudiese acceder al uso de dichas técnicas con espermatozoides de donante, al determinar el art. 6 de la Ley de Reproducción Asistida que la usuaria ha de ser una mujer. Parece ser que los elementos fisiológicos que se han superado para permitir legalmente el cambio de sexo en función de la identificación psicológica de la persona no han sido superados del todo para las consecuencias también fisiológicas y de *rol* derivadas del sexo de origen. También puede interpretarse en el sentido de que la prevalencia de lo psicológico tiene un límite determinado que es la de ceñirse a uno de los dos sexos, masculino o femenino y que no alcanza a otras alternativas como el llamado tercer sexo o la identidad personal sin necesaria mención de sexo. Si así fuera, está claro que todavía queda un camino importante por recorrer.

4.3.9. Efectos

Una vez efectuado y cumplimentado todo el procedimiento, la resolución que se dicte producirá unos efectos, regulados en el art. 5 LRR, constitutivos a partir de la inscripción en el Registro Civil, es decir, con efectos *ex nunc*. El carácter constitutivo de la inscripción nos parece discutible ya que entendemos que la resolución

⁶⁴⁴ AC 2005/109.

correspondiente es la que debería otorgar efectos constitutivos, con independencia de la protección *erga omnes* que produce la inscripción. Una vez acordado el cambio de sexo y nombre, no se alterará la titularidad de los derechos y obligaciones jurídicas que pudieran corresponder a la persona con anterioridad a la inscripción del cambio registral. Como prueba de esta no alteración se conservará el mismo número del documento nacional de identidad (art. 6.2 LRC). La normativa vigente permite extender la partida de nacimiento sin constancia de la modificación, aunque sin perjuicio de que conste el cambio en el registro y así se haga constar en la certificación literal, cuando este la solicite por quien este legitimado. Es evidente que esta posibilidad va encaminada a no perjudicar al interesado en sus relaciones con terceras personas.

La Ley presta especial atención a las menciones registrales que afectan a terceras personas. Concretamente existen menciones registrales de terceras personas, como los hijos anteriores del transexual, en los que se hace referencia al sexo consignado inicialmente. La cuestión es si éstas deben modificarse, en el sentido de constar el nuevo sexo y nombre del progenitor transexual o, por el contrario, si se han de mantener las menciones antiguas. En este punto el art. 310 RRC, dispone: *rectificada una inscripción, se rectificarán también, por nota, los demás asientos que, fundados en la misma, estuvieren igualmente equivocados o fueren incompletos*. El art. 218.3 RRC declara: *inscrito el cambio, se pondrá de oficio nota marginal de referencia en todos los folios registrales en que consten los antiguos, incluso en los de nacimiento de los hijos, para lo cual el interesado proporcionará los datos no conocidos*. Se trata del cumplimiento del principio registral de concordancia del Registro con la realidad, obligación que recae sobre el Encargado del Registro Civil. La redacción del precepto es antigua y muy anterior en todo caso a la LRR por eso hace referencia sólo a los supuestos de equivocación o de inscripción incompleta. No obstante conforme a la nueva realidad que proporciona la LRR estos criterios también se han de entender aplicables al cambio de sexo propiamente y no únicamente a los supuestos de intersexualidad.

Una vez finalizado el procedimiento de rectificación de sexo se aplicará el art. 6.1 de la Ley 3/2007 que dispone: *el Encargado del Registro Civil notificará de oficio el cambio de sexo y de nombre producido a las autoridades y organismos que reglamentariamente se determine*. En tanto no se produzca el desarrollo reglamentario que prevé la

Disposición final tercera de la Ley 3/2007, hay que entender que tales comunicaciones se habrán de dirigir a las autoridades previstas en el art. 217 párrafo tercero RRC, que en el caso de nombre y apellidos es a la Dirección General de la Policía del Ministerio del Interior y al Registro Central de Penados y Rebeldes. En cuanto la expedición de documentos, el art. 6.2 de la Ley 3/2007 regula la obligación de quien ha obtenido dicho cambio de *solicitar la emisión de un nuevo documento nacional de identidad ajustado a la inscripción registral rectificada*.

La mayor parte de las personas transexuales desean vivir conforme a su nuevo sexo, evitando revelar su identidad sexual anterior⁶⁴⁵. Sin embargo, pueden subsistir consecuencias de las relaciones jurídicas pretéritas, resquicios de la personalidad jurídica anterior. Por tal motivo, garantizar la privacidad es una de las cuestiones que más preocupan desde la perspectiva médica, pero, especialmente, en la práctica registral. La dificultad consiste, pues, en conciliar el derecho del transexual a su confidencialidad (derecho a la intimidad, dignidad y libre desarrollo de la personalidad) con el derecho de toda persona en conocer la verdad oficial publicada por el Registro⁶⁴⁶.

Constituye un principio general del Registro Civil su carácter público⁶⁴⁷. Hasta la Ley 3/2007, se preveía que podían conocer el contenido de los asientos todos los que tuvieran interés en ello, y este interés se presumía en quien solicitara la certificación. El art. 6 LRC declaraba que *el Registro es público para quienes tengan interés en conocer los asientos* y el art. 17.2º párrafo del RRC que *el interés en conocer los asientos se presume en quien solicita la certificación*. Se trata de la denominada “publicidad amplia” que convive con la “publicidad restringida”⁶⁴⁸ necesaria para garantizar el

⁶⁴⁵ Cosa distinta es determinar el alcance que debe darse a este derecho a la ocultación de la identidad sexual anterior. Así, cuando se trata de relaciones interpersonales cualificadas (matrimonio, uniones de hecho) creemos que subsiste el deber moral de informar y que un error sobre esta cualidad (antecedente de identidad sexual) por el otro miembro de la pareja, intervenga o no mala fe, podría considerarse un error relevante, por ejemplo como causa de nulidad de matrimonio. Ciertamente como dicen los arts. 21 y 22 RRC y art. 3 LRR los terceros necesitan justificar un interés legítimo para conocer la literalidad de la inscripción, pero acaso esto no sea suficiente para el problema que estamos tratando, en la medida que para esta intervención hace falta una sospecha que no siempre concurre.

⁶⁴⁶ BUSTOS MORENO, Yolanda, *La transexualidad...* cit., pág. 285.

⁶⁴⁷ Sobre esta cuestión véase el Preámbulo del Decreto de 14.11.1958.

⁶⁴⁸ BUSTOS MORENO, Yolanda, *La transexualidad...* cit., pág. 286.

respeto del derecho de la intimidad personal y familiar en ciertos supuestos, como el que nos ocupa, donde se considera que los datos registrales no deben ser objeto de divulgación indiscriminada. Ello podría suponer una infracción del principio de respeto a la vida privada y familiar, y a los derechos al honor, intimidad personal y familiar. Este sistema doble existe puesto que los campos de aplicación están perfectamente deslindados y encuentra su fundamento en los arts. 18 y 20 de la CE y en el art. 8 del Convenio de Roma, sobre Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 04.11.1950, lo que ha sido confirmado por la Dirección General⁶⁴⁹.

La regla general es la de permitir sin trabas el conocimiento del Registro por cualquier persona y las excepciones en los casos en que este conocimiento queda limitado. Estas excepciones son taxativas. Tras la Ley 3/2007, se declara expresamente en el párrafo primero del art. 6 LRC: *el Registro es público para quienes tengan interés en conocer los asientos, con las excepciones que prevean ésta u otras leyes*. Tales excepciones son las recogidas en el art. 5.1 LRC, los arts. 21 y 22 RRC y el art. 7 de la Ley 3/2007. En estos casos, el Registro sólo es público para las personas directamente relacionadas con ese dato íntimo, de modo que los terceros necesitan justificar un interés legítimo y razón fundada para conocer tales datos reservados. El art. 21 RRC declara que no se dará publicidad sin autorización especial, entre otros supuestos, de la rectificación del sexo, la cual la concederá el Juez Encargado y sólo a quienes justifiquen interés legítimo y razón fundada para pedirla. No obstante, el art. 22 RRC puntualiza que no requerirán autorización especial para obtener certificación respecto de la rectificación del sexo, el propio inscrito. Dichos preceptos fueron reformados por el Real Decreto 1917/1986, de 29.08.1986⁶⁵⁰, en virtud de la cual se pasó a incluir el de las inscripciones que reflejan una rectificación del sexo (art. 21.2º RRC). El sistema particular de publicidad restringida, contenidos en los arts. 51 de la LRC y 21 y 22 del RRC, se concreta en que de esos datos reservados sólo puede darse publicidad a las personas directamente afectadas, y a sus representantes legales, voluntarios o de hecho. Las demás personas requieren acreditar un interés legítimo.

⁶⁴⁹ Instrucción de 09.01.1987, sobre legitimación de los particulares para obtener certificaciones del Registro.

⁶⁵⁰ BOE nº. 225, de 19.09.1986.

Conforme al art. 7 de la Ley 3/2007, la rectificación del sexo continúa siendo configurada como una de las circunstancias excepcionales que justifican la publicidad restringida de los datos mencionados en el Registro. El art. 6 LRC dispone: *el Registro es público para quienes tengan interés en conocer los asientos* y, a continuación, tras la reforma citada, ha pasado a recoger la coexistente publicidad restringida al añadir *con las excepciones que prevean ésta u otras leyes*. El art. 7 de la Ley señala que *no se dará publicidad sin autorización especial de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de la persona*. La novedad se incluye en el articulado de la Ley y, de modo específico, para los casos de disforia de género. Sin embargo, el art. 370 RRC primer párrafo declara que, en los casos de traslado total de folio registral *de la nueva inscripción se podrán expedir certificaciones literales a favor de cualquier persona con interés en conocer el asiento*. El traslado total del folio registral se tratará del supuesto habitual en los cambios de sexo, al amparo del art. 1.2 de la Ley 3/2007. La necesidad de garantizar la privacidad del cambio de sexo y/o de nombre del transexual no se limita al hecho en sí de la rectificación registral sino que debe abarcar al conjunto de documentos incorporados en los expedientes gubernativos. El art. 21.4º dispone: *no se dará publicidad sin autorización especial: 4. De los documentos archivados, en cuanto a los extremos citados en los números anteriores o a circunstancias deshonrosas o que estén incorporados en expedientes que tengan carácter reservado*.

4.3.10. Recapitulación y conclusiones

- 1- El art. 5 de la Ley 3/2007 regula que las relaciones jurídicas pretéritas al momento de la inscripción, que correspondiera al transexual, y por otro lado, el estudio de su nueva condición. Los efectos constitutivos *ex nunc* derivados de la rectificación de la mención del sexo están regulados en el art. 5.1 de la Ley 3/2007: *la resolución que acuerde la rectificación de la mención registral del sexo tendrá efectos constitutivos a partir de su inscripción en el Registro Civil*. Los efectos son *ex nunc*, es decir, a partir del cambio operado y no *ex tunc* (con carácter retroactivo), como ocurre en la intersexualidad. Así se desprende del art. 5 de la Ley: *el cambio de sexo y nombre acordado no alterará la titularidad de los derechos y obligaciones jurídicas que pudieran corresponder a la persona con anterioridad del cambio registral*.

- 2- Al producir eficacia *ex nunc*, a partir del momento en que se practica, deja inalterables los derechos y deberes preexistentes. Permite y garantiza que la persona actúe en el tráfico jurídico de acuerdo con su nueva identidad, configura el principio general de la equiparación plena con el nuevo sexo.

- 3- Se permite el matrimonio, al amparo del art. 12 CEDH y el art. 9 de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea. Y más después de la entrada en vigor de la Ley 13/2005, al admitirlo entre personas del mismo sexo con los mismos requisitos y efectos establecidos para el matrimonio heterosexual (art. 44 segundo párrafo del Cc). Respecto a las relaciones familiares, si el transexual estaba casado, su situación conyugal no se verá afectada tras la resolución estimativa de la rectificación registral.

- 4- En cuanto a los derechos, el cambio de sexo no afectará a los mismos, no puede admitirse cuando intervienen menores, ya que aquí prima el interés superior de los mismos, en virtud del art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. La LRR permite la intervención quirúrgica para cambiar de sexo a los menores de edad, emancipados o no, pero siempre que cuenten con una autorización judicial⁶⁵¹.

- 5- En el ámbito sucesorio, la condición de transexual en sí tampoco debería tener problemas, ni el hecho de haber obtenido la rectificación registral de la mención de sexo y/o nombre, cuando en el momento anterior hubiera sido incluido en un testamento. Así se desprende de la legislación en base al principio de igualdad entre los sexos y el libre desarrollo de la personalidad.

- 6- Las Leyes 13/2005, de 1 de julio, y 15/2005, de 8 de julio, que han operado una profunda reforma del Derecho de Familia en nuestro ordenamiento jurídico,

⁶⁵¹ Para más información sobre la intervención quirúrgica de los menores de edad vid. www.20minutos.es/noticia/604245/0/cambio/sexo/menor/. Consultado el 23.02.2015. www.elmundo.es/elmundosalud/2010/01/11/medicina/126344293.html. Consultado el 15.06.2011.

tienen un hilo conductor, consistente en la “personalización” del matrimonio⁶⁵². En las referidas leyes tiene un papel muy importante el principio constitucional del libre desarrollo de la personalidad, una importancia mucha mayor que la hasta ahora reconocida en el Derecho civil. Afirma DE VERDA que se acentúa la función del matrimonio como un medio de desarrollo de la personalidad en detrimento de su carácter de institución social, cuya estabilidad se ha considerado, desde siempre, un valor social, lo que ha estado en estrecha relación con la conexión de la institución matrimonial con la procreación y educación de los hijos.

- 7- La Ley 13/2005, con el fin de justificar la supresión del requisito de la heterosexualidad, permitiendo, de esta manera, los matrimonios entre personas del mismo sexo, requiere el “establecimiento de un marco de realización personal que permita que aquellos que libremente adoptan una opción sexual y afectiva por personas de su mismo sexo puedan desarrollar su personalidad”⁶⁵³.

- 8- El libre desarrollo de la personalidad constituye también la justificación de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas. La justificación ideológica, que encuentra su plasmación constitucional en el principio de libre desarrollo de la personalidad, se halla, por tanto, en las teorías de género. Partiendo de la tesis tradicional de que el sexo es una realidad dada e inalterada de las personas, que forma parte de su identidad personal, las teorías de género dan la vuelta a esta concepción de la sexualidad: ésta es una cualidad dinámica –no estática– y disponible. Estas teorías defienden que la identidad sexual es algo que no es otorgado primordialmente por la naturaleza, sino más bien impuesto por moldes de comportamiento hormonales por contextos sociales y culturales. El sexo, dice CORRAL TALCIANI⁶⁵⁴, aparece como un proyecto a construir y a definir por

⁶⁵² DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, “La personalización del matrimonio en las reformas de 2005” en *Comentario a las Reformas de Derecho de Familia de 2005* (coord. DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón), Dialnet, 2006, pág. 17.

⁶⁵³ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis, *El Principio del libre... cit.*, pág. 210.

⁶⁵⁴ CORRAL TALCIANI, Hernán, “Derecho civil y persona humana. Cuestiones debatidas”, *Revista chilena de derecho*, 2007, pág. 54.

elección, más que una realidad objetiva. Así, lo importante jurídicamente no sería el sexo anatómico sino más bien la elección sexual, entendida como la preferencia para la relación con personas del mismo o distinto sexo.

5. LEYES AUTONÓMICAS

A continuación, analizaremos distintas leyes autonómicas aprobadas después de la entrada en vigor de la LRR en materia de transexualidad y que tienen su interés por su alcance y contenido –según nuestro criterio–. Concretamente haremos referencia a normas aprobadas por el parlamento navarro, vasco, gallego, andaluz y catalán. Estas leyes nos parecen, según nuestro criterio, relevantes. Y las comentamos por estricto orden de aprobación cronológica.

5.1. Comunidad Foral de Navarra

La Comunidad Foral de Navarra aprobó la ley Foral 12/2009, de 19 de noviembre⁶⁵⁵, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales

Como hemos explicado, la LRR vino a regular de forma expresa circunstancias personales como son la transexualidad y la identidad de género y una condición como es la del sexo de la persona, que están estrechamente vinculadas a los derechos del libre desarrollo de la personalidad, a la dignidad y a la intimidad. Aunque la regulación ha sido 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. La Ley Foral no define cuáles son los supuestos para el cambio registral de nombre, sino que define qué considera el legislador que es una persona transexual y cómo se acredita tal condición; de aquí que nos ha parecido interesante estudiar los antecedentes de la norma, el alcance y el contenido. Además, es la primera norma que se aprueba sobre transexualidad después de la Ley 3/2007.

⁶⁵⁵ Texto publicado en el BON nº. 147 de 30.11.2009.

La Ley consta de un Preámbulo, de un Título Preliminar en el que define el objeto y las personas beneficiarias (artículos 1 a 3), de cuatro Títulos (artículos 4 a 16): el primero se refiere a la atención sanitaria de las personas transexuales; el segundo a la atención laboral a las personas transexuales; el tercero a la atención sanitaria a las personas transexuales; el cuarto a otras medidas de atención al colectivo, a la vez subdividido en dos Capítulos: el primero relativo al tratamiento de la transexualidad en el sistema educativo; el segundo a otras medidas de atención a la transexualidad y a las personas transexuales. La ley concluye con tres disposiciones adicionales y dos disposiciones finales.

En el Preámbulo de la Ley Foral se explica que la complejidad de la situación de las personas transexuales requiere una atención integral que va más allá del ámbito meramente registral. La identidad de género, como parte integrante de los derechos de la personalidad, entronca con el derecho a la dignidad de la persona –entendida ésta, según STC 53/1985, de 11 de abril, como “un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás”–, así como con los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la salud, a la integridad psicofísica, a la intimidad y a la propia imagen, entre otros.

No todas las personas viven su transexualidad de la misma forma, por lo tanto es un colectivo en el que no se debe intervenir de una forma homogénea, y en este sentido, la Ley Foral es sensible a esta diversidad, y reconoce la necesidad de establecer unos criterios médicos, sociales y psicológicos individualizados y centrados en cada persona; con pleno respeto a la identidad de género de la persona transexual, se establece que la atención a prestar a ésta no se centra ni consiste únicamente en la cirugía de reasignación de sexo –vaginoplastia y clitoroplastia para mujeres transexuales; metaidoioplastia o faloplastia para hombres transexuales– pues en la mayor parte de los casos, ni siquiera constituye la parte esencial de un proceso de reasignación de sexo. Reasignación que abarca procedimientos diversos y que debe también incidir en la construcción de mecanismos de autoapoyo para confrontar el rechazo del entorno social y familiar o la discriminación sociolaboral; las terapias hormonales sustitutivas para adecuar el sexo morfológico a la propia identidad de género; las intervenciones plástico-quirúrgicas necesarias en algunos casos sobre caracteres morfológicos de

relevancia en la identificación de la persona (torso, nariz, u otros); o prestaciones complementarias referidas a factores como la modulación de la voz, el vello facial, entre otros.

La Resolución del Parlamento Europeo de 12.09.1989, sobre la discriminación de los transexuales, no sólo reconoce el derecho de cada persona a establecer los detalles de su identidad como ser humano, sino que insta a los Estados miembros a llevar a cabo una serie de medidas, entre las que cabe destacar: la inclusión del tratamiento de cambio de sexo en el Sistema Nacional de Salud, la concesión de prestaciones sociales a los transexuales que hayan perdido su trabajo o su vivienda por razón de su adaptación sexual, la creación de consultorios para transexuales, la protección financiera a las organizaciones de autoayuda, la adopción de medidas especiales para favorecer el trabajo de los transexuales, el derecho al cambio de nombre y de inscripción de sexo en la partida de nacimiento y documento de identidad.

En el Preámbulo de la Ley Foral se determina que corresponde a las administraciones públicas de Navarra, en virtud de los artículos 5 y 6 de la Ley Foral 15/2004, de 3 de diciembre, de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra, responder a las necesidades sanitarias, psicológicas y sociales de un colectivo como el de las personas transexuales, desarrollando con todos los medios posibles, incluido el reconocimiento del importante papel que han desempeñado y desempeñan los colectivos LGBT frente a la inacción durante muchos años de los poderes públicos, toda una serie de programas y medidas como campañas y acciones de lucha contra la transfobia, servicios específicos de atención sanitaria, servicios de asesoramiento jurídico y de apoyo psicológico y social tanto a la persona transexual como a sus familiares y entorno, o una política de discriminación positiva en el empleo, que eviten las situaciones de discriminación, estigmatización y privación de derechos a que desgraciadamente se ven sometidas estas personas.

Según la Ley estudiada el colectivo de las personas transexuales sufre de manera especial el paro y la discriminación. Por este motivo la Ley es sensible a esa problemática, anima a las administraciones por un lado a poner en marcha mecanismos de discriminación positiva y por otra velar por lo que establece la CE en el artículo 14. La propia administración ya dispone de dos instrumentos para facilitar el empleo a este

colectivo: el art. 51 de la Ley de Contratos públicos y el empleo protegido. En el primero de los casos el apartado 2.c de la Ley Foral 1/2009, de 19 de febrero, por la que se modifica el art. 51 de la Ley Foral 6/2006, de Contratos Públicos de Navarra, establece que *también previa definición en los pliegos de cláusulas administrativas, y con la finalidad de satisfacer las necesidades de categorías de población especialmente desfavorecida que figuren como usuarias o beneficiarias de las prestaciones a contratar, se incorporan criterios que respondan a dichas necesidades, tales como los dirigidos a las personas discapacitadas, las desfavorecidas del mercado laboral, las precarizadas laboralmente, las dirigidas a favorecer la igualdad entre mujeres y hombres, al cumplimiento de las Convenciones de la Organización Internacional del Trabajo o a garantizar los criterios de accesibilidad y diseño universal para todas las personas.* Se trata de considerar a este colectivo dentro de los programas de empleo específicos.

Otro antecedente es también el Decreto Foral 69/2008, por el que se aprueba la cartera de servicios sociales de ámbito general, contempla la prestación no garantizada denominada empleo social protegido, en la que las personas beneficiarias son las Entidades Locales o de iniciativa social sin ánimo de lucro que promuevan proyectos destinados a la contratación de personas que se encuentren en situación de exclusión social o riesgo de estarlo y que tengan dificultades para acceder y/o mantener un empleo.

El art. 12 de la Ley 12/2009 pretende definir el respeto a la existencia de la transexualidad, y por lo tanto el respeto a la diversidad de vivencias relativas al género. Se considera que es importante transmitir que la formación en el acato de los derechos y libertades fundamentales y de la igualdad entre hombres y mujeres incluye el respeto a las diferentes orientaciones sexuales e identidades de género, así como el rechazo de la inferioridad o superioridad de cualquier identidad de género o expresión de género.

Por lo tanto, esta Ley Foral pretende por un lado atender a las especificidades de un colectivo como éste y por otro dar respuesta, desde esa singularidad, al sentido de la igualdad que asiste a las personas transexuales a la hora de asegurar sus derechos médicos y sociales. Además recoge el espíritu del art. 9.2 CE que determina que *corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la*

igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impiden o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

El art. 1 regula el objeto de la Ley. Y dice que *es el de garantizar el derecho de las personas que adoptan socialmente el sexo contrario al asignado en su nacimiento, a recibir de la Administración Foral una atención integral y adecuada a sus necesidades médicas, psicológicas, jurídicas y de otra índole, en igualdad de condiciones con el resto de la ciudadanía, dentro del ámbito competencial que corresponde a Navarra.*

La Ley define las personas transexuales, a efectos de la misma como aquellas que hayan procedido a la rectificación en el Registro Civil de la mención de sexo, de conformidad con lo dispuesto en la LRR. Y también aquellas que, habiendo iniciado los trámites para acceder al cambio de inscripción relativa al sexo, precisen de protección para eliminar la discriminación que pudiera darse como consecuencia de su situación de tránsito a la nueva identidad de género. Tanto en un caso como en otro será de aplicación la Ley Foral (art. 3).

Conforme al art. 4, las personas transexuales tienen derecho a ser tratadas conforme a su identidad de género e ingresadas en salas o centros correspondientes a ésta, cuando existan dependencias por razón de sexo, y a recibir el trato que se corresponde a su identidad de género.

El art. 5 se refiere exclusivamente a la atención de menores transexuales. Y prevé que los transexuales menores de edad tienen pleno derecho a recibir el oportuno diagnóstico y tratamiento médico relativo a su transexualidad, especialmente la terapia hormonal.

El art. 6 deja la puerta abierta a que por vía reglamentaria se regule una guía clínica para la atención de las personas transexuales, con el objetivo de articular el suficiente consenso profesional en los campos psicológico, médico y quirúrgico. Además prevé como pautas orientadores a tener en cuenta en la guía clínica: a) reconocer el derecho de la persona transexual a beneficiarse de los tratamientos más acordes a sus necesidades y aspiraciones específicas, recibiendo una adecuada atención integral de salud que facilite el cambio de su desarrollo personal; b) garantizar el derecho de la persona transexual a

participar en la formulación de los tratamientos que le afecten, desde el reconocimiento de la autonomía de ésta, sin discriminación basada en su orientación sexual o identidad de género y con pleno respeto por las mismas; c) establecer como objetivo que la persona transexual consiga la habilidad necesaria para vivir en el rol del género asumido, dotándole de recursos para hacer frente a posibles situaciones de rechazo social o discriminación.

5.2. Comunidad Autónoma del País Vasco

En Euskadi es de aplicación la ley 14/2012, de 28 de junio⁶⁵⁶, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales.

La Ley aprobada por la Comunidad Autónoma Vasca es prácticamente una copia de la ley aprobada en la Comunidad Foral de Navarra. La ley se divide en una exposición de motivos, cinco capítulos, dos disposiciones adicionales y dos finales. El capítulo I contiene una serie de disposiciones de carácter general en las que se recogen el objeto de la ley, su ámbito de aplicación y la definición de la condición de transexual⁶⁵⁷.

En el capítulo II se establecen las bases para una política pública en materia de transexualidad. Se contempla al efecto un conjunto de medidas a adoptar y desarrollar en contra de actitudes discriminatorias por razón de identidad de género; se establece un servicio de información, orientación y asesoramiento a las personas transexuales, sus familiares y personas allegadas, y, por último, se recoge la posibilidad de que las personas transexuales cuenten con documentación administrativa mientras dure el

⁶⁵⁶ Texto publicado en el BOE núm. 172, de 19.07.2012.

⁶⁵⁷ El art. 3 señala que a los efectos de la ley, se entenderá que es transexual quien haya procedido o esté procediendo a la rectificación de la mención del sexo en el Registro Civil, conforme la LRR, como la persona que acredite mediante informe de personal médico o psicólogo colegiado, los siguientes extremos: a) que carece de trastornos de personalidad que la induzcan a error en cuanto a la identidad de género que manifiesta y pretende le sea reconocida, mostrando una voluntad estable, indubitada y permanente al respecto; b) que presenta una disonancia, igualmente estable y persistente, durante al menos seis meses, entre el sexo biológico y la identidad de género sentida como propia.

proceso de reasignación de sexo, al objeto de propiciarles una mejor integración social, evitando situaciones de sufrimiento o discriminación.

En el capítulo III se contemplan los derechos de las personas transexuales en el ámbito sanitario. Se prevé la regulación reglamentaria de una unidad de referencia en materia de transexualidad dentro del Servicio Vasco de Salud, integrada por personal profesional de la atención médica, de enfermería, psicológica, psicoterapéutica y sexológica. También se recoge la creación reglamentaria de una guía clínica para la atención de las personas transexuales, con el objetivo de articular el suficiente consenso profesional en los campos afectados. Por último, se hace una mención expresa a los derechos de las personas transexuales menores de edad y se establece la obligación de creación de estadísticas a través del Servicio Vasco de Salud, sobre los resultados de los diferentes tratamientos.

El capítulo IV fija un criterio general en virtud del cual las administraciones públicas vascas, los organismos públicos a ellas adscritos y las entidades de ellas dependientes se asegurarán de no discriminar por motivos de identidad de género, y, en este sentido, elaborarán y aplicarán planes y medidas de acción positiva adecuadas para favorecer la contratación y el empleo de personas transexuales.

Por último, el capítulo V establece un conjunto de actuaciones en materia de transexualidad y respecto a las personas transexuales en el ámbito educativo.

5.3. Comunidad Autónoma de Galicia

El Parlamento gallego aprobó la ley 2/2014, de 14 de abril⁶⁵⁸, por la igualdad de trato y la no discriminación de lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersexuales que tiene por objeto garantizar la igualdad de trato y combatir la discriminación por razones de orientación sexual e identidad sexual.

Es la primera ley aprobada en España contra la discriminación de los colectivos LGTBI (lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersexuales), un texto, a través del cual, la

⁶⁵⁸ DOG nº 79 de 25.04.2014.

Xunta reconoce las nuevas formas de familia, definidas como las uniones “entre dos personas de mismo o distinto sexo en relación de afectividad análoga a la conyugal”, y en la que se compromete a no discriminar a estos colectivos en los procesos de adopción.

La norma afecta a las áreas policial, de justicia, laboral, familiar, de la salud, de la educación, de la cultura y el ocio, del deporte, de la juventud y de la comunicación.

Los derechos que infiere esta ley van dirigidos a las personas homosexuales, bisexuales, transexuales intersexuales y transgénero. Analizando los conceptos que utiliza se enmarca en el dialéctica y la terminología que usa y difunde la ideología de género. Por ejemplo, se observa en términos como el transgénero y la intersexualidad. El primer término hace referencia a una variedad de individuos, conductas y grupos que suponen tendencias sexuales que se diferencian de lo que esa teoría denomina “las identidad de género binarias”, que hacen referencia al hombre y a la mujer, y que los defensores de estos postulados califican de roles opresores, ya que no representaría la pluralidad de géneros, solamente de sexos. Por otro lado, el concepto intersexualidad hace referencia a lo que equivocadamente antes se conocía como “hermafrodita”, es decir, a una persona que nace con discrepancias físicas entre su sexo cromosómico, las gónadas y los genitales. Así, en diferentes grados serían personas que manifiestan una anomalía física que afecta a sus órganos sexuales y lo que tiene que ver con su sexualidad. Es decir, que la ley reconoce y asigna un género sexual al estado físico de una persona.

La ley quiere evitar la discriminación, aunque contempla la discriminación positiva, tal y como se puede ver en el art. 6, en el que se afirma que *para garantizar en la práctica la plena igualdad (...) el principio de igualdad de trato no impedirá que se mantengan o que se adopten medidas específicas a favor de lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersexuales destinadas a prevenir o a compensar las desventajas que les afecten relativas a las materias incluidas en el ámbito de aplicación de este artículo.*

El art. 7.4 obliga a las administraciones públicas a desarrollar *campañas de divulgación de las acciones y de impulso del asociacionismo LGTBI al objeto de fomentar la participación directa e indirecta por parte de toda la sociedad en los programas de actuación que desarrollen aquellas.*

Los arts. 7.2 y 7.3 establecen que la administración de Galicia se obliga a un diálogo con las organizaciones LGTBI y a garantizar el acceso de las asociaciones de este tipo a la convocatoria de subvenciones. Sin embargo, si son asociaciones legales ya cuentan con esas posibilidades de diálogo y acceso a los concursos públicos, al igual que el resto de asociaciones ciudadanas.

En el art. 12.3 se afirma que, por un lado, se debe promover el hecho de que *se visibilice la situación de las personas LGTBI* y, por otro, pide que se *garanticen la confidencialidad y la privacidad* de esas personas.

Por su parte, los apartados 7 y 8 del art. 12 obligan a que haya protocolos en el ámbito empresarial y de las relaciones laborales sobre los temas de orientación sexual e identidad de género. De este modo se establece que *en las bases reguladoras de las subvenciones públicas y en los pliegos de las contrataciones se podrá imponer como condición especial de ejecución el respeto del protocolo establecido en el apartado anterior, de tal modo que su incumplimiento podrá llevar consigo el reintegro de la subvención*. Esto guarda relación con el art. 13 que obliga a *impulsar medidas inclusivas para personas LGTBI en los convenios colectivos de todos los sectores laborales*.

El tema de la adopción por parte de las personas homosexuales está regulado en el art. 16. En ese sentido, afirma que se debe velar para que en los procesos de adopción *no exista ninguna discriminación por razón de orientación sexual o identidad de género*.

Las *medidas de prevención a favor de la visibilidad*, que concreta en desarrollar programas de información dirigidos a las familias para divulgar las distintas realidades sexuales que la ideología de género propone, así como para propagar los distintos modelos de familia, se encuentran establecidas en el art. 17.1.

En el ámbito de la salud, el art. 19.3 obliga a formar al personal sanitario *en materia de diversidad afectivo sexual*. El art. 21 contempla que se lleven a cabo “campañas de educación sexual”, a través de las cuales la consejería de salud tratará *de manera específica* la realidad LGTBI. Y señala con especial énfasis las campañas de prevención de enfermedades de transmisión sexual para este colectivo.

En el art. 22 se aborda la obligación por parte de la consejería de educación de incorporar *en los contenidos transversales de formación de todo el alumnado* la realidad homosexual, bisexual, transexual, transgénero e intersexual. El art. 23 que se titula “actitudes” para evitar la discriminación en los colegios por orientación sexual o identidad de género. El art. 25 obliga a que la consejería diseñe contenidos para, a través de las asociaciones de padres, divulgar la ideología de género. El art. 28 insta a la consejería de cultura a *impulsar y apoyar producciones culturales que contemplen la realidad LGTBI*, es decir a hacer divulgación a través de los canales culturales. Además, obliga a potenciar en esos ámbitos *referentes positivos de la homosexualidad, bisexualidad, transexualidad e intersexualidad*. Todo ello con especial énfasis en los municipios rurales. El art. 31 también insta a los medios de comunicación públicos a que transmitan una imagen igualitaria, plural y no estereotipada.

5.4. Comunidad Autónoma de Andalucía

La Ley 2/2014, de 8 de julio⁶⁵⁹, integral para la no discriminación por motivos de identidad de género y reconocimiento de los derechos de las personas transexuales en Andalucía, es la primera ley autonómica en reconocer el derecho a la libre autodeterminación del género y la obligación de la Administración autonómica de respetar esa identidad sin necesidad de informes psicológicos o psiquiátricos. Para garantizar este derecho, la Junta creará un documento de identidad para los transexuales que tendrá plena validez administrativa para todos los servicios andaluces, desde los educativos a los sanitarios.

La principal novedad que plantea esta Ley es el reconocimiento a la identidad sexual “libremente determinada”, una garantía que estableció, por primera vez, la Ley de Identidad de Género de Argentina, la primera también en no considerar la transexualidad como una patología (la OMS aún la tiene catalogada como una enfermedad mental, aunque se prevé que deje de hacerlo en la próxima clasificación

⁶⁵⁹ Texto publicado en el BOJA de 18.07.2014.

internacional de enfermedades)⁶⁶⁰. Asimismo, la ley andaluza fija también que la transexualidad no es “un trastorno de la salud”.

La Ley Estatal de Identidad de Género, de 2007, permite a este colectivo cambiar el nombre y el sexo en el DNI, pero solo si a la persona se le ha diagnosticado un trastorno de género y ha recibido tratamiento hormonal durante al menos dos años. El nuevo documento de identificación andaluz abrirá a este colectivo todas las puertas para garantizar que la Administración respete su identidad sexual, lo que incluye también el acceso a los tratamientos médicos que precise (como hormonas o intervenciones quirúrgicas) sin necesidad de un informe médico que acredite su condición transexual.

Así mismo, la libre determinación del género se extiende también a los menores. Serán los padres los que tendrán que solicitar que los niños accedan a esta documentación, que da un marco legal a la Junta para evitar casos de discriminación.

La Ley de la Comunidad andaluza es la primera ley autonómica que regula el derecho a la autodeterminación de género y a la identidad de género, sin necesidad de pasar previamente las pruebas psicofísicas que sí se exigen en otras comunidades autónomas como el País Vasco o Navarra.

El objetivo fundamental de la norma se dirige a garantizar el derecho a la autodeterminación de género de las personas que manifiestan una identidad distinta de la que tienen al nacer y unas condiciones de vida iguales a las del resto de la ciudadanía, en consonancia con los principios de no discriminación y libertad de decisión individual.

A su vez, el texto incluye medidas para asegurar la atención educativa, social familiar y sanitarias de las personas transexuales y los menores tendrán pleno derecho a recibir la atención sanitaria necesaria para garantizar el desarrollo equilibrado y saludable de su identidad de género, con especial atención a la etapa de la pubertad. La atención sanitaria que se preste en este ámbito se realizará de acuerdo con lo dispuesto en las

⁶⁶⁰http://ccaa.elpais.com/ccaa/2014/06/25/andalucia/1403699143_201918.html. Consultado el 30.11.2014.

leyes autonómicas de menores y de derechos en materia de información y documentación clínica.

En el ámbito educativo, el texto recoge programas de coordinación para detectar situaciones de riesgo para el desarrollo integral de los menores que manifiesten una identidad de género distinta de la de su sexo biológico. El texto incluye también medidas de tipo laboral como el establecimiento de cláusulas administrativas para garantizar que las empresas concesionarias o entidades adjudicatarias de la Junta no hayan sido condenadas por discriminación a las personas objeto de la normativa.

5.5. Comunidad Autónoma de Cataluña

El Parlamento de Cataluña aprobó el 02.10.2014, la Ley 11/2014, de 10 de octubre⁶⁶¹, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros e intersexuales y para erradicar la homofobia, la bifobia y la transfobia⁶⁶². Es una Ley pionera en todo el Estado. Procede de una iniciativa legislativa popular presentada por el Consejo Nacional LGTB de Cataluña.

A diferencia de las otras leyes autonómicas, esta es la primera Ley que incluye sanciones por discriminación hacia personas que forman el colectivo LGTB. Además, prevé la inversión de la carga de la prueba, puesto que aplica el principio de que, no es la presunta víctima de discriminación la que debe probar los hechos, sino la persona acusada quien debe mostrar que no ha discriminado. Ello responde a las dificultades que suelen haber para demostrar haber sido víctima de discriminación.

En el capítulo dedicado a las sanciones a la discriminación, el texto identifica infracciones leves, graves y muy graves. Las infracciones leves, entre las que se incluyen, entre otras, emitir mensajes subliminales en los medios que inciten a la homofobia o la transfobia, o un comportamiento verbal que demuestre burla o menosprecio hacia la persona por causa de su orientación sexual. Prevé sanciones de entre 132 euros y 2.276 euros.

⁶⁶¹ Texto publicado en el BOE de 20.11.2014.

⁶⁶² <http://www.boe.es/boe/dias/2014/11/20/pdfs/BOE-A-2014-11990.pdf>. Consultado el 11.02.2015.

Entre las infracciones graves se contemplan declaraciones ofensivas que denoten homofobia, lesbofobia o transfobia, comportamientos físicos agresivos hacia objetos o propiedades de personas LGTB por causa de su orientación sexual, un comportamiento diferenciado hacia personas LGTB del que se daría en caso de personas heterosexuales –también desde la Administración pública–, escritos discriminatorios, y obstaculizar el acceso a un puesto de trabajo o el ascenso laboral por razones de orientación sexual. Para estas infracciones se prevén multas de 2.276 euros a 8.000 euros, inhabilitación de hasta cinco años de la actividad de la empresa donde se haya cometido la infracción, y prohibición de financiación pública por un periodo de dos años.

Las infracciones muy graves incluyen, entre otros aspectos, los comportamientos físicos agresivos hacia personas LGTB o familiares de estas por causa de su orientación sexual o identidad de género y la difusión de mensajes que inciten al odio hacia la comunidad LGTB desde los medios de comunicación, y contemplan multas de 8.000 euros a 16.000 euros, inhabilitación definitiva o por un periodo superior a cinco años de la empresa donde se haya cometido la infracción, y veto a la financiación pública durante más de dos años.

En definitiva, se trata de una ley integral contra la homofobia que contiene varios elementos decisivos, entre los que destaca por encima del resto un régimen sancionador, que prevé multas e inhabilitación. Esa es la gran diferencia con otras leyes autonómicas, que no regulan sanción alguna para los supuestos de discriminación.

6. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL

Analizamos a continuación la evolución jurisprudencial española en materia de transexualidad. En primer lugar, observaremos la reticencia al *ius connubii* y la exigencia de cirugía de reasignación sexual completa. En segundo lugar, estudiaremos la recepción de la doctrina del TEDH y el cambio de criterio sobre matrimonio que prolifera a raíz de distintas resoluciones de la DGRN. Y, en tercer lugar, nos detendremos en la Ley 3/2007 que se caracteriza por el no requisito de la cirugía de reasignación sexual para modificar el sexo registral del solicitante.

6.1. La primera etapa: prohibición del *ius connubii* y exigencia de cirugía de reasignación sexual completa

La STS 02.07.1987⁶⁶³, es pionera en cuanto reconoce “el irresistible sentimiento de pertenencia al sexo contrario, rechazo del propio y deseo”, admitiendo la rectificación registral de la mención del sexo. Su eje se encuentra en la recepción de la teoría de la ficción o también denominada de la apariencia. De tal modo que la modificación registral no es una equiparación absoluta con el sexo reasignado para realizar determinados actos o negocios jurídicos. El TS estima el recurso de casación, dando lugar a la pretensión del actor, declarando que los supuestos de ficción que contempla el ordenamiento jurídico privado han de aceptarse para la transexualidad, de manera que el varón operado transexualmente no pasa a ser mujer, sino que se le ha de tener por tal por haber dejado de ser varón por extirpación y supresión de los caracteres primarios y secundarios y presentar unos órganos sexuales similares a los femeninos y caracterología psíquica y emocional propias de ese sexo, debiendo corresponderse en la inscripción con la realidad en lo referente al sexo y sus posibles modificaciones y rectificaciones. La teoría de la ficción, según ESPÍN ALBA⁶⁶⁴, consiste en una recepción incompleta de la misma, pues admite la rectificación porque se aparenta una determinada identidad sexual, pero no se conceden a esta todos los efectos de dicha determinación. La misma sentencia define la ficción como “suposiciones que hay que admitir para legitimar determinadas consecuencias en orden a la verdad científica o de la justicia o utilidad social. Sólo partiendo de una hipótesis es posible establecer en ocasiones principios y fundamentar teorías que expliquen todo un orden de hechos o fenómenos demostrados por las experiencias; y sólo aceptando una ficción se hace viable en ciertos casos establecer derechos que de otra suerte carecerían de base racional o jurídica en que apoyarse (...) Esta ficción ha de aceptarse para la transexualidad; porque el varón operado transexualmente no pasa a ser hembra, sino que se le ha de tener por tal por haber dejado de ser varón por extirpación y supresión de los caracteres primarios y secundarios y presentar unos órganos sexuales similares a los femeninos y caracteriologías psíquica y emocional propias de ese sexo”. Por el contrario, el voto

⁶⁶³ EDJ 1987/5313.

⁶⁶⁴ ESPIN ALBA, Isabel, *Transexualidad...* cit., pág. 82.

particular de la STS 03.03.1989⁶⁶⁵, afirma que la ficción como “solución técnica no puede elevarse a la categoría de *ratio decidendi*. Personalmente se mantiene que la ficción, como instrumento jurídico de solución de conflictos, necesita el apoyo en una disposición legal que expresamente lo autorice. Es el legislador quien puede acudir a la ficción, para proteger el derecho en formación, pero no los tribunales, porque si no hay precepto alguno que lo prohíba *expresis verbis* está implícita la prohibición en el deber general de sumisión a las leyes y resto del Ordenamiento Jurídico y en la propia declaración del artículo 3º, párrafo 2º, del Código Civil, según la cual las resoluciones de los tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en la equidad cuando la ley expresamente lo permita. Y la ficción en este caso parece puro ejercicio de la equidad. Ciertamente que el ordenamiento acude a veces a la ficción, pero es la ley quien la regula”.

La sentencia de 1987 se refiere a la transexualidad desde el punto de vista social, psicológico y quirúrgico, si bien reconoce que no puede aportarse una solución biológica por la inmutabilidad de los cromosomas, si cabe una solución jurídica porque “atendiendo a las llamadas máximas de experiencia y a lo que entiende el común sentir de nuestras próximas áreas culturales, es evidente que si ha habido un cambio^{666 667}”. El sustento jurídico se basa en dos aspectos. Primero, la existencia de una laguna legal sobre la transexualidad, relativa al art. 92 de la LRR para permitir la rectificación. Segundo, la noción propiamente de sexo. Respecto al primero, el TS realiza una complementación por vía de la analogía de derecho, *ex art.1*, apartados 6 y 7 del Cc, y para la concepción de sexo recurre a la idea de la ficción.

⁶⁶⁵ EDJ 1989/2367.

⁶⁶⁶ TOLDRÀ ROCA, Dolors, *Capacidad natural y capacidad matrimonial...* cit., pág. 172.

⁶⁶⁷ La sentencia cuenta con el voto particular de cuatro magistrados del TS en el sentido que “cabe partir con seguridad, que si bien hasta determinada edad del individuo puede no aparecer bien definida su personalidad en orden al sexo predominante en él, muchas veces influido por la educación y el entorno en que se desarrolla, está ya en edad adulta bien cristalizada en cuanto que el examen cromosómico del ser humano nos da la pauta de su individualidad sexual hombre o mujer. (...) El sexo es cualidad inmanente del ser humano, en tanto que la sexualidad, por referirse al comportamiento o conducta del individuo con relación a él, es contingente y versátil, no pudiendo constituir este último, por consiguiente, factor adecuado para cambiar aquél, pues el sexo, aun con componentes psicosomáticos tiene, incuestionablemente, un ingrediente de carácter físico-biológico, de trascendencia infinitamente mayor que el elemento psíquico que lo complementa y adorna”.

La resolución concluye afirmando que a pesar de aceptarse el cambio de sexo como una ficción, este cambio en el Registro Civil no supone una “equiparación absoluta con la del sexo femenino para realizar determinados actos o negocios jurídicos, toda vez que cada uno de estos exigiría plena capacidad y aptitud en cada supuesto”. Cierra la opción a la posibilidad de contraer matrimonio según su nuevo sexo “legal”, pues, conforme a nuestra legislación el matrimonio, el *ius nubendi*, se establece para personas de distinto sexo, y entiende el Tribunal que el transexual que cambió de sexo legal en el Registro, sigue teniendo el mismo sexo cromosómico o genético, y en consecuencia, se le impide contraer matrimonio por falta de consentimiento con otra persona de ese mismo sexo, aunque distinto al “legal”.

La STS 15.07.1988⁶⁶⁸, atendiendo al derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE), admite la rectificación registral del sexo y no limita el cambio. La resolución judicial trata dos cuestiones importantes. Una, el de la competencia de los Tribunales para resolver estas cuestiones al no existir una específica regulación de la misma que permite que sea susceptible de ser interpretada en uno u otro sentido. Otra, la relativa a la seguridad jurídica representada por las consecuencias que en ella pudiera tener la resolución de unas cuestiones no legalmente reguladas. En cuanto a la competencia de los Tribunales, según TOLDRÀ ROCA⁶⁶⁹, se resuelve positivamente atendiendo a los siguientes fundamentos: la sentencia de 11.10.1978, del Tribunal de Alemania Federal que admitió la competencia de los tribunales para colmar lo que son las lagunas legales y su “*iuris*”, y la referencia al TC español que, de forma reiterada ha declarado no sólo que las leyes deben ser interpretadas conforme a la CE, sino también que los preceptos de ésta, salvo excepciones, no tienen un valor puramente programático sino que son de obligatoria observancia por los órganos judiciales, como así establece a su vez el art. 5º de la LOPJ.

El tema de la seguridad jurídica lo resuelve por aplicación del art. 10.1 CE. Este precepto constitucional establece como derecho fundamental de la persona, entre otros, “el libre desarrollo de la personalidad”, y en una proyección hermenéutica amplia,

⁶⁶⁸ RJ 1988/5722.

⁶⁶⁹ TOLDRÀ ROCA, Dolors, *Capacidad natural...* cit., pág. 128.

incluye los cambios físicos de forma del ser humano, siempre que no suponga delito o ilícito civil.

También la STS 03.03.1989, insiste en la importancia del sexo biológico y, poniendo énfasis en su aspecto cromosómico. En este sentido, TODRÀ ROCA señala⁶⁷⁰: “la actual inscripción en el Registro Civil como varón contribuye a impedir el libre desarrollo de su personalidad a la que tiende su sexo psíquico, que es de mujer, por lo que la resolución en que así no se aprecia viola el art. 10 CE”. En suma, se consideró vulnerado el art. 10.1 CE, pues se entendió que la resolución recurrida impidió el libre desarrollo de la personalidad al no admitir el cambio de sexo registral. Y se estima la petición interpretando que la actual inscripción en el Registro Civil como varón contribuye a impedir el libre desarrollo de la personalidad a la que tiene su sexo psíquico. Como también señala TOLDRÀ TOCA⁶⁷¹ “el Tribunal reconoce que desde el punto de vista biológico y médico, hay situaciones que pueden encuadrarse en lo que llamaríamos un inter sexo, concepto que no es posible desde una perspectiva jurídica. Comporta que en el momento de valorar los parámetros más decisivos en la clasificación del individuo en uno de los dos géneros sexuales que el derecho reconoce, no habrá de ser el cromosómico el que predomine, y tampoco el gonadal, sino el fenotípico, que atiende al desarrollo corporal y, al psicológico que determina el comportamiento caracterial y social del individuo. Por tanto, reconoce la primacía del sexo psicológico, sobre el biológico, como elemento determinante para la inscripción registral en uno de los dos sexos”. La referenciada sentencia limita el cambio de sexo a los efectos de eventuales matrimonios, considerándolos nulos. Concluye que, mientras no exista una norma legal que disponga la extensión de los efectos a producir por los cambios de sexo judicialmente acordados, “no cabrá estimarlos de mayor alcance que los que fuesen estrictamente necesarios para el cumplimiento de lo solicitado”.

También admite un cambio de sexo de HaM, cuando se han completado las operaciones y tratamientos quirúrgicos correspondientes y se da por probado, y como fundamental, el rol y papel social como mujer del transexual. La sentencia reconoce que pesa más “el factor fenotípico, que atiende al desarrollo corporal, y como mayor fuerza aún, al

⁶⁷⁰ *Ibidem*, pág. 128.

⁶⁷¹ *Ibidem*, págs. 128 a 129.

psicológico que determina el comportamiento caracterial y social del individuo”, frente al factor cromosómico e incluso el gonadal. Además, deja una puerta abierta a la plenitud de efectos jurídicos del cambio de sexo.

La STS 19.04.1991⁶⁷² hace referencia a la capacidad para contraer matrimonio: “todo ello no obsta a que, conforme a la naturaleza de los casos, la supresión o extirpación de los caracteres primarios y secundarios característicos del varón conviertan a éste en persona del sexo femenino; pero en vías del desarrollo de la personalidad que sanciona el art. 10.1 CE ha de permitirle al menos ejercitar su derecho a cambiar el nombre varón por el de hembra; más sin que tal modificación en el Registro Civil suponga una equiparación absoluta con la del sexo femenino para determinar actos o negocios jurídicos, especialmente contraer matrimonio como tal transexual, toda vez que unos de éstos exigiría la plena capacidad y aptitud en cada supuesto”. Asimismo, recoge la doctrina de las anteriores, admite el cambio de sexo de varón a mujer, y reitera la “prevalencia que tanto la medicina como la jurisprudencia española confieren al sexo psicológico sobre el cromosómico”.

Las sentencias mencionadas permiten registralmente el cambio de nombre pero no reflejan expresamente el cambio de sexo en el Registro Civil.

La jurisprudencia inicial del Tribunal Supremo coincide con el juez ORMROD en el caso *Corbett*⁶⁷³, sentencia del TEDH, que atribuye al sexo aparente a una persona para aquellos ámbitos de actuación en los que el sexo de la persona no es esencial. Es decir, donde el sexo es legalmente irrelevante, este puede ser determinado sobre la base del género social o psicológico.

Un ejemplo más de la teoría de la ficción que prolifera durante esta primera fase jurisprudencial es la SAP Madrid de 09.07.2001⁶⁷⁴: “(...), por vía de ficción protegible

⁶⁷² EDJ 1991/4017.

⁶⁷³ FISHBAYN, Lisa, “Not quite one gender or the other: marriage law and the containment of gender trouble in the Uniket Kingdon”, in *American University Journal of Gender, Social Policy and the Law*, 2007, págs. 1 a 25 (consultado en Westlaw International, ref. 15 Am. U.J. Gender Soc. Pol & L. 413), pág. 4.

⁶⁷⁴ EDJ 2001/42238.

y jurídicamente el hecho de la transexualidad entendiéndose no que el varón o la hembra dejen de serlo por el hecho de haber procedido a las intervenciones médicas precisas para ello hasta donde la medicina alcance, sino que ha de tenerse por varón o hembra en cada caso siempre y cuando no sólo psicológicamente sino también morfológicamente se aparente, de modo y manera que no basta con que se comporte como del sexo contrario al biológico sino que ha de existir una mutación plena de los órganos sexuales y de los caracteres primarios y secundarios correspondientes a cada sexo y en cada caso (...). Podría por ello afirmarse que si cuando formuló su pretensión carecía de la asimilación total al sexo masculino, la demanda bien desestimada y que en virtud del principio de la *perpetuatio* debería también desestimarse el presente recurso ya que ha de juzgarse con arreglo a la realidad fáctica existente en el momento de demandar. Sin embargo en base al principio constitucional garantizador de la tutela jurisdiccional efectiva, no existiendo oposición del Ministerio Fiscal, que a la inversa ha solicitado la estimación de la pretensión actora, habrá de procederse al examen de los elementos probatorios aportados en esta alzada y en esencia de la continuación del reconocimiento médico efectuado por la sra. Médico Forense que efectuó el primer reconocimiento en la instancia en el que se afirma que la demandante ha sido intervenida quirúrgicamente para concluir su proceso de virilización realizándose una metaidoplastia creándose una pseudobolsa escrotal y formándose un falo con avocación uretral, con lo que efectivamente en la actualidad reúne tanto los caracteres psicológicos del sexo masculino como sus elementos primarios y secundarios, en la forma en que quedó acreditado en la instancia, y además en base al anterior informe, la totalidad de los elementos morfológicos propios del citado sexo, con lo que procede la estimación de la demanda, revocándose la sentencia de instancia en base lo probado en esta alzada”.

De la primera etapa de la jurisprudencia concluimos:

- El cambio de sexo no implica un auténtico cambio de sexo, ya que el cromosómico permanece inalterado (SAP Madrid, de 09.07.2001)⁶⁷⁵.
- Reconoce tímidamente que el elemento psicológico es uno de los componentes del concepto de sexo, pero insiste en la prevalencia del elemento genético.

⁶⁷⁵ AC 2001/1724.

- Ha de constatarse que en el ambiente en que se mueva el transexual haya habido un cambio social de su sexo.
- Restricción del transexual para poder realizar determinados actos o negocios dentro de su nuevo sexo en la medida en que no hubo una modificación del sexo cromosómico.
- La transexualidad comporta una operación quirúrgica unida a otros factores tales como el irresistible sentimiento de pertenencia al sexo contrario, rechazo al propio y deseo obsesivo de cambiar de morfología sexual.
- Importante avance con el art. 10 CE que consagra el Principio de libre desarrollo de la personalidad.
- Se exige la reasignación total del sexo, por vía quirúrgica para autorizar el cambio de sexo y nombre en el Registro Civil.
- El cambio de sexo reconocido por la jurisprudencia se refiere al sexo morfológico, y de éste se deriva el legal o jurídico. Bien es cierto que no coincide con el biológico y, a efectos de paliar esta discordancia, se ha recurrido a la idea de la ficción jurídica o de apariencia.
- La sentencia de 1987, es la primera que reconoce la modificación registral del sexo de la persona previo expediente correspondiente.

6.2. La segunda etapa: aportación de la doctrina del TEDH

La doctrina jurisprudencial se plantea dos cuestiones. La primera, es si la exigencia de realización total de los tres pasos o gestos quirúrgicos secuenciales –tratamiento hormonal, eliminación y esterilización de los caracteres sexuales primarios y secundarios, reconstrucción de órganos genitales externos del sexo pretendido–, incluso el último de ellos relativo a la reconstrucción del pene, ha de exigirse en criterio jurídico determinante del reconocimiento al cambio de sexo que se postula. La segunda, si, en caso de reconocimiento, han de mantenerse las limitaciones a la plena eficacia jurídica

de la nueva condición y, si debe negarse la equiparación absoluta del sexo distinto al del reconocimiento (SPI nº 1 Valladolid, 13.12.2004)⁶⁷⁶.

La sentencia del juzgado de instancia de Valladolid, posteriormente ratificada en apelación por la AP de Valladolid de 23.05.2005⁶⁷⁷, es un importante avance en aras de la autonomía de la voluntad del individuo pues reconoce que no es necesario someterse a una operación de reasignación sexual para la rectificación registral. Interpone recurso de apelación el Ministerio Fiscal contra la sentencia que reconoció a la demandante la rectificación de sexo y de nombre interesadas. Aduce el recurrente la infracción de la jurisprudencia aplicable a supuestos como el enjuiciado en los que se exige la práctica de la totalidad de las intervenciones y tratamientos de reasignación de sexo para que pueda prosperar la acción ejercitada. Sin embargo, la Sala atendiendo a la propia situación de la apelada, realiza una interpretación flexible de la citada jurisprudencia y confirma la procedencia de las rectificaciones concedidas: “la operación quirúrgica consistente en la implantación de un pene a través de un injerto en el brazo la que está pendiente, aparte del riesgo y el elevado coste económico que ello supone, es una cuestión estrictamente personal por afectar exclusivamente a la esfera emocional, sentimental e íntima del individuo, sin quebranto alguno del interés u orden público; no debiendo pues supeditarse el cambio de sexo solicitado a la plena asimilación morfológica con mutación plena de los órganos sexuales pues el sexo responde a una carga genética, biológica y psicológica que supera el criterio meramente físico o morfológico”.

La STS de 06.09.2002⁶⁷⁸ manifiesta una recepción de la doctrina del TEDH en cuanto al concepto de sexo, acogiendo la idea de la prevalencia del sexo psicológico, pero no avanza en el reconocimiento del derecho a contraer matrimonio de una persona transexual con otra persona del sexo contrario a su sexo registral. Se empieza a hablar con más detalle de su sexo psicológico que supera la visión física del tema, pero se sigue exigiendo la cirugía completa de reasignación para poder hablar de cambio. El

⁶⁷⁶ Sentencia del juzgado de Primera Instancia número 1 de Valladolid, en el procedimiento de juicio ordinario 898/04, sobre cambio de sexo registral aun cuando no se ha culminado el proceso quirúrgico de cambio de sexo, de 13.12.2004.

⁶⁷⁷ EDJ 2005/152422.

⁶⁷⁸ RJ 2002/7180.

conflicto se resuelve con la reafirmación de la teoría de la apariencia, ya que exige en última instancia que se haya completado el proceso quirúrgico de reasignación de sexo. La resolución rechaza el cambio de sexo por entender el Tribunal que no se ha completado las etapas secuenciales necesarias para el proceso de reasignación sexual, previstas por el informe elaborado por los expertos de la Agencia de Evaluación de Tecnologías Sanitarias del Instituto de Salud Carlos III del Ministerio de Sanidad y Consumo⁶⁷⁹, a saber: 1º- tratamientos hormonales; 2º- eliminación y esterilización de los caracteres sexuales primarios y secundarios; 3º- reconstrucción de órganos genitales externos del sexo pretendido. Es la primera vez que se recoge de manera expresa la necesidad de estas tres fases que, si bien antes se intuían, no se declaraban o exigían por ya haberse producido cuando se solicitaba el cambio registral. Parece, pues, que, según esta sentencia, el sexo “legal”, y el que determina la inscripción debe ser el morfológico, pues parece que pesa más que el psicológico. Esta sentencia recoge la doctrina del TEDH que considera que el dato cromosómico no es el decisivo para reconocer la identidad sexual de una persona, pero tampoco lo son los datos puramente psicológicos para proceder a un cambio registral de sexo, y debe resultar imprescindible que las personas transexuales se hayan sometido a los tratamientos e intervenciones quirúrgicas necesarias.

En cuanto a la necesidad de una reasignación quirúrgica completa, la doctrina de varias Audiencias Provinciales empezó a matizar el criterio. Así, es frecuente la alusión del sexo psicológico, y a que el cambio de sexo ha sido involuntario en su origen, no se trata de un capricho de la persona que lo solicita, sino el resultado de un trastorno de la identidad de género diagnosticado⁶⁸⁰. A pesar de la tendencia descrita, el TS no cambió el criterio de exigencia de cirugía completa, que ha seguido vigente hasta la entrada en vigor de la LRR, como puede comprobarse en las SAP de Asturias de 25.09.2006⁶⁸¹,

⁶⁷⁹ ESPIN ALBA, Isabel, *Transexualidad...* cit., págs. 90 y ss;

http://scielo.isciii.es/scielo.php?pid=S0211-57352004000100002&script=sci_arttext. Consultado el 12.10.2012.

⁶⁸⁰ SAP de Valencia de 10.10.2006; SAP de Pontevedra de 27.09.2006.

⁶⁸¹ EDJ 2006/309130: “frente a tal pronunciamiento desestimatorio se alza el presente recurso en el que se reitera tal pretensión estimando que esa imposición de tratamiento quirúrgico para obtener el cambio de las menciones de sexo y nombre registral, vulnera su derecho fundamental a la dignidad personal y libre desarrollo de su personalidad reconocidos en el art. 10 de la CE; el también derecho fundamental a la

SAP de Barcelona de 01.09.2005⁶⁸², SAP de Madrid de 15.07.2004⁶⁸³, SAP de Lugo de 19.05.2005⁶⁸⁴.

Otro aspecto importante y que se encuadra dentro de esta segunda fase de la evolución jurisprudencial es el relativo al *ius connubi* de la persona transexual. La restricción de la capacidad para contraer matrimonio de la persona transexual es el aspecto más conflictivo y que generó un punto muerto en la evolución de la doctrina del TS. Será la doctrina de la DGRN el revulsivo en esta materia, con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma del Cc en este punto, llevada a cabo por la Ley 13/2005, de 1 de julio.

El abandono del criterio estricto de la exigencia de intervención quirúrgica ha provocado que durante ese periodo –anterior a la ley 13/2005–, existiera una cierta laxitud por parte de los registros a la hora de admitir esos matrimonios. La situación era de total arbitrariedad e inseguridad jurídica, pues dependiendo de si el Ministerio Fiscal recurriese o no la decisión se podía inscribir el matrimonio con persona de sexo registral opuesto.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia 7 de Lleida, de 21.09.1999⁶⁸⁵, admite el cambio de sexo de un transexual y declara su plena capacidad de obrar como mujer pudiendo contraer matrimonio con varón sin limitación alguna, contradiciendo la

intimidad y propia imagen del art.18 del mismo texto fundamental y el de tutela judicial efectiva del art. 24, así como la norma de interpretación sociológica del art. 3.1 del Cc, razonando en su fundamento que acreditado como están en este caso su padecimiento de un trastorno e identidad sexual, (...), el inicio del tratamiento hormonal y el grado de satisfacción conseguido con el mismo, todo ello evidencia la seriedad de su deseo y la irreversibilidad de su proceso de reasignación sexual por lo que estima que en este caso está justificada una flexibilización de la doctrina del TS aplicada en la recurrida, tanto más, se invoca, cuando la evolución social en el ámbito de los derechos humanos, y más concretamente en la tendencia a evitar cualquier tipo de discriminación por razón de sexo o identidad sexual, aboga por la flexibilización que se postula, hasta el punto de haber recogido el Proyecto de Ley Reguladora de la rectificación registral, (...), la supresión de la exigencia jurisprudencial de la existencia de cirugía de reasignación sexual para acceder a tales rectificaciones”.

⁶⁸² EDJ 2005/264387.

⁶⁸³ JUR 2004/243776.

⁶⁸⁴ JUR 2005/162897.

⁶⁸⁵ Sentencia del de juzgado Primera Instancia e Instrucción número 7 de Lleida, procedimiento 39/99, en reclamación de rectificación registral de mención de sexo y nombre, de 21.09.1999.

entonces vigente jurisprudencia del TS⁶⁸⁶. Doctrina reiterada por la DGRN⁶⁸⁷ de 08.01.2001 y 31.01.2001⁶⁸⁸ que trató un supuesto de matrimonio entre un varón y un transexual HaM, cuya nueva identidad sexual había sido reconocida por sentencia en la que no se hizo ninguna declaración sobre la falta de capacidad matrimonial. Por tanto, la DGRN entiende que no hay realmente obstáculos legales que impidan al transexual contraer matrimonio con persona perteneciente en realidad a otro sexo, aunque coincidan los sexos biológicos invariables de ambos contrayentes, y señala que no autorizarlo crearía una “situación ambigua al modo del reconocimiento de un tercer sexo”.

De la jurisprudencia emanan los siguientes criterios:

- El dato cromosómico no es decisivo para el reconocimiento de la identidad sexual de una persona.

⁶⁸⁶ La sentencia, novedosa por su criterio, declara que “(...) en el Derecho español no existe hasta ahora una norma que expresamente y con carácter directo autorice el cambio de sexo. No obstante, indirectamente sí la hay, en la reforma del Código Penal por Ley de 25 de junio de 1983, ya añadió en el art. 428, a la regla general de que existía delito de lesiones aunque el lesionado prestara su consentimiento (...) la especialidad de que el consentimiento libre y expreso del interesado exime de responsabilidad penal en los supuestos de cirugía transexual realizados por facultativo, siempre con la limitación del dicho art. 425. Tal excepción ha pasado asimismo al Código Penal aprobado por L.O.10/1995 de 23 de noviembre, en que en su artículo 156 se reconoce legalmente la posibilidad del cambio o tránsito de un sexo al otro (FJ 2)”. Simultáneamente también emplea la doctrina de la ficción jurídica cuando establece que “se insiste en que el transexual nacido varón sigue siéndolo cromosómicamente, si bien en su aspecto morfológico es de sexo femenino y el Tribunal no opera ni decreta un cambio genético de sexo (FJ 4).”

⁶⁸⁷ El 10.01.2000, el Juez encargado del Registro Civil de Melilla autorizó el matrimonio de un transexual. Recurrída dicha resolución, la DGRN en sus resoluciones de 08.01.2001 y 31.01.2001, confirmó esta posibilidad, manteniendo que “la sentencia de cambio de sexo no contiene en el supuesto una declaración sobre la falta de capacidad matrimonial, no hay realmente obstáculos legales que impidan al transexual contraer matrimonio con persona perteneciente en realidad a otro sexo, aunque coincidan los sexos biológicos invariables de ambos contrayentes. Desde el momento que una sentencia judicial firme ha ordenado sin limitaciones el cambio de sexo, hay que estimar que este cambio se ha producido a todos los efectos legales, legitimando los matrimonios de transexuales que han conseguido la rectificación registral, sin que queda la nulidad de los mismos por ausencia del consentimiento”.

⁶⁸⁸ RJ 2001/5095.

- Tampoco pueden considerarse suficientes por si solos los factores puramente psicológicos.
- Resulta imprescindible para acceder al cambio de sexo que las personas que lo pretendan se hayan sometido a los tratamientos hormonales y quirúrgicos precisos para la supresión no sólo de sus caracteres sexuales secundarios, sino también para la extirpación de los primarios y la dotación de los órganos sexuales semejantes al menos en apariencia.

6.3. La tercera fase: entrada en vigor de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, de modificación registral del sexo de la persona

Con la entrada en vigor de la Ley 3/2007, la STS de 17.09.2007⁶⁸⁹ varia la posición anterior de este Tribunal, afirmando que la imposición de la intervención quirúrgica de reasignación de sexo como requisito para autorizar la rectificación de la mención registral del sexo y del nombre supone un freno para el libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE), que se traduce en una lesión de la dignidad humana y una falta de tutela de la salud, de la propia imagen y de la integridad física y moral, pues “el libre desarrollo de la personalidad implica un derecho a sostener la identidad sexual como expresión de la identidad personal, que es un bien de la personalidad”⁶⁹⁰. En consecuencia, los únicos registros a que se subordina la rectificación registral del sexo tras la reforma son: haber sido diagnosticado al solicitante disforia de género, que ha sido tratado/a médicamente durante dos años para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado. A partir del derecho al libre desarrollo de la personalidad se considera que nadie puede ser obligado a permanecer dentro de los márgenes de un sexo que psíquicamente no le corresponde, lo que debe tener su reflejo

⁶⁸⁹ EDJ 2007/152384.

⁶⁹⁰ Indica la Sala que, a partir de la vigencia de la Ley 3/2007 de 15 de marzo, los transexuales pueden obtener, cumpliendo los requisitos que la ley establece y por las vías que la misma señala, el cambio de la mención de sexo y nombre, sin requerir el tratamiento quirúrgico que, de acuerdo con la jurisprudencia anterior a esta Ley era necesario.

Los Países que regulan los cambios de nombre y de la mención de sexo en la documentación oficial en Europa son: Suecia, Reino Unido, Alemania, Italia, Austria, Finlandia, Holanda, Bélgica, Portugal, España (Ley 3/2007).

en la inscripción de nacimiento del interesado en el Registro Civil. Y también el derecho a la imagen, que tiene como punto de referencia la dignidad de la persona, y se configura como un derecho de la personalidad dirigido a proteger la dimensión moral de las personas, que “atribuye a su titular un derecho a determinar sus rasgos físicos personales y característicos”, derecho que se configura como un derecho autónomo. La sentencia señala que a raíz de la LRR la rectificación se acordará una vez que la persona solicitante pruebe: “(a) Que se le ha diagnosticado disforia de género, lo que de acreditarse mediante informe de médico o de psicólogo clínico, en el que se hará referencia: (1) A la existencia de disonancia entre el sexo morfológico o género fisiológico inicialmente inscrito y de la identidad de género sentida por el solicitante o sexo psicosocial, así como la estabilidad y persistencia de esta disonancia. (2) A la ausencia de trastornos de la personalidad que pudieran influir, de forma determinante, en la existencia de la disonancia indicada; (b) Que ha sido tratada médicamente durante al menos dos años para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado, lo que se ha de acreditar mediante informe del médico colegiado bajo cuya dirección se haya realizado el tratamiento o, en su defecto, por informe de un médico forense especializado. No es necesario que el tratamiento médico haya incluido cirugía de reasignación sexual. Los tratamientos médicos no son tampoco requisito necesario cuando concurren razones de salud o edad que imposibiliten su seguimiento y se aporte certificación médica de tal circunstancia”.

En la misma sentencia se valora si un procedimiento iniciado antes de la entrada en vigor de la Ley 3/2007 es lícito exigir a una persona transexual que complete quirúrgicamente su proceso de reasignación sexual, siguiendo criterios jurisprudenciales vigentes con anterioridad a la referida Ley. El fallo insiste en la idea de que en tal exigencia “no hay, en puridad, una vulneración del derecho a la intimidad, pero hay un freno al libre desarrollo de la personalidad –art. 10.1 CE– que se proyecta en una lesión de la dignidad humana, en una falta de tutela de la salud –art. 43.1 CE–, al respeto a la intimidad y a la propia imagen –art. 18.1 CE– y a la protección de la integridad física y moral –art. 15 CE–⁶⁹¹, pues parece que el libre desarrollo de la personalidad implica,

⁶⁹¹ La relación con el derecho fundamental a la integridad física (art. 15 CE) es el vínculo directo de la protección de la salud que más habitualmente declara la jurisprudencia constitucional. Aunque otros pronunciamientos anteriores ya lo apuntaron (FJ 11 y 12 de la STC 53/1985, de 11 de abril, relativa al art. 417 bis del Código Penal -aborto-), las primeras sentencias que pusieron en conexión de modo manifiesto

dada la prevalencia de los factores psico-sociales en la determinación del sexo que han de primar en los supuestos de disforia de género, un derecho de sostener la identidad sexual como expresión de la identidad personal, que un bien de la personalidad”⁶⁹².

el derecho fundamental a la integridad física y el derecho a la protección de la salud fueron resoluciones referidas a internos en establecimientos penitenciarios. En el marco de la relación de sujeción especial que vincula a aquéllos con la Administración Penitenciaria y de la obligación de ésta de velar por la vida y la salud de los internos sometidos a su custodia, el TC trató diversos supuestos en los que se planteaban posibles limitaciones de derechos fundamentales de los reclusos y de otros bienes constitucionalmente consagrados, relacionados con el art. 15 y el art. 43.1 CE (p. ej: STC 120/1990, de 27 de junio, o STC 35/1996, de 11 de marzo). La jurisprudencia que enlaza el derecho a la protección de la salud con el derecho fundamental a la integridad física (art. 15 CE) ha fijado el derecho a la protección de la salud como uno de los referentes principales en la conformación de los contenidos del art. 15 CE. Uno y otro (art. 15 CE y art. 43.1 CE) no se confunden porque el ámbito constitucionalmente protegido por el derecho fundamental no se reduce exclusivamente a aquellos casos en que exista un riesgo o daño para la salud, de modo que habrá intervenciones corporales indiferentes para la salud del sujeto pasivo, pero prohibidas por el art. 15 CE y otras que, por las circunstancias en que se producen, puedan resultar legítimas desde el punto de vista de ese precepto constitucional, pese a poder incidir sobre la salud u ocasionar algún grado de malestar a la persona afectada, y que no serán lesivas por no causar en ella un daño o un riesgo elocuente, cierto y grave.

Según el TC, no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración de aquel derecho fundamental, sino tan sólo el que genere un peligro grave y cierto para la misma. En otras palabras, el derecho fundamental del art. 15 CE no protege frente a cualquier daño o riesgo potencial o hipotético para la salud, sino sólo frente aquel que tenga lugar “existiendo un riesgo constado de producción cierta, o potencial pero justificado *ad causam*, de la causación de un perjuicio para la salud, es decir, cuando se genere con el orden de trabajo un riesgo o peligro grave para ésta”. En conclusión, será suficiente demostrar un riesgo cierto o un riesgo previsible y grave. Es obvio por lo demás –lo recuerda la STC 160/2007– que la cobertura constitucional también operará si ya se ha consumado el daño o perjuicio de la salud personal.

La STC 2002/1999, de 8 de noviembre, representa un pronunciamiento de referencia en la conexión del derecho a la intimidad y los datos pertenecientes a la salud. Aunque no está en juego la protección de ésta ni un daño directo a la misma, no deja de ser verdad que la protección de los datos propios de la salud se manifiesta como un imperativo no sólo para proteger el ámbito de privacidad del sujeto, sino, también, para evitar otros efectos aparejados que pueden causar perjuicios al mismo al margen del propio hecho del conocimiento. Por esa vía, nuevamente, podría hablarse de una conexión mediata con el art. 43.1 CE.

⁶⁹² SANTIAGO REDONDO, Koldo, “Derecho a la protección a la salud” en *Comentarios a la Constitución Española*, (dir. CASAS BAAMONDE, María Emilia; RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, Miguel), Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008, págs. 1072 a 1074.

En el caso que resuelve la STS 06.03.2008⁶⁹³ la parte recurrente no se había sometido a la intervención quirúrgica de implantación de pene, por dificultades económicas. Pero desde la Ley 3/2007 no es requisito la cirugía de reasignación de sexo. Basta con acreditar una disforia de género, que ha de ser tratada, durante al menos dos años, para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado. Después de la LRR nos hemos de preguntar si la imposición de la intervención quirúrgica vulnera los derechos fundamentales a la intimidad privada y a la propia imagen de los artículos 18. 1 y 10.1 CE respectivamente. No hay una vulneración de los derechos a la intimidad y a la propia imagen, pero hay un freno al derecho de libre desarrollo de la personalidad que se proyecta en una lesión de la dignidad humana, en una falta de tutela de la salud, al respeto, a la intimidad y la propia imagen y a la protección de la integridad física y moral, pues el libre desarrollo de la personalidad implica, dada la prevalencia de los factores psico-sociales en la determinación del sexo, que han de primar en los supuestos de disforia de género, un derecho de sostener la identidad sexual como expresión de la identidad personal, que es un bien de la personalidad. Hay que reconocer al individuo la facultad de conformar su identidad sexual de acuerdo con sus sentimientos profundos, con sus convicciones de pertenecer a otro sexo, pues de otro modo ni se protege su integridad, ni se le concede la protección a la salud, ni se trata adecuadamente el derecho a la imagen y a la intimidad familiar. Se trata de dejar que el libre desarrollo de la personalidad se proyecte en su imagen y se desarrolle dentro de un ámbito de privacidad, sin invasiones ni injerencias (STS de 18.07.2008)⁶⁹⁴. También se ha subrayado que “la asunción de las pautas y del rol de un determinado sexo va significativamente diluyendo diferencias radicales y tiende hacia una cierta uniformidad, que sólo se rompe en concretos aspectos, por más que subsistan perceptibles y hasta muy notables diferencias, mientras que, por otra parte, incluso en los niveles de las más profundas relaciones familiares, la asignación de roles sociales (como el de padre o madre) se desconectan de la identidad sexual, o al menos de una identidad sexual basada en los cromosomas”.

A raíz de las sentencias estudiadas observamos que todavía persiste en la concepción del sexo la primacía de los elementos psíquicos y sociales (el rol), pero dicha

⁶⁹³ EDJ 2008/128026. Para un argumento jurisprudencial similar vid. STS 28.02.2008, EDJ 2008/118934.

⁶⁹⁴ EDJ 2008/127975.

concepción parece retroceder en los últimos años porque la influencia del sexo en los comportamientos sociales y en las relaciones jurídicas disminuye paulatinamente, se reduce la importancia del sexo como factor determinante del trato de la persona en las relaciones sociales, la asunción de las pautas y del rol de un determinado sexo va significativamente diluyendo diferencias radicales y tiende hacia una cierta uniformidad. Así, el concepto del sexo como estado civil se debilita, y abundan ya los tratamientos científicos de la cuestión en los que se sostiene que el sexo no es un estado civil, sin perjuicio de señalar la relevancia jurídica que todavía tiene (STS 17.09.2007). La necesidad de intervención quirúrgica de reasignación no parece justificada como presupuesto de una modificación del tratamiento de la persona interesada. Hay una “disforia de género” que, diagnosticada, ha de ser tratada, durante al menos dos años (según la ley española) “para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado”, pero no necesariamente ha de llegarse a la cirugía de reasignación sexual.

6.4. Recapitulación y conclusiones

En España, hasta la Ley de 2007, la única mención sobre la opción transexual era jurisprudencial, abordando el tema sobre tres perspectivas⁶⁹⁵: que lo solicitado en cada caso haya sido el cambio de sexo; la modificación del nombre; y la celebración de un matrimonio. Son tres de los aspectos abordados por las resoluciones de la DGRN a las que hemos hecho referencia.

La limitación de la solución jurisprudencial sobre la necesidad y oportunidad de la regulación legal del fenómeno de la transexualidad se reconoce por el Tribunal Supremo, pero, en ausencia de una norma legal que expresamente autorice el cambio de sexo, se ve obligado a acudir a una “ficción” consistente en atribuir a aquel individuo un sexo distinto del que se corresponde con sus características cromosómicas, que presentan la condición de ser inmutables. Recurso a la “ficción” como solución técnica e instrumento de solución de conflictos cuya elevación a la categoría de *ratio decidendi* en vigor necesita el apoyo de una disposición legal que expresamente lo autorice; la

⁶⁹⁵ DÍAZ FRAILE, Juan María, “Identidad sexual y Registro civil. Exégesis de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas”, *Boletín del Colegio de Registradores de España*, ISSN 1135-0180, nº 156, 2009, págs. 705 a 726.

inexistencia de la norma reguladora plantea el problema de la determinación de los efectos de la declaración jurisdiccional, de forma que hasta que eventualmente una norma legal disponga la extensión de los efectos a producir por los cambios de sexo judicialmente acordados, no cabrá estimarlos de mayor alcance que los estrictamente para producir la rectificación del Registro Civil; no debe olvidarse que su aceptación no ha sido unánime, debiendo destacarse en este sentido las sentencias del Tribunal Supremo de 02.07.1987, 03.03.1989, 19.04.1991.

Este es el panorama con el que se encuentran los jueces que dictan las sentencias que analizamos: admisión del cambio de sexo legal o registral, parece que con plenos efectos jurídicos, apreciándose hasta la sentencia de 2002; la preeminencia del criterio psicológico en varias sentencias del TS, que sin embargo, en la STS de 06.09.2002, parece inclinarse por la necesidad de haber concluido la transformación física de manera completa, lo que nos induce a considerar más relevante el criterio morfológico.

Inicialmente, doctrina y jurisprudencia han considerado que el sexo jurídicamente relevante y el que debe reflejar el Registro es el sexo cromosómico, en cuanto normalmente coincide con el morfológico que es el aparential y el que sirve de criterio a la primera inscripción de nacimiento (sexo “legal”). Como el cambio de sexo del transexual, en ningún caso produce cambio de sexo genético, biológico o cromosómico, parte de la doctrina entiende que esa rectificación de sexo en el Registro es una ficción jurídica, pues el sexo cromosómico relevante no ha cambiado.

La DGRN en sus resoluciones de 2001, admite que el cambio de sexo en el Registro se produce a todos los efectos, permitiendo de este modo el matrimonio de los transexuales. La DGRN al admitir la plena equiparación de efectos a la rectificación del registro, da un paso más allá en esa ficción jurídica, pues si hay plena equiparación morfológica, social y psicológica del sexo, se debe permitir el matrimonio; olvidándose en cierto modo del factor cromosómico, que permanece invariable. Luego, o amplía la ficción, o cambia el criterio del sexo jurídicamente relevante. Si hay cambio de sexo a todos los efectos legales, sin que exista operación quirúrgica completa, no se produce la asimilación morfológica total, pues faltan los caracteres sexuales primarios, con lo que vuelve a darse un paso más allá en esa ficción jurídica.

Después de la Ley 3/2007, recae la sentencia del Tribunal Supremo de 17.09.2007⁶⁹⁶, que de conformidad con aquella, considera la necesidad de que exista un diagnóstico de disforia de género, un tratamiento –mínimo de dos años– para acomodar las características físicas a las correspondientes al sexo reclamado, aunque sin llegar necesariamente a la cirugía de reasignación sexual.

Para transexuales masculinos, siguiendo la doctrina jurisprudencial anterior a la Ley de 2007, encontramos resoluciones judiciales que exigían para estimar las demandas de cambio de sexo, no sólo que el demandante se hubiera sometido a intervenciones quirúrgicas de mastectomía e histerectomía (que suprimían los caracteres físicos femeninos), sino además, la implantación del aparato sexual masculino, aunque dicha intervención quirúrgica no pudiera llevarse a cabo por problemas ajenos a la voluntad del solicitante⁶⁹⁷. La necesidad de dicha transformación física completa se justificaba en que el Registro Civil publicita la identidad y sexo de los ciudadanos atendiendo a su formación corporal, a pesar de que la diferencia sólo es apreciable con la desnudez integral⁶⁹⁸. Otras sentencias consideraron que la extirpación de los caracteres sexuales primarios femeninos –ovarios, trompas y útero–, además de la mastectomía bilateral demostraba la seriedad en la petición de rectificación registral y la condición irreversible del proceso de reasignación sexual iniciado. Consideraban que no tenía un significado determinante la ausencia total de pene, con conservación de algunos órganos sexuales externos femeninos, más aún cuando la falta de culminación de dicho proceso era debida a causas ajenas a la voluntad de la actora, alegándose consideraciones de carácter económico, laboral y médicas⁶⁹⁹. Finalmente, en otras sentencias, se ha entendido que era suficiente haberse practicado una mastectomía y haberse sometido a tratamiento hormonal determinantes de la irreversibilidad del proceso de reasignación

⁶⁹⁶ El procedimiento consiste en una pretensión de cambio de la mención de sexo y de nombre formulada antes de la vigencia de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, que había sido denegada sucesivamente en las dos sentencias de instancia por razón de no haberse producido la cirugía de reasignación de sexo que, hasta la vigencia de la expresada norma, se entendía como requisito necesario.

⁶⁹⁷ SAP Asturias de 25.09.2006, JUR 2006/279071; SAP Barcelona de 01.09.2005, JUR 2006/68051; SAP Asturias de 30.09.2006, AC 2003/1630.

⁶⁹⁸ SAP Barcelona de 07.04.2004, JUR 2003/200183, sentencia recurrida en casación originando la STS de 17.09.2007, RF 2007/4968.

⁶⁹⁹ SAP Valladolid de 23.05.2004, AC 2005/1549; SAP Cádiz de 20.04.2005, JUR 2005/143363; SAP Barcelona de 17.02.2004, AC 2004/893.

sexual así iniciados y como manifestación de la seriedad y reflexión de la decisión tomada, porque lo que en definitiva se debe tener en cuenta son los factores fenotípicos, hormonales, psicológicos y de comportamiento frente al criterio físico, simplista. Además, el cambio de la realidad social ha sido tan sensible en los últimos años, que hemos pasado de exigir un completo proceso de reasignación sexual para conceder el cambio de sexo, a la aprobación de una Ley reguladora de la Rectificación Registral de la mención relativa al sexo de las personas, todo ello en vías del desarrollo de la personalidad que sanciona el art. 10.1 CE, que implica una proyección hermenéutica amplia que autoriza para incluir en tal desarrollo los cambios físicos del ser humano, siempre que ello no suponga acto ilícito civil, y la inscripción del cambio de sexo contribuye a no impedir el libre desarrollo de la personalidad del transexual según las tendencias de su sexo psíquico, por lo que la resolución en que así no se concrete violaría el art. 10 CE. Y, por último, que las intervenciones quirúrgicas no consiguen una transformación real de los órganos genitales sino un mero cambio externo que ofrece una apariencia de pertenecer a los caracteres primarios del sexo que se reafirma, por lo que debemos concluir que es prevalente el factor mental o psicológico. Un Estado en cuya Constitución se proclama la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad como derechos fundamentales no puede seguir imponiendo a las personas que solicitan la reafirmación del sexo con el que se identifican que se sometan a una mutación de sus órganos genitales por ser contrario a los derechos fundamentales del art. 10.1 CE y por consolidar una clara desigualdad ante la ley por razones económicas en la medida de que solo se les ha reconocido el derecho a aquellos que han podido costearse la intervención quirúrgica para transformar sus órganos genitales⁷⁰⁰.

El libre desarrollo de la personalidad implica, dada la prevalencia de los factores psicosociales en la determinación del sexo, que han de primar en los supuestos de disforia de género, un derecho de sostener la identidad sexual como expresión de la identidad personal, que es un bien de la personalidad. De la intimidad personal forma parte la intimidad corporal.

⁷⁰⁰ SAP Jaén de 09.10.2006, JUR 2007/145216 o EDJ 2006/431998; SAP Valencia de 10.10.2006, JUR 2007/76673 o EDJ 2006/392458.

Hay que reconocer al individuo que sufre la patología denominada disforia de género, la facultad de formar su identidad sexual de acuerdo con sus sentimientos profundos, con sus convicciones de pertenecer a otro sexo, pues de otro modo ni se protege su integridad, ni se le concede la protección a la salud, ni se trata adecuadamente el derecho a la imagen y la intimidad familiar. Se trata de dejar que el libre desarrollo de la personalidad se proyecte en su imagen y se desarrolle dentro de un ámbito de privacidad, sin invasiones ni injerencias.

También es importante reseñar el significativo avance a raíz de la aprobación de la Ley 13/2005, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. La Ley introdujo en nuestro ordenamiento jurídico el matrimonio entre personas del mismo sexo, con plenitud de igualdad, superando con ello la concepción tradicional de la diferencia de sexos como uno de los fundamentos del reconocimiento por nuestro Derecho de la institución matrimonial.

En cuanto a la cuestión de la irreversibilidad del cambio de sexo, la Ley 3/2007, de 15 de marzo, de modificación registral del sexo de la persona, exige que, en el informe diagnóstico, quede constancia de que en el demandante se da la estabilidad y persistencia de la disonancia entre el sexo morfológico inicialmente inscrito y la identidad de género sentida por el solicitante. En cuanto al cambio físico se refiere, que el solicitante haya sido tratado médicamente durante, al menos dos años, para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado. Al cumplirse dichos presupuestos, se tratará de transexuales que ya viven de acuerdo con su nuevo rol sexual. Sin embargo, hay supuestos en donde se habrá podido conseguir la rectificación de la mención registral del sexo sin ningún cambio apreciable del aspecto corporal, ni haber adoptado el rol sexual correspondiente al género sentido. Dicha situación sólo podría ocurrir, aun cuando fuera claro y determinante el diagnóstico de transexualidad; y el proceso de hormonación no sea todavía irreversible.

Asimismo, el hecho de que no esté legalmente abordada la posibilidad de no pertenencia a sexo alguno, enlaza con la cuestión de si el ser humano ha de tener necesariamente una asignación sexual positiva. Desde nuestro punto de vista habría que abordar el debate y permitir, como han hecho otros países, el que el sujeto que no se identifique con ninguno de los dos sexos histórica y culturalmente reconocidos, por las

circunstancias que se trate, se le reconozca la pertenencia a un no sexo y se le permita su inscripción registral como tal, a los oportunos efectos legales.

CAPÍTULO TERCERO: EL DERECHO A LA IDENTIDAD SEXUAL DE LOS TRANSEXUALES Y OTRAS OPCIONES LEGALES EN EL DERECHO COMPARADO

1. INTRODUCCIÓN

Distintas son las cuestiones que plantaremos en este capítulo en relación al reconocimiento del derecho a la identidad sexual y, concretamente, el derecho a la identidad sexual de los transexuales. Para ello, analizaremos el proceso que se ha seguido para construir jurídicamente el derecho a la identidad sexual de este colectivo a nivel internacional.

En el apartado II asentaremos las bases sobre los principales textos internacionales que sustentan el derecho a la identidad sexual de los transexuales. Analizaremos la postura de los principales organismos internacionales en la materia. Primero, nos referiremos a las Organizaciones Internacionales Generales: Organización de Naciones Unidas (ONU), Organización Internacional del Trabajo (OIT) y Organización Mundial de la Salud (OMS). Segundo, a las Organizaciones Internacionales Regionales: Unión Europea (UE), Consejo de Europa, Organización de Estados Americanos (OEA) y EL Mercado Común del Sur (MERCOSUR). Por último, haremos especial hincapié a la Declaración Universal sobre los Derechos Sexuales, la Declaración de Montreal y a los Principios de Yogyakarta.

Seguidamente, en el apartado III del capítulo abordaremos la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en materia de transexualidad y su relevante influencia en el desarrollo de las normativas de los Países afectados. La mayoría de los casos hacen referencia a pleitos planteados entre particulares contra Bélgica, Francia y, en mayor número, Reino Unido.

A continuación, en el apartado IV analizaremos la situación legislativa de la transexualidad en los ordenamientos jurídicos europeos y otros países. Para ello distinguiremos entre el Derecho material y el Derecho Internacional Privado. En el

primero, examinaremos, sin ser exhaustivos, la normativa –por estricto orden cronológico de aprobación– en materia de opción transexual de: Suecia, Alemania, Italia, Reino Unido y Francia. En este último Estado no existe una legislación específica que la regule por lo que como veremos será la jurisprudencia la que guiará los criterios y las pautas a seguir. En el segundo, estudiaremos que pasa cuando no nos encontramos dentro del ámbito de aplicación de la ley personal del sujeto por lo que acudiremos a la norma de conflicto en cuestión para detectar qué solución otorga. En este sentido explicaremos como resuelve la cuestión planteada el derecho alemán, francés, italiano y español.

En el V y último apartado plantearemos un ambicioso reto como es el de estudiar la crisis de la dualidad de sexo que hemos detectado en distintos casos a nivel internacional y, por supuesto, a raíz que Australia, Alemania y recientemente Francia hayan sido Países pioneros al permitir registrar legalmente a una persona como de sexo neutro o indeterminado. Concretamente, Australia, en 2013, aprobó la “Ley contra la Discriminación Sexual, Orientación Sexual, Identidad de Género e Intersexualidad”, que autoriza inscribir a una persona como del sexo “X”. Y, a partir de 2014, dicha posibilidad se ha ampliado a las partidas de nacimiento. El caso alemán, del año 2013, fundamentado en un informe del Consejo Alemán de Ética, modifica el art. 22 apartado b del Código civil que permitirá a los padres de niños intersexuales registrarlos al nacer como de sexo “X”, pudiendo permanecer inalterable esta opción con el tiempo si así lo desean. Estos cambios nos parecen de gran relevancia jurídica pues como veremos al desarrollar el apartado ponemos de relieve el debate real –no elucubración– sobre la superación de los géneros tradicionales varón / hembra, por otros sin necesidad de tener el sujeto que encasillarse en ninguno. Apostamos para que en este sentido se modifique y adapte el ordenamiento jurídico español siempre en estrictos términos de seguridad jurídica.

2. ORGANISMOS INTERNACIONALES Y TRANSEXUALIDAD

Durante mucho tiempo la evolución de las relaciones internacionales se ha centrado en los vínculos bilaterales entre los países, los cuales han sido durante siglos los únicos que tenían capacidad jurídica para desarrollar sus relaciones entre sí. Sin embargo, el hecho

internacional siempre ha implicado una serie de retos que, por ejemplo, en la época de COLÓN⁷⁰¹, en un ámbito privado se creaban asociaciones de comerciantes para asumir costes, riesgos e implicaban una repartición de beneficios según su aportación. En derecho internacional, se puede hacer una analogía en la que no hablamos de comerciantes, sino de países.

Según DÍEZ DE VELASCO, podemos definir las organizaciones internacionales como “unas asociaciones voluntarias de Estados establecidas por acuerdo internacional, dotadas de órganos permanentes, propios e independientes, encargados de gestionar unos intereses colectivos y capaces de expresar una voluntad jurídicamente distinta de la de sus miembros”⁷⁰². La noción menciona los cuatro elementos que, a nuestro juicio, permiten diferenciar las organizaciones internacionales de otras entidades afines. Estos caracteres esenciales son: una composición esencialmente interestatal, una base jurídica generalmente convencional, una estructura orgánica permanente o independiente y, una autonomía jurídica.

Podemos fijar el nacimiento de las organizaciones internacionales tal y como las conocemos hoy día en 1919, con la creación de la Sociedad de Naciones, la precursora de una de las organizaciones más relevantes de todos los tiempos, Naciones Unidas. Después de la Primera Guerra Mundial muchos países consideraron la necesidad de constituir un organismo con personalidad jurídica propia y capacidad de obrar en derecho internacional, más allá de los propios Estados.

A lo largo del siglo XX y como consecuencia de la Segunda Guerra Mundial y de la influencia de la globalización, se hizo patente que las organizaciones internacionales son fundamentales para mantener un equilibrio entre los países y sus intereses, los cuales revierten directamente en sus ciudadanos, pero también respecto a las relaciones con otros Estados. Por ello, a medida que transcurría el siglo XX se constituyeron distintas organizaciones internacionales que pueden clasificarse por sus fines (organizaciones de fines generales y de fines específicos), por su composición

⁷⁰¹ MARTÍNEZ CARRERAS, José Urbano, *Historia del colonialismo y la descolonización (Siglos XV-XX)*, Universidad Complutense, Madrid, 1992, págs. 13 y ss.

⁷⁰² DIEZ DE VELASCO, Manuel, *Las Organizaciones Internacionales*, Tecnos, 15ª ed., Madrid, pág. 43.

(organizaciones de ámbito universal y regional), por sus competencias (organizaciones de cooperación, integración o de unificación)⁷⁰³.

Como expondremos, siguiendo el esquema de clasificaciones anterior, en las distintas organizaciones encontraremos textos en los que detectaremos el fundamento legal último sobre el que se sustenta el que la identidad sexual es un derecho básico de las personas, y del que la transexualidad es una parte importante.

A partir de las reivindicaciones sociales y jurídicas que los movimientos asociativos de las minorías sexuales han ido realizando, los organismos internacionales han ido lentamente emitiendo declaraciones y normativa con el propósito de eliminar las discriminaciones sufridas por estos colectivos⁷⁰⁴.

2.1. Organizaciones Internacionales generales

Las Organizaciones de fines generales son aquellas cuyas actividades no están circunscritas a un ámbito concreto de cooperación, sino que pueden abarcar todas aquellas materias que estimen útiles: bien sin ninguna limitación explícita, éste sería el caso, por ejemplo, de la Organización de Naciones Unidas; bien con la exclusión expresa de un sector de actividades predeterminado como ocurre respecto de las cuestiones de defensa en el Consejo de Europa; o cuya finalidad es la protección del individuo o de las colectividades en diversos aspectos, así la OIT, cuyos fines van desde la protección de la dignidad del trabajo hasta la protección física y moral de los trabajadores⁷⁰⁵; bien la OMS que es el organismo de la ONU especializado en gestionar políticas de prevención, promoción e intervención en salud a nivel mundial⁷⁰⁶.

⁷⁰³ *Ibidem*, págs. 47 a 53.

⁷⁰⁴ MONTERO GONZÁLEZ, David, “Derechos humanos y Derechos LGTB desde una perspectiva internacional” en el *Seminario de Orientación sexual e identidad de género. Los derechos menos entendidos*, Institut de Drets Humans de Catalunya, Barcelona, 2007, puede consultarse en www.felgt.org.

⁷⁰⁵ DIEZ DE VELASCO, Manuel, *Las Organizaciones Internacionales...* cit., págs. 47 a 48.

⁷⁰⁶ Entre las actividades de la OMS destacamos la de armonización y codificación. En este sentido la OMS lleva a cabo la Clasificación Internacional de enfermedades (ICD en inglés, o CIM en francés) y mantiene al día una lista modelo de los medicamentos esenciales que los sistemas de salud de todos los

2.1.1. Organización de Naciones Unidas

Sobre la base de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10.12.1948⁷⁰⁷, la ONU constituye la mayor organización garante de la defensa de los derechos de la persona⁷⁰⁸. El art. 1 proclama *que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros*. En sus arts. 1, 2 y 7 se establece el principio de no discriminación al disponer que *toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición*, y que todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección cuando establece que *todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación*. En materia de derechos de la persona se ha trabajado en dos ámbitos: en la desaparecida Comisión de Derechos Humanos, actual Consejo de Derechos Humanos; Consejo Económico y Social.

La primera vez que se abordó la problemática relativa a la orientación sexual e identidad de género en las Naciones Unidas fue en el discurso pronunciado por el profesor DOUGLAS SANDERS⁷⁰⁹ en 1992, en la 44ª Sesión Anual de la Subcomisión para la Prevención de Discriminación y para la Protección de las Minorías⁷¹⁰. En el punto 17º del orden del día relativo a la “promoción, protección y restablecimiento de los derechos humanos en el ámbito nacional, regional e internacional”, en una declaración conjunta de *Human Right Advocates* (Defensores de Derechos Humanos) y de ILGA (Asociación Internacional de lesbianas y gays). En la declaración se hizo referencia a los actos de violencia, por ello, y ante la falta de interés de Naciones Unidas se solicitaba que se

países deberían hacer que estuviesen disponibles a precios asequibles para la población general. Vid. http://www.who.int/whr/2003/en/whr03_es.pdf. Consultado el 07.09.2014.

⁷⁰⁷ Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10.12.1948.

⁷⁰⁸ España forma parte de esta Organización desde el 14.12.1955.

⁷⁰⁹ DOUGLAS SANDERS ha sido profesor de la Universidad British Columbia, de orientación homosexual, ha defendido los derechos de las personas homosexuales y ha publicado diversos estudios. Vid. ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina, *Discriminación por orientación sexual...* cit., pág. 56.

⁷¹⁰ Celebrada del 3 al 28 de agosto en Ginebra (Suiza).

nombrara por la Subcomisión un ponente especial para encargarle un estudio sobre las discriminaciones que afectaban a lesbianas y a gays; también que la ONU incluyera los derechos humanos de lesbianas y gays en la agenda de la Conferencia Mundial de Derechos humanos de 1993; que dicho organismo repasara su propia política de empleo y beneficio para que no hubiera ninguna discriminación contra las lesbianas y gays o a sus parejas; la Subcomisión influyese ante el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas para que se considerara favorablemente el ingreso de lesbianas y gays en el Consejo Consultivo, pues se deseaba que las asociaciones se representaran a sí mismas⁷¹¹.

En el año 2003, se presentó la primera propuesta para que la ONU emitiera una resolución sobre los derechos de las personas LGTB. La Misión Permanente de Brasil planteó un proyecto de Resolución “sobre los derechos humanos y la inclinación sexual” en la Comisión de Derechos Humanos celebrada el 17.04.2003, conocida como la Resolución Brasileña. De su contenido destaca el que “los derechos humanos y las libertades fundamentales son atributo de todos los seres humanos, que el carácter universal de esos derechos y libertades es incuestionable y que el disfrute de esos derechos y libertades no debe verse obstaculizado en modo alguno por motivos de inclinación sexual”, y por ello, insta “a todos los Estados a promover y proteger los derechos humanos de todas las personas independientemente de su inclinación sexual (punto 3). Pakistán, en nombre de la Organización de la Conferencia Islámica (OCI), propuso una moción de “no acción” para que la Comisión no tomase ninguna decisión con respecto a la resolución. Esta moción fue rechazada por muy poca diferencia de votos⁷¹². Por este motivo, el último día del periodo de sesiones se aprobó mediante votación registrada la propuesta de la Presidencia de aplazar el debate sobre el proyecto de resolución hasta el siguiente periodo de sesiones, retirándose dicha propuesta definitivamente en 2005⁷¹³.

⁷¹¹ BOBBIO, Norberto, “Presente y porvenir de los derechos humanos” en *Anuario de Derechos humanos*, número 1, 1981, pág. 9.

⁷¹² Con 24 votos a favor, 22 en contra y 6 abstenciones. Vid. el documento <http://www.amnesty.org/es/library/asset/ACT79/001/2004/es/afe7181a-d5fe-11dd-bb24-1fb85fe8fa05/act790012004es.html>. Consultado el 13.03.2014.

⁷¹³ Esta resolución fue apoyada por Amnistía Internacional.

En 2004, en la Comisión de Derechos Humanos se presentó una Declaración por JELENA POSTIC⁷¹⁴ en la que deseaba llamar la atención de los asistentes sobre la cuestión de la identidad de género y la expresión de género. Puede que sea una de las pocas declaraciones en que expresamente se aborda la identidad de género con independencia de la orientación sexual. Se señalaba que a pesar de los intentos para promover la igualdad de género de mujeres y hombres, la libertad de expresión de género estaba siendo denegada a diario, denunciando la discriminación de la gente que expresa su género de formas diferentes de las que se cree que son las normas de índole social apropiadas para hombres y mujeres. En esta Declaración se estimaba que el concepto de igualdad de género abarcaba la identidad de género y la expresión del género. Entendiéndose por identidad de género la concepción individual de género que tiene uno mismo, que no depende necesariamente del que le fue asignado al nacer. Afirmaba que la libertad de expresión de la identidad de género debería incluir el derecho a la ambigüedad de género y a la contradicción de género. Considerando la expresión del género como la manera en la que uno se expresa en la presentación externa y / o el aspecto a través del comportamiento, de la ropa, de las características del cuerpo o de otros signos externos⁷¹⁵. También defendía la libertad de expresión del género, observando que ésta estaba limitada por las normas de género que existen en cada sociedad y que constituyen una limitación. La percepción basada en la identidad de género y de su exteriorización puede llevar a abusos severos. Por lo que en dicha declaración se invitaba a todos los países a tratar los problemas relativos a la negación de la libertad de expresión de la identidad de género y la expresión del género, y a los gobiernos a reconocer y remediar las violaciones de los derechos humanos basados en la identidad de género y su expresión. A pesar de que tales cuestiones no obtuvieron respuesta, el tema ya estaba sobre la mesa y el 26.05.2005, el embajador TIM CAUGHLEY⁷¹⁶, volvió a plantearla realizando una declaración, conocida como la Declaración de Nueva Zelanda, respaldada por treinta y dos países (entre ellos España), solicitando de la Comisión de Derechos Humanos una resolución sobre el tema, señalando que “la orientación sexual es un aspecto fundamental de la identidad de cada individuo y una parte inseparable de la misma. Es contrario a la dignidad humana forzar a un individuo a cambiar su orientación sexual, así como la discriminación por ese

⁷¹⁴ Era representante de la organización MADRE, de Croacia.

⁷¹⁵ ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina, *Discriminación por orientación sexual...* cit., pág. 61.

⁷¹⁶ *Ibidem*, pág. 58.

motivo. Y repugna que un Estado tolere la violencia contra los individuos”. Ante el silencio de la Comisión de Derechos Humanos, en la tercera sesión del Consejo de Derechos Humanos, el embajador de Noruega ante Naciones Unidas, WEGGER CHR. STROMMEN, presentó la declaración sobre “Las violaciones a los derechos humanos por orientación sexual e identidad de género”⁷¹⁷, conocida como la “Declaración de Noruega”⁷¹⁸. En ella se instaba al Consejo de Derechos Humanos a otorgar la debida atención a las violaciones de derechos humanos por razón de orientación sexual e identidad de género, pidiendo al Presidente del Consejo que aceptase la posibilidad de discutir estos temas en una sesión futura del Consejo. Esta Declaración⁷¹⁹ fue complementada por otra presentada por Organizaciones No Gubernamentales, la denominada “Declaración de las Organizaciones No Gubernamentales sobre orientación sexual, identidad de género y Derechos Humanos”⁷²⁰. Se presentó en la Asamblea General de Naciones Unidas el 25.06.2006⁷²¹ en la exposición “La promesa del Consejo de Derechos Humanos: Grupos marginados, orientación sexual e Identidad de género”, ante el Secretario General por Organizaciones no Gubernamentales. Dicha exposición concluía con la siguiente reflexión: “esperamos de los Estados que tengan iniciativa para plantear cuestiones de orientación sexual e identidad de género. Esperamos de los Estados que salvaguarden el Principio de universalidad y que garanticen que todas las personas sean verdaderamente tratadas como libres e iguales en dignidad y derechos. Esperamos de los Estados que apoyen el trabajo de los Procedimientos Especiales y que cooperen con ellos, y que respondan de manera oportuna, significativa y sustantiva para atender los problemas de derechos humanos que ellos identifiquen”.

⁷¹⁷ En Ginebra, el 01.12.2006. Vid. <http://www.choike.org/documentos/movilh2006.pdf>. y <https://es.groups.yahoo.com/neo/groups/cybercomunismo/conversations/messages/8160>. Consultado el 03.04.2014.

⁷¹⁸ Avalada por 54 Estados, entre ellos, 18 miembros del Consejo (entre los cuales, España). Vid. “V Informe Anual: Derechos Humanos Minorías Sexuales Chilenas (Hechos2006)”, Movilh. Febrero, 2007, pág. 88.

⁷¹⁹ Realizada en la misma sesión, por 19 organizaciones, y apoyada por otras 460 organizaciones de 70 países diferentes. Vid. http://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2435_XXXVIII-O-08.pdf. Consultado el 06.06.2014.

⁷²⁰ MONEREO ATIEZA, Cristina, “Orientación sexual e identidad de género: aproximación conceptual y estrategias para la reivindicación de derechos del colectivo de LGBT” en *Papeles el tiempo de los derechos*, número 21, Universidad de Málaga, 2004, pág. 13.

⁷²¹ Primer período de sesiones, tema 4 del orden del día.

2.1.2. Organización Internacional del Trabajo

La OIT es la institución mundial responsable de la elaboración y supervisión de las normas internacionales del trabajo. Sus objetivos principales son: promover los derechos laborales, fomentar oportunidades del trabajo decente, mejorar la protección social y fortalecer el diálogo al abordar los temas relacionados con el trabajo. Uno de los principales pilares dentro de los objetivos es la consagración del principio de igualdad y no discriminación en el ámbito laboral.

La Declaración de Filadelfia de 10.05.1944⁷²², define los fines y objetivos de la OIT y los principios que deben inspirar la política de sus miembros integrantes. En su punto II afirma que “todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades”. El texto supone un punto de partida para la redacción de futuros documentos normativos o recomendaciones que tengan como finalidad alcanzar los objetivos de la OIT.

El Convenio relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la obra de mano femenina (Convenio núm. 100)⁷²³, adoptado el 29.07.1951, en la trigésimo cuarta sesión de la Conferencia General de la OIT y el Convenio relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación (Convenio núm. 111)⁷²⁴, aprobado el 25.07.1958 por la Conferencia General de la OIT en su cuadragésima segunda reunión, ambos ratificados por España el 06.11.1967, ponen de manifiesto uno de los grandes fines de la OIT, reafirmar el principio de igualdad. El art. 1 del segundo convenio define la discriminación como *(a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen sexual que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación; (b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con*

⁷²² <http://es.scribd.com/doc/16642416/Declaracion-de-Filadelfia#scribd>. Consultado el 28.03.2014.

⁷²³ www.uam.es/.../Satellite?...filename%3DConvenio...100. Consultado el 29.03.2014.

⁷²⁴ http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312256. Consultado el 29.03.2014.

las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados. El punto 3 del mismo artículo determina el objeto del convenio: a los efectos de este Convenio, los términos empleo y ocupación incluyen tanto el acceso a los medios de formación profesional, y la admisión en el empleo y en las diversas ocupaciones como también las condiciones de trabajo.

Los artículos 2 y 3 del Convenio núm. 111 hacen referencia a las obligaciones que tienen los Estados firmantes para lograr la eliminación de cualquier tipo de discriminación, de las que destacamos la formulación de una política nacional que promueva la igualdad de oportunidades, promoción de programas educativos que puedan garantizar la aceptación y cumplimiento de normas de fomento de la igualdad, y la eliminación de normas que promuevan la discriminación, sea cual sea su índole.

Durante la segunda mitad del siglo XX, la OIT ha realizado un importante esfuerzo para luchar contra la discriminación, y hace del principio de igualdad y no discriminación uno de los pilares básicos del mundo laboral y social. No obstante, y pese a hacer mención de la discriminación por razón de sexo en sus textos normativos, en ninguno de ellos se hace referencia alguna a la discriminación por razón de orientación sexual o identidad de género, si bien es cierto que una interpretación extensiva de los textos podría dar cabida a estos supuestos. No será hasta un informe de 2003, que hará expresa mención de la discriminación por orientación sexual, haciendo referencia a la discriminación por identidad de género. Nos referimos al relativo a “la igualdad en el trabajo, Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo”⁷²⁵ a raíz de la reunión 91 de la Conferencia Internacional del Trabajo en Ginebra, en la temática de la discriminación sexual, concretamente por razón de género.

Otro informe realizado en 2007, en el marco de la reunión 96 de la Conferencia Internacional del Trabajo en Ginebra, bajo la rúbrica de “La igualdad en el trabajo:

⁷²⁵<http://www.ilo.org/declaration/thedeclaration/textdeclaration/lang--es/index.htm>. Consultado el 01.04.2014.

afrontar los retos que se plantean”⁷²⁶, reconoce la discriminación basada en la orientación sexual, al igual que otros tipos nuevos de discriminación, como la debida a una discapacidad o la discriminación a las personas portadores del VIH / SIDA. El objetivo perseguido es el de seguir combatiendo eficazmente la discriminación para lograr que tanto hombres como mujeres disfruten de igualdad de oportunidades, sin perjuicio de raza, religión, edad u orientación sexual. El informe cita expresamente a la discriminación basada en la orientación sexual, constatando su existencia en los lugares de trabajo si se sospecha que los trabajadores son gays, lesbianas, bisexuales o transexuales, categorías a las que se hace cada vez más referencia en el acrónimo inglés LGBT. El documento señala que el término transexual puede abarcar también a personas que no están de acuerdo con las normas estereotipadas de género, ni con sus representaciones sociales, o a personas que se hallan a disgusto con su sexo biológico.

La reunión núm. 100 de la Conferencia Internacional del Trabajo⁷²⁷ celebrada en Ginebra del 1 al 17 de junio de 2011, formuló el informe “igualdad en el trabajo: un objetivo que sigue pendiente de cumplirse”⁷²⁸. En él pone de manifiesto que todavía persiste la discriminación hacia el colectivo LGBT en el acceso al empleo, ya sea mediante brechas salariales o la diferencia de prestaciones sociales entre personas heterosexuales y personas LGBT.

Tanto en las normativas como en los informes a los que nos hemos referido, observamos que no es hasta la última década del siglo XX que la OIT realiza un cambio en su perspectiva de inclusión o exclusión de nuevos conceptos de discriminación, muy en especial, cuando se refiere al colectivo LGBT. No obstante, su referencia se formula en informes que pese a tener un peso moral hacia los distintos países integrantes de la OIT, carece de relevancia vinculante y por lo tanto resulta una mera declaración de intenciones que específicamente en la materia de la transexualidad no logra, en ocasiones, responder a las necesidades del colectivo.

⁷²⁶http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/igualdad_07.pdf. Consultado el 01.04.2014.

⁷²⁷ <http://www.ilo.org/ilc/ILCSessions/100thSession/lang--es/index.htm>. Consultado el 01.04.2014.

⁷²⁸http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_154780.pdf. Consultado el 01.04.2014.

2.1.3. Organización Mundial de la Salud

En materia de identidad sexual el pronunciamiento más destacado de la OMS es el realizado el 17.05.1992, en el que se eliminaba de la lista de enfermedades mentales la homosexualidad. Hasta la novena edición de la Clasificación Internacional de Enfermedades y Problemas Relacionados con la Salud (CIE-9, o ICE-9, en versión inglesa) de dicha Organización, aprobada en 1975, con entrada en vigor en 1979, la homosexualidad se consideraba como “una inclinación o comportamiento sexual anormal”⁷²⁹.

En la décima edición de dicha Clasificación, aprobada el 17.05.1992, la CIE-10, la homosexualidad desaparece como trastorno sexual al tratar de los “trastornos psicológicos y del comportamiento del desarrollo y orientación sexual”, advirtiendo que “la orientación sexual en sí misma no se considera trastorno”, por influencia de la postura adoptada respecto al tema por la Asociación de Psiquiatras Americanos (APA)⁷³⁰.

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

Asimismo, la APA elaboró en 1952, un Manual de diagnóstico y estadística de los trastornos mentales (conocido con las siglas DSM), donde establecía una clasificación de los trastornos mentales, que a lo largo del tiempo ha sufrido diversas revisiones⁷³¹.

En diciembre de 1973, el Comité de Expertos de la Asociación Americana de Psiquiatría decidió eliminar la homosexualidad como trastorno mental, sustituyéndola por una nueva categoría, alteraciones de la orientación sexual. Esta supresión se recogió en el DSM-II, y así se mantuvo en sucesivas revisiones⁷³².

⁷²⁹ ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina, *Discriminación por orientación sexual...* cit., pág. 71.

⁷³⁰ *Ibidem*, pág. 72.

⁷³¹ En 1969, DSM-II; en 1980, DSM-III; en 1987, DSM-III-R; en 1994, DSM-IV; en 2000, el DSM-IV-R.

⁷³² PEÑA GARCÍA, Carmen, *Homosexualidad y matrimonio. Estudio sobre la jurisprudencia y la doctrina canónica*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2004, pág. 79.

En la revisión de 1980, el DSM-III señala que la homosexualidad en sí misma no debe considerarse una enfermedad o desviación sexual. No obstante, se incluye la denominada homosexualidad “egodistónica” en la categoría de “otros trastornos sexuales”, definiéndose como “aquel síntoma o rasgo que es reconocido por el individuo como inaceptable o indeseable y que es vivido como ajeno”. Sin embargo, en la revisión de 1987, el DSM-III-R suprime definitivamente esta categoría, por considerar que casi todos los homosexuales pasan por una fase egodistónica⁷³³.

2.2. Organizaciones Internacionales regionales

Las Organizaciones Internacionales regionales son aquellas que tienen un carácter regional o restringido al estar la participación en los mismos reservados a un número limitado de Estados que reúnan determinadas condiciones preestablecidas de naturaleza geográfica, económica o política entre otras. Éstas van a responder a unas solidaridades restringidas sentidas en el interior de un grupo limitado de Estados, que definen sus intereses comunes no solamente por la convergencia de sus aspiraciones y objetivos, sino también por oposición a las aspiraciones y objetivos de todos los Estados exteriores al grupo. Entre ellas encontramos organizaciones regionales continentales (UE), regionales (Consejo de Europa), o subregionales (OEA, MERCOSUR). Todas ellas se constituyen por: ocupar siempre un área geográfica limitada; componen comunidades de intereses restringidos a un número determinado de Estados, caracterizados por afinidades comunes de diversa índole; sus tratados constitutivos establecen la coordinación o subordinación, según los casos, de estas Organizaciones a las Naciones Unidas⁷³⁴.

2.2.1. Discriminación por causas de orientación sexual e identidad de género en la Unión Europea

En este epígrafe nos detendremos en la normativa relativa a la orientación sexual, identidad de género y transexualidad en el ámbito de la UE. La UE tal y como la

⁷³³ GAMBOA BARBOZA, Isabel, “La constitución de trastornos sexuales en psiquiatría”, en *Diálogos. Revista electrónica de historia*, Escuela de Historia, Universidad de Costa Rica, vol. 7. Núm. 1, febrero – agosto, 2006, págs. 242 a 290, en <http://historia.fcs.ucr.ac.cr/dialogos.htm>. Consultado el 18.07.2014.

⁷³⁴ DIEZ DE VELASCO, Manuel, *Las Organizaciones Internacionales...* cit., pág. 51.

conocemos hoy en día, difiere de las Comunidades Europeas originarias como eran la Comunidad Económica Europea (CEE), la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA) y la Comunidad Europea de la energía atómica (EURATOM), que se integraron en el Tratado de Roma de 26.05.1957. Francia, Alemania Federal, Italia, Bélgica, Holanda y Luxemburgo fueron los Estados miembro originales. Sin embargo, al igual que el número de países integrantes, las mencionadas Comunidades Europeas fueron evolucionando hasta el punto de cambiar el concepto Comunidad por el de Unión que se materializó con el Tratado de Maastricht de 07.02.1992.

El Tratado de la Unión Europea⁷³⁵ en su art. 2 establece, que *la Unión se fundamenta 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. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres*, y el art. 6 primer apartado, afirma que *la Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados*⁷³⁶.

La Carta de Derechos Fundamentales de la UE, proclamada solemnemente por el Consejo Europeo de Niza de 07.12.2000, en su primer Capítulo, destinado a la “dignidad”, afirma que la dignidad es inviolable, será respetada y protegida. En el art. 20 –Capítulo III, relativo a la “igualdad”– prevé que todas las personas son iguales ante

⁷³⁵ Tratado firmado en Roma el 25.03.1957 y modificado por: el Acta Única Europea (1986); el Tratado de la Unión Europea (1992); el Tratado de Ámsterdam (1997); el Tratado de Lisboa (2007) y el Tratado de Niza (2011). También resultó modificado por los tratados de adhesión siguientes: Reino Unido, Dinamarca e Italia (1972); Grecia (1979); España y Portugal (1985); Austria, Finlandia y Suecia (1994); Chipre, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Malta, Polonia, República Checa, Eslovaquia y Eslovenia (2003); Bulgaria y Rumania (2005).

⁷³⁶ El art. 3 del Tratado de la Unión Europea aborda entre otras cuestiones el que *la Unión combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño*, lo que implica un impulso más para la defensa del derecho a la identidad sexual y a la orientación sexual de las personas.

la ley. Mientras que el art. 21 hace referencia a la no discriminación e incluye la que se produce por orientación sexual pero no por identidad de género.

En este orden de cosas, el Parlamento Europeo ha realizado aportaciones sobre transexualidad de las que destacamos las siguientes resoluciones:

- Resolución de 12.09.1989⁷³⁷, sobre la discriminación de los transexuales. Reconoce el derecho a vivir de acuerdo con la identidad sexual del sujeto y condena la discriminación, la marginación y la criminalización a la que están sometidos los transexuales e insta a los Estados miembros a tomar medidas, como la inclusión del tratamiento de cambio de sexo en la Seguridad Social, la concesión de prestaciones sociales a los transexuales que hayan perdido su trabajo o su vivienda por razón de su adaptación sexual, la creación de consultorios para transexuales, protección financiera a las organizaciones de autoayuda, la adopción de medidas especiales para favorecer el trabajo de los transexuales, el derecho al cambio de nombre e inscripción del nuevo sexo en la partida de nacimiento y en el documento de identidad.
- Resolución de 08.06.2005⁷³⁸ sobre la protección de las minorías y las políticas de lucha contra la discriminación en la UE. Insta a la UE y a sus Estados miembros a condenar los actos de violencia contra personas homosexuales y transexuales, incluyendo el acoso verbal y físico realizado por particulares y por la administración pública.
- Resolución de 18.01.2006⁷³⁹ sobre la homofobia en Europa. Condena la violencia homófoba de todo tipo, también el lenguaje y el discurso del odio, e

⁷³⁷<http://www.transexualia.org/modules.php?name=Content&pa=showpage&pid=6>. Consultado el 19.07.2014.

⁷³⁸ GONZÁLEZ VEGA, Javier, “Revisitando el concepto de minoría: derecho internacional, derecho europeo y práctica española”, en el marco del proyecto *All Rights Reserved? Barriers towards EUropean CITIZENship*, financiado por la Comisión Europea – VII Programa marco (bEUCitizen Consortium-Grant Agreement núm.320294), 2015.

⁷³⁹<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2012-0222+0+DOC+XML+V0//ES>. Consultado el 20.07.2014.

insta a los Estados miembros a que trabajen para eliminar la discriminación por motivo de orientación sexual e identidad de género.

- Resolución de 26.04.2007⁷⁴⁰ también sobre la homofobia en Europa. Rechaza las restricciones de algunos Gobiernos al derecho de reunión del colectivo LGBT.

Esta política antidiscriminatoria culmina con: el art. 13 del Tratado de la Directiva⁷⁴¹ 2000/43/CE⁷⁴², de 29.06.2000, que aplica el principio de igualdad de trato para las personas independientemente de su origen racial o étnico en ámbitos como el empleo, la formación profesional, la educación, los bienes y servicios y la protección social; la Directiva 2000/78/CE⁷⁴³, de 27.11.2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que prohíbe la discriminación por razones de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual; la Directiva 2002/73/CE⁷⁴⁴ del Parlamento Europeo y el Consejo Europeo de 23.09.2002, modifica la Directiva 76/207/CEE⁷⁴⁵ del Consejo, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato en lo referente al acceso al empleo, a la formación y a la promoción de profesionales y a las condiciones de trabajo y la Directiva 2004/113/CEE⁷⁴⁶, de 13.12.2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro.

⁷⁴⁰ DÍAZ LAFUENTE, José, “La protección de los derechos fundamentales frente a la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género de la Unión Europea”, en *Revista General de Derecho Constitucional*, 17, 2013, nota 44.

⁷⁴¹ Al referirnos al texto a Decisiones, Reglamentos y Directivas consideramos oportuno delimitar su alcance. La decisión es obligatoria en todos sus elementos para todos sus destinatarios. Un Reglamento es un acto legislativo vinculante y debe aplicarse completamente en toda la UE. En cambio, la Directiva es un acto legislativo en el cual se establece un objetivo que todos los países de la UE deben cumplir. Pero cada país debe decidir individualmente cómo hacerlo. Vid. MANGAS MARTÍN, Aracele; LIÑÁN NOGUERAS, Diego, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2012, pág. 372; http://europa.eu/eu-law/decision-making/legal-acts/index_es.htm. Consultado el 26.04.2013.

⁷⁴² <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2000-81307>. Consultado el 14.08.2015.

⁷⁴³ <http://www.boe.es/doue/2000/303/L00016-00022.pdf>. Consultado el 14.08.2015.

⁷⁴⁴ http://www.ub.edu/web/ub/ca/sites/genere/docs/normativa/directiva_2002_73.pdf. Consultado el 26.03.2014.

⁷⁴⁵ <http://www.uji.es/bin/organs/ui/legisla/eu/76-207.pdf>. Consultado el 26.03.2014.

⁷⁴⁶ http://www.ub.edu/web/ub/ca/sites/genere/docs/normativa/directiva_2004_113.pdf. Consultado el 26.03.2014.

De lo hasta ahora expuesto, podemos deducir que la discriminación contra personas transexuales es una forma de discriminación por motivos de sexo. La consulta organizada por la Comisión por medio del “Libro Verde” con el título “Igualdad y no discriminación en la Unión Europea ampliada”, presentado el 25.05.2004, en esta la Unión considera que debe intensificar sus esfuerzos para “luchar contra la discriminación por motivos de sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”, por lo que decidieron proclamar el año 2007, como “Año Europeo de la Igualdad de Oportunidades para Todos”. En el art. 2 de dicha Decisión fija como objetivos del Año Europeo los siguientes⁷⁴⁷: a) concienciar sobre el derecho a la igualdad y a no sufrir discriminación; b) fomentar la reflexión y el debate sobre la necesidad de promover una mayor participación de estos grupos en la sociedad y su implicación; c) facilitar y celebrar la diversidad y la igualdad, subrayando la aportación positiva que las personas pueden hacer a la sociedad en su conjunto; d) promover una sociedad con más cohesión, aumentando la concienciación sobre la importancia de suprimir los estereotipos, los prejuicios y la violencia.

En el elenco de causas que dan lugar a la discriminación por causas de orientación sexual e identidad de género en la UE, ni en las disposiciones de los organismos internacionales ni en las legislaciones nacionales aparecía, en principio, la referencia a la discriminación por estas causas. Se ha venido considerando que este catálogo no suponía una lista exhaustiva de las causas que dan lugar a la discriminación, así como que el concepto de discriminación tiene naturaleza evolutiva, exigiéndose dos requisitos para que un motivo de diferenciación sea causa de discriminación⁷⁴⁸: la existencia de una condición inherente o innata al individuo que sea la causante de un trato desigualitario; que dicho trato perjudique a un colectivo de la sociedad al negárseles derechos que se les atribuya a otros sujetos, situándose dicho colectivo en una situación de inferioridad⁷⁴⁹. Posteriormente, debido a las reivindicaciones de los colectivos de personas homosexuales y transexuales, es cuando se ha incorporado de manera expresa la no discriminación por razón de orientación sexual en algunas de las disposiciones

⁷⁴⁷ La “Decisión del Consejo 771/2006, de 17 de mayo”, por lo que se establece el “Año Europeo de la Igualdad de Oportunidades para todos hacia una sociedad justa”.

⁷⁴⁸ RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel, FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda, *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986, pág. 232.

⁷⁴⁹ *Ibidem*, págs. 170 a 171.

tanto de carácter internacional como nacional. Por el contrario, en ninguna de estas disposiciones se incluye de modo explícito el principio de no discriminación por razón de identidad de género. El motivo es que la discriminación por identidad de género se ha considerado como una forma de discriminación por motivos de sexo, así se señaló explícitamente en la Directiva 2002/73CE⁷⁵⁰ del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23.09.2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo.

No cabe subsumir la discriminación por razón de identidad de género en la discriminación por razón de sexo, en cuanto una y otra afectan habitualmente a sujetos distintos y presentan problemáticas diferentes. La discriminación por razón de sexo hace referencia normalmente a la discriminación existente entre hombre y mujer, debido a la desigualdad de trato que se produce en las situaciones de uno y otra; la discriminación por razón de identidad se refiere a la propia determinación del género de la persona⁷⁵¹.

2.2.2. Consejo de Europa

Las finalidades del Consejo de Europa están contenidas de manera preferente en el Preámbulo y en el art. 1º, apartado a), del propio Estatuto. Según su Preámbulo, la Organización está dirigida a consolidar la paz, basada en la justicia y la cooperación internacional, en la adhesión a los valores espirituales y morales que son la fuente de la libertad individual, la libertad política y el imperio del derecho y en la realización progresiva de estos ideales y en interés del progreso social y económico. La parte programática contenida en el preámbulo se concreta en el art. 1, que en este tratado tiene una importancia fundamental, cuando dice que *la finalidad del Consejo de Europa consiste en realizar una unión más estrecha entre sus miembros para salvaguardar y promover los ideales y los principios que constituyen su patrimonio común y favorecer su progreso económico y social*. El contenido en el art. 1 no es suficiente para decir que todos los fines del Consejo están contenidos en el mismo, ya que el art. 3, al señalar la obligación principal e ineludible de los miembros del Consejo, se habla de la necesidad

⁷⁵⁰http://www.ub.edu/web/ub/ca/sites/genero/docs/normativa/directiva_2002_73.pdf. Consultado el 30.10.2014.

⁷⁵¹ ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina, *Discriminación por orientación sexual...* cit., pág. 61.

de reconocer a cada uno de los miembros (...) *el principio del imperio del Derecho y el principio en virtud del cual cualquier persona que se halle bajo su jurisdicción ha de gozar de los derechos humanos y de las libertades fundamentales* (...). Es precisamente en el cumplimiento de este último fin donde el Consejo de Europa, a través de la Convención Europea de Derechos Humanos y de los mecanismos de garantía de la misma, ha llegado a una mayor perfección⁷⁵².

Además de la finalidad señalada relativa a los derechos humanos, el Consejo de Europa ha interpretado tan ampliamente su finalidad de cooperación internacional, que hasta podríamos decir que se trata de una Organización de fines generales, ya que ha asumido funciones amplísimas de coordinación de actividades de los países miembros e incluso de no miembros y en especial bajo sus auspicios se han elaborado múltiples Convenios multilaterales, de las que el Consejo es el depositario⁷⁵³.

Si la obra del Consejo de Europa es importante como foro de discusión y entendimiento entre los Estados Europeos, entendida en un sentido muy amplio, la parte más meritoria y acabada de ella ha sido y es la definición y mecanismo de protección de los derechos humanos. Hay que entenderlos no sólo en tanto que derechos individuales y sociales, sino de algunas formas específicas y de protección como las contenidas en los Convenios contra la tortura o la protección de las minorías. Hay que destacar expresamente que el respeto a los derechos humanos es el fundamento específico e ideológico del Consejo de Europa, según se deduce del Preámbulo de su Estatuto y se recoge expresamente en el art. 1.b) del mismo, que dice: *la salvaguarda y la mayor efectividad de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales*.

⁷⁵² DÍEZ DE VELASCO, Manuel, *Las Organizaciones Internacionales...* cit., pág. 451.

⁷⁵³ De entre ellos cabe resaltar, además de la Convención europea para el arreglo pacífico de diferencias, los acuerdos siguientes: a) de cooperación judicial (Convenio sobre ayuda judicial en materia penal y convenio sobre valor internacional de sentencias represivas); b) de cooperación cultural (equivalencia de acceso universitario, períodos de estudio y calificaciones universitarias, conservación cultural y patrimonio arqueológico); c) de cooperación económica (sobre derechos de establecimiento de individuos y sociedades, arbitraje comercial, etcétera), y d) de cooperación social (Carta Social Europea, Código de Seguridad Social, Asistencia Social y Médica, etcétera).

El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales⁷⁵⁴, más conocido como la Convención Europea de Derechos Humanos, fue adoptado por el Consejo de Europa el 04.11.1950, y entró en vigor en 1953. Tiene por objeto proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas sometidas a la jurisdicción de los Estados miembros, y permite un control judicial del respeto de dichos derechos individuales. Se inspira expresamente en la Declaración Universal de Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10.12.1948. El Convenio en su art. 14 se refiere a la prohibición de la discriminación cuando establece: *el goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación*⁷⁵⁵. Incluye la discriminación por razón de sexo como objeto de la prohibición, pero no hace lo mismo en relación a la discriminación por identidad de género u orientación sexual. No obstante, no se trata de una lista cerrada, puesto que en último lugar incluye la cláusula *cualquier otra causa*, lo cual permite incluir la transexualidad y la identidad de género como objeto de no discriminación.

Consideramos que el sistema europeo de protección de los derechos humanos en el Convenio de Roma y sus protocolos adicionales es muy avanzado pues no se limitan a enumerar simplemente los derechos reconocidos, sino que ha previsto unos mecanismos de garantía destinados a vigilar, interpretar y hacer cumplir el Convenio y sancionar las infracciones al mismo. Los órganos encargados de cumplir dicho contenido fueron la

⁷⁵⁴ El Convenio ha sido desarrollado y modificado por diversos protocolos adicionales que han añadido el reconocimiento de otros derechos y libertades al listado inicial o han mejorado las garantías de control establecidas. Por otra parte, el número de Estados miembros se ha ido incrementando hasta abarcar casi todo el continente europeo. Su antigüedad y desarrollo lo convierten en el más importante sistema de protección de los derechos humanos en el mundo. El Convenio no solo define sino que también garantiza un mínimo de derechos reconocidos. Se trata de derechos del individuo, y son los que en otra terminología se conocen como derechos fundamentales de la persona. Tienden a proteger la vida y la libertad personal, intelectual y política del individuo, en DÍEZ DE VELASCO, Manuel, *Las Organizaciones Internacionales...* cit., pág. 455.

⁷⁵⁵ Se refiere sólo a la discriminación en la aplicación de los derechos reconocidos por el propio Convenio. Incluye como causas de discriminación prohibida el sexo, raza, color, lengua, religión, opinión, origen, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.

Comisión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Comité de Ministros del Consejo de Europa. Este mecanismo tripartito de garantía ha funcionado hasta la entrada del Protocolo Adicional número 11, el 01.11.1998. Este Protocolo ha supuesto la desaparición de la Comisión Europea de derechos humanos, la constitución de un nuevo Tribunal, la modificación de competencias del Comité de Ministros, y el reconocimiento a los particulares para presentar demandas directamente ante el nuevo Tribunal⁷⁵⁶.

El Consejo de Europa, además, ha formulado varias recomendaciones que afectan a los colectivos LGBT⁷⁵⁷:

- Recomendación 924 de la Asamblea de Parlamentarios del Consejo de Europa de octubre de 1981⁷⁵⁸. Invita a la Organización Mundial de la Salud (OMS) a eliminar la orientación sexual homosexual de su catálogo de enfermedades, cuestión sobre la que ya nos hemos referido en el capítulo primero del trabajo.
- Recomendación 1470 de 30.06.2000 sobre inmigración gay-lesbiana y sus parejas.

⁷⁵⁶ DÍEZ DE VELASCO, Manuel, *Las Organizaciones Internacionales...* cit., págs. 456 a 457. Cabe observar que si bien el campo de actuación del Consejo tiene una amplitud verdaderamente notable, no obstante el propio Estatuto en su art. 1º se cuida de imponer a los órganos dos claras limitaciones, que son las siguientes: 1. Que la participación en el Consejo “no debe alterar su contribución (se refiere a sus miembros) a las obras de las Naciones Unidas y de las restantes Organizaciones o Uniones internacionales de las que forman parte”. Aparece aquí, pues, el Consejo de Europa con un evidente carácter de subordinación respecto a las otras Organizaciones internacionales y especialmente a las Naciones Unidas; 2. Quedan fuera de la competencia del Consejo las cuestiones relativas a la defensa nacional, pues expresamente se excluyen en el referido art. 1º, apartado d) del Estatuto.

⁷⁵⁷ Se caracterizan exclusivamente por su no vinculación. Se suele identificar con la indicación de una conducta a seguir o la modificación de una situación o comportamiento. Vid. MANGAS MARTÍN, Araceli; LIÑÁN NOGUERAS, Diego., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2014, págs. 374 a 375.

⁷⁵⁸ MONEREO ATIENZA, Cristina, “Orientación sexual e identidad de género: aproximación conceptual y estrategias para la reivindicación de derechos del colectivo de LGBT”, en *Revista el tiempo de los derechos*, 21, 2014, pág. 12.

- Recomendación 1474 de 26.09.2000 sobre la situación de gays y lesbianas en Europa.
- Recomendación 1635⁷⁵⁹ de 25.11.2003 sobre lesbianas y gays en el deporte.

2.2.3. Organización de Estados Americanos

La OEA reúne a los países del continente americano con el objetivo de fortalecer la cooperación mutua con relación a los valores de la democracia, defender los intereses comunes y debatir los grandes temas de la región⁷⁶⁰. El 30.04.1948, en Bogotá, veintiún países⁷⁶¹ del continente adoptaron la “Carta de las Organizaciones de Estados Americanos”⁷⁶² y la “Declaración Americana de los Derechos del Hombre”⁷⁶³. Con el paso de los años, la OEA ha visto como el número de miembros ha crecido hasta los 35⁷⁶⁴, aunque la participación de Cuba como Estado miembro, quedó suspendida en 1962⁷⁶⁵.

El sistema interamericano articulado por la OEA se basa en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948⁷⁶⁶, la Convención americana sobre Derechos Humanos de 1969⁷⁶⁷ y la Carta Democrática Interamericana de 2001⁷⁶⁸.

⁷⁵⁹ ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina, *Discriminación por orientación sexual...* cit., págs. 63 y ss.

⁷⁶⁰ DÍEZ DE VELASCO, Manuel, *Las Organizaciones Internacionales...* cit., págs. 660 a 675.

⁷⁶¹ Son: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

⁷⁶² http://www.oas.org/dil/esp/tratados_A-

41_Carta_de_la_Organizacion_de_los_Estados_Americanos.htm. Consultado el 30.04.2014.

⁷⁶³ <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>. Consultado el 11.06.2014.

⁷⁶⁴ Barbados, Trinidad y Tobago (1967), Jamaica (1969), Granada (1975), Surinam (1977), Dominica, Santa Lucía (1979), Antigua y Barbuda, San Vicente y las Granadina (1981), Bahamas (1982), Saint Kitts y Nevis (1984), Canadá (1990), Belice, Guyana (1991).

⁷⁶⁵ En 1962, Cuba fue excluida de participar en la organización. Esta decisión fue tomada mediante la Resolución VI, adoptada en la octava cumbre en Punta del Este, Uruguay, el 31.01.1962. La resolución decía literalmente que la adhesión al marxismo-leninismo es incompatible con el sistema interamericano y que el alineamiento de tal gobierno con el bloque comunista rompía la unidad y solidaridad continental.

⁷⁶⁶ <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-42.html>. Consultado el 11.06.2014.

⁷⁶⁷ <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0001>. Consultado el 11.06.2014.

En el Preámbulo de la “Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre” adoptada en la IX Conferencia Internacional Americana de 1948 se afirma que “todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros”. El art. 2 del texto asienta la idea que *todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna*. El art. 1.1 de la Declaración obliga a los Estados Partes en la Convención a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella, y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna. Entre los motivos de discriminación que contempla resalta la que se produce por razón de sexo. El art. 1.2 define el concepto de persona como todo ser humano. Y el art. 2 impone el deber a los Estados parte a adoptar Disposiciones de Derecho interno que consagren el contenido del primer artículo de la Declaración. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, regulada en los arts. 52 y ss. conocerá del caso cuando se vulneren los derechos de la persona y adoptará las medidas necesarias para que se garantice el goce y disfrute de los derechos y libertades vulnerados, así cuando se produzca cualquier violación de un derecho o libertad protegidos por la Declaración, conforme con el art. 63 de la misma.

El Preámbulo de la “Convención Americana sobre Derechos Humanos” suscrita en San José de Costa Rica el 22.11.1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, establece el objetivo de consolidar un régimen de libertad personal y de justicia social fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre.

La “Carta Democrática Interamericana”, en su art. 9, se reafirma en el objetivo de eliminar toda discriminación por razón de género, étnica y de raza, sin hacer mención alguna al colectivo LGTB. Puede interpretarse que existe una elusión de la cuestión relativa al reconocimiento de los derechos del colectivo. No obstante, si se observa desde un punto de vista interpretativo extensivo y no restrictivo, toda persona incluidos los LGTB es sujeto de derechos humanos y, por tanto, de no ser discriminado por razón de su orientación sexual.

⁷⁶⁸ http://www.oas.org/charter/docs_es/resolucion1_es.htm. Consultado el 11.06.2014.

2.2.4. Mercado Común del Sur

El Mercado Común del Sur fue creado el 26.03.1991 en el Tratado de Asunción⁷⁶⁹. En 2004, el MERCOSUR fundó las Altas Autoridades en Derechos Humanos del MERCOSUR y Estados Asociados (AADDHH)⁷⁷⁰, mediante una decisión del Consejo del Mercosur adoptada el 16.12.2004⁷⁷¹, partiendo de la idea que, “los derechos humanos son fundamentales para la construcción de sociedades libres y para la búsqueda del desarrollo económico y social”⁷⁷².

En la reunión que tuvo lugar en Montevideo entre los días 8 y 10 de agosto de 2007, durante la celebración del Seminario sobre la Diversidad Sexual, Identidad y Género de las Altas Autoridades en Derechos Humanos del MERCOSUR, organizado por la presidencia *Pro Tempore* de Uruguay, se constató la urgente necesidad de trabajar para erradicar la discriminación por orientación sexual e identidad / expresión de género y reconocer los derechos de la diversidad sexual como derechos humanos fundamentales. Para lograr los objetivos se fijaron las siguientes exigencias⁷⁷³:

- Generar e impulsar políticas que promuevan expresamente la no discriminación por orientación sexual e identidad / expresión de género.

⁷⁶⁹ Los Estados miembros originarios son: la República Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay. Posteriormente, en 2006, Venezuela se sumó como Estado miembro después de la firma del Protocolo de Adhesión de Venezuela al MERCOSUR, el 04.07.2006.

⁷⁷⁰ La Reunión de Altas Autoridades de Derechos Humanos y Cancillerías del Mercosur y Estados Asociados (RAADDHH) fue creada en la Cumbre de Presidentes de diciembre del 2004, y comenzó a funcionar en mayo de 2005, como un foro de los Estados miembros del proceso de integración regional, para el análisis y definición de políticas públicas en materia de Derechos Humanos. La RAADDHH fue instituida por Decisión 40/04 del Consejo del Mercado Común. Cuenta con espacios de trabajo especializados que actúan bajo el mandato definido por las Altas Autoridades. Vid. <http://www.mec.gub.uy/innovaportal/v/1828/6/mecweb/raaddhh?3colid=1579>. Consultado el 25.06.2014.

⁷⁷¹ <http://www.sice.oas.org/trade/mrcsrs/decisions/dec4004s.asp>. Consultado el 25.06.2014.

⁷⁷² DÍEZ DE VELASCO, Manuel, *Las Organizaciones Internacionales...* cit., págs. 720 a 729.

⁷⁷³ Puede verse el documento íntegro en www.ilga.org.

- Promover la inclusión de contenidos relacionados con los derechos humanos de las personas LGBT en la educación (pública y privada), formular campañas que pretendan eliminar prejuicios, promover la formación de grupos de investigación sobre temas relacionados con la diversidad sexual.
- Adoptar decisiones y acciones políticas que acaben con la discriminación de las personas LGBT, especialmente de los transexuales.
- Leyes que garanticen a las personas LGBT y a sus familias la misma protección y derechos que los Estados reconocen a las familias heterosexuales.
- Sancionar leyes que posibiliten a las personas transexuales los cambios de nombre y sexo en el registro, sin requisitos quirúrgicos o médicos de cualquier tipo y que garanticen el acceso público y gratuito a los tratamientos y cirugías de cambio de sexo para aquellos/as que lo deseen.

El MERCOSUR, al igual que la CEE, cuando se creó, pretendía erigirse como un organismo con carácter político-económico. No obstante, con la creación de la RAADDHH, MERCOSUR realiza un paso adelante que no solamente sirve para consolidar el principio democrático que han de cumplir todos los Estados miembros, sino también es una lanza a favor de la defensa de los derechos humanos en la región sur del continente americano. Precisamente, de la RAADDHH aparecen las inquietudes del MERCOSUR, en relación al colectivo LGBT. Existe una sensibilización respecto de las cuestiones planteadas por el colectivo que van más allá de una mera exigencia para erradicar la discriminación. Abarca la desigualdad que padecen los LGBT desde un punto de vista político, educativo y de derechos sociales. De entre las exigencias planteadas, una de las más remarcables es la de “sancionar leyes que posibiliten a las personas transexuales los cambios de nombre y sexo en el registro, sin requisitos quirúrgicos o médicos de cualquier tipo y que garanticen el acceso público y gratuito a los tratamientos y cirugías de cambio de sexo para aquellos/as que lo deseen”⁷⁷⁴.

⁷⁷⁴ ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina, *Discriminación por orientación sexual...* cit., pág. 102.

2.3. Otros Pronunciamientos

Además de los organismos internacionales mencionados, existen otros pronunciamientos de otros organismos que, por su incidencia directa sobre los derechos de las personas LGTB, conviene tener en cuenta. En este sentido nos referiremos a la Declaración Universal sobre los Derechos Sexuales, la Declaración de Montreal y los Principios de Yogyakarta.

2.3.1 Declaración Universal sobre los Derechos Sexuales

La Declaración Universal sobre los Derechos Sexuales se formuló en el XIII Congreso Mundial de Sexología, celebrado en Valencia en junio de 1997. La Declaración fue revisada y aprobada por la Asamblea General de la Asociación Mundial de Sexología el 26.08.1999⁷⁷⁵, en el XIV Congreso Mundial de Sexología realizado en Hong Kong. Declara que la sexualidad es una parte integral de la personalidad de todo ser humano. Su pleno desarrollo depende de la satisfacción de las necesidades humanas básicas como el deseo de contacto, intimidad, expresión emocional, placer, ternura y amor. Proclama que la sexualidad es construida a través de la interacción entre el individuo y las estructuras sociales. El desarrollo pleno de la sexualidad es esencial para el bienestar individual y social⁷⁷⁶.

Los derechos sexuales son derechos humanos universales basados en la libertad, la dignidad y la igualdad de todos los seres humanos. Puesto que la salud es un derecho humano fundamental, la salud sexual debe considerarse por analogía como un derecho humano básico. Los derechos humanos derivan de la condición de ser persona, parten de la igualdad y de la dignidad. Implican diversos aspectos como políticos y sociales que se plasman por escrito debido a la necesidad de los mismos, ya sea de garantía, o de

⁷⁷⁵ http://www.ctv.es/USERS/sexpol/derechos_sexuales.htm. Consultado el 02.07.2014.

⁷⁷⁶ Este Congreso tuvo lugar del 25 al 29 de junio de 1997, con la participación de delegados de 60 países, con el lema *Sexualidad y Derechos Humanos*. Esta declaración se convirtió en el documento base sobre el que se preparó la *Declaration of Sexual Rights* que fue aprobada por la Asamblea de la Asociación Mundial de Sexología (WAS) en el XIV Congreso Mundial de Sexología (Hong Kong, 1999). Asimismo, la *Declaración de los Derechos Sexuales* fue uno de los documentos oficiales para la elaboración del nuevo documento sobre *Salud Sexual* por un comité de expertos de la OMS.

protección, para lograr el desarrollo integral de la persona. Aunque todas las personas tengan el "derecho a tener derechos", se requiere de su reconocimiento escrito, a un nivel nacional e internacional como medio de exigibilidad frente al Estado. Por ello, se caracterizan por: el ser humano, por ser persona, tiene derechos inherentes a su dignidad; son derechos universales; estos derechos se ponen de manifiesto frente al Estado; el Estado está en el deber de respetarlos y garantizarlos⁷⁷⁷.

En la Declaración se hace una enumeración de los derechos sexuales que a continuación explicamos brevemente⁷⁷⁸:

- El derecho a la libertad sexual: “la libertad sexual abarca la posibilidad de las personas a expresar su sexualidad y excluye todas las formas de coerción sexual, explotación y abuso en cualquier periodo y situación de la vida”.

- El derecho a la autonomía sexual, integridad sexual y seguridad del cuerpo sexual: “incluye la capacidad de tomar decisiones autónomas sobre la vida sexual dentro de un contexto de la propia ética personal y social. También incluye el control y disfrute de nuestros cuerpos, libres de tortura, mutilación y violencia de cualquier tipo”.

- El derecho a la privacidad sexual: “derecho a expresar las preferencias sexuales en la intimidad siempre que estas conductas no interfieran en los derechos sexuales de otros”.

- El derecho a la equidad sexual: “este derecho se refiere a la oposición a todas las formas de discriminación, por razones de sexo, género, orientación sexual, edad, raza, clase social, religión o discapacidad física, psíquica o sensorial”.

⁷⁷⁷ <http://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/WhatareHumanRights.aspx>. Consultado el 02.07.2014.

⁷⁷⁸ La enumeración y definición de los derechos sexuales está realizada según la fuente de la Declaración de Derechos Sexuales (no es texto articulado). En este sentido Vid. la Declaración del 13º Congreso Mundial de Sexología, 1997, Valencia, España. Revisada y aprobada por la Asamblea General de la Asociación Mundial de Sexología (WAS) el 26.08.1999 en el XV Congreso Mundial de Sexología, Hong Kong, República Popular China (<http://www.fess.org.es/derechos-sexuales.php>). Consultado el 02.07.2014.

- El derecho al placer sexual: “el placer sexual, incluyendo el autoerotismo, es una fuente de bienestar físico, psicológico, intelectual y espiritual”.
- El derecho a la expresión sexual emocional: “la expresión sexual es más que el placer erótico en los actos sexuales. Cada individuo tiene derecho a expresar su sexualidad a través de la comunicación, el contacto, la expresión emocional y el amor”.
- El derecho a la libre asociación sexual: “significa la posibilidad de casarse o no, de divorciarse y establecer otros tipos de asociaciones sexuales”.
- El derecho a tomar decisiones reproductivas libres y responsables: “derecho a decidir sobre tener descendencia o no, el número de hijos y el tiempo entre cada uno, y el derecho al acceso a los métodos de la regulación de la fertilidad”.
- El derecho a la información basada en el conocimiento científico: “la información sexual debe ser generada a través de un proceso científico libre de presiones externas, y difundido de forma apropiada en todos los niveles sociales”.
- El derecho a la educación sexual comprensiva: “este es un proceso que dura toda la vida, desde el nacimiento y debería involucrar a todas las instituciones sociales”.
- El derecho a la atención clínica de la salud sexual: “la atención clínica de la salud sexual debe estar disponible para la prevención y el tratamiento de todos los problemas, preocupaciones y trastornos sexuales”.

En definitiva, la Declaración Universal sobre los Derechos Sexuales considera que los derechos sexuales del ser humano no nacen del hecho de ser nacionales de un determinado Estado sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana.

2.3.2. Declaración de Montreal

La Declaración de Montreal fue aprobada por la Conferencia Internacional sobre los Derechos Humanos LGBT entre finales de julio y principios de agosto de 2006, en

Montreal, fruto de un encuentro multidisciplinar sobre temas LGBT, con el nombre de *Iers. Outgames Montreal 2006*, donde participaron activistas, deportistas, políticos y gente del mundo cultural, entre otros. En el encuentro, se presentó la *Conferencia Internacional sobre los Derechos Humanos LGBT*, de la cual surgió la Declaración de Montreal, que recoge las aspiraciones del movimiento LGTB mundial⁷⁷⁹.

El preámbulo de la Declaración arranca con la primera frase recogida en el art. 1 de la DUDH que dice: *todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos* y pone de manifiesto que el contenido de dicha frase sigue siendo una reivindicación del colectivo LGBT. La Declaración acepta el hecho de que casi seis décadas después de que se aprobara la DUDH, se ha evolucionado hacia una eliminación gradual de la discriminación por razón de raza u origen étnico, religión y sexo. No obstante, este proceso de eliminación de discriminaciones no es uniforme, puesto que algunos países siguen sin aceptar dos aspectos fundamentales: la orientación sexual y la identidad de género⁷⁸⁰. También denuncia la discriminación y violencia que sufre el colectivo LGBT. Sin embargo, admite la existencia de una férrea lucha por el reconocimiento de sus derechos, sobre todo en Asia, África, América Latina y Europa del Este. A pesar de las reivindicaciones realizadas los cambios logrados siguen sin ser uniformes. La

⁷⁷⁹ La Declaración de Montreal sobre los Derechos Humanos de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Transexuales es un documento adoptado en Montreal, Quebec, Canadá, por la Conferencia Internacional sobre los Derechos Humanos LGBT, como parte de los primeros *Outgames* mundiales. La declaración delinea una serie de derechos y libertades relativos a las personas LGBT, los cuales se propone que deben ser universalmente garantizados. La Conferencia tenía como finalidad aumentar la percepción de la comunidad internacional sobre el tema de los derechos LGBT. Se celebró justo antes de los *Outgames*, y acudieron a la misma más de 1500 delegados de todo el mundo, convirtiéndose en la conferencia sobre derechos LGBT más grande nunca realizada. Vid. <http://www.declarationofmontreal.org/declaration/DeclaraciondeMontrealES.pdf>. Consultado el 15.07.2014.

⁷⁸⁰ La negativa de aceptar y respetar esas diferencias es causa de opresión en la vida cotidiana de las personas LGBT en la mayor parte del mundo. En algunos países se está acentuando incluso la discriminación y la violencia ejercida contra las personas LGBT. Verdad es que, en casi todas las partes de nuestro mundo, personas y grupos reivindican los derechos humanos de las personas LGBT. Así ocurre sobre todo en Asia, África, América Latina y Europa del Este, donde esas personas no aceptan ya que se les perjudique o discrimine y tienen cada vez menos paciencia a la hora de luchar por lograr la libertad y la igualdad. Pero los avances son muy desiguales y no automáticos. En todo el mundo podemos apreciar progresos y retrocesos.

Declaración de Montreal tiene como objetivo enumerar los cambios a realizar y la elaboración de un plan a escala mundial para su realización.

En el primer apartado, dedicado a los derechos fundamentales, la Declaración distingue entre tres finalidades:

- Protección frente a la violencia de Estado y a la violencia privada. Contempla situaciones como las siguientes: el hecho que en algunos países la homosexualidad está tipificada penalmente y conlleva la pena de muerte⁷⁸¹; la violencia y tortura que sufre el colectivo LGBT debido a su condición sexual, ya sea por particulares o por la omisión en el ejercicio de sus funciones de funcionarios, policías o aceptación pasiva de otras personas; los matrimonios forzosos con personas de otro sexo y en contra de su voluntad que pueden conllevar hasta penas de muerte para aquellos que eluden el indicado tipo de matrimonio; la violencia sufrida por las personas intersexuales al ser sometidas a una cirugía postnatal que conlleva una mutilación genital que persigue la confirmación del sistema binario basado en las características sexuales físicas.
- Libertad de expresión, reunión y asociación: se denuncia que en algunos países las autoridades públicas bloquean los derechos de libre expresión, reunión y asociación de los LGBT, ya sea mediante prohibición o mediante el uso de la amenaza de posibles represalias⁷⁸².

⁷⁸¹ Todavía algunos países siguen castigando la homosexualidad con la pena de muerte, algo que, ya por sí mismo, constituye una violación de los derechos humanos, independientemente del motivo por el que se aplique. Algunos de estos países son: Irán, Arabia Saudí y Yemen, en Asia; Mauritania, Sudán y las regiones del norte de Nigeria y el sur de Somalia, en África. Vid. <http://www.washingtonpost.com/blogs/worldviews/wp/2014/02/24/here-are-the-10-countries-where-homosexuality-may-be-punished-by-death/>. Consultado el 02.08.2014. Vid también <http://www.abc.es/20120515/sociedad/abci-homosexuales-ilegal-paises-201205151804.html>. Consultado el 02.08.2014.

⁷⁸² Según la ONU todavía en 78 países grupos LGBT de derechos humanos y personas LGBT ven como autoridades públicas hostiles bloquean sus derechos de libertad de expresión, reunión y asociación. Se deniega la autorización de celebración de manifestaciones del día del orgullo, se encarcela a periodistas, se cierran clubes y se deniega la acreditación de ONG. Se impide a los colectivos LGBT hacer su trabajo libre de restricciones represoras y discriminatorias, pudiendo llegar a ser imposible hacer campaña en

- Libertad de tener relaciones sexuales con personas del mismo sexo (en privado, con consentimiento mutuo y entre adultos): se exige la supresión de la pena de muerte para el delito de actividad sexual homosexual con consentimiento mutuo y entre adultos; la prevención, investigación y sanción de delitos de odio por delitos de orientación sexual e identidad de género; la prohibición de la cirugía genital a menos que la persona sea lo suficientemente adulta para poder dar su consentimiento.

El segundo apartado de la Declaración enumera los retos mundiales en este tema, de los que destacamos tres: la necesidad urgente de una lucha en todos los sentidos contra la pandemia del SIDA; la concesión de protección a una persona que la solicita porque es perseguida en su país por razón de su orientación sexual o identidad de género; la incorporación de los derechos del colectivo LGBT en la agenda de la ONU.

El tercer apartado está dedicado a la diversidad de la comunidad LGBT y a la necesidad de protegerla y respetarla como un valor de sí misma. Considera que los temas de transgénero se han de integrar como parte de la lucha común en pro de la igualdad y de la dignidad del ser humano. A continuación, los dos apartados siguientes se refieren a la participación de los LGBT en la sociedad y a la creación de un cambio social que permita lograr la igualdad de todas las personas LGBT en cualquier país del mundo.

En conclusión, la Declaración de Montreal engloba todos los aspectos de los Derechos Humanos, desde la garantía de las libertades fundamentales a la prevención de discriminación de personas LGBT. La Declaración también hace referencia a diversos puntos relativos a la promoción global de los derechos LGBT. Su situación es convertirse en una carta de referencia listando las demandas y exigencias de los movimientos internacionales LGBT, para que en último término puede ser enviada a las Naciones Unidas⁷⁸³.

favor de la reforma de leyes discriminatorias. Los integrantes LGBT tienen derecho a protección y apoyo y a expresarse sin temor a represalias, al igual que todos los defensores de los derechos humanos. Vid. <http://anodis.com/nota/24224.asp>. Consultado el 12.09.2014.

⁷⁸³ ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina, *Discriminación por orientación sexual...* cit., pág. 106.

2.3.3. Los Principios de Yogyakarta

Ha habido avances en algunos países en relación al respeto a la dignidad y a los derechos de las personas LGTB, aun así siguen existiendo violaciones de los derechos humanos por razón de orientación sexual e identidad de género. Reconociendo esta situación, la Comisión Internacional de Juristas y el Servicio Internacional para los Derechos Humanos, en nombre de una coalición de organizaciones de derechos humanos de todo el mundo, puso en marcha un proyecto, según se señala en la Introducción de estos Principios, “encaminada a desarrollar una serie de principios legales internacionales sobre la aplicación del derecho internacional humanitario a las violaciones de los derechos humanos por motivos de orientación sexual e identidad de género, a fin de imbuir una mayor claridad y coherencia a las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos”.

El proyecto fue realizado por un grupo de veintinueve especialistas en derecho internacional y derechos humanos procedentes de veinticinco países⁷⁸⁴, reunidos en la Universidad de Gadjah Mada en Yogyakarta, Indonesia, del 6 al 9 de noviembre de 2006, quienes adoptaron unánimemente los señalados Principios⁷⁸⁵.

Esta Declaración consta de una Introducción, un Preámbulo, 29 Principios, y 16 Recomendaciones adicionales. Según se observa en la Introducción, estos Principios abordan la aplicación de distintas normas de derechos humanos en relación a la orientación sexual y la identidad de género. Los principios afirman la obligación

⁷⁸⁴ http://www.oas.org/dil/esp/orientacion_sexual_Principios_de_Yogyakarta_2006.pdf. Consultado el 15.05.2014.

⁷⁸⁵ Los Principios de Yogyakarta fueron elaborados a petición de LOUISIE ARBOUR, ex Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2004-2008), y se redactaron en noviembre de 2006. Su presentación tuvo lugar el 26.03.2007, en el Consejo de Derechos Humanos de la ONU y posteriormente fue ratificado por la Comisión Internacional de Juristas. Se trata de un documento que contiene una serie de principios legales cuyo fin es la aplicación de las normas de derecho internacional de derechos humanos en relación a la orientación sexual y la identidad de género. El texto marca los estándares básicos para que las Naciones Unidas y los Estados avancen para garantizar la protección de los derechos humanos a las personas LGBT.

primordial de los Estados de implementar los derechos humanos; cada principio va acompañado de detalladas recomendaciones a los Estados⁷⁸⁶.

⁷⁸⁶ Los signatarios fueron: PHILIP ALSTON (Australia), Relator Especial de las Naciones Unidas sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias y Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nueva York, Estados Unidos; MAXIM ANMEGHUICHEAN (Moldavia), Asociación Internacional de Lesbianas y Gays – Europa; MAURO CABRAL (Argentina), Investigador de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina / Comisión Internacional de Derechos Humanos para Gays y Lesbianas; EDWIN CAMERON (Sudáfrica), Magistrado de la Corte Suprema de Apelaciones, Bloemfontein, Sudáfrica; SONIA ONUFER CORRÊA (Brasil), Investigadora Asociada de la Asociación Brasileña Interdisciplinaria de SIDA (ABIA) y Co-Presidenta del Observatorio de Sexualidad y Política, (Co-Presidenta de la Reunión de Especialistas); YAKIN ERTÜRK (Turquía), Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre la violencia contra las mujeres, sus causas y consecuencias, y Profesora del Departamento de Sociología de la Universidad Técnica del Medio Oriente, Ankara, Turquía; ELIZABETHI EVATT (Australia), ex integrante y Presidenta del Comité de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, ex integrante del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y Comisionada de la Comisión Internacional de Juristas; PAUL HUNT (Nueva Zelanda), Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, y Profesor del Departamento de Leyes de la Universidad de Essex, Reino Unido; ASMA JAHANGIR (Pakistán), Presidenta de la Comisión de Derechos Humanos de Pakistán; MAINA KIAI (Kenia), Presidente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos de Kenia; MILOON KOTHARI (India), Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho a una vivienda adecuada; JUDITH MESQUITA (Reino Unido), Investigadora Principal del Centro de Derechos Humanos, Universidad de Essex, Reino Unido; ALICE M. MILLER (Estados Unidos) Profesora Adjunta de la Facultad de Salud Pública y Co-Directora del Programa de Derechos Humanos, Universidad de Columbia, Estados Unidos; SANJI MMASENONO MONAGENG (Botswana), Jueza de la Corte Suprema (República de Gambia), Comisionada de la Comisión Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, Presidenta del Comité de Seguimiento sobre la implementación de las Directrices para la Prohibición y Prevención de la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes en África, o Directrices de la Isla Robben (Comisión Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos); VITIT MUNTARBHORN (Tailandia), Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos en la República Democrática Popular de Corea y Profesor de Derecho de la Universidad de Chulalongkorn, Tailandia, (Co-Presidente de la Reunión de Especialistas); LAWRENCE MUTE (Kenia), Comisionado de la Comisión Nacional de Derechos Humanos de Kenia; MANFRED NOWAK (Austria), Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes; Profesor de Derechos Humanos de la Universidad de Viena, Austria; y Director del Instituto Ludwig Boltzmann de Derechos Humanos; ANA ELENA OBANDO MENDOZA (Costa Rica), abogada feminista, activista por los derechos de las mujeres y consultora internacional; MICHAEL O’FLAHERTY (Irlanda), Miembro del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Profesor de Derechos Humanos Aplicados y Co-Director del Centro Legislación en Derechos

Los Principios de Yogyakarta (PY) parten del reconocimiento de la orientación sexual y la identidad de género como esenciales para la dignidad y la humanidad de toda persona, así como de constatar cómo en muchas sociedades se continúa controlando las relaciones personales de los individuos y perpetuando la desigualdad entre los géneros. De ahí que su introducción subraye que “muchos Estados y sociedades imponen a las personas normas relativas a la orientación sexual y la identidad de género a través de las costumbres, las leyes y la violencia”. Este planteamiento debemos entenderlo no sólo en relación con los Estados cuyos ordenamientos persiguen de manera efectiva determinadas opciones sexuales sino, de manera más general, con respecto a todos aquellos contextos culturales –se habla también de “costumbres”– en los que todavía hoy algunos individuos encuentran dificultades para desarrollar con libertad su sexualidad⁷⁸⁷.

Los PY subrayan cómo las personas LGTB suelen sufrir procesos de múltiple discriminación que agravan su exclusión y estigmatización. Circunstancias como el

Humanos de la Universidad de Nottingham, Reino Unido (Relator en la elaboración de los Principios de Yogyakarta); SUNIL PANT (Nepal), Presidente de la Sociedad Diamante Azul, Nepal; DIMITRINA PETROVA (Bulgaria), Directora Ejecutiva del Fondo para la Igualdad de Derechos; RUDI MUHAMMAD RIZKI (Indonesia), Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los derechos humanos y la solidaridad internacional, Catedrático y Vice-Decano de Asuntos Académicos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Padjadjaran, Indonesia; MARY ROBINSON (Irlanda), Fundadora de Realizando los Derechos: La Iniciativa por una Globalización Ética, ex Presidenta de Irlanda y ex Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos; NEVENA VUCKOVIC SAHOVIC (Serbia), Integrante del Comité de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y Presidenta del Centro para los Derechos de la Infancia, Belgrado, Serbia; MARTIN SCHEININ (Finlandia), Relator Especial de las Naciones Unidas para la protección de los derechos humanos en la lucha contra el terrorismo, Profesor de Derecho Constitucional e Internacional y Director del Instituto para los Derechos Humanos, Universidad Åbo Akademi, Finlandia; WAN YANHAI (China), Fundador del Proyecto de Acción “Aizhi” y Director del Instituto Aizhixing de Educación para la Salud, Beijing (China); STEPHEN WHITTLE (Reino Unido), Profesor de Legislación Igualitaria de la Universidad Metropolitana de Manchester, Reino Unido; ROMAN WIERUSZEWSKI (Polonia), Miembro del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y Director del Centro Poznan para los Derechos Humanos, Polonia; ROBERT WINTEMUTE (Canadá y Reino Unido), Profesor de Legislación en Derechos Humanos de la Facultad de Derecho, King’s College, Londres, Reino Unido.

⁷⁸⁷ SALAZAR BENÍTEZ, Octavio, “El reconocimiento jurídico-constitucional de la diversidad afectiva” en *Revista de Estudios Políticos* (nueva época), ISSN: 0048-7694, núm. 157, Madrid, julio – septiembre de 2012, pág. 55.

género, la raza, la edad, la religión, la discapacidad, el estado de salud o las condiciones económicas se suman en muchos casos, debilitando “su sentido de estima personal y de pertenencia a su comunidad”, lo cual les conduce en muchas ocasiones “a ocultar o suprimir su identidad y a vivir en el temor y la invisibilidad”. Estas últimas palabras nos sitúan en la clave de por qué un sistema de derechos humanos debe proteger la diversidad sexual y no debe limitarse a garantizarla como una dimensión de la vida privada. Se trata, en definitiva, de garantizar que todos los individuos puedan desarrollar libremente su identidad, sin temores, sin estigmas, completamente visibles y sin que ello suponga un menoscabo de su propia dignidad. Al mismo tiempo, se acentúa la vinculación del respeto de estos derechos de que todos los Estados adopten las medidas apropiadas para eliminar los prejuicios y las prácticas que se basen en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en roles estereotipados⁷⁸⁸.

En la introducción, en dos notas a pie de página, se define la orientación sexual y la identidad de género en los siguientes términos. La orientación sexual “se refiere a la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a la capacidad para mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas”. La identidad de género “se refiere a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales”.

Los Principios de Yogyakarta abarcan un amplio abanico de normas de derechos humanos y su aplicación en relación a cuestiones de orientación sexual e identidad de género. Reiteran la obligación de los Estados en cuanto a la implementación de los derechos humanos. Los principios que a continuación se describen van a ser objeto de un comentario por nuestra parte. Pone énfasis en que el resto de actores también tienen que promover y proteger los derechos humanos y realiza recomendaciones específicas

⁷⁸⁸ *Ibidem*, pág. 56.

dirigidas a instituciones nacionales de derechos humanos, organizaciones no gubernamentales o medios de comunicación entre otros. Los Principios son:

- Principio 1. *El derecho al disfrute universal de los derechos humanos.*

Los seres humanos de todas las orientaciones sexuales e identidades de género tienen derecho al pleno disfrute de todos los derechos humanos⁷⁸⁹.

- Principio 2. *Los derechos a la igualdad y a la no discriminación.*

Todas las personas tienen derecho al disfrute de todos los derechos humanos, sin discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género. Todas las personas tienen derecho a ser iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley, tanto si el disfrute de otro derecho está afectado como sino. La ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación. La discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género incluye toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en la orientación sexual o la identidad de género que tenga por objeto o por resultado la anulación o el menoscabo del reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de los derechos humanos y las libertades fundamentales. La discriminación puede verse agravada por la discriminación basada en otras causas, incluyendo el género, raza, edad, religión, discapacidad, estado de salud y posición económica⁷⁹⁰.

- Principio 3. *El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica.*

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

⁷⁸⁹ Este reconocimiento implica para los Estados el cese de legislaciones restrictivas para las personas LGTB.

⁷⁹⁰ Se solicita de los Estados que consagren en sus Constituciones y legislaciones este principio de igualdad y no discriminación por razón de orientación sexual e identidad de género y garantías para que dichos principios sean efectivos.

aspectos fundamentales de la autodeterminación, la dignidad y la 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 género⁷⁹¹.

- Principio 4. *El derecho a la vida: toda persona tiene derecho a la vida.*

Ninguna persona podrá ser 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 edad a partir de la cual se considera válido el consentimiento o por su orientación sexual o identidad de género⁷⁹².

- Principio 5. *El derecho a la seguridad personal.*

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 atentado contra la integridad personal que sea cometido por funcionarios públicos o por cualquier individuo, grupo o institución.

- Principio 6. *El derecho a la privacidad.*

Todas las personas, con independencia de su orientación sexual o identidad de género, tienen el derecho al goce de la privacidad, sin injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o correspondencia, y el derecho a la protección contra ataques ilegales a su honra o a su reputación. El

⁷⁹¹ Entre los mandatos derivados de este principio cabe señalar el de conferir plena capacidad jurídica en asuntos civiles a cualquier persona sin discriminación por orientación sexual o identidad de género, así como el de garantizar que todos los documentos de identidad emitidos por el Estado que indican el género o el sexo de una persona reflejan “la identidad de género profunda que la persona define por sí y para sí”.

⁷⁹² Este Principio incluye la eliminación de leyes que castigan con pena de muerte tener relaciones homosexuales; y la obligación del Estado de proteger a sus ciudadanos frente a toda violencia.

derecho a la privacidad incluye el derecho a optar por revelar o no información relacionada con la propia orientación sexual o identidad de género, como también las decisiones y elecciones relativas al propio cuerpo y a las relaciones sexuales o de otra índole consensuadas con otras personas⁷⁹³.

- Principio 7. *El derecho de toda persona a no ser detenida arbitrariamente.* Ninguna persona deberá ser arrestada o detenida en forma arbitraria. Es arbitrario el arresto o la detención por motivos de orientación sexual e 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 en el momento de su detención, de las razones de la misma y notificadas del carácter de las acusaciones formuladas en su contra; asimismo, tienen el derecho a ser llevadas sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, como también a recurrir ante un tribunal a fin de que este decida sobre la legalidad de su detención.

- Principio 8. *El derecho a un juicio justo.* Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad y con las debidas garantías, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, para la determinación de sus derechos y obligaciones en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada en su contra, sin prejuicios ni discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género⁷⁹⁴.

- Principio 9. *El derecho de toda persona privada de su libertad a ser tratada humanamente.*

⁷⁹³ El derecho a la vida privada debería siempre y en todo caso primar sobre cualquier otra consideración, debiendo ser una exigencia ineludible el consentimiento del individuo para la difusión de datos pertenecientes a dicha parcela. No cabe duda de que el dato que finalmente podrá revelarnos que existe un pleno reconocimiento de derechos de las personas LGTB será que, al igual que sucede con los heterosexuales, sus opciones no sean relevantes en la escena pública.

⁷⁹⁴ SCHEININ, Martin, “Report of the Discussion of the Scheinin report on gender aspects in Human Rights and countering terrorism”, *UN Third Committee*, october, 26, 2009.

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.

- Principio 10. *El derecho de toda persona a no ser sometida a torturas, ni a penas o tratos crueles, inhumanos y degradantes.*

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 género⁷⁹⁵.

- Principio 11. *El derecho a la protección contra todas las formas de explotación, venta y trata de personas.*

Toda persona tiene derecho a la protección contra la trata, venta y cualquier forma de explotación, incluyendo la explotación sexual pero sin limitarse a ella, basadas en una orientación sexual o identidad de género real o percibida. Las medidas diseñadas para prevenir la trata deberán asegurarse de tener en cuenta los factores que aumentan la vulnerabilidad a ella, entre ellos diversas formas de desigualdad y de discriminación en base a una orientación sexual o identidad de género real o percibida, o en la expresión de estas u otras identidades. Las medidas deberán ser compatibles con los derechos humanos de las personas que se encuentran en riesgo de trata.

- Principio 12. *El derecho al trabajo.*

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.

- Principio 13. *El derecho a la seguridad y a otras medidas de protección social.*

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 género⁷⁹⁶.

⁷⁹⁵ GROSS, Aeyal, “Post / Colonial Queer Globalisation and International Human Rights: Images of LGTB Rights”, en *Jindal Global Law Review*, Volume 4, Issue 2, 2013.

- Principio 14. *El derecho a un nivel de vida adecuado.*
Toda persona tiene derecho a un nivel 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.

- Principio 15. *El derecho a una vivienda adecuada.*
Toda persona tiene derecho a una vivienda adecuada, lo que incluye la protección contra el desalojo, sin discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género.

- Principio 16. *El derecho a la educación.*
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 éstas⁷⁹⁷.

- Principio 17. *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud.*
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 derecho⁷⁹⁸.

- Principio 18. *Protección contra abusos médicos.*
Ninguna persona será obligada a someterse a ninguna forma de tratamiento, procedimiento o exámenes médicos o psicológicos, ni a permanecer confinada en un centro médico, sobre la base de su orientación sexual o identidad de

⁷⁹⁶ En relación a este derecho, cabe destacar cómo se recomienda a los Estados que se garantice a todos los individuos todos los beneficios ligados a la salud (incluso para modificaciones del cuerpo relacionadas con la identidad de género) y todas las prestaciones que por ejemplo sirvan para paliar la pérdida de apoyo como resultado de la enfermedad o muerte de cónyuges o parejas.

⁷⁹⁷ Los Estados deben asegurar que los métodos, currículos y recursos educativos sirvan para aumentar la comprensión y el respeto de la diversidad de orientaciones sexuales e identidades de género.

⁷⁹⁸ Cabe destacar la recomendación dirigida a los Estados para que faciliten el acceso al tratamiento, atención y apoyo competentes y no discriminatorios a aquellas personas que procuren modificaciones corporales relacionadas con la reasignación de género.

género. Con independencia de cualquier clasificación que afirme lo contrario, la orientación sexual y la identidad de género de una persona no son, en sí mismas, condiciones médicas y no deberían ser tratadas, curadas o suprimidas⁷⁹⁹.

- Principio 19. *El derecho a la libertad de opinión y de expresión.*

Toda persona tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión, con independencia de su orientación sexual o identidad de género. Incluye la expresión de la identidad o la personalidad mediante el lenguaje, la apariencia y el comportamiento, la vestimenta, las características corporales, la elección de nombre o por cualquier otro medio, como también la libertad de buscar, recibir e impartir información e ideas de todos los tipos, incluso la concerniente a los derechos humanos, la orientación sexual y la identidad de género, a través de cualquier medio y sin consideración a las fronteras⁸⁰⁰.

- Principio 20. *El derecho a la libertad de reunión y de asociación pacífica.*

Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas, con independencia de su orientación sexual o identidad de género. Las personas pueden formar, sin discriminación, asociaciones basadas en la orientación sexual o la identidad de género, así como asociaciones que distribuyan información sobre la materia, faciliten la comunicación entre estas personas y aboguen por sus derechos.

- Principio 21. *El derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.*

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.

⁷⁹⁹ NOWAK, Manfred, *Human Rights in Europe: no grounds for complacency*, Publishing Editions, Strasbourg, 2011, págs. 51 y ss.

⁸⁰⁰ PETROVA, Dimitrina, "Lesbian and Gay Rights Are Human Rights!" en *International Conference on Promoting Human Rights for Lesbians and Gays in Ukraine*, Kiev, 2008.

- Principio 22. *El derecho a la libertad de movimiento.*

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 la entrada de una persona a un Estado, su salida de este o su retorno al mismo.

- Principio 23. *El derecho a procurar asilo.*

En caso de persecución, incluida la relacionada con la orientación sexual o de identidad de género, toda persona tiene derecho a solicitar 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.

- Principio 24. *El derecho a formar una familia.*

Toda persona tiene el derecho a formar una familia, con independencia de su orientación sexual o identidad de género⁸⁰¹. Existen diversas configuraciones de familias. Ninguna puede ser sometida a discriminación basada en la orientación sexual o identidad de género de cualquiera de sus integrantes⁸⁰².

- Principio 25. *El derecho a participar en la vida pública.*

Todos los ciudadanos tienen derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos, incluido el de optar a cargos públicos, a participar en la formulación de

⁸⁰¹ Se recomienda a los Estados que garanticen el acceso a la adopción y a las técnicas de reproducción asistida, y que las leyes reconozcan la diversidad de formas de familia y aseguren que el matrimonio u otras sociedades de convivencia se contraigan solo con el consentimiento libre y pleno de los cónyuges o parejas.

⁸⁰² Tras reconocer el derecho de toda persona a formar una familia, con independencia de su orientación sexual o identidad de género, una afirmación que puede parecer obvia pero que es necesario reafirmar incluso en contextos democráticos avanzados como el nuestro. Por ello son tan importantes las prescripciones que establece el Principio. Se pide a los Estados que velen por que las leyes y políticas reconozcan la diversidad de formas de familias, así como por que se adopten todas las medidas legislativas, administrativas y de otras índoles necesarias para asegurar que ninguna familia sea sometida a discriminación basada en la orientación sexual o identidad de género de cualquiera de sus integrantes.

políticas que afecten a su bienestar y a tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a todos los niveles de las funciones públicas de su país y al empleo en funciones públicas, incluyendo el servicio en la policía y las fuerzas armadas, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género.

- Principio 26. *El derecho a participar en la vida cultural.*

Toda persona, con independencia de su orientación o identidad de género, tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad y a expresar la diversidad de orientaciones sexual e identidades de género a través de la participación cultural.

- Principio 27. *El derecho a promover los derechos humanos.*

Toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, a promover y procurar la protección y realización de los derechos humanos y las libertades fundamentales en los planos nacional e internacional, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género. 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 ideas y principios nuevos relacionados con los derechos humanos y a procurar la aceptación de los mismos⁸⁰³.

- Principio 28. *El derecho a recursos y resarcimientos efectivos.*

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 para resarcirse de las lesiones sufridas.

- Principio 29. *Responsabilidad penal.*

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

⁸⁰³ Se recomienda a los Estados para velar por el acceso a los órganos de derechos humanos nacionales e Internacionales, y la obligación de ofrecerles protección ante cualquier discriminación, presión u otra acción arbitraria por parte del Estado o de sus autoridades.

públicos o no, se les responsabilice personalmente por sus actos de manera proporcional a la gravedad de la violación. No deberá haber impunidad para autores de violaciones a los derechos humanos relacionadas con la orientación sexual o la identidad de género.

Los Principios de Yogyakarta no hay que entenderlos como un texto normativo vinculante. No obstante, tras su presentación ante el Consejo de Derechos Humanos de la ONU el 26.03.2007, y su posterior ratificación por la Comisión Internacional de Juristas se deben tener en consideración. Estos principios nacieron con una finalidad muy concreta: añadir la perspectiva (o visión) del colectivo LGBT al interpretar los derechos humanos. Esta afirmación se fundamenta en el hecho que los intereses de los LGBT en muchas ocasiones eran vulnerados y no se podían defender porque no existía ningún precepto legal (específico) que contemplara la discriminación por orientación sexual o identidad de género. Con esta intención, los Principios de Yogyakarta pretenden introducirse dentro de los principios de derecho internacional⁸⁰⁴ con la pretensión de formar parte de la interpretación de los textos legales internacionales y para que los tribunales ya sean internacionales o nacionales, puedan atender a los intereses de los LGBT cuando a estos les sean vulnerados sus derechos⁸⁰⁵.

3. LA TRANSEXUALIDAD SEGÚN LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

Como ya hemos explicado en los apartados anteriores los derechos humanos hacen referencia tanto a la orientación sexual como a la identidad de género de las personas. A los efectos, del estudio que estamos realizando nos centraremos en la transexualidad en el derecho europeo y para ello examinaremos las sentencias que hacen referencia a este ámbito.

Para la preparación y presentación de denuncias de violaciones de derechos humanos ante organismos internacionales, concretamente ante el Consejo de Derechos Humanos

⁸⁰⁴ Son principios comunes a los distintos Estados que ya han alcanzado una cierta objetivación en el derecho interno. Hacen referencia a ideas jurídicas generales y fundamentales y no a cualquier precepto normativo.

⁸⁰⁵ ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina, *Discriminación por orientación sexual...* cit., pág. 112.

de la ONU, se exige, como regla general, el agotamiento de los recursos judiciales internos establecidos en el Estado en el que se ha producido la presunta violación de derechos humanos que se pretende denunciar. No obstante lo anterior, debe señalarse que, en determinadas casos y en determinadas circunstancias, es posible acudir ante instancias internacionales sin haber agotado los recursos judiciales internos⁸⁰⁶.

Una vez agotada la vía interna (agotando todos los recursos procedentes en dicha vía) o si nos encontramos en uno de esos casos excepcionales en los que no se exige el agotamiento de los recursos internos, hay que decidir a qué mecanismo internacional acudir. Debe estudiarse cuáles son los mecanismos de denuncia realmente aplicables o disponibles en cada caso teniendo en cuenta, entre otros, la naturaleza del derecho vulnerado, debiendo recordarse que para determinadas violaciones de derechos humanos se han adoptado mecanismos específicos de supervisión y, en su caso, denuncia (por ejemplo, Comités o Relatores especiales sobre derechos específicos).

El Consejo de Derechos Humanos de la ONU es un órgano intergubernamental que forma parte del sistema de las Naciones Unidas y que está compuesto por 47 Estados Miembros responsables del fortalecimiento de la promoción y la protección de los derechos humanos en el mundo. Fue creado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15.03.2006, mediante la Resolución 60/251, con el objetivo principal de estudiar la situación de las violaciones de los derechos humanos y hacer recomendaciones al respecto⁸⁰⁷.

Superados los anteriores filtros el sistema de protección de derechos humanos en Europa lo configuran el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) o “Tribunal

⁸⁰⁶ Pudiendo citarse, entre otras, las siguientes excepciones a la exigencia del agotamiento de los recursos judiciales internos: primero, hay determinados órganos de vigilancia y control (como por ejemplo, el Relator especial de la ONU contra la Tortura) ante los que es posible acudir sin necesidad de agotar los recursos judiciales internos; segundo, los organismos y mecanismos que exigen el agotamiento de la vía jurisdiccional interna, suelen contemplar, sin embargo, la posibilidad de acudir, como excepción, ante ellos, cuando la vía interna se muestre ineficaz o se pueda prolongar injustificadamente.

⁸⁰⁷ El organismo sustituye a la Comisión de Derechos Humanos, creada el 12.08.1947, que fue una comisión del Consejo Económico y Social (ECOSOC) y asistía en funciones a la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

de Estrasburgo” y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) o “Tribunal de Luxemburgo”.

3.1. Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos también conocido como "Tribunal de Estrasburgo" es el Tribunal destinado a enjuiciar, bajo determinadas circunstancias, las posibles violaciones de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) y en sus Protocolos por parte de los Estados parte de dicho Convenio⁸⁰⁸.

Las sentencias sobre los que se ha pronunciado el TEDH en materia de transexualidad y que han permitido un avance significativo hacia la consecución de los derechos de las personas pertenecientes a este colectivo son las que estudiaremos seguidamente⁸⁰⁹.

3.1.1. El caso VAN OOSTERWIJCK contra Bélgica

El primer caso sobre transexualidad al que tiene que dar respuesta el TEDH data de 06.11.1980⁸¹⁰. La demandante nació y fue registrada con el sexo femenino en el distrito de Uccle (Bruselas), de acuerdo con sus caracteres físicos y biológicos. A la edad de cinco años, empezó a tomar conciencia de tener una doble personalidad en la que pese tener cuerpo femenino, psicológicamente se sentía perteneciente al sexo masculino. En 1966, la demandante, busca una solución a su “problema” a través de un cambio de sexo plasmado en su cuerpo. En 1969, los doctores SLOSSE y DUMONT (neurólogo y endocrinólogo, respectivamente) hallaron síntomas de transexualismo en la demandante, además de disponer de un informe de un psiquiatra en la misma dirección. Entre la psicoterapia y la terapia hormonal con intervención quirúrgica, VAN OOSTERWIJCK optó por el segundo tratamiento al considerar que el primero podía llevar a un intento de suicidio y que la intervención quirúrgica había dado buenos resultados de acuerdo con

⁸⁰⁸ <http://www.derechoshumanos.net/denunciar/Denuncia-violacion-derechos-humanos.htm>. Consultado el 30.07.2014.

⁸⁰⁹ En este apartado jurisprudencial me referiré a el / la teniendo en consideración el criterio de si la persona se ha sometido a cirugía de reasignación sexual o no.

⁸¹⁰ <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57549>. Consultado el 23.03.2013.

la investigación inglesa, americana y danesa, pioneras en la materia hasta entonces. Después de someterse a varias intervenciones⁸¹¹, pese a que los cromosomas seguían siendo los del sexo femenino, el aspecto físico era masculino gracias a un tratamiento pagado parcialmente por el Servicio Médico de las Comunidades Europeas, ya que el demandante trabajaba en la Comisión de las Comunidades Europeas⁸¹².

El 18.10.1973, el demandante hizo una solicitud de “petición de rectificación de un certificado de estado civil” al Tribunal de Primera Instancia de Bruselas, indicando que en su partida de nacimiento debería aparecer como hijo varón bajo el nombre de Daniel, Julien, Laurent u otro alegando una resolución del Tribunal de Primera Instancia de Gante en 1965, que decidía sobre un supuesto de hecho muy similar al suyo. El Ministerio Público rechazó la petición alegando que en el supuesto de Gante había habido un error al realizar la inscripción y por tanto no era el mismo caso, ya que en la solicitud de VAN OOSTERWIJCK no se observa ningún error de inscripción en el momento del nacimiento. Al recurrir la resolución en la Corte de Apelación de Bruselas, alegó que un transexual por definición tiene un sexo opuesto al que aparenta en el nacimiento y que la rectificación era una necesidad legal urgente. También solicitó a la Corte que al resolver lo hiciera teniendo en cuenta la humanidad, la equidad y los intereses de la sociedad y propios de la decisión. Añade que ya no está en posesión de caracteres femeninos y que la falta de reconocimiento de su petición podía conducir entre otras consecuencias, a tener una documentación manifiestamente incorrecta.

Como sucedió en primera instancia, el 07.05.1974, la Corte de Apelación de Bruselas desestimó la causa al considerar que en el momento del nacimiento no había error y que no había una previsión legal que permitiera el cambio artificial de sexo. Ante esta nueva resolución, VAN OOSTERWIJCK no recurrió a la Corte de Casación después de consultar a expertos que afirmaron que su petición no iba a tener éxito alguno.

⁸¹¹ Entre 1970 y 1973 realizadas en Bruselas y Londres.

⁸¹² Véase comentarios a esta sentencia en FOSAR BENLLOCH, Enrique, “El reconocimiento de la transexualidad en la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1987 y en los Dictámenes de la Comisión Europea de Derechos Humanos: Casos VAN OOSTERWIJCK contra Bélgica - 1 de marzo de- y REES contra el Reino Unido -12 de diciembre de 1984-“, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1476, Madrid, 1986, págs. 159 a 160.

Por aquel entonces, Bélgica no tenía una regulación específica sobre los derechos de los transexuales. Y respecto de la jurisprudencia belga, dos sentencias en primera instancia del Tribunal de Chaleroi en 1973, y Malines en 1975, desestimaron las peticiones de rectificación, mientras que en Gante, tanto en 1965, como en 1978, estimó la demanda⁸¹³. En la última, incluso sin que el demandante se hubiera sometido a una faloplastia⁸¹⁴.

En 1976, VAN OOSTERWIJCK acudió a la Comisión de derechos humanos argumentando que se habían vulnerado los arts. 3, 8 y 12 del Convenio de Roma⁸¹⁵. En marzo de 1979, la Comisión elaboró un dictamen favorable a estimar la demanda por vulneración de los arts. 8 y 12 del Convenio. Pero la petición fue finalmente desestimada por el TEDH, alegando que el demandante no había agotado todas las vías jurisdiccionales del territorio nacional, lo cual hizo que el tribunal no se pronunciara sobre el fondo de la cuestión. Con esta resolución, el TEDH estableció el requisito formal de agotar todas las vías jurisdiccionales internas antes de acudir al Tribunal de Estrasburgo.

3.1.2. El caso REES contra Reino Unido

El caso REES contra Reino Unido se planteó el 17.10.1986, la demandante había nacido en 1942, con los caracteres físicos y biológicos femeninos, consecuentemente fue registrada como tal con el nombre de BRENDA MARGARET REES⁸¹⁶. A una temprana edad, REES comenzó a comportarse de forma masculina y adoptó una

⁸¹³ <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57549>. Consultado el 29.03.2014.

⁸¹⁴ La faloplastia es la reconstrucción estética de los genitales masculinos externos (pene y testículos).

⁸¹⁵ El contenido literal de los artículos referenciados es el siguiente. Art. 3: *Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.* Art. 8: *1º. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia; 2º. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.* Art. 12: *A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho.*

⁸¹⁶ <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57564>. Consultado el 30.03.2014.

aparición ambigua. En 1970, aprendió que la transexualidad era una condición médica reconocida e inició un tratamiento hormonal para desarrollar los caracteres secundarios masculinos. En 1971, cambió su nombre por el de BENDAR MARK REES y en 1977, por el de MARK NICHOLAS ALBAN REES y desde entonces vivió como del sexo masculino. Al solicitar y recibir el nuevo pasaporte, en el cual constaba su nuevo nombre, no contenía el prefijo “Mr.” (señor)⁸¹⁷.

En 1974, REES inició el tratamiento quirúrgico para una conversión sexual física que eliminó sus caracteres femeninos y cuyo coste fue sufragado por el *National Health Service* (Servicio Nacional de Salud). Desde 1973, REES luchó por el reconocimiento de sus derechos, aunque acabó resultando en vano. En noviembre de 1980, el abogado de REES escribió al Secretario del Registro Civil una solicitud formal dirigida a la “Sección 29.3 de los nacimientos y fallecimientos del registro”, por considerar que había habido un error en la inscripción en el Registro. La instancia fue apoyada por el informe del doctor ARMSTRONG, el cual ponía de manifiesto la gran relevancia del sexo psicológico, y consideraba que determina la actividad del individuo en la sociedad y el rol que adopta en la vida adulta, además que el sexo psicológico del demandante era el masculino y que por lo tanto se le debía asignar como varón. El Registro Civil rechazó la solicitud por considerar que el sexo psicológico no era el criterio más importante, y a falta de un informe médico sobre otros criterios (sexo cromosómico, sexo gonadal y sexo aparente), era incapaz de determinar si había habido error en el momento del nacimiento. REES se consideraba varón y estaba tratado socialmente como tal, salvo en la partida de nacimiento.

En 1979, REES presentó demanda ante la CEDH, alegando que la legislación del Reino Unido no le confería un estatus legal que correspondiese a su nueva situación. Por ello invocó vulnerados los arts. 3, 8 y 12 del Convenio de Roma. La demanda fue admitida

⁸¹⁷ Comentarios a esta sentencia en: FOSAR BENLLOCH, Enrique, “El reconocimiento de la transexualidad en la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1987 y en los Dictámenes de la Comisión Europea de Derechos Humanos: Casos VAN OOSTERWIJCK contra Bélgica - 1 de marzo de- y REES contra el Reino Unido -12 de diciembre de 1984-“, cit.; MOLINER NAVARRO, Rosa María, “El matrimonio de personas del mismo sexo en el Derecho comparado”, en *Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo* (coord. ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina), Cuadernos de Derecho judicial, CGPJ, XXVI, Madrid, 2006, pág. 208.

por la Comisión en 1984, por unanimidad al observar una violación del artículo 8. El TEDH entendió que dicho artículo se refería a las interferencias arbitrarias de las autoridades públicas y podía conllevar obligaciones positivas inherentes al respeto de la vida privada, aunque también estas obligaciones estaban sujetas a un margen de apreciación por parte del Estado. En el caso, la negativa del Registro (de modificar la partida de nacimiento) no fue considerada por el Tribunal como una interferencia. Además, observó que en Reino Unido no existía una posición uniforme en la jurisprudencia y resaltaba que los transexuales podían cambiar libremente de nombre. Aún así, el Estado tenía margen de apreciación, teniendo en cuenta que tenía que mantener un equilibrio entre los intereses individuales y los colectivos. Como consecuencia, el TEDH desestimó la pretensión de REES.

3.1.3. El caso COSSEY contra Reino Unido

El caso COSSEY contra REINO UNIDO de 27.09.1990, el demandante había nacido como hombre en 1954, y fue registrado con el nombre de BARRY KENNETH⁸¹⁸. A los 13 años, se dio cuenta de que no era como los otros chicos y entre los 15 y 16 años comprendió que pese a tener los genitales externos masculinos, psicológicamente se sentía perteneciente al sexo femenino. En 1972, cambió su nombre por el de COSSEY y a partir de entonces se presenta y es conocido como tal a todos los efectos. Desde ese momento empezó a vestirse como una mujer y a adoptar el rol social propio de la condición femenina⁸¹⁹.

En 1974, COSSEY inició el proceso de cambio de sexo con el tratamiento hormonal que dio paso a una operación de implante de pechos hasta la total implantación de los genitales femeninos. Un informe psicológico de 1984, afirmaba que había vivido como una mujer durante toda su vida, que lo pudo hacer tanto a nivel psicológico como físico desde la cirugía, con todas las consecuencias. En 1976, obtuvo el pasaporte expedido por las autoridades del Reino Unido en el cual se identificaba como mujer. En 1983,

⁸¹⁸ <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57641>. Consultado el 30.03.2014.

⁸¹⁹ Comentarios a esta sentencia en ARECHEDERRA ARANZADI, Luís Ignacio, “La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el transexualismo”, en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid (I)*, 1991; MOLINER NAVARRO, Rosa María, “El matrimonio de personas del mismo sexo en el Derecho comparado...” cit., págs. 208 a 211.

quiso contraer matrimonio con un hombre de nacionalidad italiana. El Registro General informó que el matrimonio sería nulo de acuerdo con el derecho inglés porque a pesar de su estado físico y psicológico, era considerado como un hombre. Se le advirtió que para que el enlace matrimonial fuese válido era necesario un cambio de la normativa inglesa. Finalmente, en 1989, se casó en una sinagoga de Londres con otro hombre, pero la *Supreme Court* consideró que el matrimonio era nulo de ley porque no cumplía el requisito que los contrayentes fueran un hombre y una mujer.

El TEDH estudió los distintos aspectos que concernían el caso. En primer lugar, la reasignación de sexo no requería de formalidades legales, algo similar a lo que ocurría con el cambio de nombre, salvo por algunas matizaciones que se referían al ejercicio de alguna profesión específica⁸²⁰. El cambio de nombre daba lugar a la modificación de los distintos documentos de identidad, que en el derecho inglés son el pasaporte y el carné de conducir, aunque también tenía consecuencias dentro del censo electoral. En el caso de los transexuales, implicaba el cambio del prefijo “Mr.” y “Ms.” acorde con su nueva identidad.

En segundo lugar, con respecto al certificado de nacimiento, realizó varias consideraciones: éste no revelaba la actual identidad pero si factores históricos y pretendía establecer las relaciones familiares existentes con la finalidad de esclarecer asuntos de sucesiones⁸²¹, legítimos descendentes, entre otros. El certificado de nacimiento y su modificación implicaba un error en el momento de la inscripción o en la apreciación en el momento del nacimiento, por lo que el sentimiento de pertenecer a otro sexo, o el error de apreciación del sexo psicológico no implicaba un error en el Registro.

En tercer lugar, en cuanto al matrimonio, Inglaterra establecía un concepto tradicional de matrimonio en el que éste es la unión entre un hombre y una mujer. De esta

⁸²⁰ Profesiones en que el uso de nuevos nombres puede estar sujeto a determinadas formalidades (vid. *Inter alia*, Halsbury’s Laws of England, 4º ed., vol. 35, 2003, págs. 1173 a 1176), apartado 16 de la sentencia.

⁸²¹ La entrada en el Registro de un certificado de nacimiento implica la prueba de unos hechos producidos en el momento del nacimiento, por lo que el susodicho certificado en realidad no revela una identidad actual, si no la existente en el instante del nacimiento.

afirmación, se deduce, la relevancia de que el transexual sea considerado o no con un sexo distinto al que aparece en el certificado de nacimiento⁸²².

La demanda de COSSEY remitida a la CEDH en febrero de 1984 argumentaba que en el derecho inglés no se reconocía plenamente el cambio de sexo y las consecuencias legales inherentes y, en especial, a la imposibilidad de contraer matrimonio con un hombre. Para fundamentar su petición alegó la vulneración de los arts. 8 y 12 del Convenio de Roma. La Comisión admitió la demanda. El Tribunal reconoció que el Reino Unido se había esforzado en el tratamiento de la cuestión transexual, dentro de los parámetros legales, sobre todo desde el caso REES contra Reino Unido.

En la década de los ochenta, apreciamos un importante avance de las instituciones europeas entorno al hecho transexual. Por ejemplo, la recomendación adoptada por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de 29.09.1989⁸²³, se refiere al esfuerzo que tienen que realizar los Estados miembros para armonizar la regulación sobre transexualidad porque por aquel entonces no existía una posición unánime de los distintos países europeos, respecto al cambio de sexo y sus efectos.

En cuanto a la vulneración del art. 12, el Tribunal tuvo en cuenta la normativa interna de los países y en especial la del Reino Unido, que es la parte demandada, el TEDH reafirmó la supremacía del concepto tradicional de matrimonio entre hombre y mujer. Insiste que la pertenencia a un sexo u otro se debe interpretar desde un punto de vista biológico, lo cual impide que el / la transexual pueda hacer uso del derecho a casarse, por lo que entiende que no existe vulneración del art. 12. El TEDH desestimó la demanda de COSSEY.

3.1.4. El caso B contra Francia

⁸²² Como estudiaremos en apartados siguientes del capítulo relativos a la legislación en materia de orientación sexual e identidad de género en el ámbito internacional, en Inglaterra y Gales desde el año 2003x las personas del mismo sexo pueden contraer matrimonio, al igual que en Escocia desde el 2004.

⁸²³ RICOY CASAS, Rosa María, “La regulación de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas en España”, en *Revista Mexicana de Derecho constitucional*, nº 21, 2011, nota 15.

El caso de B contra Francia es de 25.03.1992⁸²⁴. Hasta este entonces el TEDH había adoptado una posición conservadora frente a la cuestión de la transexualidad, tanto desde el punto de vista de reconocimiento del cambio de sexo en la partida de nacimiento como desde el derecho a contraer matrimonio. El caso B contra Francia será un punto de inflexión ya que por primera vez no se desestimará la petición de la parte demandante, aunque con algunas matizaciones⁸²⁵.

El demandante es un ciudadano francés nacido en 1935, en Argelia, registrado como hombre con el nombre de NORBERT ANTOINE. A una edad muy temprana comenzó a tener un comportamiento femenino y entre sus hermanos y hermanas fue considerado como del sexo femenino. Aquella circunstancia no fue tenida en cuenta por la segregación escolar existente, lo cual le obligó a vivir unas duras condiciones sociales. Mientras completaba el servicio militar se constató que tenía un claro comportamiento homosexual. El sentimiento de estrés ocasionado por su situación le provocó ataques de depresión nerviosa, hasta que en 1967, fue tratado en un hospital, donde inició un tratamiento hormonal para desarrollar una apariencia femenina. A partir de este momento empezó a vestirse como una mujer y en 1972, se sometió a una operación para adoptar genitales femeninos en Marruecos. ANTOINE vivía con un hombre. Su nuevo estatus le dificultaba acceder a un trabajo por las reacciones hostiles que provocaba.

En 1978, acudió a los Tribunales porque quería contraer matrimonio alegando una serie de motivos para que pudiera celebrarse⁸²⁶. El Tribunal de Libourne desestimó el caso aludiendo que el cambio de sexo efectuado por la parte demandante se había producido artificialmente, por lo que si se estimara la petición de NORBERT se estaría vulnerando el principio de inalienabilidad de la situación de una persona (donde se incluiría el

⁸²⁴ <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57770>. Consultado el 30.03.2014.

⁸²⁵ Comentarios a esta sentencia en TOLDRÀ ROCA, Maria Dolors, *Capacidad natural y capacidad matrimonial...* cit., págs. 151 y ss.; GÓMPEZ LAPLAZA, María Carmen, *Transexualidad*, Aranzadi Civil, 2004, pág. 2001; MOLINER NAVARRO, Rosa María, “El matrimonio de personas del mismo sexo en el Derecho comparado...” cit., pág. 211.

⁸²⁶ Traducción propia del apartado 13 de la sentencia: “(...) en el Registro estaba inscrita como hombre cuando en realidad tenía una constitución femenina y por lo tanto solicitaba una rectificación de la partida de nacimiento que declare que pertenece al sexo femenino bajo el nombre de LYNE ANTOINETTE”.

sexo)⁸²⁷. En 1985, recurrió a la Corte de Apelación de Burdeos y ésta resolvió que la situación del demandante no era fruto de factores innatos irreversibles anteriores a la intervención quirúrgica y del tratamiento hormonal necesario, y que el hecho de someterse voluntariamente a ese tratamiento de cambio de sexo no implicaba la manifestación de un sexo oculto y que por lo tanto se trataba de una decisión deliberada.

De la sentencia dictada destacamos: el principio de inalienabilidad de la persona tiene una excepción que se produce cuando existe una necesidad irreversible independiente del sujeto que le obliga a ello; este cambio podrá tener lugar (será aprobado) después de un periodo de estudio, observación (psicológico y / o psiquiátrico) y reflexión antes de someterse a una intervención quirúrgica. De manera que la situación es real e irreversible.

En el caso que nos ocupa no hubo estudio psicológico y / o psiquiátrico para confirmar la irreversibilidad de aquella situación, antes de que NORBERT se sometiera a un tratamiento hormonal y posteriormente a una operación quirúrgica en el extranjero. El Tribunal añadió que incluso superado el tratamiento hormonal y la operación, la parte demandante aún poseía caracteres masculinos y tildó la operación de quirúrgica cosmética, con una intención deliberada que no resultó apoyada por nuevos tratamientos

⁸²⁷ Sobre este principio nos referiremos con más detenimiento en el capítulo tercero del trabajo. No obstante, ya que en este punto hacemos mención al principio consideramos oportuno explicar brevemente su definición. La persona es un ser consciente, racional y libre, y, por eso mismo, es también un ser social, que sólo en la compañía de sus semejantes encuentra las condiciones necesarias para el desarrollo de su conciencia, racionalidad y libertad, características que lo distinguen de los otros. Y precisamente por ser consciente, racional y libre, la persona posee derechos inalienables y deberes morales. De ese conjunto de condiciones que caracterizan a la persona humana: ser consciente, racional y libre, y por lo tanto social, sujeto de derechos y deberes, resulta la misma dignidad absoluta y la misma igualdad esencial para todos los hombres, independientemente de su color, situación socioeconómica, religión o cultura. Es una dignidad absoluta porque no depende de ninguna cualificación, sino basándose en el mero hecho de tratarse de una persona humana, dignidad que le confiere un valor inestimable y la coloca como razón de ser de todas las instituciones sociales, políticas y económicas. Y esa dignidad debe ser respetada. La persona está compuesta y unida por un cuerpo y un alma (que se compone de inteligencia y de voluntad), en donde existe una individualidad que hace diferente a cada ser humano. De la inteligencia y la voluntad se desprenden características esenciales del ser humano como la dignidad, la igualdad y la libertad. Vid. http://www.iepala.es/cursos_ddhh/ddhh35.htm. Consultado el 02.05.2014.

y operaciones requeridos para el desarrollo biológico de NORBERT. Para el Tribunal de Burdeos la identidad sexual es un derecho fundamental de la persona que está constituido de componentes biológicos y psicológicos. Por tanto, la operación conllevaba alcanzar la armonía entre ambos componentes. Sin embargo, eso no se produjo en el caso concreto porque la actora mantenía los elementos genéticos y cromosómicos masculinos lo cual lo entendió el Tribunal como una contradicción psicológica. La desestimación se basó en el art. 99 del Código Civil francés⁸²⁸, referente a la rectificación de las actas del Registro Civil.

En casación se hicieron valer los siguientes argumentos: primero, que la Corte de Casación tenía una oportunidad para permitir que los transexuales tuviesen las mismas condiciones de normalidad que el resto de personas al aceptar la rectificación de su estado civil⁸²⁹, lo cual era posible legalmente porque la CEDH reconoció la identidad sexual como un derecho fundamental de la persona; segundo, era una exigencia basada en la humana necesidad de las personas médicamente no pervertidas (sic) de poder vivir en armonía con ellos mismos y con la sociedad; tercero, se remitió al Convenio de Roma de Derechos Humanos, afirmando que el ordenamiento europeo había aceptado el

⁸²⁸ Artículo traducido al castellano: *La rectificación de las actas del Registro Civil la ordena el presidente del tribunal. La rectificación de las sentencias declaratorias o supletorias de actas del Registro Civil la ordena el tribunal. La solicitud de rectificación puede presentarla cualquier persona interesada o el procurador de la República; éste está obligado a actuar de oficio cuando el error o la omisión se refiere a una indicación esencial del acta o de la decisión que hace las veces de la misma. El Fiscal territorialmente competente puede proceder a la rectificación administrativa de errores y omisiones meramente materiales de las actas del Registro Civil; para ello da directamente las instrucciones oportunas a los depositarios de los registros.*

⁸²⁹ Desde el punto de vista del estado civil, cabe destacar que para obtener una copia completa del certificado de nacimiento únicamente es posible por la persona a la que concierne el certificado, sus ascendientes, descendientes, esposa, representante legal, Fiscal de la República o cualquier otra persona autorizada por el interesado. Se demuestra un respeto al derecho a la intimidad. Sin embargo, este no es del todo completo porque a la práctica cualquier persona puede conseguir un extracto del acta de nacimiento, aunque la información que contiene esta tiene ciertas restricciones.

También es remarcable que en Francia los documentos de identidad como el pasaporte y otros de la misma naturaleza no indican el sexo. Por el contrario, los nuevos documentos expedidos que son informatizados sí que lo hacen. Los documentos privados, sean bancarios o en relación con el servicio postal, no existe una obligación formal de indicar el sexo, aunque sí que es verdad que de forma habitual este es requerido.

derecho de los transexuales al reconocimiento de su auténtico sexo, con lo que la laguna legal del ordenamiento francés colmaría con la regulación europea. Sin embargo, el Tribunal de Casación reafirmó los argumentos esgrimidos previamente por el Tribunal de Burdeos y desestimó la demanda.

La demandante interpuso demanda el 28.09.1987, porque las autoridades francesas se negaban a reconocer su verdadero sexo, lo cual suponía la violación de los arts. 3, 8 y 12 del Convenio. La petición fue admitida por vulneración del art. 8, pero no del art. 3. Y, respecto el art. 12, la Comisión estimó que no se habían agotado todas las vías internas, por lo que desestimó la vulneración de aquel artículo.

Más allá de las consideraciones preliminares que el Tribunal tuvo que hacer por la petición de Francia de que se desestimara la causa por razón de no agotamiento de la vía jurisdiccional interna y por presentar la demanda fuera de plazo, el fundamento jurídico de esta sentencia radica en el análisis de todas las circunstancias fácticas y jurídicas para determinar si se había producido una violación o no del art. 8 del Convenio.

El Tribunal consideró que el concepto “respeto” del art. 8 no es claro, pero tal y como se indicó en el punto 37 de la sentencia COSSEY contra Reino Unido, debe existir un equilibrio entre el interés particular y el interés general. Cuando la demandante presentó su petición, argumentó que su caso no era igual que el de REES o COSSEY contra Reino Unido, porque existían algunos elementos sustancialmente distintos referentes a los elementos científicos, legales y sociales, y por otra parte el diferente trato de las autoridades británicas y francesas.

Respecto a la evolución de los elementos científicos, legales y sociales, el Tribunal no puso en duda que se hubiesen producido cambios en todos los sentidos. En relación a las diferencias entre los dos Países el Tribunal también las halló, aunque también encontró puntos de conexión entre ambos sistemas. El sistema de estado civil británico y francés tiene en común que los registros no definen la presente identidad de una persona, pero sí que dejan constancia de factores históricos (contraer matrimonio, tener hijos). En Francia los certificados de nacimiento están destinados a ser actualizados a lo

largo de la vida de la persona, tal y como se desprende de la sentencia⁸³⁰, por lo que sería perfectamente posible inscribir una orden de cambio de sexo, mientras que el derecho a la intimidad se preservaría porque el acceso a la partida de nacimiento estaría limitado a funcionarios públicos autorizados y personas autorizadas por la Fiscalía francesa. De este modo, no haría falta un cambio de ley y bastaría con un cambio de apreciación por parte del Tribunal de Casación francés.

La solicitud de rectificar el sexo no se debía a una corrección de un error inicial, sino también para que el documento actual de identidad reflejara la situación real, algo que los tribunales franceses sí que habían permitido. Por otra parte, el cambio de nombre en Francia se permite bajo autorización judicial y si se demuestra un interés legítimo y el negar el cambio de sexo no implica que también se deba denegar el cambio de nombre, según el TEDH también es importante para determinar si existe o no violación del art. 8 del Convenio.

Con referencia a los documentos, se estimó que éstos cada vez exigían la identificación de un sexo u otro, algo que pese a no ser obligatorio en algunos casos, en la práctica sí que se pedía, por lo que suponía un ataque a la intimidad de la parte demandante. Esta afirmación se refería no solamente a documentos de identidad o pasaportes, sino también a otro tipo de documentos como el carné de conducir, pólizas de seguro o tarjetas de crédito.

En conclusión, en el caso B contra Francia, el TEDH sí acepta que la negativa del Estado francés a rectificar en el Registro civil el sexo de un ciudadano transexual constituye una violación del artículo 8 de la Convenio relativa al respeto a la vida privada y familiar. El Tribunal, sin embargo, mantiene el criterio de sexos opuestos en lo que respecta al *ius connubi*.

⁸³⁰ Apartado 19: “Events which take place during the lives of individuals and affect their status give rise to a marginal note on the birth certificate or are transcribed on to the certificate: acknowledgement of an illegitimate child (Article 62 of the Civil Code), adoption (Article 354), marriage (Article 75), divorce (Article 1082 of the new Code of Civil Procedure), and death (Article 79 of the Civil Code). Civil status registrars are asked to leave sufficient space for these purposes (section 3 of Decree no. 62-921 of 3 August 1962 amending various regulations relating to civil status)”.

3.1.5. El caso X, Y y Z contra Reino Unido

El caso X, Y, y Z contra Reino Unido de 22.04.1997⁸³¹, los demandantes son X, un transexual que nació en 1955, en Manchester y que desde 1979, vive y mantiene una relación estable con Y, una mujer nacida en 1959. Z es el tercer demandante y nació de Y, la cual se sometió a una inseminación artificial y que posteriormente, tuvo otro hijo con él con el mismo método.

Antes de vivir con Y, X nació siendo mujer y desde los cuatro años sentía que en realidad era un hombre y adoptó su comportamiento como tal. A partir de 1975, se sometió a un tratamiento hormonal y en 1979, a una operación de reasignación de sexo tras superar varias pruebas psicológicas. En 1990, X e Y solicitaron que la segunda fuera inseminada artificialmente, algo que inicialmente se le denegó. Sin embargo, recurrieron la decisión y entre los argumentos esgrimidos, aportaron un estudio según el cual treinta y siete niños criados por padres homosexuales o transexuales no se habían visto afectados en su orientación o comportamiento sexual, ni presentaban efectos adversos por la susodicha circunstancia. El hospital accedió a practicar el tratamiento de inseminación artificial y en 1992, Y quedó embarazada con el esperma de un donante anónimo, y con el conocimiento en todo el proceso de X. En octubre de 1992, nació Z⁸³².

⁸³¹ <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58032>. Consultado el 10.05.2014.

⁸³² Comentarios a esta sentencia en ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina, *Discriminación por orientación sexual...* cit., págs. 124 a 126. Un análisis crítico a esta sentencia realiza FLUITERS CASADO, Rafael, “Adopción por parejas del mismo sexo. Una perspectiva judicial”, en *Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo* (coord. ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina), Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, XXVI, Madrid, 2006, págs. 357 a 359, quien estima que a la hora de evaluar dicha resolución y su valor vinculante para los Tribunales españoles, hay que tener en cuenta que de la misma no se desprende la imposibilidad de que otro Estado legisle o actúe de manera diferente al Consejo de Estado francés, además de que esta resolución se dictó cuando no existía el Tratado por el que se aprueba la Constitución Europea y sin vinculación al Tratado de Ámsterdam de 1997, de manera que el autor se muestra conforme con el voto particular de tres de los siete magistrados que señalan que “a partir del momento en que el sistema jurídico concede un derecho, en este caso el derecho de toda persona a solicitar el consentimiento con vistas a la adopción, no puede, sin violar el artículo 14 del Convenio, concederlo de forma discriminatoria”, y que “el rechazo de la solicitud de aprobación, basada únicamente en el motivo de su orientación sexual, constituye una violación del artículo 14 del Convenio”.

Al querer registrar a X como padre, se denegó la petición, ya que según el Ministerio de Sanidad de Reino Unido, solamente se podía inscribir a un solo padre biológico. Z adoptó el apellido de X, pero en el Registro no constó la inscripción de su padre⁸³³.

El derecho británico establece que el sexo de una persona se determina en función de los criterios biológicos en el nacimiento y no reconoce que se pueda cambiar mediante cirugía de reasignación de sexo (CORBETT contra CORBETT, 1971), por lo que un transexual de MaH no puede casarse con una mujer, ni tener hijos⁸³⁴.

Los demandantes interpusieron demanda ante la Comisión alegando la vulneración del art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos porque se les negó el respeto por su familia y a su vida privada al no permitirles el reconocimiento de X como el padre de Z. Además, esta situación era resultado de una discriminación por lo que alegaron también la violación del art. 14⁸³⁵. La demanda resultó admitida de acuerdo a la vulneración de los arts. 8 y 14 del Convenio.

Uno de los temas de especial atención es si había habido vida familiar. La Comisión consideró que la relación entre X e Y no era una pareja lésbica desde el momento en

⁸³³ La Ley de fertilidad humana de Reino Unido de 1990, en su art. 28.3 indica que cuando una mujer soltera es inseminada artificialmente, con la participación de su pareja masculina, en lugar del donante, será el primero el que tendrá la consideración de padre del niño; la Ley del Registro Civil establece que si el padre no está casado con la madre, no se podrá inscribir automáticamente en el registro al padre como tal. Sin embargo, a petición conjunta de ambos, sí que lo permitiría (art. 10); sobre la responsabilidad parental recae automáticamente en la madre y si está casada, también en el marido. De no ser así, el padre no casado con la madre en el momento del nacimiento podrá solicitar la patria potestad que será otorgada mediante una orden judicial (sección 4 de la Ley del Menor de 1989). La responsabilidad parental conlleva una serie de derechos y deberes previstos en la sección 3 de la Ley del Menor (patria potestad, herencia).

⁸³⁴ Análisis detallado en FISHBAYN, Lisa, “Not quite one gender or the other: marriage law and the containment of gender trouble in the United Kingdom”, en *American University Journal of Gender, Social Policy and the Law*, 2007, págs. 4 a 5 (consultado en Westlaw International, ref. 15 Am. U.J. Gender Soc. Pol’y & L. 413).

⁸³⁵ Art.14: *el goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.*

que X se sometió a la cirugía de reasignación de sexo. El hecho de que X fuera registrado como mujer en su nacimiento, le impediría contraer matrimonio o estar registrado como padre de Z. El TEDH afirma que el concepto de vida familiar incluido en el art. 8 del Convenio no se refiere únicamente a familias basadas en el matrimonio, sino que también incluye otras posibilidades tal y como se desprende de la jurisprudencia del propio tribunal -MARCKX contra Bélgica de 13.06.1979⁸³⁶, KEEGAN contra Irlanda de 26.05.1994⁸³⁷, KROON y otros contra Países Bajos de 27.10.1994-⁸³⁸. Para referirnos a vida familiar se ha tener en cuenta los años de duración de la relación o el compromiso de los miembros de la pareja entre ellos por tener hijos. Por tanto, en el presente caso sí podía entenderse que había concurrido vida familiar⁸³⁹.

A diferencia del de COSSEY y REES, la petición no era para corregir su acta de nacimiento, sino que X pretendía constar como padre en la partida de nacimiento de Z.

⁸³⁶ La Sra. PAULA MARCKX, no estando casada, dio a luz a una hija en 1973. Bajo la ley belga, no existe vínculo jurídico entre una madre soltera y su hijo por el mero hecho de nacer. Para crear el vínculo tenía que seguir un proceso o bien para reconocer la maternidad siguiendo procedimientos específicos, o para adoptar al niño. En ambos casos, los derechos sucesorios del niño se mantuvieron inferiores a los de un niño nacido en el matrimonio. Vid. <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57534>.

⁸³⁷ El Sr. KEEGAN mantenía una relación con V y ambos se comprometieron para casarse a comienzos de 1988. En febrero de ese mismo año, V quedó embarazada y poco después la convivencia entre KEEGAN y V. cesó. En septiembre de 1988, nació la hija de ambos, S. No obstante, KEEGAN no pudo ver a su hija por la negativa de los padres de V. En noviembre de 1988, V. inició los trámites para dar en adopción a S que se encontraba inscrita en una sociedad registrada de adopción con los futuros padres. Con ello, KEEGAN reclama su derecho como tutor para impugnar la adopción. No obstante, los no casados en Irlanda no pueden ser tutores a menos que un Tribunal lo autorice Vid. <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57881>. Consultado el 18.06.2014.

⁸³⁸ La sra. KROON se había casado con el señor M en 1979. Posteriormente desapareció y se desconoce su paradero. La Sra. KROON estableció una relación permanente con el sr. ZERROUK y su hijo, SAMIR M'HALLEM - DRISS, nacido en octubre de 1987. La Sra. KROON se mantuvo, sin embargo, legalmente casada con el señor M hasta que el matrimonio se disolvió en julio de 1988, tras un proceso de divorcio. Una solicitud para la que la sra. KROON declaraba que el Sr. M no era el padre biológico de SAMIR fue denegada por el registro de nacimientos, defunciones y matrimonios. Lo mismo ocurrió con una solicitud al Tribunal Regional, y esta decisión fue confirmada por el Tribunal de Apelación y el Tribunal Supremo Vid. <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57904>. Consultado el 18.06.2014.

⁸³⁹ SANDLAND, Ralph, "Crossing and not crossing: gender, sexuality and melancholy in the European Court of Human Rights", *Feminist Legal Studies*, núm. 11, Netherlands, 2003, pág. 191.

Por tanto, el margen de apreciación que tienen los Estados debe ser más estrecho, porque en realidad se está procurando por el interés de un menor.

Otro dato de referencia es que X no era el padre biológico y que Z fue concebido mediante la inseminación artificial, lo cual dificultaba realizar consideraciones por la falta de unos criterios homogéneos en la materia.

En la sentencia se valora la dificultad del hecho transexual a nivel legal, científico y social por lo que se permite a los Estados tener un mayor margen de decisión, de modo que la no inclusión de X en la partida de nacimiento de Z como su padre, no supone una quiebra de la vida familiar y por lo tanto violación del art. 8 del Convenio. Respecto a la vulneración del art. 14, el TEDH se abstiene de posicionarse al respecto de acuerdo con todas las consideraciones realizadas a lo largo de la sentencia, las cuales se focalizan fundamentalmente en el art. 8.

3.1.6. El caso SHEFFIELD y HORSHAM contra Reino Unido

En el caso SHEFFIELD y HORSHAM de 30.06.1998⁸⁴⁰, la primera demandante, KRISTINA SHEFFIELD nació en 1946 y reside en Londres. Registrada como hombre en su acta de nacimiento y antes de iniciar un proceso de reasignación de sexo, contrajo matrimonio, del cual nació una hija. En 1986, inició el tratamiento de cambio de sexo y la posterior operación para completar la reasignación de sexo. Después, y de forma unilateral, cambió de nombre, el cual incluyó en su pasaporte y permiso de conducir⁸⁴¹.

SHEFFIELD fue aconsejada por un cirujano y un psicólogo para que se divorciara porque le indicó que este era un requisito para realizar la operación. Después del divorcio, la ex mujer presentó una demanda ante los tribunales solicitando que el contacto entre el padre (ahora mujer) y su hija cesara. El juez declaró que el contacto de una persona transexual con su hija produciría efectos negativos sobre la menor.

⁸⁴⁰ <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58212>. Consultado el 19.06.2014.

⁸⁴¹ ESPÍN ALBA, Isabel, *Transexualidad y tutela civil de la persona*, Colección Jurídica General, Reus, Madrid, 2008, págs. 68 a 69.

A pesar de tener un nuevo nombre que aparecía en el pasaporte y en el permiso de conducir, este no figuraba en la partida de nacimiento o en otros registros, ya que en ellos constaba el antiguo nombre. Esta circunstancia implicaba el tener que revelar información íntima en distintas situaciones (formalizar una póliza de seguro, incidentes legales).

También y como consecuencia de la operación de reasignación de sexo, la demandante había sufrido discriminación en el trabajo y en la búsqueda de empleo. Piloto de profesión sostenía que su despido fue consecuencia de la operación de cambio de sexo y que las dificultades profesionales que atravesaba eran atribuidas por la situación jurídica de los transexuales en el Reino Unido.

La segunda demandante, RACHEL HORSHAM es una ciudadana británica que nació en 1946. Vive en Países Bajos desde 1974, y tiene la nacionalidad neerlandesa desde 1993. Afirmaba que desde su infancia era complicado considerarse como un niño y no fue hasta los veintiún años que comprendió que era transexual. En 1971, abandonó el Reino Unido por temor a las consecuencias de ser identificada como transexual y en el extranjero adoptó una vida con rol de mujer. En 1990, inició un proceso de psicoterapia, un tratamiento hormonal y en 1992, se sometió a una operación de reasignación de sexo en Ámsterdam. En 1992, tras varias negativas, solicitó al consulado británico de la capital holandesa un cambio de su nombre y de su foto. Pero chocó con un problema competencial, ya que el cambio solo sería por cumplimiento de una orden dictada por un tribunal neerlandés. El Tribunal de Ámsterdam le otorgó una orden para que el Registro de La Haya extendiera una nueva partida de nacimiento con los nuevos nombres y que constase su pertenencia al sexo femenino. Posteriormente, el consulado británico expidió un nuevo pasaporte con su nuevo nombre y sexo.

En noviembre de 1992, HORSHAM solicitó el cambio de la partida de nacimiento original de Reino Unido. No obstante, se le denegó porque el derecho británico no contemplaba aquella posibilidad⁸⁴².

⁸⁴² En este supuesto se produce un conflicto puesto que la ley nacional de la demandante (Reino Unido) no reconoce el cambio de nombre en su partida de nacimiento, en cambio, la ley de residencia habitual (Holanda) se lo autoriza. Respetando los cimientos sobre los que se erige el Derecho Internacional Privado de los Estados, es criticable la rigidez del criterio de la ley aplicada porque al tener cada Estado

HORSHAM, afirmaba vivir en el exilio a causa de la situación jurídica de Reino Unido. Además, teniendo una pareja con la que se quería casar, según el derecho británico no sería válido el matrimonio celebrado en Países Bajos o en otro país⁸⁴³. En derecho británico, es posible cambiar el nombre y apellidos como se quieran, y estos cambios son válidos al objeto de ser identificado el pasaporte, el permiso de conducir, entre otros, pero no respecto a la partida de nacimiento.

SHEFFIELD, interpuso demanda ante la Comisión en agosto de 1993. Según ella, el rechazo del Estado a reconocer su condición de mujer tras su reasignación sexual vulneraba los arts. 8, 12 y 14 del Convenio y alegó también el art.13⁸⁴⁴, al entender que no había tenido derecho a un recurso efectivo para defender sus intereses (divorcio y la prohibición de ver a su hija). La demanda fue admitida por entender que se incurría en la vulneración de los arts. 8, 12 y 14, pero rechazó la petición de vulneración del art. 13.

HORSHAM, también interpuso demanda ante la Comisión, en agosto de 1993 y los argumentos esgrimidos fueron prácticamente los mismos que los de SHEFFIELD, por lo que al igual que en el primer supuesto, se admitió la demanda al considerar que existía vulneración de los arts. 8, 12 y 14, pero no del 13.

En la memoria conjunta, las demandantes solicitaron a la Corte que se pronunciase y que concluyese que los hechos expuestos son una violación del art. 8 o del art. 14 en relación con el art. 12 del Convenio.

La problemática que generaba el art. 8, al igual que en otras sentencias del TEDH, radicaba en el hecho de la existencia de unas obligaciones positivas y negativas a las que un país firmante del Convenio se ha de someter. La noción “respeto” carece de

sus propias normas de conflicto se pueden producir situaciones claudicantes, esto es, validas en el Estado de origen y no en el Estado de recepción y viceversa. En el apartado 4.2 del capítulo nos referiremos específicamente a los conflictos y soluciones legales sobre la materia en el ámbito del derecho internacional privado.

⁸⁴³ Como ya hemos apuntado en otros apartados y recordaremos en el relativo a la legislación, a partir de 2014, el matrimonio entre personas del mismo sexo es válido en Reino Unido.

⁸⁴⁴ Art.13: *Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales.*

nitidez con relación a las obligaciones positivas inherentes a la misma y en consecuencia, el cumplimiento de las indicadas obligaciones depende de las necesidades de cada Estado firmante del Convenio tal y como se plasmó en el caso COSSEY contra Reino Unido, para que exista un equilibrio entre el interés público y el interés de la persona.

Aplicando el principio de equilibrio entre intereses, el TEDH afirmó que no comportaba una obligación positiva del Estado a modificar su regulación del Registro Civil y más concretamente, en materia de partidas de nacimiento. El Tribunal, consideró que en Reino Unido primaban los elementos biológicos sobre el resto, pero también constata una gran evolución científica al respecto, como se apreció en el caso B contra Francia y que a nivel legal, no había consenso para alcanzar una postura única en relación a la cuestión transexual. No obstante, la falta de acuerdo tanto a nivel médico como legal es suficiente para poner en duda la existencia de una obligación positiva al respecto. Si bien es cierto que existen ciertos riesgos en varios ámbitos, el TEDH no consideró que se hubiere demostrado la existencia de una obligación positiva.

En cuanto a la vulneración del art. 12, la legislación británica sostuvo que los elementos biológicos de la persona eran los determinantes para considerar la validez de un matrimonio y el TEDH recordó que el indicado precepto defiende el concepto de matrimonio tradicional entre dos personas de sexo biológicamente opuesto y no pone en duda la Ley Matrimonial británica de 1973, que se basaba en los mismos fundamentos. En el supuesto de HORSHAM, no se discutió la ley británica sobre el matrimonio, sino el reconocimiento en Reino Unido de un matrimonio celebrado en el extranjero⁸⁴⁵. De

⁸⁴⁵ La Unión Europea ha reunido en un único instrumento jurídico las disposiciones relativas al divorcio y a la responsabilidad parental con el fin de facilitar el trabajo de los jueces y expertos del Derecho y de regular el ejercicio de los derechos de visita transfronterizos. Nos referimos al Reglamento nº 2201/2003 del Consejo, de 27.11.2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, o también conocido como Bruselas II. Se incluyen en el ámbito de este Reglamento, los procedimientos civiles relativos al divorcio, la separación judicial o la anulación de un matrimonio, así como todas las cuestiones relativas a la responsabilidad parental. En los asuntos indicados la competencia recaerá en los órganos jurisdiccionales del Estado miembro: a) en cuyo territorio se encuentre: - la residencia habitual de los cónyuges, o - el último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí, o - la residencia habitual del demandado, o - en caso de demanda conjunta, la residencia habitual de uno de los cónyuges, o - la

todo ello, se desprendió que no se había producido una vulneración del art. 12 del Convenio⁸⁴⁶.

residencia habitual del demandante si ha residido allí durante al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda, o - la residencia habitual del demandante en caso de que haya residido allí al menos los seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda y de que sea nacional del Estado miembro en cuestión o, en el caso del Reino Unido e Irlanda, tenga allí su domicilio; b) de la nacionalidad de ambos cónyuges o, en el caso del Reino Unido y de Irlanda, del domicilio común.

⁸⁴⁶ Dictada una resolución por un Tribunal extranjero en materia de derecho de familia procede el reconocimiento cuando lo que se pretende es que ésta sea conocida y tenida por eficaz en España, por ejemplo. Será necesaria la ejecución cuando para dar eficacia a la sentencia extranjera sea necesaria la intervención de los órganos judiciales recurriéndose para ello a los mismos mecanismos de ejecución forzosa previstos para las decisiones nacionales. La potestad para reconocer y ejecutar en territorio español resoluciones judiciales y decisiones dictadas en el extranjero, corresponde a los Jueces y Tribunales españoles (art. 22.1º LOPJ) pero hay que tener en cuenta, ante todo, el país que lo ha dictado. Si proviene de un Estado de la Unión Europea- excepto Dinamarca- hay que acudir al Reglamento 2201/2003 sobre competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia matrimonial y sobre responsabilidad parental y la resolución se reconoce directa y generalmente sin necesidad de procedimiento alguno, es decir, dictada una sentencia de divorcio, separación o nulidad matrimonial por un Estado miembro, de forma automática producirá sus efectos en España. Estaríamos, por tanto, ante lo que se denomina un reconocimiento genérico. Para que se produzca además el efecto de cosa juzgada será necesario que haya un reconocimiento expreso por parte de los tribunales españoles.

El procedimiento a seguir para que se declare expresamente el reconocimiento de una sentencia extranjera que proviene de un país de la Unión Europea (excepto Dinamarca) se regula en el artículo 29 y ss. del Reglamento. Este procedimiento es también el que se inicia para el caso de que se solicite el no reconocimiento de una determinada sentencia o resolución, porque así interese a una de las partes, o el que se ha de seguir para dotar de fuerza ejecutiva a una sentencia extranjera. Se trata de un procedimiento común a todos los Estados miembros para la obtención de un exequatur o declaración de ejecutividad, dándosele prioridad a este breve procedimiento respecto a las normas contenidas al respecto en los ordenamientos internos o en otros convenios. En consecuencia, para ejecutar la sentencia extranjera primero se requiere este exequatur y luego las medidas concretas de ejecución que ya se regulan por el derecho interno de cada Estado.

Por otro lado, si la resolución o decisión judicial es dictada en un país con los que España tiene suscrito un convenio bilateral, habría que tener presente ese acuerdo concreto para el reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales en materia de derecho de familia.

En los demás supuestos, es decir, cuando no provenga la resolución de un país que haya suscrito el Reglamento 2201/2003 o no exista convenio bilateral, se debe acudir al exequatur previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC). El procedimiento de exequatur es un paso previo a la ejecución de una sentencia extranjera que no trata de revisar el fondo de la resolución sino simplemente de comprobar determinadas cuestiones formales. El art. 523.1 de la LEC dispone que para que una sentencia firme u

Sobre la vulneración del art. 14 en relación con el art. 8, según la cual las demandantes alegaban que la distinción de trato que recibían por el hecho de ser transexuales y que implicaba revelar más detalles de su vida privada a otras personas, el TEDH resolvió que el art. 14 garantizaba la no discriminación en el disfrute de derechos y libertades garantizados en el Convenio. La diferencia de trato no suponía siempre una discriminación porque este se había de producir con personas en situaciones similares y por causas no objetivas ni razonables.

Respecto de la transexualidad, el TEDH dio un margen de apreciación a los países. Ante todo había de prevalecer el equilibrio entre el interés público y el de la persona, por lo que el TEDH también desestimó la vulneración del art. 14 en relación con el art. 8. Por lo tanto, el TEDH concluyó que no había violación de los arts. 8, 12 y 14, y respecto al art. 13, simplemente se remitió a la postura de la Comisión, la cual estimaba que no se había producido vulneración alguna del artículo mencionado.

3.1.7. El caso I contra Reino Unido

En el caso I de 11.07.2002⁸⁴⁷. El TEDH se enfrentó a la demanda de un transexual operado de HaM que trabajó un tiempo como enfermera del ejército y que, cuando tuvo la oportunidad de que éste le empleara de forma definitiva, tuvo que renunciar al serle solicitado el certificado de nacimiento, en el que seguía figurando como de sexo masculino. En todos sus trámites con la administración -la solicitud de un préstamo, de una pensión de discapacidad y de un nuevo trabajo, entre otros- se le exige un certificado de nacimiento que apoye su petición. Además, vive con un hombre y quiere casarse con él, pero no puede porque sigue figurando como de sexo masculino en el registro civil. Por todo ello considera que el Reino Unido ha violado el CEDH en sus artículos 8, 12 y 14⁸⁴⁸.

otro título ejecutivo extranjero lleven aparejada ejecución en España, se estará prioritariamente a lo dispuesto en Tratados internacionales, y subsidiariamente a las disposiciones de la legislación sobre cooperación judicial civil internacional, que actualmente, y ante la falta de cumplimentación de esta previsión legislativa (DF 20ª LEC), son los arts. 951 a 958 de la LEC de 1881, vigentes con arreglo a la DD 1.3ª de la LEC de 2000.

⁸⁴⁷ *I v. Reino Unido*, Demanda No. 25680/94, Corte E.D.H. ¶ 12 (11.07.2002), disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-60595>.

⁸⁴⁸ Comentarios a esta sentencia en ESPÍN ALBA, Isabel, *Transexualidad y tutela civil de la persona...* cit., págs. 70 a 71; ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina, *Discriminación por orientación sexual...* cit., págs.

El TEDH consideró que el reconocimiento legal de los transexuales implica una serie de dificultades y repercusiones que se han de tener en cuenta. Pero la realidad social no estima de tiempo, ni supone una controversia al reconocimiento total de los transexuales. Por todo, el TEDH admite que se ha producido una vulneración del art. 8 del Convenio.

Respecto la vulneración del art. 12, se ha de analizar en relación con el art. 8, ya que ambos preceptos, a causa de su contenido tienen una mayor o menor interacción. Así, la normativa en materia de partidas de nacimiento supone una limitación al derecho a contraer matrimonio. Esta afirmación viene dada por el hecho que la demandante (mujer en la actualidad) puede casarse según su anterior sexo, pero en el presente quiere casarse con un hombre y no puede. Por ello, el Tribunal reconoce la vulneración del artículo.

Por último, sobre la vulneración del art.14, el TEDH limita a estimar que no se pueden realizar apreciaciones separadas entre los arts. 8 y 14.

En este caso existe un conflicto entre la realidad social y la norma jurídica que deja a los transexuales en una difícil y anómala situación porque el derecho choca con aspectos básicos de la identidad personal. El TEDH admite que en 2002 aún no existe una opinión totalmente unánime en los Estados partes en el CEDH hacia el reconocimiento de todos los derechos que reclaman los transexuales. No obstante, afirma, que hay una opinión más favorable hacia este colectivo que la que había hace unos años.

3.1.8. El caso GOODWIN contra Reino Unido

El caso GOODWIN de 11.07.2002 (dictada la resolución judicial el mismo día que el caso I contra Reino Unido)⁸⁴⁹, la parte demandante nació en Reino Unido en 1937, y es un transexual HaM, operada a una temprana edad desde joven comenzó a vestirse como una mujer. Pese a someterse a un tratamiento de aversión fue diagnosticado como

129 a 130; SANZ CABALLERO, Susana, “A propósito de sentencias de GOODWIN e I o del debate sobre el matrimonio de transexuales ante TEDH”, *Revista Española de Derecho Internacional*, número 11, Madrid, 2003, págs. 307 a 316.

⁸⁴⁹ <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-60596>. Consultado el 19.07.2014.

transexual en los años 60. Aun estando casado con una mujer y tener cuatro hijos, su convicción era de que su “sexo cerebral” no se ajustaba a su cuerpo. En 1987, entró en lista de espera para una operación de reasignación de sexo, la cual tuvo lugar en 1990, realizada y pagada por el Servicio Nacional de Salud británico⁸⁵⁰.

Entre 1990 y 1992, la actora alegó ser víctima de acoso sexual por parte de sus compañeros de trabajo, demanda que fue desestimada por los Tribunales pertinentes al entender que era un hombre y posteriormente fue despedida por razones de salud, aunque GOODWIN sostuvo que se trataba por su condición de transexual.

En 1997, se le informó que para acceder a una pensión su cotización debía cumplir los requisitos impuestos a los hombres. Su trato con la Seguridad Social era especial y solamente con un funcionario de determinado grado pudo llevar a cabo los trámites ante el ente público, lo cual le impidió realizar las gestiones en las sedes locales, pero las cartas las recibía bajo su antiguo nombre. En varias ocasiones se vio obligada a elegir entre revelar su certificado de nacimiento y ciertas ventajas que quedaban condicionadas a la presentación de la partida de nacimiento.

En la normativa interna (derecho inglés), no se produjeron cambios en materia de certificados de nacimiento, matrimonio, Seguridad Social o pensiones. Sin embargo, la postura gubernamental poco a poco empezaba a sensibilizarse acerca del hecho transexual.

La demandante interpuso demanda alegando la vulneración de los arts. 8, 12, 13 y 14 del Convenio y en 1999, la Comisión la admitió a trámite. En relación al primer artículo, tras formular las apreciaciones de existencia de una obligación positiva del Reino Unido en la materia⁸⁵¹, el TEDH observó que a pesar de que la actora era una transexual operada, seguía teniendo la consideración de varón a efectos legales, lo cual

⁸⁵⁰ Comentarios a esta sentencia en ESPÍN ALBA, Isabel, *Transexualidad y tutela civil de la persona...* cit., págs. 85 a 86; ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina, *Discriminación por orientación sexual...* cit., págs. 130 a 131.

⁸⁵¹ Entendemos por obligación positiva el hecho que el Reino Unido tiene la obligación de interpretar la legislación interna lo más favorable posible para las personas transexuales para evitar futuras discriminaciones.

tenía consecuencias sobre la vida del demandante, como por ejemplo el acceso a la pensión de jubilación, donde existían diferencias entre hombres y mujeres.

En relación al sistema de registro de nacimientos, el Tribunal hizo las mismas afirmaciones que en el caso I contra Reino Unido teniendo en cuenta la naturaleza histórica de este y la dirección adoptada por las nuevas iniciativas legislativas de Reino Unido, por lo que reduce el impacto del cambio del sistema respecto a las estimaciones realizadas con anterioridad.

El TEDH consideró que el desarrollo de la personalidad y la seguridad en el disfrute de los derechos que tienen los transexuales en el s. XXI ya no era un tema tabú que requería de un plazo de tiempo para su adaptación. Si bien es cierto que la reseñadas cuestión planteaban una serie de dificultades, la situación presente de los transexuales (en 2002), ya no era sostenible. Por todo ello, el TEDH consideró que se había producido la vulneración del art. 8 del Convenio.

Respecto a la vulneración del art. 12 del Convenio, el TEDH estimó que el derecho a contraer matrimonio conllevaba una serie de consecuencias sociales, personales y legales. Los Estados Contratantes, en su derecho interno podían limitar o restringir los efectos, pero no lo podían hacer hasta el punto de alterar la naturaleza del derecho. De nuevo el Tribunal formuló unas consideraciones parecidas al caso *I contra Reino Unido* y estimó la vulneración del art. 12.

Por último, el TEDH no consideró oportuno realizar nuevas estimaciones para observar si se había producido una vulneración del art. 14 del Convenio, ya que estas ya se habían realizado al analizar si se había violado el art. 8 del Convenio. El TEDH sostuvo que se vulneraron los arts. 8 y 12 pero no el 13 (consideró que el TEDH no es un remedio contra los tribunales nacionales) y no analizó separadamente el art. 14.

3.1.9. El caso GRANT contra Reino Unido

En el caso GRANT contra Reino Unido de 23.05.2006⁸⁵², la parte demandante nació como hombre, según su certificado de nacimiento. Desde los 17 años sirvió al ejército durante tres años y posteriormente trabajó como oficial de policía. A los 24 años renunció a vivir como hombre y se sometió a una operación de resignación de sexo. Desde 1963, se presentó socialmente como mujer, tal y como se identifica en su tarjeta de la Seguridad Social y las cotizaciones a la Seguridad Social pagadas conforme el régimen femenino hasta 1975, cuando la diferencia de tasas fue eliminada. En 1972, empezó a trabajar por su cuenta y pagó un fondo de pensiones privado. En 1997, al solicitar la pensión de jubilación (a los 60 años de edad) se rechazó su petición ya que se le exigía una cotización hasta los 65, tal y como se requería para cobrar la pensión a las personas del sexo masculino. Por ello reclamó judicialmente, pero en los Tribunales británicos se rechazó sistemáticamente su petición pese las apreciaciones que se realizaron en el caso de GOODWIN contra Reino Unido⁸⁵³. En 2005, GRANT consiguió un certificado de reconocimiento de género, de acuerdo con la aplicación de la *Gender Act* de 2004⁸⁵⁴.

En Reino Unido, la Seguridad Social tenía en cuenta la información contenida en la partida de nacimiento. En materia de pensiones se establecía que el transexual (HaM), estaba sujeto a los requisitos de acceso a la jubilación de los hombres. Así, el transexual (HaM) podría solicitar la jubilación a los 65 años y no a los 60 como ocurría con las mujeres y los años de cotización eran 44 y no 39. Desde la sentencia de GOODWIN, el gobierno británico inició la eliminación de dichas diferencias y de hecho la Ley de pensiones de 1995, estableció una progresiva reducción de las diferencias que comenzaría en 2010, y terminará en 2020.

⁸⁵² <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-75454>. Consultado el 20.07.2014.

⁸⁵³ Comentarios a esta sentencia en ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina, *Discriminación por orientación sexual...* cit., pág. 131.

⁸⁵⁴ La *Gender Recognition Act* de 2004, regula la solicitud del certificado del nuevo sexo, con el que ya se puede contraer matrimonio. Pero se mantiene en su sentido tradicional del matrimonio, es decir, la unión entre un hombre y una mujer. Por lo que, una vez producido el cambio de sexo, solo se admite el matrimonio entre personas de distinto sexo. Vid. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *El derecho a contraer matrimonio en la jurisprudencia del TEDH*, Civitas, Madrid, 2010, pág. 519.

La parte demandante alegó que se había vulnerado el art. 8 del Convenio. El TEDH estimó que la situación era idéntica a la del caso GOODWIN y entendió que podía existir la vulneración del art. 8 al no reconocérsele su nuevo sexo. El tener derecho a una pensión como mujer (de origen biológico), fue considerado por el TEDH como una vulneración porque aquella circunstancia era una intromisión a la vida privada de la actora.

3.1.10. Reflexión sobre la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

En los primeros casos presentados por demandantes transexuales que se consideraban víctimas de violaciones del CEDH, al emitir sus decisiones, el TEDH siempre había sido muy condescendiente con las políticas y leyes nacionales en relación con este fenómeno. Para ello aludía a que la dispar legislación de los Estados en la materia demostraba la falta de unidad de criterio entre ellos y, en consecuencia, el amplio margen de apreciación estatal que quedaba y que el TEDH les debía reconocer. El TEDH no parecía mostrarse especialmente sensible ante el hecho transexual. Entre los asuntos que se pueden citar a este respecto destacan VAN OOSTERWIJCK contra Reino Unido del 27.02.1980, REES contra Reino Unido del 24.01.1986, y COSSEY contra Reino Unido del 27.09.1990.

El caso VAN OOSTERWIJCK afectó a un funcionario belga de la Comisión Europea, nacido mujer pero que desde su infancia entendió que tenía una doble personalidad dado que se sentía un varón atrapado en un cuerpo de mujer. Los psiquiatras diagnosticaron su transexualidad y le prescribieron una terapia hormonal seguida de tratamiento quirúrgico. Tras completar el proceso de transformación en varón, solicitó una rectificación de su estado civil en el registro civil que no fructificó. Según la legislación belga del momento, sólo se podían rectificar datos personales en el archivo oficial de nacimientos si se podía demostrar que hubo un error en la verificación del sexo de la persona en el momento de la inscripción. De otra forma, los datos inscritos se convierten en definitivos. El demandante apeló a consideraciones de equidad, humanidad, dignidad y a los intereses de la sociedad y de sí mismo para exigir la modificación de datos, dado que error en el momento del registro no había existido, estando demostrado que nació mujer. Sin embargo, el TEDH consideró que el

demandante no había agotado los recursos internos que el sistema belga le ofrecía y evitó dar opinión sobre el fondo del asunto.

La resolución del caso VAN OOSTERWIJCK no se repitió cuando el TEDH tuvo que analizar los asuntos REES y COSSEY. En estos casos sí tuvo que entrar en el fondo de los asuntos. Sin embargo, los resolvió con idéntico resultado, eso es, sin condena al Estado demandado: Reino Unido.

En el caso REES, un transexual británico de MaH reclama que es víctima de prácticas nacionales y de una legislación estatal contrarias al respeto de su vida privada, todo lo cual le impide su plena integración en la sociedad. En concreto, su queja se basa, aquí de nuevo, en la negativa estatal a rectificar los datos referidos al sexo en el registro de nacimientos, que estima que vulnera su derecho a la vida privada y su derecho a contraer matrimonio. El TEDH considera que estamos ante un conflicto de intereses: el interés general en que los datos registrales sean fiables e inamovibles, y el interés particular del demandante en que sus datos se modifiquen por razones personales. Ante esta disyuntiva, el TEDH opta dar más importancia a lo primero por varios motivos. El TEDH señala que a REES sí se le ha dejado modificar sus datos en el resto de documentación personal, incluido su pasaporte, considera que no existe interferencia en la vida privada de REES y que la noción de “respeto” de la vida privada no tiene un contenido claro y estricto. A este respecto, aunque el TEDH constata que otros Estados europeos muestran una legislación en la materia más flexible, entiende que obligar al Reino Unido a flexibilizar la suya sería tan ridículo como obligar a los otros Estados europeos a tener que adoptar una legislación más rígida. En este sentido, entiende que Reino Unido ya ha intentado minimizar al máximo los perjuicios que causa su decisión en el demandante al haberle expedido un pasaporte con su nuevo nombre y su nuevo sexo. Asimismo, el TEDH da por hecho que las consecuencias administrativas de una flexibilización de la legislación serían excesivamente graves para la peculiaridad británica. No en vano la posibilidad de modificación se debería extender al resto de ciudadanos que solicitara una rectificación de datos por otros motivos. Respecto a la eventual violación del derecho a contraer matrimonio, el TEDH estima que el art. 12 del CEDH protege el matrimonio tradicional entre hombre y mujer como base de la familia. Además, estima que el derecho a contraer matrimonio está sometido a la legislación estatal, con la única limitación de que ésta última no restrinja de tal modo el derecho

que llegue a afectar a su esencia. En este sentido, el TEDH entiende que el hecho de que el Reino Unido impida el matrimonio de dos personas que no tengan sexo biológico opuesto en realidad no afecta a la esencia o núcleo del derecho a contraer matrimonio.

Por su parte, el caso COSSEY, juzgado por el TEDH cuatro años más tarde, muestra rasgos muy similares al caso REES. En realidad, la principal (y única) diferencia consiste en que aquí quien demanda es una persona transexual que tenía una pareja con la que quería casarse, por lo que no reclamaba *ex art. 12 del CEDH* de modo teórico, sino con el fin de contraer matrimonio. Al negarse el Reino Unido a permitir el matrimonio de dos personas con el mismo sexo biológico pero distinto sexo aparente, puesto que quien demanda ha cambiado de sexo, la pareja decidió celebrar una ceremonia en una sinagoga. Dicha ceremonia fue declarada inválida por las autoridades posteriormente. Los contrayentes decidieron separarse al mes de la ceremonia, pero la demandante continuó con su demanda ante el TEDH. Ella entendió que el rechazo británico a emitir un certificado de nacimiento que reflejara su nuevo sexo anatómico había impedido que su matrimonio fuera válido.

El TEDH en su argumentación comprueba que la diferencia con el caso REES es que en aquél el demandante no tenía pareja y aquí, sí. No obstante, el Tribunal sostiene que esa diferencia no es relevante porque, a efectos del art. 12 del CEDH, el derecho individual a contraer matrimonio no depende tanto de que la persona tenga efectivamente una pareja dispuesta a casarse sino de que se cumplan los requisitos legales para casarse. El TEDH considera que la protección del matrimonio tradicional es un valor tan importante para la sociedad que justificaría que el Estado siga empleando el criterio biológico a la hora de decidir quiénes pueden ser contrayentes. Por eso el TEDH entiende que no debe cambiar su posición respecto a su jurisprudencia anterior.

Las sentencias hasta ahora mencionadas son absolutamente contrarias a los intereses de los demandantes. Pero en los casos B., X, Y y Z., y SHEFFIELD y HORSHAM el TEDH pareció que iba a empezar a alinearse con las pretensiones de los transexuales, mostrando una mayor sensibilidad que en los casos VAN OOSTERSIJK, REES y COSSEY.

En la sentencia B contra Francia, el Tribunal condenó por primera vez a un Estado por el trato que había otorgado a un transexual. El TEDH entendió que la legislación francesa era especialmente rígida y ofensiva en relación al transexual que sufría una operación de reasignación de sexo. Casi todos los documentos oficiales de identificación de este país hacían alusión al sexo de la persona. Además, la administración francesa era especialmente rigurosa y celosa a la hora de exigir la exhibición de la documentación personal en cualquier tipo de contacto del ciudadano con los organismos públicos, a diferencia de lo que ocurre en otros Estados.

En la sentencia X, Y y Z, el TEDH admite que un transexual de MaH pueda ejercer socialmente como padre del hijo de su compañera, concebido mediante inseminación artificial, e incluso que le pueda pasar su apellido al mismo. Sin embargo, niega que ello conlleve la obligación para el Estado de inscribir a tal persona como padre del menor en el registro civil.

Por último, en la sentencia SHEFFIELD y HORSHAM el TEDH demuestra conocer bien la teoría sobre la existencia de un sexo cerebral, que es aquél que realmente la persona tiene como propio, frente al sexo aparente o gonadal (el biológico o anatómico en el momento del nacimiento). Sin embargo, esta sentencia fue otra ocasión perdida. El TEDH no llegó a establecer que el transexual tuviera derecho en toda ocasión al cambio en la mención del sexo en todos sus documentos oficiales ni que, mucho menos, tuviera derecho a contraer matrimonio con una persona del sexo con el que el transexual nació pero con el que no se identifica sexualmente.

En las sentencias B, SHEFFIELD y HORSHAM, e incluso en X, Y y Z, el TEDH decía entre líneas que simpatizaba con la difícil situación personal, familiar y social del colectivo transexual. Dicho eso, el TEDH no podía jurídicamente responder positivamente a sus reivindicaciones aunque “le hubiese gustado” porque no había un consenso europeo en la materia.

El TEDH se desquita en las sentencias a los asuntos GOODWIN e I de su indecisa jurisprudencia anterior, según nuestro criterio, en la que parecía decir “sí, pero no”. Cambió su papel, conservador hasta entonces, por el de impulsar hacia posiciones más

progresistas. Asimismo, el Tribunal en el caso GRANT resuelve en el mismo sentido y con idénticos argumentos que el caso GOODWIN.

En GOODWIN, el Tribunal de Estrasburgo se ocupó del caso de un varón británico casado con cuatro hijos que empezó a vestirse como una mujer. Tras recibir tratamiento quirúrgico, decide vivir como mujer, siendo operado y siguiendo clases de foniatría con cargo al sistema público de salud. Al final de este proceso, se divorció de su esposa. Con su nuevo aspecto empezó a sufrir acoso laboral y dijo no poder demandar a la empresa porque la ley le consideraba varón. Finalmente, es despedida y sospecha que es por su nueva condición de mujer. Para conseguir un nuevo trabajo debe mostrar su cartilla de la seguridad social en la que se le identifica como varón. Su petición de que los datos de seguridad social sean modificados es rechazada. Cuando alcanza los sesenta años, no se le concedió la pensión como mujer, de modo que siguió trabajando hasta la edad en que se jubilan los varones, sesenta y cinco años, pero pagando directamente sus cuotas a la seguridad social, a fin de que su empleador no sospeche. Durante el resto de su vida sigue siendo considerada varón a efectos bancarios, de seguro y en cualquier otro tipo de asunto oficial. Por ello, demanda al Reino Unido por violación del CEDH en sus artículos 8, 12 y 14.

Por su parte, en el asunto I el TEDH se enfrenta a la demanda de un transexual operado de HaM que trabajó durante un tiempo como enferma del ejército y que, cuando tuvo la oportunidad de que éste le empleara de forma definitiva, tuvo que renunciar al serle solicitado el certificado de nacimiento, en el que sigue figurando como de sexo masculino. Vive como un varón y quiere casarse con él, pero no puede porque sigue figurando como de sexo masculino en el registro civil. Por todo ello considera que el Reino Unido ha violado el CEDH en sus artículos 8, 12 y 14.

Tanto en uno como otro caso existe un conflicto entre la realidad social y la norma jurídica que deja a los transexuales en una difícil y anómala situación porque el derecho choca con aspectos básicos de la identidad personal. En GOODWIN e I, el TEDH admite que aún en 2002, no existe una opinión totalmente unánime en los Estados partes en el CEDH hacia el reconocimiento de todos los derechos que reclaman los transexuales. No obstante, afirma que hay una opinión más favorable hacia este colectivo que la que había hace unos años.

La jurisprudencia hasta el 11.07.2002, en la materia que nos ocupa había sido ambigua, confusa y con lagunas y debilidades en relación con la aplicación del art. 12 del CEDH. La excesiva prudencia conectaba bien con la manera de actuar tradicional del Tribunal. Sin embargo, dicha jurisprudencia llevaba a contradicciones e incoherencias. Por un lado, el TEDH aseguraba que en modo alguno estaba vedando el derecho a contraer matrimonio a las personas transexuales, ya que a éstas siempre les quedaba la posibilidad, tras su operación de conversión sexual, de contraer matrimonio con una persona de su mismo sexo morfológico externo pero de sexo cromosómico diferente. Por otro lado, el TEDH afirmaba –pero sólo en relación a las parejas heterosexuales– que el derecho a fundar una familia no puede ser interpretado en el sentido de que sólo puedan contraer matrimonio personas con capacidad para procrear o personas que mantengan relaciones sexuales de tipo tradicional.

Con respecto a la posibilidad para el transexual operado de contraer matrimonio con una persona de su mismo sexo aparente, cabría puntualizar dos ideas. Primera, en principio, esta posibilidad representaría para el transexual convencido lo mismo que para un heterosexual representaría el que le dijese que únicamente puede contraer matrimonio con una persona de su mismo sexo. En consecuencia, el transexual verá reducido a la nada su derecho a contraer matrimonio si la ley le prohíbe casarse con alguien de sexo opuesto a su sexo psico-social y cerebral pero su mismo sexo cromosómico.

Segunda, cabe dudar si, a la hora de la verdad, el TEDH admitiría un matrimonio entre personas que, en apariencia, tienen el mismo sexo. En tal caso, parecería que los jueces europeos estarían propiciando algo que hasta el momento han negado como es el matrimonio de homosexuales. Es más, la condescendencia que mostró la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos hacia Suecia en su decisión al asunto ERIKSSON y GOLDSCHMIDT v. Suecia⁸⁵⁵ –en el que Suecia prohibió a un transexual no operado casarse con una persona de sexo cromosómico opuesto– parece demostrar y redundar en la confusión reinante entre los miembros de los órganos de Estrasburgo

⁸⁵⁵ Vid. ERIKSSON y GOLDSCHMIDT contra Suecia, Demanda nº 14573/89, Corte E.D.H. (1998) en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-1138>. En la sentencia se establece que el derecho a contraer matrimonio garantizado por el art. 12 del CEDH se refiere al matrimonio tradicional entre personas del sexo biológico opuesto y se reitera que la redacción del artículo claramente protege el matrimonio como fundamento de la familia.

hasta la fecha de la emisión de las sentencias de GOODWIN e I. En efecto, en la decisión de ERIKSSON y GOLDSCHMIDT, la Comisión Europea de Derechos Humanos –hoy desaparecida– tuvo en cuenta que Suecia había consentido el cambio de nombre de la señorita ERIKSSON (nacida con sexo masculino) y que según su legislación, si permitiera su matrimonio con la señorita GOLDSCHMIDT, estaría aceptando el matrimonio de dos personas del mismo sexo.

Con respecto a la afirmación del TEDH de que el derecho a fundar una familia no está restringido a las parejas heterosexuales que puedan procrear, lo cierto es que los órganos de Estrasburgo han venido aceptando otras formas de vida familiar al margen de la clásica. En este sentido, han aceptado que pueda constituir vida familiar una unión de hecho estable con o sin hijos⁸⁵⁶. Han aceptado que se pueda fundar una familia con hijos concebidos de forma natural y, por supuesto, con hijos adoptados⁸⁵⁷. También han reconocido que para contraer matrimonio no constituye una condición *sine qua non* ni la capacidad física para procrear ni tampoco la posibilidad física de mantener relaciones sexuales⁸⁵⁸. La pregunta era entonces si el TEDH admitiría todo esto con una pareja en la que uno de sus miembros es transexual. El TEDH no se decidía ni a permitir a tal tipo de pareja contraer matrimonio *ex art. 12* ni tampoco a reconocer sin fisuras su derecho a fundar una familia y a calificar su convivencia como vida familiar. Cierto es que en el asunto X Y y Z, el TEDH asume que entre esas tres personas puedan existir vínculos familiares. Pero el TEDH no se atrevió en este pronunciamiento a llevar su argumento hasta sus últimas consecuencias: negó que la apariencia de paternidad del transexual

⁸⁵⁶ Vid. SAUCEDO GÓMEZ contra España, Demanda nº 37787/97, Corte E.D.H. (1999) en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=002-228>. Consultado el 30.07.2014. En esta sentencia el Tribunal concluye que indudablemente existía una vida familiar entre el solicitante y su pareja en el sentido del art. 8, ya que habían cohabitado durante dieciocho años.

⁸⁵⁷ Vid. RIEME contra Suecia, Demanda nº 12366/86, Corte E.D.H. 54-56 (1992) en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57792>. Consultado el 30.07.2014. En este supuesto se deduce que la relación entre padres e hijos constituye un elemento fundamental de la vida familiar y que la relación familiar natural no termina cuando un niño queda bajo la custodia del Estado.

⁸⁵⁸ En la sentencia VAN OOSTERWIJCK contra Bélgica, Demanda nº 7654/76, Corte E.D.H. 59 (1980) en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57549>. Consultado el 30.07.2014. En esta sentencia el TEDH afirma que nada permite inferir que la capacidad de procrear sea una condición fundamental para contraer matrimonio, ni que la procreación sea siquiera un propósito esencial del mismo.

operado bastara para que esa persona se convierta jurídicamente en padre. Y todo ello pese a que X hubiera actuado en todo momento como padre del menor y constituyera el sostén económico de Z e Y gracias a su trabajo como profesor universitario. El Tribunal impidió la inscripción del transexual como padre antes que tener que reconocer a la convivencia de una pareja transexual todas las consecuencias jurídicas –en materia de derecho parentales y filiación– que, sin embargo, generalmente los Estados partes del CEDH sí atribuyen a la vida familiar de una pareja heterosexual estable en la que la mujer sea inseminada artificialmente de común acuerdo entre los dos miembros de la pareja⁸⁵⁹.

La argumentación jurídica del TEDH para este cambio jurisprudencial (en 2002) se basa en una interpretación evolutiva del CEDH que los jueces del TEDH emplean según la cual el convenio debe ser interpretado a la luz de las circunstancias actuales⁸⁶⁰. El TEDH entiende que está obligado a tener en cuenta todos los avances sociales en su jurisprudencia. Por todo ello, al identificar a una persona como hombre o como mujer atendiendo únicamente a sus cromosomas puede suponer una violación de los derechos humanos de dicho individuo.

En 2002, el TEDH encontró en Europa un ambiente mucho más proclive para afirmar esta nueva jurisprudencia que el que había encontrado con anterioridad. La sociedad de un buen número de países europeos empezaba a considerar que lo que reclamaban los transexuales era justo. Además, no parecía coherente que los servicios públicos financiaran operaciones de cambio de sexo y luego negaran a las personas operadas las consecuencias jurídicas que se derivan de dicho cambio en cuanto a su estatus civil y sus derechos: su derecho a contraer matrimonio, a desarrollar su vida familiar de acuerdo con el sexo que sienten como propio y a fundar una familia.

⁸⁵⁹ LEVINET, Michel, “La Revendication Transsexuelle et la Convention européenne des droits de l’homme”, 39, *Revista Trimestral de Derecho Civil* 637, 648 n. 6, Montpellier, 1999.

⁸⁶⁰ Vid. SOCIÉTÉ COLAS y otros contra Francia, 2002-III Corte E.D.H. 41 en http://www.echr.coe.int/Documents/Reports_Recueil_2002-III.pdf. Consultado el 02.08.2014. En la sentencia el Tribunal recuerda que la Convención es un instrumento vivo y toma en cuenta al interpretar el significado de los términos “domicilio” y “hogar”.

3.2. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea también conocido como Tribunal de Luxemburgo, interpreta el Derecho de la Unión Europea (UE) para garantizar una interpretación uniforme en todos los países miembros, además de asumir otras funciones como la resolución de conflictos jurídicos entre los Estados y las instituciones de la UE o la resolución de denuncias de particulares, empresas u organizaciones por acciones u omisiones de instituciones de la UE, o de sus agentes, contrarias al Derecho de la Unión Europea⁸⁶¹.

Por tanto, el TJUE no es una institución específicamente dirigida a la protección de los derechos humanos. Sin embargo, el TJUE puede intervenir en la protección de posibles vulneraciones de derechos humanos como consecuencia de la aprobación e incorporación al Derecho de la Unión Europea de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), así como de la aprobación de diferentes Directivas destinadas a la protección de determinados derechos humanos como, por ejemplo, el derecho a la igualdad⁸⁶².

La UE no ha dedicado la misma atención y energía a la armonización en materia de derecho de la persona que en materia contractual. En efecto, las normas comunitarias que han surgido como un intento de unificar criterios en el ámbito del derecho civil de las personas y del derecho de familia, nacen en el seno del derecho internacional privado⁸⁶³.

La doctrina contenida en los asuntos I contra Reino Unido y GOODWIN contra Reino Unido ha sido asumida por el TJCE, en los supuestos que a continuación se resumen, en

⁸⁶¹ <http://www.derechoshumanos.net/tribunales/TribunalJusticiaUnionEuropea-TJUE.htm>. Consultado el 03.08.2014.

⁸⁶² MARELLA, Maria Rosa, “The Non-Subversive Function of European Private Law: The Case of Harmonisation of Family Law”, *European Law Journal*, vol. 12, núm. 2006, págs. 78 a 105.

⁸⁶³ QUIÑONES ESCAMEZ, Ana., “Derecho comunitario, derechos fundamentales y denegación del cambio de sexo y apellidos: ¿un orden público europeo armonizador (a propósito de las STJCE, asuntos K.B. y GARCÍA AVELLO)”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 18, Madrid, 2004, págs. 507 a 529.

materia de derecho del trabajo y de la seguridad social. De todos modos, interesa poner de manifiesta el valor de la jurisprudencia del TJCE en la inclusión de la discriminación sufrida por los transexuales en el capítulo de la discriminación por razón de sexo, con indiscutible repercusión en la esfera civil.

El TJCE ha declarado reiteradamente que el derecho a no ser discriminado por razón de sexo constituye uno de los derechos humanos fundamentales cuyo respecto debe garantizar. Y, aunque el Tratado de la Unión Europea, en su versión consolidada, no se refiera a la discriminación por ser transexual, el TJCE ha avanzado en la interpretación de que la misma está incluida en la prohibición de discriminación por razón de sexo⁸⁶⁴.

En la sentencia de 30.04.1996, caso P contra S y CORNWALL COUNTY COUNCIL⁸⁶⁵, que analizó si la discriminación contra un transexual era contraria a la Directiva 76/207/CEE⁸⁶⁶ del Consejo de 9 de febrero, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo. En el supuesto, un trabajador que prestaba servicios al *Cornwall County Council* en el área de educación, desde abril de 1991, informó a su empleador (1992) que iba a someterse a un tratamiento de reasignación sexual con el fin de pasar de HaM. A continuación, el 31 de diciembre, se produce el despido, aduciendo la amortización del puesto de trabajo, aunque P considera que ha sido debido a su nuevo aspecto físico, llevando el caso a los Tribunales, y en concreto al TJCE para que analizara si puede o no haber una violación de la Directiva de 76/207/CEE. Consecuentemente, la sentencia tiene interés, como afirma BELL⁸⁶⁷ porque analiza tres niveles *the relevance of the intent of legislators, the meaning of non-discrimination based on sex y the role played by fundamental rights*⁸⁶⁸.

⁸⁶⁴ ESPÍN ALBA, Isabel, *Transexualidad y tutela civil de la persona...* cit., págs. 73 a 74.

⁸⁶⁵ <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=99622&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=111080>. Consultado el 03.09.2014.

⁸⁶⁶ <http://www.uji.es/bin/organs/ui/legisla/eu/76-207.pdf>. Consultado el 03.09.2014.

⁸⁶⁷ BELL, Mark, “Shifting conceptions of sexual discrimination at The Court of the Justice from *P v S* to *GRANT v SWT*”, *European Law Journal*, vol. 5, núm. 1, Oxford, 1999, págs. 63 a 81.

⁸⁶⁸ Traducido al castellano: la relevancia de la intención de los legisladores, el significado de la no discriminación por razón de sexo, el papel que desempeñan los derechos fundamentales.

La STJCE de 07.01.2004⁸⁶⁹, (asunto KB), trata de un caso de exclusión del compañero (transexual MaH) de una mujer afiliada al régimen de pensiones del *National Health Service* británico, con arreglo al cual la única persona a cargo de la afiliada que puede beneficiarse de la pensión controvertida es el viudo⁸⁷⁰. La reclamante (KB), en principio mantiene que el hecho de reservar determinadas ventajas a las parejas que hayan contraído matrimonio, excluyendo a todas aquellas que convivan sin estar casadas, obedece bien a la decisión del legislador o bien a la interpretación de las normas jurídica de Derecho interno efectuada por los órganos jurisdiccionales nacionales, sin que los particulares puedan invocar discriminación alguna por razón de sexo prohibida por el Derecho comunitario. Ahora bien, en una situación como la del litigio principal existe, no obstante, una desigualdad de trato que, si bien no afecta directamente al disfrute de un derecho protegido por el Derecho comunitario, afecta a uno de sus presupuestos: la capacidad para contraer matrimonio. El origen de esta imposibilidad objetiva reside en el hecho de que la legislación británica no admitía el matrimonio de personas de diferente sexo registral, y que asimismo consideraba que el sexo de una persona es el que figura en la partida de nacimiento, y en todo caso la Ley sobre la inscripción de los nacimientos y las defunciones, salvo en caso de error de transcripción o de error material. En suma, como indica la sentencia “una legislación como la controvertida en el litigio principal, que vulnera el CEDH y que impide que una pareja como K.B. y R. cumpla el requisito del matrimonio, necesario para que uno de ellos pueda disfrutar de un elemento de la retribución del otro, debe considerarse, en principio, incompatible con las exigencias del artículo 141 Constitución Europea”⁸⁷¹.

En el mismo sentido, la STJCE de 27.04.2006⁸⁷², centrandó la cuestión en la discriminación en razón de sexo. El supuesto de hecho que ha dado origen a esta sentencia parte de la inscripción de SARAH MARGARET RICHARDS como

⁸⁶⁹<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=48823&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=111431>. Consultado

⁸⁷⁰ QUIÑONES ESCÁMEZ, Anna, “Derecho comunitario, derechos fundamentales y denegación del cambio de sexo y apellidos: ¿un orden público europeo armonizador? (a propósito de las SSTJCE, asuntos K.B. y GARCIA AVELLO)”, en *Revista de derecho comunitario europeo*, nº 18, 2004, págs. 507 a 529.

⁸⁷¹ ESPÍN ALBA, Isabel, *Transexualidad y tutela civil de la persona...* cit., págs. 74 a 75.

⁸⁷² Caso Sarah MARGARET RICHARDS contra Secretary of State for Work and Pensions, Sentencia de 27.04.2006 (Sala Primera) (TJCE 2006\119).

perteneciente al sexo masculino, aunque posteriormente y una vez diagnosticada una disforia de género se ha sometido a una operación de cambio de sexo. Como consecuencia de su nueva situación, en febrero de 2002, solicitó que se le reconociera el derecho a una pensión de jubilación a partir de la fecha en la que cumplía 60 años, ya que en la legislación del Reino Unido se establece una diferencia entre la edad de jubilación entre hombres y mujeres, ya que estas pueden solicitar una pensión a partir de los 60, mientras ellos deben esperar a los 65. Ante la vigencia de dicha norma, el *Secretari of State for Work and Pensions* desestimó la referida solicitud, pues el solicitante no había alcanzado los 65 años⁸⁷³.

La Sra. RICHARDS recurrió esta resolución, y el *Social Security Commissioner*, competente para resolver la apelación contra la sentencia dictada por el *Social Security Appeal Tribunal*, pidió al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que se manifestara sobre si la negativa de conceder la pensión violaba o no la Directiva comunitaria sobre igualdad de trato en materia de seguridad social.

El TJCE afirma que la prohibición de discriminación por razón de sexo también alcanza las discriminaciones que tienen lugar a consecuencia del cambio de sexo del interesado, rechazando el argumento del Reino Unido de que su postura se ampara en una excepción a la Directiva que autoriza a los Estados miembros a fijar edades de jubilación diferentes para los hombres y para las mujeres, pues dicha excepción debe ser interpretada de forma estricta y no aplicable al asunto. En consecuencia declara que “la Directiva 79/7 se opone a una legislación que no reconoce la pensión de jubilación, por no haber alcanzado aún la edad de 65 años, a una persona que cambia del sexo masculino al sexo femenino, cuando esa misma persona habría tenido derecho a tal pensión a la edad de 60 años si se hubiera considerado que, según el Derecho nacional, era mujer⁸⁷⁴”.

⁸⁷³ ESPÍN ALBA, Isabel, *Transexualidad y tutela civil de la persona...* cit., pags. 75 a 76.

⁸⁷⁴ § 38.

4. SITUACIÓN LEGISLATIVA DE LA TRANSEXUALIDAD EN LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS EUROPEOS Y OTROS PAÍSES

La transexualidad conlleva una serie de retos normativos que abarcan desde la partida de nacimiento, el matrimonio, la filiación, los documentos de identidad o las pensiones, además del propio cambio de nombre, del procedimiento de cambio de sexo y del reconocimiento de un cambio de sexo desde un punto de vista biológico o artificial.

Conviene realizar una breve referencia a la legislación relativa a la orientación sexual e identidad de género de los países de nuestro entorno. Al respecto no existen muchos estudios puestos al día, sin embargo trataremos de señalar las principales cuestiones sobre la materia⁸⁷⁵.

A continuación, estudiaremos algunas de las legislaciones nacionales de países europeos que han intentado dar respuesta a las exigencias de un colectivo que tal vez sea minoritario dentro de la sociedad pero no por ello menos importante⁸⁷⁶. Desde que la pionera Suecia decidió en 1972, legislar sobre transexualidad en la Ley 21.04.1972 bajo la rúbrica “la determinación del sexo en casos establecidos”⁸⁷⁷, otros países han decidido seguir su ejemplo.

Algunos de los países de nuestro entorno que sí que han legislado en materia de transexualidad y que analizaremos a continuación son: Alemania en 1980 (ley de 10.09.1980); Italia en 1982 (ley núm. 164 de 14.04.1982); Reino Unido en 2004 (la GRA)⁸⁷⁸.

⁸⁷⁵ Sobre los estudios realizados vid. la nota 105 de: ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina, *Discriminación por orientación sexual...* cit., pág. 134.

⁸⁷⁶ OLTRA JARQUE, Mònica, “Els drets i llibertats de les minories sexuals. La Mediterrània pont o abisme?” en *Jornada de Trabajo: La Mediterrània: espai de diàleg*, Institut Triangle de Mar Blava, Barcelona, 28.05.2005, en la que examina las diferencias entre las legislaciones de los diversos países del Mediterráneo relativas a los derechos de las personas LGTB. Puede consultarse en: www.felgt.org.

⁸⁷⁷ Ley reformada en dos ocasiones, 1980 y 1993.

⁸⁷⁸ Para más información en CAMPOS, Arantxa, *La transexualidad y el derecho a la identidad sexual*, Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea, Donostia, 2001.

También estudiaremos el caso del Estado francés en el que los derechos de las personas transexuales vienen reconocidos por la jurisprudencia.

Para el análisis de este apartado, distinguiremos entre el derecho material y el derecho internacional privado, la razón de la diferenciación es que en que en éste segundo supuesto existe un elemento de extranjería que obliga, en los supuestos internacionales a determinar el derecho aplicable a través de la norma de conflicto.

4.1. Derecho Material

Nos referimos al conjunto de normas que establecen los derechos y obligaciones de las personas en el ámbito del derecho a la identidad sexual y que vienen recogidas por el ordenamiento jurídico de distintos países que analizaremos, con especial atención a nuestro objeto de estudio que es la situación legal de los transexuales⁸⁷⁹. Concretamente nos referiremos a Suecia, Alemania, Italia, Reino Unido y Francia. Además, en un último apartado estudiaremos sucintamente la legislación en la materia de otros países que también hemos considerado interesantes.

4.1.1. Suecia

La Ley 1972:119⁸⁸⁰, regula la transexualidad en el país escandinavo resultando ser la primera ley europea sobre la materia. En su momento fue una ley vanguardista porque hasta su aprobación, no existía una norma con este contenido tanto a nivel nacional de los distintos países europeos, como internacional –organizaciones internacionales–.

El texto normativo, de ocho artículos, establece en su primer precepto que la persona que desde su juventud, siente que pertenece al sexo contrario al que aparece inscrito en el Registro de población, y que se comporta en presente y se presume que lo seguirá

⁸⁷⁹ Sobre esta cuestión es interesante la página web del Ministerio de Justicia de Francia en la que puede observarse un breve estudio de la regulación en materia de transexualidad en distintos países europeos, Estados Unidos y Canadá. En este sentido vid. http://www.justice.gouv.fr/art_pix/1_tableau_transsexualisme.pdf. Consultado el 13.04.2014.

⁸⁸⁰ <http://www.notisum.se/rnp/sls/lag/19720119.html>. Consultado el 17.04.2014.

haciendo en el futuro puede, a petición propia, obtener la constatación de que pertenece al sexo opuesto⁸⁸¹.

Los requisitos restantes (aparecen recogidos en los arts. 2 a 8) para que se reconozca la pertenencia al otro sexo son: tener dieciocho años; haber sido esterilizado (incapacidad para procrear); ser soltero; tener la nacionalidad sueca. Antes de la solicitud y para que quede constancia del cambio de sexo, se requiere una intervención quirúrgica de cambio de sexo morfológico siempre que sea coherente para el desarrollo del rol de género que se desea. La intervención exige una autorización especial administrativa que concede la Dirección General de Previsión Social (*Socialstyrelsen*)⁸⁸².

En definitiva, la Ley sueca prevé el cambio jurídico de sexo como consecuencia de una intervención quirúrgica destinada a este fin, y estima que ese cambio debe tener continuidad en el tiempo. Exige la Ley ser persona soltera, de nacionalidad sueca, y ser incapaz para la procreación.

4.1.2. Alemania

La Ley de 10.09.1980⁸⁸³, sobre la modificación del nombre y la determinación del sexo en casos especiales. Es una ley cronológicamente temprana y una de las leyes referentes sobre la transexualidad, incluso en la actualidad. Es una de las que regula más exhaustivamente las exigencias del colectivo transexual. Prevé dos posibilidades. Por un lado la pequeña solución (*kleine Lösung*) que consiste en el cambio de nombre, y por otro lado, la gran solución (*grosse Lösung*) que implica la transformación jurídica del sexo al que pertenece la persona demandante.

Dos fueron los antecedentes que condujeron a la aprobación de la norma. Primero, la promulgación de la Ley sobre Castración Voluntaria y otros tratamientos terapéuticos

⁸⁸¹ DÍEZ DEL CORRAL RIVAS, Jesús, “La transexualidad y el Estado civil. En torno a la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1980”, en *Anuario de Derecho Civil*, boletín nº 1476, Madrid, 1981, pág. 1081.

⁸⁸² MARTÍNEZ PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel, “El transexualismo en el Derecho Español”, *Actualidad Civil*, nº 16, Madrid, 1989, pág. 1196.

⁸⁸³ <http://www.gesetze-im-internet.de/tsg/BJNR016540980.html>. Consultado el 18.07.2015.

de 15.08.1969⁸⁸⁴ (*BGBI, Gesetz über die freiwillige Kastration und andere Behandlungsmethoden*), que exculpa penalmente al sujeto que se somete a una castración voluntaria si es que esta ablación resulta ser un tratamiento que, a juicio de la ciencia médica, es el indicado para prevenir, curar o aliviar al solicitante de enfermedades, perturbaciones o sufrimientos psíquicos graves vinculados con la sexualidad anormal⁸⁸⁵. Segundo, lo encontramos en forma de Resolución del Tribunal Constitucional alemán de 11.10.1978⁸⁸⁶, que esgrimía la adaptación personal de un individuo a los parámetros físicos y psicológicos del sexo que siente pertenecer y que se fundamenta en la dignidad humana y el derecho fundamental de toda persona al libre desarrollo de la personalidad⁸⁸⁷.

De la regulación alemana distinguimos, como hemos indicado, dos secciones que se conocen como “la pequeña solución” y “la gran solución”. En la primera⁸⁸⁸, la ley regula los exigencias para que una persona pueda solicitar a los tribunales cambiar su nombre en el Registro, cuyos requisitos son: sentimiento de pertenecer al sexo opuesto al que está inscrito en el Registro y vivir de acuerdo a esta convicción durante los tres últimos años (§ 1 (1)); además, se ha de aceptar con una gran probabilidad el que el mencionado sentimiento no va a cambiar en el futuro, es lo que se denomina la irreversibilidad (§ 1 (1) 2). Por tanto, la irreversibilidad se configura como un requisito que puede considerarse inicialmente necesario, aunque realmente puede variar según las circunstancias futuras⁸⁸⁹; ser alemán (conforme a la ley alemana), personas apátridas, solicitante de asilo o refugiado extranjero domiciliado en Alemania o un extranjero cuyo derecho nacional no tiene una ley parecida (§ 1(1) 1); la actual ley alemana no requiere de una edad mínima; en cambio, la ley originaria exigía tener cumplidos 25 años (§ 1

⁸⁸⁴ ÓSCAR GARCÍA, Luís, *Derecho Civil I. Personas*, Universidad Católica Andrés, Caracas, 2006, pág. 468.

⁸⁸⁵ TOLDRÀ ROCA, *Capacidad natural y capacidad matrimonial. La transexualidad...* cit., pag.152.

⁸⁸⁶ TOLDRÀ ROCA, *Capacidad natural y capacidad matrimonial. La transexualidad...* cit., pag.151.

⁸⁸⁷ MARTÍNEZ PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel, *El transexualismo...* cit., pág. 1185.

⁸⁸⁸ STANZIONE, Pasquale, “La soluzione normativa del transsexualismo: l’esperienza tedesca-occidentale”, en *Comparazione e Diritto Civile*, Saggi Edizioni Scientifiche italiane, Napoli, Roma, 1987, pág. 131.

⁸⁸⁹ Se refiere a circunstancias personales que no pueden ser previstas en el presente.

(1) 3). Éste último requisito fue eliminado en 2008 y actualmente no existe un límite mínimo de edad⁸⁹⁰.

En la solicitud de cambio de nombre, el solicitante deberá especificar el nombre con el que quiere ser identificado / a en el futuro. El lugar de residencia será tenido en cuenta para determinar el juzgado competente territorialmente. En el procedimiento han de formar parte el solicitante y un representante de interés público que será designado por el Gobierno estatal mediante una designación. Para instar la acción estará legitimado el interesado o su representante legal si está incapacitado (§ 4).

En el procedimiento, el tribunal escuchará al solicitante personalmente y responderá afirmativamente a la solicitud después de estudiar los dictámenes de dos expertos con formación y experiencia en el campo de la transexualidad. Los informes harán hincapié en el requisito del sentimiento de pertenecer al sexo distinto del inscrito en el Registro y que tal convencimiento no va a cambiar (§ 4).

El §5 prevé la prohibición de la divulgación del nombre anterior como garantía del derecho a la intimidad del solicitante. Sin una autorización del mismo, no se puede divulgar su nombre anterior a la solicitud, salvo por razones especiales de interés público que así lo exijan. La anulación del cambio de nombre, regulada en el §6, debe pedirla el propio solicitante, porque ha dejado de sentirse tal y como ha quedado especificado en el Registro después de su modificación. De este precepto puede afirmarse nuevamente la irreversibilidad del sentimiento de pertenecer al sexo opuesto del que consta inscrito en el Registro. El §7 relativo a la ineficacia de la resolución de cambio de nombre, indica que este se produce o bien, por el nacimiento, o por reconocimiento o determinación judicial de un hijo dentro de los 302 días posteriores a que la resolución sea firme; o bien por matrimonio. En el primer caso, en especial en el supuesto del nacimiento, se puede producir porque en ningún momento se requiere la esterilidad del solicitante⁸⁹¹. La ineficacia se debería a razones de protección del hijo. En el segundo caso, un poco más complejo, no se exige que la persona no esté casada,

⁸⁹⁰ RODRÍGUEZ LÓPEZ, Rosalía; BRAVO BOSCH, María José, *Experiencias jurídicas e identidades femeninas*, Dykinson, Madrid, 2011, pág. 145.

⁸⁹¹ Nótese que la solución diverge del derecho sueco y de la que veremos a continuación del propio del derecho alemán en la *grosse lösung*.

por tanto, en caso de matrimonio preexistente, este se mantiene. Sin embargo, se prevé la imposibilidad de contraer nuevo matrimonio.

La “gran solución” implica la confirmación oficial de que una persona es de un sexo distinto del inscrito en la partida de nacimiento. Los requisitos son los mismos que para la pequeña solución además de la incapacidad para procrear y la modificación mediante intervención quirúrgica de los caracteres sexuales externos del solicitante, para que estos tengan la apariencia de los del nuevo sexo. En definitiva, antes de proceder con el cambio de nombre y sexo en la partida de nacimiento, se requiere haberse sometido a intervención quirúrgica (§ 8 (1) 2, 3, 4)⁸⁹².

El §9 desarrolla algunas puntualizaciones respecto el procedimiento a seguir. Exige que los caracteres sexuales externos aparenten el género que el solicitante pretende y una esterilidad irreversible (§ 9 (1). Asimismo indica que sin intervención quirúrgica y esterilización irreversible, el juez no admitirá la solicitud. Finalmente se requieren informes médicos relativos a la intervención de cambio de sexo y a la esterilidad del solicitante (§ 9 (3)).

Al igual que en “la pequeña solución” incluye el sexo como integrante del derecho a la intimidad. Para conocer el nombre y el sexo del solicitante antes de la modificación se necesitará de una autorización de éste, salvo en casos especiales de interés público. Firme la decisión, el solicitante será considerado como perteneciente al otro sexo, y sus derechos y obligaciones se adaptarán al mismo (§ 10 (2)).

Los hijos nacidos o adoptados antes que la decisión sea firme, mantendrán el mismo vínculo paterno-filial, ya que el proceso de cambio de sexo no produce ningún efecto en las relaciones paterno-filiales (§ 11). Respecto de la posibilidad de contraer matrimonio, el texto original exigía que el solicitante no estuviera casado. Sin embargo, la regulación vigente desde 2009, excluye este requisito (§ 16)⁸⁹³.

⁸⁹² MONTÉS PENEDÉS, Vicente, *Derecho Civil. Parte General*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1992, págs. 107 y ss.

⁸⁹³ La ley de 1980, preveía la posibilidad que el vínculo matrimonial subsistiera en algunos casos, sobre la base de que el proceso de cambio de sexo se había aplicado antes de que la ley entrara en vigor. En estos casos, cuando la ley entraba en vigor, automáticamente disolvía el matrimonio.

En resumen, en Alemania, se publicó la Ley de 11.08.1980, resultado de la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 11.10.1978, en la que se exige dictamen médico sobre la irrevocabilidad del cambio de sexo deseado y operación de reasignación sexual. Propone la ley dos soluciones: por un lado, la llamada *kleine Lösung* (solución pequeña) que se sustancia en un mero cambio del nombre; por otro lado, la *grosse Lösung* (la gran solución), que supone el cambio oficial de sexo, con el consiguiente reconocimiento del derecho al matrimonio respecto de personas pertenecientes a su sexo originario, aunque se exigen los siguientes requisitos: la incapacidad para procrear, la irreversibilidad de la nueva situación, la modificación de los caracteres sexuales externos en un individuo mayor de edad y el transcurso de un plazo mínimo de tres años en tal situación y que sea alemán, apátrida con residencia habitual en Alemania o refugiado extranjero domiciliado en la República Federal. Pero, en todo caso, cabe una “decisión previa o prejudicial”, con fuerza de cosa juzgada, para el caso que el transexual pueda obtener el cambio, una vez que haya cumplido condiciones exigidas. Y cabe también un arrepentimiento con anulación de la decisión, sin más requisitos que el nuevo sentimiento de pertenecer al sexo inicial. En la sentencia del Tribunal Constitucional referenciada se considera que, atendiendo a la dignidad de la persona, y al libre desarrollo de la personalidad, ello determina que el estado civil se corresponda, en cuanto al sexo, con la constitución psicofísica de la persona⁸⁹⁴.

4.1.3. Italia

El país transalpino elaboró una norma en materia de rectificación de atribución de sexo en la Ley número 164 de 14.04.1982⁸⁹⁵, convirtiéndose en el tercer país europeo en regular la transexualidad, tras Suecia y Alemania⁸⁹⁶.

Entre los factores que originaron la ley, según TOLDRÀ ROCA⁸⁹⁷, pueden señalarse como más significativos, la posición jurisprudencial que de forma progresiva, fue

⁸⁹⁴ ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina, *Discriminación por orientación sexual...* cit., pág. 138.

⁸⁹⁵ http://www.esteri.it/mae/doc/1164_1982.pdf. Consultado el 30.05.2015.

⁸⁹⁶ PATTI, Salvatore; CUBEDDU, Maria Giovanna, *Introduzione al diritto della famiglia in Europa*, Giuffrè, Milano, 2008, pág. 95.

⁸⁹⁷ TOLDRÀ ROCA, *Capacidad natural y capacidad matrimonial. La transexualidad...* cit., pag.147.

admitiendo el cambio jurídico⁸⁹⁸ y el reconocimiento del Derecho a la identidad sexual⁸⁹⁹; el desarrollo gradual de los Principios contenidos en la Constitución⁹⁰⁰, así como la influencia, que tuvo en su momento, la mediación de la Comisión Europea de Derechos Humanos entre el Estado italiano y un grupo de transexuales. Estos habían presentado una demanda (9420/1981) solicitando el reconocimiento, en Italia, de la rectificación jurídica del sexo. La demanda fue admitida a trámite y, posteriormente, retirada a causa del arreglo extrajudicial que se logró⁹⁰¹.

También TOLDRÀ ROCA⁹⁰² señala que la doctrina ha tenido un importante papel en esta evolución a raíz de la interpretación del art. 5 *Codice civile*. La norma, en cuestión, trata de los actos de disposición sobre el propio cuerpo y, en este sentido, prohíbe todos aquellos actos que produzcan una disminución permanente de la integridad física o cuando sean contrarios a la ley, al orden público o a las buenas costumbres. Se enmarca dentro de los derechos de la personalidad y, en concreto, consagra el derecho a la vida y la integridad física. En esta última se incluye la unidad psicomática de la persona humana como tutela de la integridad psíquica.

La Ley no establece ningún requisito que deba exigirse para solicitar el cambio de sexo ni realiza una mención expresa a los transexuales⁹⁰³.

Los artículos 1 y 2 de la norma parten de la premisa del art. 454 del *codice* el cual regula la rectificación de los actos del estado civil. Para la rectificación del sexo que

⁸⁹⁸ PERLINGIERI, Pietro, “Note introduttive ai problemi giuridici del mutamento di sesso en La Personalità umana nell’ordinamento giuridico”, *Universita degli studi di Camerino*, Foro Italiano, E.S.I. Napoli, 1982, pág. 190.

⁸⁹⁹ STANZIONE, Pasquale, “Transessualismo e tutela della persona: la legge n° 164 del 1.982” en *Studi di diritto civile* (coord. SCIANCALEPORTE, Giovanni), Edizione scientifiche italiane, Napoli, Roma, 1986, pág. 148.

⁹⁰⁰ MARTÍNEZ PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel, *El transexualismo...* cit., pág. 1188.

⁹⁰¹ FOSAR BENLLOCH, Enrique, “El reconocimiento de la transexualidad en la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1987 y en los dictámenes de la Comisión Europea de Derechos Humanos: Casos VAN OOSTERWICJK contra Bélgica, de 01.03.1979, y REES contra Reino Unido, de 12.12.1984”... cit., pág. 88.

⁹⁰² TOLDRÀ ROCA, *Capacidad natural y capacidad matrimonial. La transexualidad...* cit., pag. 147.

⁹⁰³ STANZIONE, Pasquale, “Transessualismo e tutela della persona...” cit., pág. 164.

consta en la partida de nacimiento es necesario acudir a los tribunales para que estos mediante sentencia lo autoricen. El art. 2 resuelve aspectos procesales como la determinación del tribunal competente para conocer de la demanda de rectificación de sexo o la participación del Ministerio Fiscal como prevé el art. 70 del Código italiano. El art. 3 regula que el tribunal puede autorizar mediante sentencia la intervención quirúrgica de cambio de sexo cuando lo estime necesario.

A diferencia de las normas de otros países⁹⁰⁴, no se exige un convencimiento interno de pertenecer a un sexo distinto al inscrito en la partida de nacimiento. Tampoco se menciona la edad como requisito a tener en cuenta. Ahora bien, los elementos psicológicos, las condiciones psicosexuales, la edad y el estado de salud sí que son tenidos en cuenta por el tribunal, por lo que se deduce que no se admite la reversibilidad del sexo (art. 2.4 Cc)⁹⁰⁵.

Conforme el art. 3.1 CC si el juez lo considera oportuno puede autorizar por medio de una sentencia, la intervención quirúrgica de cambio de sexo a fin de conseguir una adecuación morfológica. Para TOLDRÀ ROCA éste es uno de los puntos más conflictivos de la normativa italiana, “ya que confluye la aspiración subjetiva de la persona y la valoración del interés objetivo de la misma persona, de otro sujeto, en su caso, y el interés de la colectividad. Se ha afirmado, en este sentido, que se deja una excesiva discrecionalidad al tribunal, pero al mismo tiempo, se destaca como una virtud de la ley, porque no deja espacio a las decisiones que puedan ser fruto del arbitrio personal, del capricho, de la moda, y para ello se exige la autorización judicial”⁹⁰⁶.

Sobre los efectos del cambio de sexo y de nombre sobre el matrimonio y la filiación, remarcar que una persona casada y con hijos podrá pedir la modificación de nombre y sexo. De ser el caso, el art. 2 establece que la demanda tiene que ser notificada al cónyuge y a los hijos, en el supuesto que los hubiere. El cambio de sexo y nombre tiene las consecuencias jurídicas descritas en el art. 4: la sentencia de rectificación de atribución de sexo no tiene efectos retroactivos, aunque si provocará la disolución del

⁹⁰⁴ Nos referimos a Suecia y a Alemania.

⁹⁰⁵ PERLINGIERI, Pietro, *Codice Civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza a cura di Libro Primo*, Ediciones Utet, Torino, 1983, pág. 190.

⁹⁰⁶ TOLDRÀ ROCA, Maria Dolores, *Capacidad natural y capacidad matrimonial...* cit, pág. 149.

vínculo matrimonial o el cese de los efectos civiles del matrimonio celebrado en ritual religioso. Por tanto, la sentencia judicial rectificadora de sexo y nombre resulta una causa de disolución matrimonial⁹⁰⁷.

En el caso de la filiación, la Ley no da una respuesta concluyente. Se plantea la cuestión de si la persona que ha obtenido una sentencia de rectificación puede continuar ejerciendo la labor de educar a sus hijos menores de edad, concretamente teniendo en cuenta el rol que le corresponde a cada progenitor. Cada caso tiene que ser estudiado con sus particularidades. La edad y la madurez del menor son los principales elementos a tener en cuenta, junto al interés moral y material del menor. Por eso, existe una sentencia, de la que tenemos constancia, que ha llegado a prohibir el derecho de visitas del transexual con el apoyo del art. 333 del *Codice*, referente a situaciones que pueden conducir a un perjuicio del menor, sin hacer expresa mención a la transexualidad. La sentencia en cuestión estimó que el padre transexual que se convierte en mujer no proporciona un ejemplo adecuado para el hijo de siete años al que tiene derecho a visitar tras un proceso de divorcio y aconseja, en interés del menor, prohibir encuentros de cualquier tipo entre ambos⁹⁰⁸.

En el ámbito del derecho a la intimidad, la declaración del estado civil relativa a la persona que ha obtenido en virtud de sentencia la rectificación del sexo, se expide con la sola indicación del nuevo sexo y el nombre (art. 5).

La Ley italiana de 1982, es completada por la Ley de 06.03.1987, núm. 74, sobre “nuevas normas sobre la disciplina de los casos de disolución del matrimonio”. En la Ley se establece que cabe la rectificación del estado civil en base a una sentencia firme que atribuya a una persona un sexo distinto del enunciado en el acta de nacimiento como consecuencia de modificaciones producidas en sus caracteres sexuales. Esta Ley exige que se presente demanda de rectificación, y dispone que será el juez quien debe autorizar la intervención quirúrgica para adecuar los caracteres sexuales a fin de conseguir una adecuación morfológica si, después de examinar distintas circunstancias

⁹⁰⁷ STANZIONE, Pasquale, “Transsexualismo e tutela della persona...” cit., pág. 158.

⁹⁰⁸ Sentencia del Tribunale de Luglio, 1982, en PATTI, Salvatore; WILL, Michael, “La retificazione di attribuzione di sesso: prime considerazioni”, en *Nuove Leggi Civilli Commentate*, número 2, 1983, pag. 746.

de la persona, así lo considera oportuno. La sentencia no tiene efecto retroactivo y provoca la disolución del matrimonio o la cesación de efectos civiles del matrimonio religioso. Con respecto a los hijos, no hay una interpretación doctrinal unánime, pero se estima que hay que tener en cuenta el interés del menor, y que, por tanto, se puede llegar a restringir el derecho de visitas⁹⁰⁹.

4.1.4. Reino Unido

El derecho continental, que tiene sus raíces en el derecho romano y germánico, fundamenta su relación en la ley, teniendo la jurisprudencia un plano interpretativo. En cambio, en el derecho anglosajón (sistema del *Common Law*) la jurisprudencia tiene carácter vinculante, la decisión de un tribunal en un sentido u otro, vinculará al mismo en los futuros casos en los que se planteen una situación fáctica y de derecho similares⁹¹⁰.

⁹⁰⁹ El Tribunal de Casación promovió cuestión de constitucionalidad sobre diversos preceptos de esta Ley (artículos 2, 3, 29, 30 y 32 de la Constitución italiana), que fue resuelta en sentido negativo por el Tribunal Constitucional mediante sentencia de 06.05.1985, en la que se tiene en cuenta la ya citada sentencia del Tribunal Constitucional alemán, y apunta al problema que afecta a las personas transexuales, y que consiste en la exigencia fundamental de hacer coincidir el soma con la psique, equilibrio que suele recomponerse a través de la intervención quirúrgica. El legislador italiano ha escogido, según la sentencia, un concepto de identidad sexual nuevo y diverso respecto del pasado, en el sentido de que no sólo se confiere relieve a los órganos genitales externos, comprobados en el momento del nacimiento o naturalmente evolucionados, sino a elementos de carácter psicológico y social, ya que es presupuesto de la norma impugnada la concepción del sexo como dato complejo de la personalidad determinado por un conjunto de factores, cuyo equilibrio debe ser intentado dando preferencia a los dominantes. Señala que la Ley lo que hace es reconocer una situación de hecho preexistente, de manera que la Ley italiana no exige necesariamente una intervención quirúrgica de reasignación de sexo, a menos que de las circunstancias del caso se derive su necesidad. Vid. ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina, *Discriminación por orientación sexual...* cit., nota 118, págs. 138 a 139.

⁹¹⁰ El *Common Law* está formado por un conjunto de normas no escritas (*unwritten*) y no promulgadas o sancionadas (*unenacted*). Se fundamenta, por tanto, en el Derecho adjetivo o formal (*adjective law*) de carácter eminentemente jurisprudencial. De ahí el dicho comúnmente utilizado por los juristas anglosajones de *Remedies precede rights*, que podría traducirse por «la acción crea el derecho», y que hace referencia a que son las acciones o los procedimientos judiciales interpuestos ante los tribunales los que dan pie a las decisiones de los jueces que, a su vez, crean el Derecho. Vid. CARTWRIGHT, Joe, *Contract Law*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2007.

En el Reino Unido desde 1996, hasta 2009, la Cámara de los Lores era la encargada de realizar lo que en *Common Law* se conoce como *overruling* y desde 2009, lo formula la Corte Suprema. El *overruling* es un mecanismo para modificar la jurisprudencia por parte del órgano superior que se da cuando la jurisprudencia queda obsoleta, existe un peligro para el ordenamiento jurídico o bien para unificar criterios⁹¹¹.

En el Reino Unido la transexualidad ha sido objeto de análisis jurisprudencial y uno de los casos más conocidos es el de *CORBETT* contra *CORBETT* en la década de los setenta⁹¹². El supuesto consiste en que el ciudadano APRIL ASHLEY había nacido como hombre y pese haberse sometido a una cirugía de cambio de sexo, el Juez (Lord ROGER ORMOND) consideró que seguía siendo un hombre, gracias a un test que el mismo juez inventó y que sirvió de referencia para el resto de procedimientos.

De las sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos⁹¹³, especialmente el caso de CHRISTINE GOODWIN contra Reino Unido⁹¹⁴, obligó al Reino Unido a crear una norma que es conocida como la *Gender Recognition Act*⁹¹⁵ (GRA), aprobada en 2004. La GRA regula que una persona de cualquier sexo y de al menos dieciocho años de edad puede solicitar un certificado de reconocimiento de género si cumple con las siguientes condiciones: está viviendo conforme a un sexo distinto del que aparece en la partida de nacimiento; ha cambiado de sexo bajo la tutela de las leyes de otro país. En el primer supuesto establece como requisitos el tener o haber tenido disforia de género; haber vivido conforme al género que se pretende durante al menos los dos años anteriores a la presentación de la solicitud de reconocimiento de género; intención de

⁹¹¹ Un glosario sobre la cuestión puede verse en HARDING, Matthew; MALKIN, Ian, *Overruling in the High Court of Australia in Common Law Cases*, Law School, The University of Melbourne, 2007.

⁹¹² Sobre países con influencia del sistema del *Common Law* vid. http://www.vanuatu.usp.ac.fj/courses/LA306_Family_Law/Cases/Corbett_v_Corbett.html. Consultado el 18.03.2015.

⁹¹³ Sobre la cuestión relativa a la jurisprudencia ya nos hemos referido con más espacio y detenimiento en el apartado III relativo a la transexualidad según la jurisprudencia internacional.

⁹¹⁴ La sentencia del TEDH a la que ya nos hemos referido, formula una reinterpretación de la regulación británica aplicable hasta 2002, respecto a la reasignación de sexo y sus efectos, mostrando que era obsoleta en relación no solamente a las corrientes legales de las legislaciones nacionales, sino también respecto a las tendencias jurisprudenciales y normativas de la Unión Europea.

⁹¹⁵ <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2004/7/contents>. Consultado el 14.07.2015.

seguir viviendo con ese género hasta fallecer (*section 1 y 2*). Para probar estos requisitos se exige un doble informe: el de un médico colegiado, en activo y experto en la materia (disforia de género); otro informe de un médico colegiado, en activo que no tiene por qué ser experto en lo relacionado con la disforia de género. De no ser así, la otra opción es un informe de un psicólogo experto en el campo de la transexualidad y otro informe de un médico colegiado y en activo que no tiene porque ser experto en la cuestión. El segundo supuesto tiene que producirse de acuerdo con las leyes previstas y aprobadas en este otro país. Además, al igual que en el supuesto anterior, se exigirán los informes de los médicos y psicólogos expertos ya enunciados, bastará con, al menos, un informe de un médico o psicólogo experto en la materia y que incluya detalles del diagnóstico de disforia de género del solicitante. Si el solicitante ya ha sido sometido, está siendo sometido o se le ha prescrito para reasignación de sexo, será necesario que como mínimo uno de los informes aporte detalles del tratamiento (*section 3*)⁹¹⁶.

Teniendo en cuenta todos los factores, el juez otorgará el acta de reconocimiento de género al solicitante. Si la persona que solicita la rectificación está casada, el reconocimiento será temporal / provisional. Una vez anulado el matrimonio o divorciado, automáticamente el acta tendrá plenos efectos (*section 4 y 5 y 5A*)⁹¹⁷. Hay que tener en cuenta que el matrimonio entre dos personas del mismo sexo si está permitido, la cual convertiría el matrimonio preexistente en una unión matrimonial homosexual⁹¹⁸.

⁹¹⁶ Para un comentario más exhaustivo de la Ley vid. KÖHLER, Richard; RECHER, Alecs; EHRT, Julia, *Legal Gender Recognition in Europe*, Transgender Europe, London, 2013.

⁹¹⁷ En Inglaterra y Gales el matrimonio entre personas del mismo sexo es válido. La Ley se denomina “Ley del Matrimonio (para Parejas del mismo sexo)”, fue aprobada en 2013, en el Parlamento de Westminster. Desde el año 2005, las personas del mismo sexo pueden celebrar uniones civiles en ayuntamientos británicos, lo que les da derechos y responsabilidades similares al matrimonio civil sin estar casados. En este sentido Vid. <http://www.bbc.com/news/uk-politics-23338279>; <http://www.abc.es/sociedad/20130604/abci-camara-lores-matrimonio-homosexual-201306041801.html>. En Escocia el matrimonio entre personas del mismo sexo también es válido a merced de la “Ley del Matrimonio y Unión Civil” de 2014. Vid. http://www.huffingtonpost.es/2014/02/04/escocia-matrimonio-homosexual_n_4725454.html. Consultado el 19.07.2015.

⁹¹⁸ GREEN, Richard, *Transsexual legal rights in the United States and United Kingdom: Employment, Medical treatment and civil status*, Arch Sex Behav, número 39, 2010, pág. 153. Vid. en <http://link.springer.com/article/10.1007/s10508-008-9447-5/fulltext.html>. Consultado el 20.07.2015.

El completo reconocimiento implica que el solicitante adquiere el nuevo sexo a todos los efectos desde su inscripción, pero no afecta a los documentos anteriores, salvo el de la partida de nacimiento. Los efectos del acta de reconocimiento no alteran las relaciones de parentesco ya existentes, por lo que el solicitante tendrá los mismos derechos y deberes que tenía como padre o madre de su descendiente o descendientes (*section 5A, 21.*).

El acta de reconocimiento está ligada al derecho a la intimidad que extiende sus efectos tanto en la esfera particular o privada como pueden ser las relaciones laborales, como en la esfera de la administración pública (*section 22*).

Así pues, en el Reino Unido, la *Gender Recognition Act*, de 01.07.2004, permite el cambio de sexo a quienes, habiendo cumplido 18 años, estén viviendo como miembros del otro sexo o hayan cambiado de sexo de acuerdo con el Derecho de otro país. Se requiere que se constate la disforia de género, que el cambio se haya producido durante al menos dos años y que la persona se proponga vivir de acuerdo al sexo deseado y que se cumplan ciertos requisitos, a saber, que se presente informes médico y psicológico sobre la disforia de género y que el solicitante se haya sometido o se esté sometiendo a tratamiento para la modificación de los caracteres sexuales, o que tal tratamiento le haya sido prescrito o planificado⁹¹⁹.

4.1.5. Francia

Pese a reconocer que la transexualidad no es una enfermedad mental desde 2010⁹²⁰, Francia es uno de los países con más dificultades para que un transexual pueda ver reconocidos sus derechos, como así lo afirma el TEDH en el caso *B* contra *Francia* de 1992 –al que ya nos hemos referido–, que hemos analizado con más detenimiento en el apartado dedicado a la jurisprudencia del TEDH.

Desde el punto de vista legal, el estado francés ha mantenido una postura conservadora y reticente al reconocimiento de los derechos del colectivo transexual. La Corte de

⁹¹⁹ ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina, *Discriminación por orientación sexual...* cit., pág. 139.

⁹²⁰ ESPINEIRA, Karine, *La Transcyclopedie: Tout savoir sur les transidentités*, Éditions des Ailes sur un Tracteur, París, 2012, págs. 138 y ss.

Apelación de París en 1974, indicó “que no podrán ser tenidos en cuenta los cambios logrados artificialmente en su morfología por la ingestión de determinadas sustancias, todavía menos por una operación que implique mutilaciones reprimidas por la ley penal”⁹²¹.

En 1982, una proposición presentada en el Senado tendente a autorizar los tratamientos médico-quirúrgicos para las anomalías de la sexualidad, resultó rechazada por juristas y médicos que la estimaron inoportuna y consideraron que el legislador debe observar una “autolimitación saludable”⁹²².

Así las cosas, la jurisprudencia es en Francia la principal vía de reconocimiento de derechos de los transexuales. Esta no ha sido uniforme y antes de la indicada sentencia del TEDH no existía unanimidad en reconocer o rechazar las peticiones del colectivo. En el caso *B* contra *Francia* el órgano europeo reseñó un listado de sentencias dictadas por órganos judiciales franceses que accedieron a la modificación del estado civil y de los nombres⁹²³, y otras que negaron la petición⁹²⁴.

La resolución del TEDH supuso un antes y un después en la situación jurídica de los transexuales. Francia fue condenada por haber violado el art. 8 del Convenio de Roma de Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales. La resolución se fundamenta en el hecho de que a pesar de las consideraciones respecto el interés general y el interés individual, el estado de la medicina o el propio estudio del derecho

⁹²¹ TOLDRÀ ROCA, Maria Dolors, *Capacidad natural y capacidad matrimonial...* cit, pág. 144.

⁹²² *Ibidem*, págs. 144 y ss.

⁹²³ *B* contra *Francia*, de 25.03.1992, inter alia T.G.I. Amiens, 04.03.1981; Angoulême, 18.01.1984; Créteil, 22.10.1981; Lyon, 31.01.1986; Montpellier, 06.05.1985; Nanterre, 16.10.1980 and 21.04.1983; Niort, 05.01.1983; Paris, 24.11.1981, 16.11.1982, 09.07.1985 and 30.11.1988; Périgueux, 10.09.1991; Saint-Etienne, 11.07.1979; Strasbourg, 20.11.1990; Thionville, 28.05.1986; Toulouse, 25.05.1978; C.A. Agen, 02.02.1983; Colmar, 15.05.1991 and 30.10.1991; Nîmes, 02.07.1984; Paris, 22.10.1987; Toulouse 10.09.1991; Versailles, 21.11.1984; or relating to forenames only: T.G.I. Lyon, 09.11.1990; Metz, 06.06.1991; Paris, 30.05.1990; Saint-Etienne, 26.03.1980; C.A. Bourdeaux, 18.03.1991.

⁹²⁴ *B* contra *Francia*, de 25.03.1992 inter alia T.G.I. Bobigni, 18.09.1990; Paris, 07.12.1982; C.A. Bourdeaux, 13.06.1972 and 05.03.1987; Lyon, 19.11.1987; Nancy, 05.04.1973, 13.04.1977 and 22.04.1982; Nîmes, 10.03.1986, 07.06.1986, 07.05.1987 and 02.07.1987; Rouen, 08.10.1986 and 26.10.1988.

francés en todas sus vertientes, hay que trazar un camino hacia el reconocimiento de los derechos de los transexuales, lo que se produce a raíz de la sentencia de 1992⁹²⁵.

Aunque Francia en el art. 63 del Código Civil⁹²⁶ prevé la posibilidad del cambio de nombre siempre que se justifique un interés legítimo, y a pesar de reconocer las peticiones de los transexuales jurisprudencialmente, a nivel legal sigue tabú el reconocimiento de los derechos de los transexuales ya que el cambio de nombre no viene acompañado de una norma que regule los efectos del cambio de sexo.

En 2011, MICHÈLE DELAUNAY junto a setenta y tres parlamentarios más, depositaron en la oficina de *l'Assemblée Nationale* una proposición de ley que recogía los requisitos y efectos del cambio de sexo. Ésta habla de la necesidad de tres testigos (ni ascendentes, ni descendientes de la persona interesada) que den fe de la buena fe del argumento que justifica la petición de cambio de sexo; la disolución del matrimonio preexistente o la inmutabilidad de la filiación si es anterior al cambio de sexo. No obstante, ni esta proposición ni ninguna otra iniciativa normativa en la materia ha logrado, hasta el momento, hacerse un hueco en el ordenamiento jurídico francés⁹²⁷.

⁹²⁵ ROBERT, Jacques, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, 12ª edición, Montchrestein, Paris, 2014, págs. 341 y ss.

⁹²⁶ Art.61 Code Civil: *Toute personne qui justifie d'un intérêt légitime peut demander à changer de nom. Le changement de nom est autorisé par décret.* Vid. <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721&idArticle=LEGIARTI000006420952&dateTexte=&categorieLien=cid>. Consultado el 18.07.2015.

⁹²⁷ <http://www.assemblee-nationale.fr/13/propositions/pion4127.asp>. Consultado el 19.08.2015.

En este sentido vid. el art. 99.2 del *Code Civil* que regula: *La requête en rectification de la mention du sexe est présentée par l'intéressé au président du tribunal de grande instance en présence d'au moins trois témoins capables, sans lien ni d'ascendance ni de descendance avec l'intéressé. Ils témoignent de la bonne foi du fondement de la requête. L'abus manifeste du requérant fonde l'intervention du Ministère public. Le tribunal ordonne, sauf abus manifeste, la rectification de la mention du sexe. La rectification est définitive, sous réserve de la non-introduction d'une nouvelle requête de l'intéressé au titre de l'alinéa premier du présent article. Sans préjudice des dispositions de l'article 101, les actes reposant sur l'acte d'état civil doivent, à peine de l'amende édictée à l'article 50, intégrer la rectification ordonnée à la date de la rectification. La rectification de la mention du sexe confère les droits et obligations du nouveau sexe à l'intéressé sans préjudice des obligations contractées sous l'empire de l'ancien à l'égard des tiers et sous réserve des droits liés au sexe antérieur. Le mariage préexistant doit être dissout au jour de l'introduction de la requête en rectification. La filiation établie avant la rectification ne subit aucune*

Por lo explicado en Francia no existe legislación relativa a la transexualidad. Por tanto, las cuestiones que se derivan de la misma se resuelven por los Tribunales franceses. La jurisprudencia francesa, que había sostenido la indisponibilidad del estado civil y el respeto del orden público (sentencia del Tribunal de Casación de 21.05.1990) ha variado después de la citada sentencia del TEDH de 25.03.1992. En principio se consideraba que no era posible la cirugía de reasignación de sexo, por entender que se trataba de una mutilación; pero posteriormente se producirá un cambio en la jurisprudencia a partir de las sentencias del Tribunal de Casación (*Assemblée Plénière de la Cour de Cassation*) de 11.12.1992 núms. 361 y 362, admitiéndose actualmente la modificación del acta de nacimiento después de un cambio de sexo fundamentada en el respecto debido a la vida privada, y siempre que se cumplan las siguientes condiciones: existencia del síndrome transexual constatado médicamente por un equipo interdisciplinar compuesto por médicos, psiquiatras, psicólogos y endocrinólogos y cirujanos, y averado judicialmente por pericia judicial; cirugía de reasignación sexual; tratamiento médico-quirúrgico realizado con finalidad terapéutica, y comportamiento social del sexo deseado. La sentencia que se dicte es constitutiva del cambio de sexo deseado y carece de efecto retroactivo⁹²⁸.

Hasta la fecha, Francia sigue siendo uno de los países sin una normativa específica que regula la transexualidad y sus efectos, por lo que la jurisprudencia francesa sigue siendo la única vía de reconocimiento de derechos de los transexuales⁹²⁹.

4.1.6. Otros países

modification. Après la rectification, la filiation peut être établie à l'égard de l'intéressé conformément aux dispositions du titre septième du présent code. Vid. http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=613A762F05EB81FFE5F109AA10322D1C.tpdil a12v_2?idSectionTA=LEGISCTA000006136108&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20060406. Consultado el 19.08.2015.

⁹²⁸ ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina, *Discriminación por orientación sexual...* cit., pág. 139; ESPINEIRA, Karine, *La Transcyclopedie: tout savoir sur les transidentités*, Éditions des Ailes sur un Tracteur, París, 2011, págs. 141 y ss.

⁹²⁹ Para un análisis más pormenorizado sobre la transexualidad en el Estado francés vid. <http://www.pfc.org.uk/caselaw/Libertys%20amicus%20brief%20Part%202.pdf>. Consultado el 06.04.2015.

En este apartado analizaremos, sucintamente, la regulación en materia de transexualidad de Holanda, Austria, Bélgica, Finlandia y Suráfrica, cuya regulación no podemos dejar de mencionar por su importancia.

La ley neerlandesa encargada de regular la transexualidad es la Ley de 24.04.1985⁹³⁰. La norma entró en vigor el 01.08.1985 e introdujo un artículo (29) con cuatro apartados en el Código Civil de Holanda⁹³¹.

El art. 29.a) regula que cualquier ciudadano holandés que tenga la convicción de pertenecer al sexo opuesto expresado en la partida de nacimiento, y que ha adaptado físicamente su cuerpo al sexo deseado dentro de lo posible y aceptable, tanto desde el punto de vista físico, como psicológico, puede solicitar al tribunal competente el cambio de sexo que aparece inscrito en la partida de nacimiento⁹³². El precepto exige no estar casado. Es un requisito para conseguir el cambio de sexo, pero no para iniciar el tratamiento⁹³³. Una persona puede estar casada mientras se somete a cirugía de reasignación sexual pero para que produzca efectos legales, deberá divorciarse; ser incapaz para procrear. Si una persona de sexo masculino cambia al sexo femenino, no podrá engendrar hijos. Y si una mujer se opera para ser hombre, se exige que no pueda dar a luz. El mismo artículo abre la posibilidad de que un extranjero pueda solicitar también el cambio de sexo. Para este supuesto, además de los requisitos exigidos al ciudadano holandés, se incluye el haber establecido su domicilio en territorio holandés durante al menos un año antes de la petición y tener un título legal de residencia⁹³⁴.

⁹³⁰https://books.google.es/books?id=4TRXglDzUfEC&pg=PA27&lpg=PA27&dq=art.28+dutch+civil+code&source=bl&ots=U6CNC4UQcY&sig=e7MeZvc1PEwYeLc6PAOk9S_w6dM&hl=ca&sa=X&ei=5QkdVYuXDMneU_eXgMAI&ved=0CE8Q6AEwCA#v=onepage&q=art.28%20dutch%20civil%20code&f=false. Consultado el 10.04.2015.

⁹³¹ Originariamente la Ley de 1985, realizaba la inclusión del artículo 29. Posteriormente, éste se convirtió en art. 28 a raíz de la modificación del año 1992.

⁹³² La jurisdicción viene dada por el domicilio del solicitante.

⁹³³ MEGENS, Jos, “El tratamiento de la transexualidad: el modelo holandés” en *Transexualidad. La búsqueda de una identidad* (coord. BECERRA FERNÁNDEZ, Antonio), Díaz de Santos, Madrid, 2003, págs. 79 a 84.

⁹³⁴ ESPÍN ALBA, Isabel, *Transexualidad y tutela civil de la persona...* cit., págs. 57 a 58.

El art. 29.b) añade un requisito más, la declaración firmada de un experto en la materia que ha de contener la convicción de pertenecer al sexo opuesto al indicado en la partida de nacimiento (tanto desde un punto de vista médico como psicológico). Para ello, se tendrá en cuenta el tiempo en el que ha vivido el solicitante como tal y otras circunstancias que así lo corroboren⁹³⁵. El art. 29.b.2) regula que no será necesario si el solicitante ya se ha sometido a una adaptación del sexo deseado; por el contrario, sí que se exige la esterilidad irreversible, es decir, ser incapaz para procrear⁹³⁶.

Cumplidos los requisitos el juez resolverá según los criterios observados a lo largo del proceso si otorgar o no el cambio de sexo. Además, si se pretende cambiar el nombre, deberá solicitarse cuando se conceda el cambio de sexo, ya que la resolución judicial no cambia automáticamente el nombre del solicitante⁹³⁷.

El cambio de sexo producirá efectos cuando el funcionario del Registro Civil realiza el acta de inscripción en base a la resolución de modificación. Esta rectificación no afecta a las relaciones de parentesco existentes hasta el momento, ni en los derechos y obligaciones asumidas por el solicitante⁹³⁸.

El 18.12.2013, el Senado neerlandés aprobó una modificación de la regulación del cambio de sexo en el Estado holandés que entró en vigor en julio de 2014, que elimina los requisitos de tratamiento hormonal, cirugía e incluso el referente a la esterilización de la persona transexual⁹³⁹.

⁹³⁵ Hechos y circunstancias de carácter permanente y estable como apariencia y comportamiento.

⁹³⁶ En este sentido, como ya se ha explicado, la ley holandesa sigue el mismo criterio legal de Suecia, Italia y la *grosse Lösung*.

⁹³⁷ “Transexualism, Medicine and Law: proceedings” en *XIIIrd Colloquy on European Law*, Vrije Universiteit Amsterdam (Netherlands), 14-16 April 1993. Puede encontrarse el documento en: <http://www.iiav.nl/ezines/web/ijjt/97-03/numbers/symposion/ijtc0604.htm>. Consultado el 02.05.2015.

⁹³⁸ Para un comentario más detallado de la ley vid. TOLDRÀ ROCA, Maria Dolors, *Capacidad natural y capacidad matrimonial...* cit, págs. 140 a 144.

⁹³⁹ <http://www.hrw.org/news/2013/12/19/netherlands-victory-transgender-rights>. Consultado el 11.06.2015.

En conclusión, la Ley holandesa de 24.04.1985, que modifica el art. 29 del Código Civil holandés⁹⁴⁰, exige dictamen de facultativo en que conste la convicción del transexual de pertenecer a un sexo distinto del que legalmente consta en el acta de nacimiento; adaptación física al sexo deseado en la medida de lo posible, que no implica necesariamente una intervención quirúrgica, pero que permita al juez tener el convencimiento de un propósito serio de permanecer viviendo como miembro del sexo adquirido; no estar casado; ser incapaz para la procreación. Será el juez quien otorgue o no la concesión del cambio. El cambio de sexo no influye en las relaciones de parentesco, ni en las competencias y obligaciones asumidas por la persona⁹⁴¹.

Austria, desde 1983, prevé la posibilidad de reconocer el cambio de sexo, para ello requiere del cumplimiento de los siguientes requisitos: la esterilidad del transexual (de acuerdo con su sexo inicial); tiene que demostrar que ha vivido un largo periodo de tiempo con la convicción de estar con un género que no es el propio; que no haya posibilidad de arrepentimiento y, por tanto, de revertir la situación tras someterse al tratamiento y a la operación de reasignación de sexo; que el solicitante no esté casado⁹⁴².

La regulación belga es del 2007, y prevé que tanto el ciudadano nacional como extranjero que tenga la convicción íntima, constante e irreversible de pertenecer a un sexo diferente al indicado en la partida de nacimiento puede solicitar el cambio de sexo. En el caso de menor no emancipado puede realizar la misma declaración siempre que esté asistido por sus padres o tutor legal que lo represente. Cumplidos los requisitos, el

⁹⁴⁰ Recuérdese que ha sido modificado en el año 1992, convirtiéndose en el art. 28.

⁹⁴¹ ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina, *Discriminación por orientación sexual...* cit., pág. 140.

⁹⁴² Para un estudio más detallado sobre Austria véase los estudios académicos de la *International Commission on Civil Status: Transsexualism in Europe*. Pueden consultarse los informes en: <https://books.google.es/books?id=IkPTahZ9o9wC&pg=PA239&lpg=PA239&dq=International+Comissio+on+Civil+Status:+Transsexualism+in+Europe.&source=bl&ots=e2ymrrmNdE&sig=6ewvf539kvNaEFCJaTIQyMnCFcW&hl=es&sa=X&ei=w1g6VZjxOovD7gb8qYDoCA&ved=0CCQQ6AEwAA#v=onepage&q=International%20Comissio%20on%20Civil%20Status%3A%20Transsexualism%20in%20Europe.&f=false>. Consultado el 01.07.2015.

oficial del estado civil redacta un acta en el que consta el nuevo sexo y nombre, surgiendo efectos desde el momento en que se inscribe en el Registro Civil⁹⁴³.

Finlandia, mediante la Ley promulgada en 2002, regula el cambio de sexo cuando el sujeto presenta un informe médico que demuestra que pertenece y vive según el sexo opuesto al del nacimiento y es esterilizado. Otros requisitos que tiene que cumplir son: mayoría de edad (18 años), no estar casado y tener la nacionalidad finlandesa o la residencia en Finlandia. La autorización del cambio de sexo recae en el juez del domicilio del demandante y tendrá efectos desde su inscripción en el Registro Civil⁹⁴⁴.

Un país no europeo que también regula la transexualidad es Suráfrica. En 2004, aprobó un Acta para reconocer los derechos de los transexuales. Distingue entre la reasignación de género y la persona intersexual. Define el "cambio de sexo" como un proceso que se lleva a cabo con el propósito de reasignación de sexo de una persona, cambiando las características sexuales fisiológicas o de otro tipo, e incluye cualquier parte de un proceso de este tipo; mientras que define el intersexual como una persona cuya diferenciación congénita sexual es atípica, en cualquier grado (sic)⁹⁴⁵. En la reasignación de sexo se exige que la persona se haya sometido a un cambio de sexo y que se adjunte la partida de nacimiento y el informe médico que reporte el proceso (tratamiento y operación). El procedimiento se tramita ante el Director General del Departamento Nacional de Asuntos de Interior⁹⁴⁶.

4.2. Derecho Internacional Privado

En el ámbito del derecho internacional privado (DIPrv) las normas determinan como delimitación del derecho de aplicación el de la ley personal. En este apartado estudiaremos que pasa cuando no estamos dentro del ámbito de aplicación personal de la norma. E aquí, cuando surgen dudas sobre qué ley aplicar por lo que es necesario

⁹⁴³ http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=fr&la=F&cn=2007051055&table_name=loi. Consultado el 27.06.2015.

⁹⁴⁴ <http://finlex.fi/fi/laki/ajantasa/2002/20020563>. Consultado el 13.04.2015.

⁹⁴⁵ Por lo que hemos analizado en el presente trabajo referirse a la expresión "cualquier grado", desde nuestro punto de vista jurídico nos parece una gran imprecisión y desacierto.

⁹⁴⁶ <http://www.info.gov.za/view/DownloadFileAction?id=68026>. Consultado el 25.05.2015.

acudir a la norma de conflicto para estudiar qué solución otorga. En este sentido examinaremos como resuelve esta cuestión el derecho alemán, el francés, el italiano y, por último, el español.

4.2.1. Alemania

En este punto nos referiremos a cómo resuelve el derecho alemán el supuesto de que el *ius nubendi* de un transexual cuya ley nacional le prohíbe el matrimonio pudiera ser un impedimento para la celebración del mismo sobre territorio europeo. En Alemania, el *Amtsgericht* de Hamburgo, el 17.03.1983, estimó que el impedimento del derecho de Malasia es contrario a la Ley Fundamental, y que el orden público debería descartar tal derecho⁹⁴⁷, el mismo criterio que adoptó el *Landsgericht* de Stuttgart en 1999, en el supuesto de un ciudadano tailandés, así como el *Oberlandsgericht Karlsruhe Satz* en 2003, referido a un nacional de Tailandia. Sin embargo, hoy, tras la entrada en vigor del artículo 13.2 del EGBGB⁹⁴⁸ (1986) se exige cierta proximidad⁹⁴⁹, que uno de los contrayentes tenga su residencia en Alemania o la nacionalidad alemana⁹⁵⁰.

4.2.2. Italia

En el derecho italiano encontramos la sentencia del Tribunal de Milán de 17.07.2000⁹⁵¹, consistente en un recurso presentado por un ciudadano peruano por el que solicita que se le permita someterse a un tratamiento médico y quirúrgico de ajuste de sus características sexuales primarias de HaM con la consecuente corrección de sexo y

⁹⁴⁷ *IPRspr.* 1983, n.º 1 y *StAZ* 1984, pág. 42,

⁹⁴⁸ Es la ley de introducción al Código Civil Alemán.

⁹⁴⁹ En ausencia de elección de ley, prevalecerá el derecho común nacional de los cónyuges en el momento de la celebración del matrimonio. Si los cónyuges no tienen la misma nacionalidad en ese momento, se aplicará la legislación del Estado en el que residan conjuntamente. De forma alternativa, los efectos del matrimonio estarán sujetos a la ley con la que los cónyuges están conjuntamente más estrechamente vinculados (art. 15 apart. EGBGB en combinación con el art. 14 apart. 1, 1-3 EGBGB).

⁹⁵⁰ OTHENIN-GIRARD, Simon, en, “La reserve d'ordre public en droit International privé suisse. Personnes-Famille-Successions”, en *Revue critique de droit International privé*, nº 4, 2002, pág. 909. El autor trata sobre la cuestión del derecho internacional privado en la referida obra.

⁹⁵¹ Sentencia del Tribunale de Milano de 17.07.2000, vid. *Revista di diritto internazionale privato e processuale* (Italia), nº 218, 2001, pág. 659.

nombre, conforme el art. 1 y ss. de la Ley de 1982, aunque el caso no está sujeto a regulaciones específicas en el sistema de Estado de origen. La instancia se confirmó sobre la base de la legislación italiana, de acuerdo con el art. 16.1 de la Ley 218 de 31.05.1995⁹⁵², que salvaguarda los valores de la dignidad y la libertad de la persona humana cuya protección debe ser buscada y tutelada, incluso en situaciones minoritarias o en valores aparentemente anómalos y que exceden los límites de la territorialidad y, por ello, debe aplicarse dicha protección incluso con la legislación de otros estados posiblemente incompatibles o por omisión⁹⁵³. Asimismo, el art. 24.1⁹⁵⁴ de la norma 218, regula que la existencia y el contenido de los derechos personales se rigen por la ley nacional del sujeto.

4.2.3. Francia

Antes de entrar a analizar el derecho francés, tenemos que tener en consideración un artículo doctrinal de LENA GANNAGÉ⁹⁵⁵ el cual hace una reflexión que debe ser tenida en cuenta en relación al derecho internacional privado en Francia. Según la autora, “la recepción de los Derechos fundamentales por el derecho internacional privado francés es todavía demasiado reciente como para pretender que podamos fijar los contornos con precisión. Lo más que se puede ver sin el riesgo de hacer predicciones oraculares, es que los derechos humanos y el derecho internacional privado no se mezclan”.

⁹⁵² Cuya traducción propia es: “1. El derecho extranjero no se aplicará si sus efectos son contrarios al orden público. 2. En este caso se aplica la ley invocada a través de otros criterios de conexión proporcionados por la misma supuesta legislación. En su defecto se aplica la ley italiana”. Vid. <http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:1995-05-31;218!vig=>. Consultado el 20.07.2015.

⁹⁵³ TONOLO SACCO, Sara, “Famiglia e diritto”, en *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n° 508, 1998.

⁹⁵⁴ El art. 24 prevé con relación a la existencia y el contenido de los derechos personales que están regidos por la ley nacional del sujeto. Sin embargo, los derechos derivados de una relación de familia, se regula por la ley aplicable a esta relación. Vid. <http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:1995-05-31;218!vig=>. Consultado el 02.08.2015.

⁹⁵⁵ GANNAGÉ, Lena, “Les droits fondamentaux face aux droits étrangers (l'exemple du droit International privé français)”, en *Centre d'étude des droits du monde arabe*, n° 75, París, 2003, págs. 1 y ss.

Un caso –el único que hemos encontrado con relación al tema objeto de estudio– para ejemplificar la relación existente entre los Derechos fundamentales y el derecho privado francés es la sentencia de la Cour d’Appel de París, de 14.06.1994⁹⁵⁶. En la sentencia se invoca, ante los Tribunales, el derecho al respecto de la vida privada para evitar la aplicación de la legislación argentina, la cual en materia de transexualidad prohíbe el cambio de sexo y, en definitiva, reconoce el matrimonio entre un nacional francés y un transexual argentino⁹⁵⁷.

La sentencia francesa tiene su fundamento jurídico en el art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el art. 8 de la Convención Europea de los Derechos del Hombre que garantizan el derecho a la vida privada y familiar. Además, en la sentencia de 1994, uno de los preceptos legales que cobra mayor relevancia es el art. 9 del Código civil francés, en cual establece que toda persona tiene derecho a la vida privada⁹⁵⁸.

4.2.4. España

⁹⁵⁶ LEQUETTE, Yves, *Revue critique de droit International privé*, note Y, 1995, págs. 311 a 318.

⁹⁵⁷ La reasignación de sexo en Argentina tiene unos antecedentes negativos respecto al reconocimiento de susodicho derecho. En 1966, un médico que realizó una operación de cambio de sexo a una paciente transexual femenina fue condenado a tres años de prisión por un delito de lesiones gravísimas del art. 91 del Código penal de la Nacional. En 1989, el Juez CALATAYUD de la Sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, reconoce por primera vez la identidad de género de una mujer transexual que había solicitado su cambio de nombre y sexo registral. No obstante, hasta la promulgación, el 23.05.2012, de la Ley de identidad de género o ley 26.743, no existe un reconocimiento de los derechos del colectivo transexual. Vid. CIFUENTES, Santos, *Derechos Personalísimos*, Astrea, Buenos Aires, 1995, pág. 302; Sentencia de la Cámara Nacional Civil, Sala E, de 31.03.1989, caso “P.F.N.”, publicado en Jurisprudencia Argentina 1990-III-ps. 103/111, vid comentario sobre la sentencia referenciada en la página web siguiente: http://www.domingorondina.com.ar/2011_06_01_archive.html, consultado el 13.06.2015. Y, <http://www.ms.gba.gov.ar/sitios/tocoginecologia/files/2014/01/Ley-26.743-IDENTIDAD-DE-GENERO-pdf>. Consultado el 13.06.2015.

⁹⁵⁸ <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006419288&cidTexte=LEGITEXT000006070721>. Consultado el 13.06.2015.

Desde final del siglo XX, se ha producido en España una profunda transformación de los modelos matrimoniales⁹⁵⁹ y el modelo matrimonial entre personas de distinto sexo ya no es el único⁹⁶⁰. Prueba de ello, es que como se analizará en este apartado, dos nacionales de terceros Estados pueden contraer válidamente matrimonio homosexual en España, aunque sus respectivas leyes nacionales no les reconozcan capacidad para hacerlo⁹⁶¹. No obstante, el camino para alcanzar este reto no ha sido fácil hasta la entrada en vigor de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio⁹⁶². Hasta la referenciada Ley es importante comentar, aunque sea brevemente, el criterio sobre la cuestión en la RDGRN de 24.01.2005⁹⁶³, y en la Resolución – Circular de la DGRN de 29.07.2005⁹⁶⁴, sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo que aborda los problemas que la nueva norma puede plantear en supuestos de tráfico externo y aporta las soluciones e instrucciones que han de seguir los Encargados del Registro Civil en estos supuestos⁹⁶⁵.

La Resolución de la DGRN de 24.01.2005, en el recurso interpuesto contra el auto dictado por el Juez Encargado del Registro Civil de Barcelona, en el expediente sobre autorización de matrimonio civil entre un varón y un transexual. El caso consiste en un varón nacido en Tarragona y una persona transexual nacida en Costa Rica que

⁹⁵⁹ TALAVERA FERNÁNDEZ, Agustín, *La unión de hecho y el derecho a no casarse*, Comares, Granada, 2001, págs. 25 y ss.; CEBRIÁ GARCÍA, María Dolores, “El matrimonio en España en la segunda mitad del siglo XX” en *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la UE y el Derecho comparado*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 2000, págs. 383 a 395.

⁹⁶⁰ CARACCILO DI TORELLA, Eugenia; REID, Emily, “The changing shape of the European family” and fundamental rights”, *European Law Review*, nº 80, 2002, págs. 80 a 91.

⁹⁶¹ Para SOTO MOYA la posibilidad de casarse puede ser un modo de integración en España, vid. SOTO MOYA, Mercedes, “Matrimonio, orientación sexual e integración del extranjero” en *La integración de los extranjeros. Un análisis transversal desde Andalucía*, Atelier, Barcelona, 2009, pág. 685 a 715; de la misma autora: *Uniones transfronterizas entre personas del mismo sexo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 216 y ss.

⁹⁶² BOE núm. 157, de 02.07.2005.

⁹⁶³ http://www.forulege.com/dokumentuak/Resolucion_de_24_de_enero_de_2005_de_la_DGRN.pdf.

Consultado el 28.07.2015.

⁹⁶⁴ BOE núm. 188, de 08.08.2005.

⁹⁶⁵ Sobre esta Resolución – Circular vid. CALVO CARAVACA, Alfonso Luís; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, “Matrimonio entre personas del mismo sexo y Derecho internacional privado español”, *Diario La Ley*, núm. 6391, 2006.

solicitaron autorización para contraer matrimonio civil en el Registro Civil de Barcelona. La legislación costarricense no contempla el cambio de sexo, por ello no es posible inscribir en el Registro Civil ninguna resolución judicial extranjera que acredite tal cambio.

El Ministerio Fiscal se opuso a lo solicitado ya que atendiendo a la certificación del Consulado de Costa Rica, dicho país no acepta la transexualidad, aunque exista sentencia judicial española. El Juez Encargado dictó auto con fecha 21.06.2004, denegando la autorización para la celebración del matrimonio solicitado, ya que el estado civil de las personas lo regula su ley personal, y según el certificado consular costarricense el sujeto es de sexo legal masculino conforme a su ley personal (la de Costa Rica), y hoy por hoy (año 2004) la legislación española no permite el matrimonio entre dos personas del mismo sexo legal.

Las partes interpusieron recurso ante la DGRN solicitando la revocación del auto. La DGRN esgrime entre sus argumentos para resolver que “la situación jurídica del transexual sigue sin estar contemplada, al menos en el ámbito civil, por el legislador español, si bien esta laguna está resuelta por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la cual (...) admitía la constancia en el Registro Civil de un sexo distinto por consideraciones de tipo psíquico y social y en consonancia con el principio de libre desarrollo de la personalidad recogido en el artículo 10.1 de la Constitución”. Asimismo, argumenta que el transexual que pretende contraer matrimonio es de nacionalidad costarricense y que, como tal, su capacidad matrimonial se ha de regir por la ley costarricense al ser ésta la determinada por su estatuto personal (art. 9.1 Cc), y que el contenido de tal ley no contempla el cambio de sexo de sus ciudadanos.

Así las cosas, la resolución del presente caso requiere analizar dos importantes cuestiones de Derecho Internacional Privado: de un lado, la competencia de los Tribunales españoles para proceder al cambio de sexo de un extranjero; por otro lado, la de si cabe apreciar en la materia objeto del recurso la excepción de orden público internacional a fin de excepcionar la aplicación de la ley extranjera⁹⁶⁶. En cuanto a la

⁹⁶⁶ El orden público internacional está constituido por el conjunto de principios fundamentales, básicos e irrenunciables, de un ordenamiento jurídico que imposibilitan la aplicación de la solución adoptada por el

primera de las cuestiones, cabe destacar que la competencia de los tribunales españoles para proceder al cambio de sexo en casos internacionales, entendiendo por tales aquellos en que concurren elementos de extranjería, no viene regulada específicamente en ninguna norma jurídica del Derecho español. Sin embargo, a pesar de tal laguna legal, procede admitir dicha competencia judicial internacional (sic) de los Tribunales españoles sobre dos argumentos, primero: el art. 24 CE debe ser interpretado en sentido expansivo, de modo que la tutela judicial efectiva sea un derecho de todo ser humano, sea español o extranjero; segundo: el art. 22.1 LOPJ indica que los Tribunales españoles tienen competencia judicial internacional en las cuestiones relacionadas con la validez de las inscripciones en registros públicos españoles. Visto que la ciudadana costarricense está inscrita en el Registro Gubernativo de extranjeros, procede admitir que los Tribunales españoles puedan indicar si la inscripción de tal ciudadana en dicho registro debe hacerse como varón o como mujer. La segunda de las cuestiones, de la posible aplicación al caso de la excepción del orden público internacional español, es cierto que las cuestiones relativas a la persona deben solventarse con arreglo a la Ley personal del sujeto en cuestión. Sin embargo, no es menos cierto que la aplicación de la Ley extranjera puede y debe ser rechazada cuando su aplicación resulte contraria al orden público internacional español. Pues bien, es claro que es un principio básico e irrenunciable del Derecho civil español la posibilidad de “cambio de sexo” de las personas, de modo que por indicación de la misma CE, que protege el libre desarrollo de la personalidad, todo sujeto, sea español o extranjero, debe tener la posibilidad de cambiar su sexo. Cuando la Ley extranjera, como es el caso de la Ley costarricense, no admite el cambio de sexo en ningún caso, dicha Ley no debe ser aplicable por los Tribunales españoles, que en su lugar han de aplicar la Ley española. Esta tesis viene reforzada por la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos, en particular en función de la interpretación dada por el TEDH de los artículos 8 y 12 del CEDH de 04.11.1950, en la ya comentada sentencia de 11.07.2002⁹⁶⁷. El resultado es que la Ley costarricense no puede aplicarse en España y la cuestión debe regirse por la Ley española. En consecuencia, la sentencia cuestionada es válida y eficaz en España,

derecho extranjero al cual se remite la norma de conflicto aplicada por estar en contradicción con dichos principios. Y ello tanto a los efectos de no admitir tal situación (por ejemplo, matrimonios poligámicos) como de permitirla en los casos de que su inadmisión resulte contraria al orden público internacional español (por ejemplo, cambio de sexo).

⁹⁶⁷ STEDH de 11.07.2002, TEDH 2002/45.

por lo que la ciudadana costarricense es una “mujer” a los efectos del ordenamiento jurídico español y puede contraer matrimonio en España con un varón.

Así, en la RDGRN de 24.01.2005, se rechaza la aplicación de la Ley extranjera cuando tal aplicación produzca una vulneración de los principios esenciales y básicos e irrenunciables del Derecho español. En este sentido un principio básico e irrenunciable es la posibilidad de cambio de sexo de las personas, de modo que por indicación de la misma CE, que protege el libre desarrollo de la personalidad, todo sujeto, español o no, debe tener la posibilidad de cambiar su sexo. Cuando la Ley extranjera no admite el cambio de sexo en ningún caso, dicha Ley no debe ser aplicable por los Tribunales españoles que en su lugar han de aplicar la Ley española.

En España, la apertura del matrimonio a las parejas entre personas del mismo sexo se produjo a través de la Ley 13/2005, de 1 de julio⁹⁶⁸, que modificó el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. Por la disposición adicional primera de la Ley, todas las referencias al matrimonio que se contienen en el ordenamiento jurídico han de entenderse aplicables tanto al matrimonio de dos personas del mismo sexo como el integrado por dos personas de distinto sexo. Sin embargo, no se ha hecho ninguna previsión específica en el marco del Derecho Internacional Privado, ni en el ámbito del Derecho de extranjería, laguna criticable⁹⁶⁹. Así, es obligado preguntarse si la permisón de la ley española respecto de los matrimonios integrados por personas del mismo sexo se entiende también cuando uno o ambos contrayentes sean de nacionalidad extranjera. Inmediatamente después de la entrada en vigor de esta Ley, se produjeron varias consultas a la DGRN respecto a la posibilidad de que dos personas del mismo sexo pudiesen contraer matrimonio entre sí, siendo una o ambas extranjeras⁹⁷⁰. La DGRN

⁹⁶⁸ BOE de 02.07.2005.

⁹⁶⁹ SOTO MOYA, Mercedes, Matrimonio, orientación sexual e integración del extranjero, en *La integración de los extranjeros. Un análisis desde Andalucía*, Atelier, Barcelona, 2009, págs. 685 a 715.

⁹⁷⁰ Cuatro días después de la entrada en vigor de la Ley, un ciudadano español y otro hindú solicitaron contraer matrimonio. El Juez de Paz de Canet de Mar (Barcelona), se planteó si podía casar a dos hombres siendo uno de ellos de nacionalidad india, y exigió a dicho ciudadano certificación consular en la que constase su capacidad para contraer matrimonio. Vid. TOMÁS ORTIZ, José Antonio, “Nota sobre el matrimonio homosexual y su impacto en el orden público internacional español”, *AC*, núm. 20, Madrid, 2005, págs. 1 a 4. Esta fue sólo la primera de las múltiples consultas realizadas a la DGRN. A modo de ejemplo, Resolución de 10.10.2005 (*BOE* núm. 276, de 18.11.2005), en donde se resuelve un supuesto de

intentó propiciar una respuesta a estas consultas en la Resolución - Circular de 29.07.2005⁹⁷¹.

La cuestión que se suscita es si las autoridades españolas pueden autorizar el matrimonio entre contrayentes del mismo sexo cuya nacionalidad no sea la española (o al menos uno de ellos no sea español). En nuestro ordenamiento jurídico no se arbitra una respuesta concreta, ya que la reforma realizada no ha afectado a ninguna norma de DIPr⁹⁷². De ahí que haya sido la DGRN la que haya tenido que proporcionar una respuesta a través de la Resolución – Circular, ya referenciada. En síntesis, afirma que pueden celebrarse matrimonios entre personas del mismo sexo en España, ante autoridad pública española, sin que sea óbice para ello el hecho de que alguno de los contrayentes sea nacional de un país cuyo Derecho no haya regulado los matrimonios entre personas del mismo sexo. Para llegar a esta conclusión utiliza distintos razonamientos, que han sido estudiados por la doctrina, que realiza análisis muy diversos de las tesis utilizadas por la DGRN en esta Resolución – Circular⁹⁷³.

ciudadanos colombianos que pretenden contraer matrimonio en España. Resolución de 07.04.2006 (B.O.E. núm. 135, de 07.06.2006), que se dictó debido a la solicitud de matrimonio de un nacional español y un nacional portugués.

⁹⁷¹ Vid. los comentarios a esta Resolución – Circular de: CALVO CARAVACA, Alfonso Luís; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier; “Matrimonio entre personas del mismo sexo y Derecho internacional privado español”, *Diario de la Ley*, núm. 6391, de 02.01.2006; SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, “Nota a la Ley 13/2005 de 1 de julio”, *AEDIPr*, t. V, Madrid, 2005, págs. 509 a 515; DÍAZ FRAILE, Juan María, “Exégesis de la doctrina de la DGRN sobre la reforma del Código Civil en materia de matrimonio introducida por la Ley 13/2005, de 1 de julio”, *La Ley*, núms. 6449 y 6450, Madrid, 2006.

⁹⁷² ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, “El impacto de la admisión del matrimonio entre personas del mismo sexo en el Derecho español: perspectiva internacional”, *Matrimonio homosexual y adopción. Perspectiva nacional e internacional*, Colección Jurídica General, Madrid, 2006, págs. 45 a 73.

⁹⁷³ Así por ejemplo, CALVO BAVIO, Flora, “Elemento extranjero en matrimonios entre homosexuales celebrados en España”, *IURIS*, núm. 99, Madrid, 2005, págs. 52 a 55; ARENAS GARCÍA, Rafael, “La doctrina reciente de la DGRN en materia de celebración de matrimonio en los supuestos internacionales”, *AEDIPr*, t. V, Madrid, 2005, págs. 351 a 371.

La clave está en determinar si la homosexualidad o la heterosexualidad son cuestiones de capacidad⁹⁷⁴ o elementos subjetivos consustanciales con la propia institución matrimonial⁹⁷⁵. La DGRN argumenta en ambas direcciones. En una primera aproximación califica el problema como una cuestión de capacidad, calificación que exige determinar qué sucede si la ley nacional del extranjero no admite el matrimonio homosexual. La DGRN mantiene que “ha de recordarse que la ley extranjera debe ser rechazada cuando su aplicación resulte contraria al orden público internacional español, es decir, cuando se produzca una vulneración de los principios esenciales, básicos e irrenunciables de nuestro Derecho”. Esta es una práctica que ha sido utilizada en ocasiones por la DGRN para autorizar matrimonios entre una mujer marroquí y un nacional español⁹⁷⁶. La ley personal de la esposa no permite el matrimonio que, sin embargo, es autorizado, porque, de otra forma, se estaría conculcando el principio de no discriminación por razón de sexo, consagrado en la Constitución⁹⁷⁷. La cuestión está en determinar si el matrimonio entre personas del mismo sexo es un principio esencial de nuestro ordenamiento. La DGRN realiza una enumeración de supuestos en los que se ha rechazado la aplicación de la ley extranjera alegando la excepción de orden público: “leyes extranjeras que admiten los matrimonios poligámicos, que prohíben contraer matrimonio entre personas de distintas religiones, que admiten el matrimonio entre niños, etc”. La posibilidad del matrimonio entre personas del mismo sexo resulta para la DGRN similar a todos los supuestos enumerados, con lo que concluye estableciendo que “el Encargado del Registro Civil español no debe operar como guardián del sistema legal extranjero, por lo que no debe negar la posibilidad de contraer matrimonio en España a personas del mismo sexo, por la sola razón de que en el país del que son nacionales los cónyuges dicho matrimonio no producirá efectos. Son las autoridades extranjeras las que deben decidir si el matrimonio contraído en España entre personas

⁹⁷⁴ OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, Patricia, *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en Derecho internacional privado español*, Aranzadi, Pamplona, 2002, pág. 95. La autora opina que se trata de una cuestión de capacidad.

⁹⁷⁵ QUIÑONES ESCÁMEZ, Ana, “Límites a la celebración en España de matrimonios internacionales del mismo sexo”, *URJC*, Madrid, 2005, págs. 299 a 215. La autora parte de esta diferenciación para analizar las posibles soluciones a la cuestión de si las autoridades españolas pueden autorizar el matrimonio entre contrayentes del mismo sexo cuya nacionalidad no sea la española.

⁹⁷⁶ RDGRN de 07.06.1992; y RDGRN de 10.06.1999.

⁹⁷⁷ QUIÑONES ESCÁMEZ, Ana, “Límites a la celebración en España de matrimonios...” cit., pág. 205.

del mismo sexo surte efecto en tal país o no, por resultar contrario a su orden público internacional”⁹⁷⁸.

De todas formas, la DGRN introduce en su razonamiento también la segunda de las opciones apuntadas anteriormente: considerar la homosexualidad o heterosexualidad como un elemento esencial de la institución matrimonial. Para la DGRN “el desconocimiento por parte de numerosos ordenamientos jurídicos del matrimonio como institución abierta a las parejas del mismo sexo y la paralela inexistencia de norma de conflicto en nuestro Derecho sobre los requisitos del matrimonio ajenos a la capacidad subjetiva de los contrayentes, son factores que puestos en conexión determinan la existencia de una laguna legal al respecto en nuestro derecho conflictual”. Para cubrir esta laguna no basta el recurso a la regla general del art. 9.1 Cc, sino que es necesario aplicar la ley material española. Se proporciona una solución que a fin de cuentas no consiste solo en la inaplicación de la legislación extranjera por la intervención del orden público español, sino que se crea una regla de conflicto unilateral, derogatoria del art. 9.1 Cc, y especial para los matrimonios homosexuales⁹⁷⁹. Además, de conformidad con la interpretación al uso del art. 57 Cc, la autoridad española puede autorizar un matrimonio cuando al menos uno de los contrayentes tenga domicilio en España. Este criterio se aplica a cualquier matrimonio con o sin extranjeros y entre personas del mismo o distinto sexo. De esta forma, las autoridades españolas serán competentes para celebrar matrimonio entre español y extranjero, o entre dos extranjeros siempre al menos uno de ellos resida en España⁹⁸⁰.

⁹⁷⁸ ARENAS GARCÍA, Rafael, “La doctrina reciente de la DGRN en materia de celebración de matrimonio...”, cit., pág. 361.

⁹⁷⁹ BERTRAND, Ancel, “Regards critiques sur l’erosion du paradigme conflictuel”, *Cursos de Derecho internacional y relaciones Internacionales de Vitoria – Gasteiz 2005*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2006, págs. 345 a 415.

⁹⁸⁰ Llegados a este punto consideramos referirnos brevemente a las posibilidades de reconocimiento del matrimonio homosexual celebrado en España en otros ordenamientos jurídicos. Las disparidades legislativas existentes en el Derecho comparado crean una gran incertidumbre con respecto al trato que vaya a recibir el matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en España cuando las personas afectadas se desplacen de un país a otro. No se puede obviar el hecho de que habrá Estados en los que dicho reconocimiento se enfrentará a la excepción de orden público. Por regla general estos matrimonios no tendrán eficacia. Así lo reconoce la Resolución – Circular de 29.07.2005, aludiendo a que la función del Encargado del Registro Civil no es de “guardián del sistema legal extranjero”, y rechazando la idea de

5. CRISIS DE LA DUALIDAD DE SEXOS

El propósito de este apartado es reflexionar sobre el reduccionismo que supone el planteamiento jurídico de la identidad de género desde la perspectiva del dualismo hombre / mujer, no porque este dualismo haya dejado de tener una vigencia real e importante sino en la medida que pueda ser excluyente de otras opciones vitales merecedoras de respeto y de tutela jurídica.

A continuación, y a tenor del significativo papel que ha tenido el principio personalista en la regulación del Derecho de la persona, intentaremos poner de manifiesto cómo la orientación o tendencia sexual y el ejercicio propiamente de la sexualidad constituyen hechos esencialmente privados, en los que ni el Estado ni los terceros pueden, en principio, entrar, salvo por razones excepcionales, bien a solicitud del propio interesado, bien en protección de los derechos de terceros, o por razones de orden público. Lo cual plantea ciertos retos a la hora de hacer compatible dicha privacidad, así como el derecho a la intimidad con la objetivación que requiere dicha intervención cuándo ésta es jurídicamente necesaria y justificada.

Todo ello, con especial mención al Derecho de libertad de conciencia, es decir, el derecho / deber que tiene el ser humano de actuar conforme a su conciencia y las consecuencias a que sus conductas han dado lugar.

El objetivo que nos proponemos es explorar el alcance del derecho al libre desarrollo de la personalidad, en relación con la dimensión sexual. Se detectan, en efecto, en la sociedad de hoy, iniciativas personales o de grupos que, bien por razones sociológicas, bien, y fundamentalmente, ideológicas y psicológicas, tienden, para su caso en

que la aparición de matrimonios claudicantes suponga un inconveniente a la hora de proceder a su celebración. Vid. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, “Orden público y reconocimiento de resoluciones extranjeras: límites a la valoración del Juez nacional y orden público comunitario”, *La Ley*, nº 5108, de 31.07.2000, págs. 1 a 4; GARCÍA RODRÍGUEZ, Isabel, “Derecho aplicable y orden público comunitario”, *RIE*, vol. 20, núm. 3, 1993, págs. 927 a 940; SOTO MOYA, Mercedes, “Matrimonio, orientación sexual e integración del extranjero”..., cit., págs. 28 a 29.

⁹⁸⁰ SOTO MOYA, Mercedes, “Matrimonio, orientación sexual e integración del extranjero”..., cit., págs. 28 a 29.

particular, a la no identificación del individuo en ninguno de los sexos, varón o mujer, convirtiéndose con frecuencia dicha actitud en una auténtica reivindicación.

No se piense que el apartado consiste en una mera elucubración sobre simple bases especulativas, sino que tenemos detectados en el panorama internacional diversas manifestaciones y organizaciones sociales que parten fáctica o ideológicamente de la idea de la no necesaria adscripción a una identidad sexual, al menos en el sentido tradicional y dualista al que nos venimos refiriendo.

Además, comienzan a aparecer los primeros síntomas de que esta realidad social – insistimos, minoritaria, pero real y objetivable– busca su lugar en las estructuras jurídicas. En este sentido, es obligado recordar que a principios del año 2010, diversos medios de comunicación se hicieron eco del caso de NORRIE MAY-WELBY, primera persona de la que tengamos noticia que legalmente fue reconocida como persona sin sexo determinado, por algunos llamados de sexo “neutro”. Se trata de un ciudadano de origen escocés, nacido varón, que desde los siete años vivía en Australia, y que a los 28 años decidió convertirse en mujer, sin sentirse satisfecho, tampoco, con dicha identidad. Finalmente, las autoridades australianas le dieron una nueva identificación, en la que se especifica que su sexo es “neutro”. Otro caso es la Ley alemana de 2013, que permite a los padres registrar a su hijo/a recién nacido intersexual como del sexo “X” o dejar la casilla del sexo en blanco, reconociendo un “tercer género”. El Nepal, desde el 10.08.2015, expide pasaportes para personas transexuales en dónde el campo sexo es rellenado por una “O” (de otro) en lugar del habitual M (de masculino) o F (de femenino), convirtiéndose en el primer país que permite emitir documentos donde se contempla específicamente otro género⁹⁸¹. Y, recientemente, un tribunal de primera instancia de Francia ha reconocido el sexo neutro a un ciudadano francés permitiéndole salir del sistema binario masculino / femenino.

⁹⁸¹ <http://www.elmundo.es/internacional/2015/08/11/55c96d17e2704e235f8b456c.html>. Consultado el 11.08.2015.

Hasta ahora, sólo Australia y Nueva Zelanda contemplaban una tercera opción en sus pasaportes para el colectivo LGTBI pero sin admitir la existencia de géneros distintos: en el caso de no sentirse representado por la opción de masculino o femenino, los titulares podían solicitar completar el campo destinado al género con una “X” de indeterminado.

5.1. Identidad e identificación

Siguiendo a FERNÁNDEZ SESSAREGO⁹⁸², la persona no tiene ni deja de tener libertad sino que es libertad. Ésta resulta de la situación ontológica de quien existe desde el “ser”, ya que la existencia implica libertad. La persona es un sujeto proyectivo que hace su vida a cada instante. Es decir, el hombre es libertad que se proyecta. Y es en este permanente devenir que se crea, se limita y delimita, se define, se vuelve visible, histórico, único e irreplicable, se vuelve quien es, sí mismo y no otro. Un ser, y por tanto, una identidad⁹⁸³. Es esta capacidad de la persona de autoconstruirse lo que lo define como ser verdaderamente humano, el basamento de su dignidad, valor fundante de todos sus derechos. Así lo reconocen las declaraciones universales, las constituciones de los Estados, sus códigos civiles. La particularidad del ser humano consiste en tener que realizarse, en tener que elaborar su propio e intransferible ser personal, pues sólo la muerte es el límite de la existencia⁹⁸⁴.

La identidad del ser humano presupone un complejo de elementos vinculados entre sí, de los cuales algunos son de carácter predominantemente espiritual, psicológico, o somático, mientras que otros son de diversa índole, ya sea cultural, ideológica, los que perfilan el ser “uno mismo”. Por ello, lo que estará aquí también en juego con la constitución de la identidad es una diferenciación ante un “diferente”⁹⁸⁵.

Por este motivo se ha dicho que el derecho a la identidad es el derecho a ser quien se es⁹⁸⁶. Pero a la vez, y fundamentalmente, es el derecho a ser percibido y reconocido por

⁹⁸² FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *El derecho como libertad*, Universidad de Lima, Lima, 1994, pág. 73; también del mismo autor: *Derecho y persona*, Grijley, Lima, 1998, pág. 99. En este caso el autor distingue entre libertad “ontológica” (libertad como calidad del “ser”) y libertad “fenoménica” (como posibilidad de “hacer”).

⁹⁸³ SIVERINO BAVIO, Paula, “Diversidad sexual y derechos humanos: hacia el pleno reconocimiento de las personas sexualmente diversas”, en *Revista General de Derecho Constitucional*, n° 19, 2014, pág. 3.

⁹⁸⁴ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *El derecho como libertad... cit.*, pág. 73.

⁹⁸⁵ LAMAS, Marta, “Cuerpo e identidad”, en *Género e identidad* (coord. ARAGÓN, Gabriela; LEÓN, Magdalena; VIVEROS, Mara), TM editores, Bogotá, 1995, pág. 63.

⁹⁸⁶ FIGUEROA YAÑEZ, “Información genética y derecho a la identidad personal”, en *Bioética y Genética* (coords. DARIÓ BERGEL, Salvador; CANTÚ, José María), As, Ciudad Argentina, 2000, págs. 127 a 129.

el otro como quien se es, porque así toda la vida del ser humano está dirigida a autoconstruirse, configurando en el proceso una identidad, y no es una identidad a puertas cerradas. Tal como señala DE CUPIS⁹⁸⁷, “la identidad personal, cabe decir el ser en sí mismo con los propios caracteres y acciones, constituyendo la misma verdad de la persona, no puede en sí y de por sí ser destruida, porque la verdad, por ser la verdad, no puede ser eliminada (...) Ser sí mismo significa serlo también aparentemente, también en el conocimiento y opinión de los demás; significa serlo socialmente”.

Por eso entendemos que el derecho a la identidad no es más ni menos que el derecho a ser uno mismo y a ser percibido por los demás como quien se es, en otras palabras, el derecho a la proyección y reconocimiento de la autoconstrucción personal.

Como ya se apuntaba, el elemento esencial de la identidad es la autoconstrucción. La identidad es conformada por las características de una persona, de todas y cada una de ellas, como un todo inseparable que da vida al individuo, lo hace visible, real y lo integra al mundo. Esto excluye la posibilidad que una identidad pueda forzarse o imponerse, ya que al reflejar un proceso interno, aquello que no emane del propio individuo no formará parte de él⁹⁸⁸.

5.1.1. Aspectos del derecho a la identidad

Señala FERNÁNDEZ SESSAREGO⁹⁸⁹ que, desde su desarrollo jurisprudencial y doctrinario, especialmente en Italia, el derecho a la identidad, pese a ser una realidad unitaria, ha distinguido dos vertientes: dinámica y estática. El aspecto estático tiene que ver con los signos distintivos y la condiciona legal o registral del sujeto, que son los primeros que se hacen visibles a la percepción (nombre, imagen, características físicas) y el dinámico, que es definido como el conjunto de características y rasgos de índole cultural, moral, psicológica de la persona, su vertiente y patrimonio espiritual, su personalidad⁹⁹⁰.

⁹⁸⁷ DE CUPIS, Adriano, *Diritti de la personalitá*, Giuffrè, Milano, 1982, pág. 3.

⁹⁸⁸ SIVERINO BAVIO, Paula, “Diversidad sexual y derechos humanos...” cit., pág. 5.

⁹⁸⁹ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Nuevas tendencias en el derecho de las personas*, Universidad de Lima, Lima, 1990, pág. 220.

⁹⁹⁰ *Ibíd*em, pág. 221.

En esta línea de argumento debería considerarse en primer lugar que, según el Diccionario de la Real Academia Española, “estático” refiere a (lo) “que permanece en un mismo estado sin mudanza de él”⁹⁹¹. Desde este entendimiento, sería factible cuestionar si el aspecto llamado “estático” es tal, dado que la imagen, características físicas, o el estado civil son esencial y fácilmente variables; y si, en cambio, no sería posible atribuir este carácter “estático” a los signos visibles elegidos para “identificar”, esta última actividad de suyo, estática, o mejor dicho, estatificante, como veremos más adelante. La discusión no es banal.

En lo que respecta al “sexo” el tema es menos simple. Hoy en día es ampliamente reconocido que el sexo está conformado por varios elementos (cromosómico, gonadal, hormonal, genital o anatómico, psicosocial y registral o legal), conformando una realidad compleja, en la que si bien pueden presentarse discordancias entre los distintos elementos (configurando estados intersexuales de origen cromosómico) gonadal u hormonal o psicológicos (disforia de género / transexualidad) el individuo responde, por el principio de unidad del sexo, a una realidad “sexual” unitaria en la que él mismo se ubica en profunda vivencia existencial.

Compartimos la idea de FERNÁNDEZ SESSAREGO en tanto que los elementos del sexo no son estables, por lo que debería descalificarse una concepción estática de la sexualidad. Sin embargo, algunas sentencias judiciales denegatorias de la posibilidad de acceder a la rectificación registral de nombre y sexo en individuos que ya habían atravesado una intervención de adecuación sexual, basaron su decisión en entender que el sexo cromosómico es estático, invariable, y que no puede determinarse una “identidad” contraria al dato genético –como hemos visto en el capítulo segundo del trabajo en el apartado relativo a la jurisprudencia en España–.

Por lo dicho, somos de la idea que no es esencial a la noción de derecho a la identidad la distinción entre aspectos estáticos y dinámicos de la misma, y que por el contrario, la misma puede llevar a intérpretes poco rigurosos y a confusiones que se tornen incluso lesivas al derecho que se busca tutelar.

⁹⁹¹ <http://buscon.rae.es/drae/http://buscon.rae.es/drae/>. Consultado el 03.07.2015.

Ya desde otro ángulo de estudio, vemos que el derecho a la identidad personal se nos presenta en al menos dos facetas: una interna (ser para sí) y otra externa (ser en los otros y ser en el mundo)⁹⁹².

En modo muy sintético, y sin pretender agotar los ribetes del debate sobre el tema, podemos concluir que la identidad implica ser sí mismo y no otro. Esta faceta interna se manifiesta en vivencias y conductas humanas. La faceta externa involucra la dimensión coexistencial del ser humano, en la que el cuerpo, que es quien soy y desde donde soy, ocupa un primerísimo lugar.

5.1.2. El proceso de identificación

“Identificar”, según el Diccionario de la Real Academia significa “1. Hacer que dos cosas o más en realidad distintas aparezcan y se consideren como una misma. 2. Reconocer si una persona o cosa es la misma que se supone o se busca. 4. Dar los datos personales necesarios para ser reconocidos”⁹⁹³.

La identificación es posterior a la identidad, necesariamente posterior, ya que no puede identificarse lo que no existe. Dicho de otra manera, no debe confundirse el derecho fundamental a la identidad con los signos visibles tenidos en cuenta a fin de establecer una identificación. El asiento documental donde constan los datos personales plasmados para identificar no confiere una identidad, sino que, simplemente, en un momento dado, frente a los datos que se le ofrecen y según criterios establecidos, delimita y plasma los rasgos que como evidentes, se le presentan. El proceso de identificación reconoce lo que es. Una persona por el solo hecho de serlo, de existir, posee una identidad, y conforme se atraviesan distintas etapas de la vida hay rasgos que puede presentarse como más evidentes que otros⁹⁹⁴.

Habiendo descrito anteriormente la identidad, podemos afirmar que la identificación responde no a una afectividad / necesidad personal, sino a un imperativo social, como elemento de control ejercido por el Estado.

⁹⁹² SIVERINO BAVIO, Paula, “Diversidad sexual y derechos humanos...” cit., pág. 7.

⁹⁹³ <http://lema.rae.es/drae/?val=identificar>. Consultado el 04.07.2015.

⁹⁹⁴ SIVERINO BAVIO, Paula, “Diversidad sexual y derechos humanos...” cit., págs. 7 a 8.

El proceso de identificación, tal como es entendido en este contexto, podría ser considerado como una actividad estatal que parte de variables o criterios previamente establecidos para tomar contacto con signos distintos perceptibles, por ejemplo, características físicas u otros datos que convenientemente registrados (sexo anatómico, nombre, estado civil, filiación) puedan ser corroborados, y según los criterios dados, estatificar, plasmar lo que ve en un momento dado en un instrumento a tales efectos (asiento registral).

En un intento por delimitar los conceptos de identidad e identificación, es posible vislumbrar que habría situaciones en las que éstos puedan contraponerse. Encontramos al menos una situación: los de personas transgénero que son obligados a responder a una identificación que no responde a su verdad personal.

Ahora bien, la identificación puede ser modificada, o mejor dicho, adecuada, ya que no hacerlo implica en sí mismo la violación de un derecho, ya que la violación del derecho a la identidad se da cuando se desfigura o se deforma la imagen que uno tiene frente a los demás.

La identidad no puede otorgarse o denegarse graciosamente. Debe ser reconocida, ya que la construcción de la propia identidad es el trabajo que consume la vida de un individuo, la razón misma de su existencia. Este derecho de autoconstrucción es un derecho primordial del ser humano, el cual se desprende de su libertad y dignidad y al cual el ordenamiento jurídico español le otorga rango constitucional.

5.2. Derecho a la identidad sexual: género asignado y género autopercibido

El derecho a la identidad sexual es una manifestación del derecho a la identidad estrechamente relacionada con los derechos sexuales.

La identidad sexual constituye un aspecto fundamental de la identidad personal, en la medida que la sexualidad está presente en todas las manifestaciones de la personalidad del sujeto, encontrándose en estrecha conexión con una pluralidad de derechos, como los atinentes al libre desarrollo de la personalidad, a la salud, a la integridad psicomática y la disposición del propio cuerpo. La identidad sexual se entiende como la parte de la

identidad total de las personas que posibilita el reconocerse, aceptarse y actuar como seres sexuados y sexuales. Podemos afirmar que la sexualidad es elemento organizador de la identidad de las personas. Siendo una expresión fundamental de la identidad, la identidad sexual no puede imponerse, sino que es percibida y construida por el sujeto⁹⁹⁵.

La identidad sexual está constituida por tres componentes que es preciso reconocer y diferenciar⁹⁹⁶: la identidad de género, que es la convicción íntima y profunda que tiene cada persona de pertenecer a uno u otro sexo, más allá de sus características cromosómicas y somáticas; el rol de género, referido a la expresión de masculinidad o feminidad de un individuo, acorde con las reglas establecidas por la sociedad y orientación sexual, vinculada a las preferencias sexuales en la elección del vínculo sexoerótico; la orientación sexual, es una atracción emocional, romántica, sexual o afectiva duradera hacia otros⁹⁹⁷. Estos elementos se desarrollan e interactúan en el sujeto a lo largo de su vida y pese a que pueda haber discordancia entre uno o varios de sus elementos el sexo se definirá según la profunda experiencia vivencial del individuo⁹⁹⁸. Cuando un sujeto es inscrito legalmente adquirirá un sexo llamado legal o registral. Es preciso comprender que el hecho de que al momento de asignar el sexo legal al recién nacido mediante el proceso de identificación (exclusivamente en razón de su sexo anatómico) no significa que los otros elementos no existen⁹⁹⁹. El sexo es un fenómeno complejo y ello implica que es necesario desarrollar explicaciones fuera de la lógica

⁹⁹⁵ SIVERINO BAVIO, Paula, “Diversidad sexual y derechos humanos...” cit., pág. 14.

⁹⁹⁶ Según FAUTO – STERLING desde los años sesenta del siglo XX que el sexo es definido como un fenómeno complejo que está formado por diversos elementos. Vid. FAUTO – STERLING, Ann, *Sexing the body. Gender politics and the construction of sexuality*, Basic Books, New York, 2000, págs. 5 y ss; BULLOUGH, Vern, *Science in the bedroom. A history of sex research*, Basic Books, New York, 1994, págs. 20 y ss.

⁹⁹⁷ Aquí hemos apuntillado brevemente la definición de la terminología referida: identidad de género, rol de género y orientación sexual. No obstante, en el siguiente capítulo (tercero) abordaremos más detalladamente el concepto, contenido y alcance de los términos empleados.

⁹⁹⁸ <http://www.apa.org/centrodeapoyo/sexual.aspx>. Consultado el 02.03.2015.

⁹⁹⁹ Para un tratamiento más en profundidad de este tema vid. SIVERINO BAVIO, Paula, “Breves apuntes sobre transexualidad y derecho a la identidad” en *Revista Persona*, n° 41, 2005, o en la web <http://www.revistapersona.com.ar/Persona41/41Siverino.htm>. Consultado el 04.04.2015.

binaria ser / no ser, o de la dicotomía de los estereotipos sociales construidos en torno al binomio mujer / varón¹⁰⁰⁰.

En la mayoría de los casos, estos elementos (cromosómicos, gonadales, hormonales, psíquicos) se manifiestan en una unidad que responde a lo que es percibido como el género asignado. Sin embargo, cuando se verifica alguna discordancia entre estos elementos, y de manera particular en relación a los derechos del sujeto, es menester distinguir entre el género autopercebido (como uno se percibe a sí mismo) y el género asignado legalmente¹⁰⁰¹.

El caso de los recién nacidos cuyos genitales externos no pueden ser indubitablemente identificados es un ejemplo claro de la profunda matriz cultural que guía las apreciaciones de la biología y la medicina sobre la sexualidad.

Podemos afirmar que el sexo de un cuerpo es un asunto demasiado complejo. No hay blanco o negro, sino grados de diferencia. Perpetuar la “mitología de la normalidad”¹⁰⁰² promovida por las disciplinas médicas implica ignorar que existen cuerpos disidentes, que, por su misma naturaleza, no pueden ser encuadrados en un esquema binario y menos aún debe aceptarse que sean mutilados para encajarlos en las pautas heteronormativas de control social. Esto es inaceptable desde una perspectiva de los derechos humanos.

En el caso de una persona transexual puede que todos los factores externos mencionados sean congruentes, pero no existe una identificación del individuo con el género al que socialmente se asignen estas características; la no autopercepción con el

¹⁰⁰⁰ FISCHER PFAEFFLE, Amalisa, “Devenires, cuerpos sin órganos, lógica difusa e intersexuales” en *Sexualidades migrantes, género y transgénero* (coord. MAFFIA, Diana), Feminara Editoria, Buenos Aires, 2003, pág. 11.

¹⁰⁰¹ Como mencionamos, la asignación de género se realiza mediante el cotejo de la genitalidad externa del recién nacido. Si bien, en la mayoría de los casos esta asignación se corresponderá con el modo en el que infante se experimente y construya a sí mismo (como niño o niña), existen situaciones en las que esto no funciona y ello puede obedecer a diversos motivos como, por ejemplo, a trastornos de desarrollo sexual.

¹⁰⁰² SIVERINO BAVIO, Paula, “Diversidad sexual y derechos humanos...” cit., pág. 18.

género asignado puede ir, o no, acompañado de un fuerte rechazo por su cuerpo o los genitales¹⁰⁰³.

Las instrucciones del genoma han escrito en ese cuerpo / conciencia / psiquis la expresión de un cuerpo que será considerado “disidente” dentro del esquema binario que asigna cierto aspecto, roles y expectativas al cuerpo y la psiquis de varones y mujeres. Pero no deberíamos perder de vista que estas medidas y aspectos para poder cumplir roles y expectativas son sesgos e imposiciones sociales, no biológicos. Los discursos de la medicina serán generados y avalados desde estas producciones culturales, no son “neutros”. Se trata de personas que no se ajustan a las expectativas culturales de lo que significa ser hombre o mujer en una sociedad.

5.3. ¿Crisis del planteamiento dualista?

La distinción y contraposición binaria del ser humano entre hombre y mujer, tan antigua como que se remonta a los inicios de la humanidad como ya hemos explicado en el capítulo primero del trabajo, mantiene todavía hoy día su vigencia y no es predecible su desaparición. Además, en la inmensa mayoría de los casos, al sexo cromosómico le corresponde un determinado sexo gonadal, morfológico y fenotípico, y también el sentimiento personal de identificación con dicho sexo, así como una tendencia que podemos denominar típica que se orienta a la inclinación afectivo-sexual hacia el sexo contrario¹⁰⁰⁴.

¹⁰⁰³ Como hemos explicado en el capítulo primero del trabajo, la transgeneridad ha estado presente en todas las etapas históricas, con diversas significaciones y regulaciones sexuales, y ha sido aceptada en muchos pueblos originarios. En algunas culturas se les asignaron poderes curativos, siendo personajes religiosos de relevancia (*hijras*); en otras se les permitía casarse según el género autopercebido, pero es un común denominador su integración social desde su ser diverso. Vid. KRAFFT – EBING, Richard, “Psychopathia Sexualis with Special Reference to Contrary Sexual Instinct. A medical-legal study”, en *The transgender Studies Reader* (Coord. SUSAN, Stryker; WHITTLE, Stephen), Routledge, New York, 2006, págs. 21 a 27.

¹⁰⁰⁴ MARTINELL GISPERT - SAÚCH, Josep María, “Sexo y juridicidad. Reflexiones para el debate”, en *Estudios jurídicos sobre persona y familia* (Coord. ARECES PIÑOL, Maria Teresa), Comares, Granada, 2009, pág. 143.

Para MARTINELL a esta distinción biológica debe corresponder una distinción jurídica que incluya bajo la tutela del Derecho, en plenas condiciones de igualdad, otras manifestaciones distintas o numéricamente minoritarias y en ese sentido menos típicas – no por ello anormales– que deben plantearse sin perder de vista que la realidad social humana (biológica) es la que es. La tutela jurídica debe proyectarse sobre los derechos de toda persona, entendida en su individualidad (con los límites consabidos de respecto a las libertades y derechos de los demás y del orden público establecido). De ahí que en materia de identidad sexual, las legislaciones más modernas hayan superado lo que podríamos denominar según MARTINELL “estrictos parámetros de la tipicidad”, tutelando el ejercicio de la sexualidad conforme a las tendencias sexuales de cada cual, equiparando derechos sin necesaria contraposición de sexos, y permitiendo reivindicar una identidad sexual, en sentido jurídico, distinta a la cromosómica o a la morfológica, de acuerdo con los rasgos psicológicos que alegue y acredite la persona interesada, con modificación, siquiera sea parcial, de los rasgos que le identifican morfológicamente como hombre o mujer¹⁰⁰⁵.

En España la posibilidad de modificar incluso registral (Ley 3/2007 de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas (LRR) y por tanto jurídicamente la identidad sexual sigue sustentándose en la dualidad sexo masculino / sexo femenino, cuando se ha comprobado que han existido y existen estados intersexuales derivados de alteraciones cromosómicas o de insuficiente diferenciación gonadal. Este es un dato en cuanto a considerar reduccionista la necesaria identificación jurídica de todo ser humano como varón o mujer. Ahora bien, tales estados intersexuales se califican científicamente como patologías o enfermedades, o, como alteraciones, por lo que tiene cierta explicación que el Derecho, siempre tendente a la seguridad jurídica, no se haya sentido especialmente preocupado por esta vía a admitir un *tercer o terceros sexos*, habiéndose resuelto históricamente tales casos en función de la asimilación de los dos sexos biológicos.

Por lo dicho nos lleva a preguntarnos si realmente existe una superación del planteamiento binario hombre / mujer. En España a raíz de la entrada en vigor de la LRR el legislador ha sido sensible a la disforia de género, permitiendo, bajo ciertos

¹⁰⁰⁵ *Ibidem*, págs. 143 y ss.

requisitos, que el sexo inicialmente inscrito en el Registro civil sea sustituido por el correspondiente a la identidad de género sentida por el solicitante (sexo psicosocial). Dar primacía al criterio del sexo psicosocial con el que se identifica el afectado es una innovación esencial ya que modifica por completo las bases del debate jurídico. Es cierto que también en este caso se produce una anomalía o alteración, sólo que aquí se está conforme el íntimo sentimiento / deseo del afectado. Lo mismo que la inclinación sexual de carácter no heterosexual ha dejado de considerarse enfermiza o patológica tanto médica como jurídicamente, de igual modo, la identidad sexual basada en el íntimo sentido y deseos personales tampoco puede considerarse, antes al contrario, factor fundamental para una posible reasignación registral de la identificación sexual.

Sobre estas bases, como afirma MARTINELL se comprenderá que el planteamiento binario varón / mujer, pese a su sustancial vigencia, entre en una cierta vulnerabilidad, ya que el sentimiento y la inclinación personales no están sujetos a patrones biológicos binarios sino que son infinitamente matizables, hasta el punto de que hay quien no se siente ni varón ni mujer, o no quiera serlo, bien como consecuencia de su propia ambigüedad sexual, bien a partir de postulados ideológicos por disconformidad con los roles social o culturalmente asignados a los respectivos sexos, bien por cualquier otra causa, normalmente multifactorial¹⁰⁰⁶.

Ahora bien, aun aceptando que la sexualidad, de una u otra forma, es inherente a la naturaleza humana, el hecho de no ser hombre ni mujer (o de no sentirse hombre ni mujer) no significa carecer de identidad sexual, que ésta quede fuera del patrón binario tampoco significa que la persona deba carecer necesariamente de sexualidad, o de relaciones afectivo-sexuales, que en cada caso pueden presentar manifestaciones propias, adecuadas a las circunstancias. Además, el criterio de la propia identidad psicosocial es la llave que puede dar entrada -como ya ha pasado en algunos países como India, Australia o Alemania- a un tercer o terceros géneros (sexos).

Por ahora, la legislación española no prevé la superación del patrón binario, respecto al matrimonio tanto la Constitución (art. 32.1) como el Código civil (art. 44) aluden a hombre y mujer exclusivamente; lo mismo respecto la legislación del Registro Civil

¹⁰⁰⁶ *Ibidem*, pág. 145.

(art. 170.2 RRC), y ahora con la LRR, el art. 4, no incorpora alusión alguna que permita interpretar que los sexos a que se refiere puedan ser otros distintos al de varón y mujer. Es más, se requiere, entre otros requisitos, que la persona haya sido tratada médicamente durante al menos dos años para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado (art. 4.1.b), que se sobreentiende que es uno de los dos sexos legales. Sin embargo, esto último no es un requisito absoluto ni indispensable, ya que, por una parte, el tratamiento médico no ha de incluir necesariamente cirugía de reasignación sexual; y, por otra, la acomodación de las características físicas al nuevo sexo no es exigible cuando concurren razones de salud o edad que imposibilitan su seguimiento y se aporte certificación médica de tal circunstancia (art. 4.2).

Siguiendo también el hilo argumental de MARTINELL¹⁰⁰⁷ veamos alguno de los controles o intervenciones, en materia de sexo, que se reservan los poderes públicos. Primero, el Estado se reserva el Derecho a identificar sexualmente a la persona humana en la concepción binaria varón / mujer y que se establece expresamente en el art. 170.2 RRC, conforme al cual en la inscripción de nacimiento constará especialmente si el nacido es varón o mujer y el nombre asignado. Segundo, esta identificación binaria de sexo debe objetivarse, incluso en supuestos de rectificación de sexo por disforia de género (art. 4 LRR). La objetivación tiene otra dimensión: la onomástica. Significa que el nombre que se imponga al nacido no pueda ser de los que induzcan a error en cuanto al sexo (arts. 54 párr. 2 LRC y 192 inciso final RRC). Pero al igual que el primer criterio de objetivación (apariencia externa) es parcial y admite excepciones – innecesaria de que incluya reasignación quirúrgica de sexo; disponibilidad del requisito por razón de salud o edad (art. 4.2 LRR)–, la objetivación onomástica es sólo parcial. En realidad no se requiere que el nombre, necesariamente, implique la determinación del sexo registral; sino que de hecho viene admitiéndose imposición de nombres que valen igual para el varón que para la mujer. Lo estrictamente requerido es que, el nombre no induzca a error de modo que sea un nombre usado exclusivamente para un sexo, cuando el que se ostenta registralmente es el otro. Por tanto, se trata de que el nombre no sea contradictorio con el sexo, no de que sea identificativo del mismo. En este sentido, el art. 2.1. párr. 2º LRC exige que la solicitud de rectificación registral de sexo incluya la elección de un nuevo nombre propio, salvo que la persona quiera

¹⁰⁰⁷ *Ibidem*, págs. 152 a 154.

conservar el que ya ostenta y *éste sea contrario a los requisitos establecidos en la Ley del Registro Civil*. La Ley contempla, pues, la posibilidad de que un nombre pueda aplicarse indistintamente a cualquiera de los dos sexos y a su vez cumpla el requisito de la Ley del Registro Civil consistente en que no se induzca a error. Tercero, los poderes públicos están también facultados (art. 2.1 LRR) para acordar la rectificación de la mención registral del sexo, de acuerdo con las normas establecidas en la LRC para los expedientes gubernativos (con algunas modificaciones). A partir de dicha rectificación desplegará su eficacia en todas los ámbitos (arts. 5 y 6 LRR). Ahora bien, esta facultad es limitada, porque, en caso de disforia de sexo sólo está legitimada para promoverla la persona diagnosticada interesada en esta rectificación (art. 1.1 y 4.1). Distinta naturaleza tiene la *indicación equivocada del sexo cuando (...) no haya duda sobre la identidad del nacido por las demás circunstancias* (art. 93 LRC, art. 294 RRC), porque si bien la rectificación debe acordarse igualmente en expediente gubernativo, no queda sometido, entendemos, a las condiciones de legitimación ni demás inherentes a la rectificación por disforia de género. Cuarto, el art. 7 LRR establece que no se dará publicidad sin autorización especial de la rectificación registral de la mención del sexo (art. 21.2 RRC), salvo, al propio inscrito (art. 22.2 RRC). De lo que se trata es de restringir la publicidad no de la mención del sexo ya actualizada –pues, a fin de cuentas, el cambio mención de sexo, muy especialmente por disforia de género, trata de hacer coincidir una realidad psicosocial, que ya suele ser pública y notoria, con la realidad registral–, sino de la rectificación misma. Se protege la intimidad del interesado en cuanto a la intimidad, que es restringida, pero se mantiene el antecedente, ya que el título que da lugar a la nueva mención del sexo es inseparable de la referencia al sexo anterior y también por razones de interés general.

5.3.1. Implicaciones de la posible superación del dualismo sexual

En primer lugar, es importante aclarar que el dualismo sexual no tiene nada que ver con la orientación sexual sino que atiende más bien a un criterio de identidad de género¹⁰⁰⁸.

¹⁰⁰⁸ Los principios de Yogyakarta –a los que ya nos hemos referido en el apartado III.4.3. del capítulo– definen en su preámbulo la orientación sexual como la *capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas*. Por su parte la identidad de género hace referencia a una vivencia interna e individual del

Entonces, tenemos que es distinta la atracción y la capacidad de tener relaciones (íntimas y sexuales) con otras personas, que la forma en que una persona se siente en cuanto su rol dentro de una sociedad o con la manera como se identifica con las divisiones tradicionales tanto de sexo como de género. Esto a su vez nos lleva a plantear la distinción entre sexo y género. El primero hace referencia a las características biológicas que le otorgan a una persona la calidad de hombre o mujer: genitales internos, externos, hormonas, entre otros¹⁰⁰⁹. En cuanto al segundo, si bien existen distintas formas y categorías en que se utiliza la palabra género, podemos decir que (en general) hace referencia a un conjunto de valores socialmente construidos que reflejan lo que se entiende en un contexto específico por femenino y masculino. Así, las características biológicas a través de las cuales se le asigna el sexo a una persona, han sido identificadas y relacionadas con un conjunto de comportamientos, actitudes, percepciones, pensamientos, y otras manifestaciones, que la cultura le ha asignado a la mujer y al hombre. Estas características biológicas sexuales hacen una imagen de lo que “debe” ser una mujer o un hombre.

Así, parece que la protección legal de las personas homosexuales resulta suficiente también para quienes no encajen en los modelos de identidad tradicional. Sin embargo, una cosa es que la legislación no permita desarrollarte en términos de relaciones afectivas y sexuales con la pareja que uno desee, y otra que el sistema jurídico simplemente no reconozca el derecho a auto identificarse, u obligue a una identificación cerrada, a elegir entre sexo masculino o femenino.

género que podrá o no corresponder al sexo asignado al momento del nacimiento. Esto incluye la vivencia del cuerpo (que a su vez puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos o de otra índole) y otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales.

¹⁰⁰⁹ Aunque hay quienes han llegado a plantear que no sólo el género es socialmente construido sino que también el sexo es socialmente construido. Si bien la biología es dual, son más las combinaciones que resultan de las “áreas” fisiológicas que definen (en términos generales) lo que es el sexo biológico: genes, hormonas, gónadas, órganos reproductivos internos y órganos reproductivos externos (genitales). Con este entendimiento podemos, entonces, identificar hasta cinco “sexos” biológicos: mujeres, hombres, hermafroditas, hermafroditas masculinos y hermafroditas femeninas. Vid. LAMAS, Martha, “Usos, dificultades y posibilidades de la categoría de género”, en *El Género: Construcción cultural de la diferenciación sexual*, PUEG/UNAM, México, 1996, págs. 327 a 366.

Por lo dicho parece que no queda muy claro cuándo es que una persona corresponde al tercer género, o en qué momento debe ser reconocida como tal. Además, no en todos los casos una persona transexual, por ejemplo, sea y debe ser considerada como tercer género porque precisamente dependerá de su auto-identificación. Será necesario, entonces, delimitar el concepto de tercer género (o tercer sexo) para que no se convierta tampoco en una forma de marginación de las personas; pues obligar a las personas que no encajen en la descripción tradicional hombre / mujer como género neutro, lleva al inicio del problema: la imposición de categorías que en la realidad tienen efectos de distinción tanto social como legal. Por ello, resulta importante el reconocimiento (y conceptualización) de un tercer género. En la medida que el sistema brinde a las personas la oportunidad de reconocerse y de ser reconocidas conforme a sus propias actitudes y convicciones podremos afirmar que vivimos en sociedades verdaderamente representativas de los sujetos que las conforman.

El término género puede aceptarse en tanto en cuanto sirve para describir los aspectos culturales en los que se expresa la identidad sexual y, en este sentido, se puede referir a las funciones del varón y de la mujer en el contexto social. Sin embargo, no todas esas funciones son meras construcciones culturales, fruto de los roles y estereotipos que cada sociedad asigna a los dos sexos. Algunas de esas funciones tienen mayor raigambre biológica que otras y, por tanto, no pueden justificarse al margen del valor y del significado del propio cuerpo. La ideología de género podría llevar a una sociedad sin sexos y sin géneros, que supere definitivamente la estructura dual varón / mujer y masculino / femenino. El concepto de género se utilizaría como una herramienta para reinterpretar y transformar la realidad social y cultural, con la pretensión de implantar una nueva antropología y plantear nuevos retos desde el punto de vista del derecho. Por el contrario, posiciones conservadoras sostienen que la experiencia interna de nuestro propio cuerpo viene a ser el marco en el que todo se nos aparece y acontece. El dualismo antropológico en el que se apoya la ideología de género se opone abiertamente a esta experiencia tan singular de cada persona, que sabe de su propio cuerpo tal como lo vive y siente desde dentro. Y este defecto antropológico invalida de raíz el uso ideológico que esta teoría hace del término “género”, pues se apoya en un peligroso reduccionismo, que abandona la unidad indisoluble de la persona en manos del

relativismo social y cultural¹⁰¹⁰. Y, la pérdida del sentido personalista del propio cuerpo arrastra consigo inevitablemente la pérdida de su significado teológico¹⁰¹¹.

Para ÁLVAREZ ALONSO¹⁰¹² una interpretación meramente biofisiológica de la mujer y de la maternidad, y del varón y de la masculinidad, derivada de una concepción materialista del hombre –y, por tanto, de su cuerpo–, devalúa tanto la feminidad como la masculinidad, en lo que tienen su significado más personal y teológico. En nombre de una defensa de la dignidad e igualdad de la mujer, que busca la liberación del “dominio” del varón, se pasa sutilmente del feminismo más radical a una “masculinización de lo femenino”, que conlleva inevitablemente una “feminización de lo masculino”¹⁰¹³ y una disolución de la especificidad de la diferencia sexual en el rechazo más frontal a cualquier valor del cuerpo¹⁰¹⁴. Frente a este feminismo radical de género, que abandera la liberación de la maternidad, se impone una renovación de la antropología, que considere la corporeidad sexuada, y un redescubrimiento del significado de la

¹⁰¹⁰ ÁLVAREZ ALONSO, Carmen, *Más allá del género y del sexo: el lenguaje del cuerpo, según Juan Pablo II*, Facultad de Teología San Dámaso, Madrid, 2009, págs. 1 a 2.

¹⁰¹¹ BENEDICTO XVI, *Congreso eclesial de la diócesis de Roma sobre la familia*, de 06.06.2005: “También el cuerpo del hombre y de la mujer tienen, por tanto, por así decir, un carácter teológico, no es simplemente cuerpo, y lo que es biológico en el hombre no es sólo biológico, sino expresión y cumplimiento de nuestra humanidad”.

¹⁰¹² ÁLVAREZ ALONSO, Carmen, *Más allá del género y del sexo... cit.*, págs. 2 a 3.

¹⁰¹³ JUAN PABLO II, *Mulieris dignitatem* 10.

¹⁰¹⁴ JUAN PABLO II, *Mulieris dignitatem* 18. Tanto en la Catequesis sobre Teología del cuerpo como en la *Mulieris dignitatem* se pueden encontrar las coordenadas fundamentales para elaborar una teología sobre la mujer, o si se quiere, una teología de lo femenino y una teología de lo masculino, partiendo de la corporeidad sexuada. La masculinidad y la feminidad son también, en el modo de revelarse de Dios, dos modos de expresarse en la carne y de realizar su plan de salvación. La pretensión feminista de liberarse del “dominio del varón” por el camino de la “masculinización de lo femenino”, además de ser en sí misma radicalmente contradictoria, está abogada ahogarse en los límites de una perspectiva cada vez más reduccionista. Sin embargo, la cuestión de la mujer sigue reclamando de la Teología una respuesta que ahonde en la verdad plena de la persona y en el misterio de la Mujer bíblica, es decir, en la feminidad de EVA y en la perfecta feminidad de MARÍA. Y esa es, precisamente, la línea de estudio de la *Mulieris dignitatem*. Vid. ÁLVAREZ ALONSO, Carmen, “Hacia una Teología de lo femenino. En torno a la Carta *Mulieris dignitatem*”, *En la escuela del Logos. A Pablo Domínguez in memoriam*, vol. II, Publicaciones de la Facultad de Teología de San Dámaso, Collectanea Matritensia 6, Madrid, 2010, pág. 241 a 261.

maternidad, en cuanto realidad esencialmente vinculada a la estructura de la mujer y que participa, por ello, de la dimisión personal del sujeto¹⁰¹⁵.

Hemos visto cómo existen tesis y argumentos contrapuestos, pero lo que aquí nos interesa y defendemos es que la sexualidad no puede ser algo puramente biológico, social, o cultural, sino que es constitutivo de la persona, pues la afecta en su núcleo más íntimo. El sexo y la sexualidad alcanzan su realización más plenamente humana sólo cuando son parte estructural y definitoria de la propia persona, es decir, cuando se ponen al servicio de la vocación fundamental de todo ser humano y al libre desarrollo de la personalidad de cada individuo. Esta vocación fundamental incluye, por tanto, el

¹⁰¹⁵ Una vía de superación de la ideología de género, y del defectuoso modelo antropológico en que se apoya, la encontramos en la “antropología adecuada”, que JUAN PABLO II esbozó en sus Catequesis sobre el amor humano y la Teología del cuerpo. Dicha antropología pretende abarcar el *integrum* del hombre y ofrece unas coordenadas fundamentales en las que poder encuadrar una definición de la persona, partiendo precisamente de su corporeidad sexuada. Se trata, en efecto, de dar una respuesta a la cuestión antropológica, que vaya a la raíz de los problemas y que escape al discurso meramente legalista con que a veces se ha afrontado el tema del amor humano y la sexualidad.

Al contrario de lo que sostiene la ideología de género, la “antropología adecuada” de JUAN PABLO II parte de un principio clave y fundamental, que se formula en los siguientes términos: “Yo soy mi cuerpo”. Es decir, mi cuerpo es “signo real” de mi persona; es el lugar en el que mi “yo” se revela, se expresa, se hace, presenta y actúa. “El cuerpo es como el guardián sagrado, todo el hombre, es más que su propio cuerpo, y aunque en él, lo trasciende”. La existencia humana, por tanto, es una existencia “en el cuerpo”. El cuerpo es un elemento constitutivo, definitorio e imprescindible de toda experiencia humana que, por ello mismo, se expresa ineludiblemente en el “lenguaje del cuerpo”.

Descubrir el profundo significado humano, personal y teológico del cuerpo humano ayuda a superar la falaz dicotomía entre “sexo” y “género” que plantea la ideología de género, y a corregir una visión biologicista del cuerpo, que no considera la sexualidad como signo y expresión de toda la persona, o que considera el acto conyugal tan sólo como “un acto de la naturaleza o de la técnica” y no como “un acto de la persona”. Frente a la privatización del cuerpo humano, que convierte la sexualidad en un nuevo derecho de la persona, no vinculado a la naturaleza del hombre, la “antropología adecuada” que JUAN PABLO II formula a partir de la Teología del cuerpo reclama, en primer lugar, la unidad de toda la persona, como presupuesto fundamental para captar en toda su profundidad el significado de la corporeidad sexuada, tal como se desprende de la Revelación. La antropología cristiana ve en el cuerpo el signo de la vocación humana al amor y a la comunión, un sacramento de la naturaleza esencialmente sponsal de la persona y, por tanto, un elemento integrador de su semejanza con Dios-amor. Vid. PABLO II, Juan, *Hombre y mujer los creó. Catequesis sobre el amor humano*, Cristiandad, Madrid, 2010.

descubrimiento del “lenguaje del cuerpo”, algo que toda persona descubre en esa experiencia íntima y singular de su propio “yo”.

5.3.2. Casos de opciones de identidad sexual por la vía del tercer género (no sexo)

La Corte Suprema de India ha reconocido a las personas transexuales como tercer género y en consecuencia, ahora tendrán derecho a “ingresar a instituciones educativas y se les dará empleo sobre la base de la tercera categoría de género¹⁰¹⁶”. En su decisión, la Corte expresó que es derecho de cada persona escoger su propio género; por su parte, el Juez KS RADHAKRISHNAN dijo que el reconocimiento de las personas transgénero como tercer género no era una cuestión médica o social, sino una cuestión de derechos humanos¹⁰¹⁷. En la sentencia se ordenó al Estado garantizar que las personas “tercer género” tengan acceso a servicios de salud y otras facilidades como lugares distintos en los hospitales y baños separados¹⁰¹⁸. Esta decisión responde a una situación bastante común en la cultura de la India, el término *hijra* (al que ya nos hemos referido al capítulo primero del trabajo) que hace reseña a las personas que no se identifican ni con el género femenino, ni el masculino¹⁰¹⁹.

Sin embargo, India no es el primer país en reconocer un tercer género. También Nepal en el 2007, lo reconoció cuando la Corte Suprema ordenó al Gobierno eliminar todas las leyes que discriminaran con base en la orientación sexual e identidad de género. Así, las personas nepalíes tendrían la opción de censarse en tres géneros distintos¹⁰²⁰.

Incluso en lugares como Tailandia o el Estado de California en EE.UU., las escuelas han introducido políticas que prevén baños para un tercer género¹⁰²¹ (en el primer caso)

¹⁰¹⁶<http://www.eluniversal.com.mx/el-mundo/2014/reconoce-indicia-a-transexuales-como-39tercer-genero-39-1003529.html>. Consultado el 13.05.2014.

¹⁰¹⁷<http://www.ndtv.com/india-news/transgenders-are-the-bird-gender-rules-supreme-court-557439>. Consultado el 02.07.2015.

¹⁰¹⁸ <http://www.bbc.com/news/world-asia-india-27031180>. Consultado el 02.07.2015.

¹⁰¹⁹http://www.dailymotion.com/video/xgmzzq_los-hijras-el-tercer-sexo-intersexualidad-school. Consultado el 13.03.2014.

¹⁰²⁰http://www.undp.org/content/undp/es/home/ourwork/hiv-aids/successstories/Nepal_third_gender_census_recognition/. Consultado el 02.07.2015.

¹⁰²¹ <http://www.20minutos.es/noticia/403984/0/tailandia/retretes/transexuales/>. Consultado el 13.08.2015.

o para que el alumnado escoja al baño que quiera ir de acuerdo a su identidad sexual¹⁰²² (en el segundo caso). En México tenemos el caso de los *Muxe*, comunidad indígena zapoteca de Oaxaca, que desde hace ya muchos años no solamente tienen un reconocimiento, sino que además juegan un rol especial en la sociedad; un hombre-mujer que reúne las características de ambos sexos, un tercer elemento constitutivo e integrado a la organización de la propia sociedad¹⁰²³.

En 2013, Alemania aprobó una ley que permite registrar a una persona recién nacida como “intersexual” o “sexo indefinido”¹⁰²⁴. Alemania adoptó esta misma postura cuando ya lo había enjuiciado la Corte Suprema de Justicia de Australia que reconoció a una persona como “género neutro” después de haber nacido como hombre y de haberse sometido a una cirugía de reasignación de género, pero insatisfecha con su nueva identidad dejó de tomar las hormonas y jamás se volvió a identificar como hombre o mujer¹⁰²⁵.

El punto de todo esto es que la discusión sobre el tercer género no es nueva; sin embargo, no queda aún muy claro a qué hace referencia o de qué hablamos cuando nos referimos al tercer género, cuestión sobre la que trataremos de aportar un rayo de luz en las páginas que continúan.

En los siguientes epígrafes nos centraremos en el estudio de Alemania, Australia y Francia. Los dos primeros son los dos únicos países occidentales que reconocen el “tercer sexo” o “género neutro” y que permiten registrar a los recién nacidos como “sexo indefinido” porque, se pretende, dicen, que los padres no se precipiten tomando decisiones imprudentes y perjudiciales para el futuro de sus hijos. En cuanto al caso francés, recientemente, una sentencia de un juzgado de primera instancia ha reconocido el sexo neutro aunque la resolución judicial todavía no crea jurisprudencia por lo que

¹⁰²²<http://www.abc.es/sociedad/20130813/abci-escuelas-california-respetaran-identidad-201308131336.html>. Consultado el 08.09.2014.

¹⁰²³ <http://isisweb.com.ar/muxe.htm>. Consultado el 18.08.2015.

¹⁰²⁴ <http://www.abc.es/sociedad/20130820/abci-alemania-reconoce-sexo-indefinido-201308191947.html>. Consultado el 25.07.2015.

¹⁰²⁵ <http://www.abc.es/sociedad/20140402/abci-australia-tercer-sexo-20140421214.html>. Consultado el 25.07.2015.

tendremos que esperar en qué sentido se pronuncia el órgano jurisdiccional de superior instancia.

5.3.2.1. Alemania

Alemania desde la segunda mitad del siglo XX ha realizado un largo camino hacia el reconocimiento de los derechos del colectivo LGBT. Uno de los buques insignia de este proceso de reconocimiento de derechos es la “Ley sobre el cambio de nombre y la determinación del sexo en casos especiales” de 10.09.1980¹⁰²⁶.

Desde el 01.11.2013, el país germano es el primer país europeo que permite a los padres dejar en blanco la casilla que indica el sexo de un bebé en su partida de nacimiento, reconociendo así en la práctica un “tercer género” ni masculino ni femenino¹⁰²⁷. No se trata de ninguna casualidad que Alemania haya sido precisamente la primera en el continente europeo en regular la materia, pues se trata de uno de los países más tolerantes respecto a los derechos del conjunto LGTB, aunque con la paradoja de no haber reconocido todavía el matrimonio entre personas del mismo sexo¹⁰²⁸.

La nueva ley aprobada fue diseñada para los niños que nacen con órganos masculinos y femeninos, conocidos históricamente como intersexuales (antes llamados hermafroditas) y que tienen características sexuales que no permiten adscribirlos a un género determinado¹⁰²⁹. Se diferencian así de los transexuales, que tienen características físicas claramente definidas de un sexo, pero se sienten del otro¹⁰³⁰.

¹⁰²⁶ Como ya hemos explicado en el apartado dedicado a la situación legislativa de la transexualidad en Alemania.

¹⁰²⁷http://www.personenstandsrecht.de/SharedDocs/Downloads/PERS/Themen/Rechtsquellen/per%C3%A4nd_g.pdf?__blob=publicationFile. Consultado el 21.07.2015.

¹⁰²⁸http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb_englisch_bgb.html#p4751 (sections 1297 y ss.). Consultado el 21.07.2015.

¹⁰²⁹<http://www.emol.com/noticias/internacional/2013/11/01/6257599/alemania-reconoce-un-tercer-sexo-ni-masculino-ni-femenino.html>. Consultado el 22.07.2015.

¹⁰³⁰PRANTL, Heribert, “Männlich, weiblich, unbestimmt”, in *Süddeutsche Zeitung*, 2013, vid. <http://www.sueddeutsche.de/leben/geschlechter-im-deutschen-recht-maennlichweiblich-unbestimmt-1.1747380>. Consultado el 23.07.2015.

La norma se inspira en un estudio del Consejo Alemán de ética, que consideró que la legislación de la UE no garantiza los derechos de las personas intersexuales.

a) Fundamentos jurídicos

Hasta ahora, en Alemania, como sucede en España, cuando se detecta que el recién nacido es intersexual, los médicos realizan una serie de análisis y estudios para determinar cuál de los dos sexos está más latente en el recién nacido y se realizan las operaciones o los tratamientos pertinentes, siempre con el consentimiento de los progenitores. Esto les ayuda a decidir qué sexo figurará en el registro civil cuando van a inscribir a su hijo.

La Ley promulgada en 2013, tiene como objetivo dar respuesta a un supuesto de hecho extremadamente delicado. Previamente, los progenitores tenían una semana, desde el nacimiento, para decidir si su hijo / hija intersexual iba a ser registrado en el Registro como niño o niña. Esto implicaba que las decisiones de los padres se produjeran bajo una gran presión que en muchos casos implicaba el sometimiento a cirugías en los genitales de los recién nacidos¹⁰³¹.

Desde el noviembre de 2013, los padres alemanes, además de la opción varón o hembra, tienen la opción de registrar a su bebé intersexual como de sexo “X”. El Gobierno alemán y expertos legales sostienen que esta regulación no se trata de un reconocimiento a un tercer género y que en realidad es una solución temporal para los casos de intersexuales muy específicos. De ello se denota que la voluntad legislativa alemana no pretende que la persona con el género “X” en la partida de nacimiento, lo mantenga durante el resto de su vida¹⁰³².

El artículo 22 apartado b de la nueva Ley alemana establece: *Kann das Kind weder dem weiblichen noch dem männlichen Geschlecht zugeordnet werdenn, so ist der Personenstandsfall ohne eine solche Angabe in das Geburtenregister einzutragen*

¹⁰³¹<http://www.theguardian.com/commentisfree/2013/nov/10/germany-thir-gender-birth-ciertificate>.

Consultado el 11.08.2015.

¹⁰³² http://www.huffingtonpost.es/2013/08/22/intersexual-genero-alemania_n_3793897.html. Consultado el 12.08.2015.

Traducido:

Si el niño no puede ser clasificado ni en el sexo masculino ni en el sexo femenino, puede figurar sin ese dato en el registro de nacimiento.

Pese a que los juristas evitan hablar explícitamente de la creación de un “tercer sexo” con la normativa, los medios alemanes consideran que “es lo que ocurre en la práctica” y hablan ya de “una revolución jurídica”¹⁰³³.

Para justificar la reforma legislativa, el legislador se apoya en el art. 3 de la Ley Fundamental alemana, que establece que “nadie puede ser discriminado o favorecido por su sexo, procedencia, raza, lengua, país, procedencia, o por sus opiniones políticas o religiosas”. Según la ministra de Justicia germana del momento, SABINE LEUTHEUSSER-SCHNARRENBERGER, “además de las personas transexuales existen las personas de sexo indeterminado o “intersexuales”, que presentan rasgos tanto del sexo femenino como del masculino” por lo que resulta necesario impulsar una reforma de la legislación que se adapte a la existencia de estas personas¹⁰³⁴.

Hace años que el asunto de la intersexualidad despertaba discusión en Alemania. Ya en 2009, una comisión de las Naciones Unidas exhortó a Alemania a respetar los derechos de las personas sin sexo definido. Un año antes, una activista intersexual había denunciado ante la ONU que las personas sin sexo definido eran forzadas en Alemania a operarse (sobre todo a una edad temprana) para acabar con esa peculiaridad física. En 2012, el Consejo Alemán de Ética (un gremio independiente de expertos que asesora a gobierno y Parlamento) aconsejó reconocer y proteger los derechos de las personas sin sexo definido¹⁰³⁵.

¹⁰³³ <http://www.emol.com/tendenciasymujer/Noticias/2013/10/30/24868/Ni-hombre-ni-mujer>. Consultado el 12.08.2015.

¹⁰³⁴ “Deutsche Gesellschaft für Transidentität und Intersexualität e.V”: *Positionspapier der zur Reform des Gesetzes über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen*, 2009, vid. http://www.dgti.org/images/pdf/dgti_tsg_positionspapier.pdf. Consultado el 18.08.2015.

¹⁰³⁵ <http://world.time.com/2013/11/12/boy-girl-or-intersex/>. Consultado el 01.09.2015.

La novedad es que no sólo no será necesario elegir “masculino” o “femenino” en los documentos, sino que podrán dejarlo en blanco y que sea el interesado (niño o niña), cuando llegue a la edad adulta, el que decida su género. Incluso, puede no hacerlo nunca.

b) Informe del Consejo Alemán de ética

El Consejo Alemán de ética está constituido por veintiséis miembros que asesoran al Gobierno y al *Budestag*¹⁰³⁶ en cuestiones jurídicas, sociales, médicas y científicas. Éste, después de atender las reclamaciones de las personas intersexuales y de la solicitud del propio Ejecutivo de que redactase un informe sobre la cuestión, a raíz de que una comisión de Naciones Unidas instase al estado alemán en 2009 a proteger los derechos humanos de los intersexuales, recomendó al Estado reconocer sus derechos y proteger de toda discriminación a quienes no pertenecen ni al sexo masculino ni al femenino¹⁰³⁷.

Tras un año de deliberaciones, el Consejo Alemán de ética entregó al Gobierno su informe sobre la situación de las personas con desarrollo sexual atípico (DSD, sus siglas en inglés) y recomendaciones para proteger su integridad física, su identidad sexual y su identidad de género. No todos los aludidos se perciben a sí mismos como intersexuales, de ahí que el comité use el término DSD para referirse a quienes nacen con algún grado de androginia, es decir, con rasgos genéticos típicos y fenotípicos tanto de hombres como de mujeres¹⁰³⁸.

El comité de ética sopesó los argumentos a favor y en contra de operar a las personas cuyos genitales no son claramente masculinos o femeninos, prestando gran atención a los casos que pueden justificar una intervención quirúrgica temprana. Según el consejo,

¹⁰³⁶ Spiegel Online: “Bundesratsbeschlüsse: Von der Eigenheimzulage bis zur Homo-Ehe”, 2004, vid. <http://www.spiegel.de/politik/deutschland/bundesratsbeschluesse-vonder-eigenheimzulage-bis-zur-homo-ehe-a-329851.htm>. Consultado el 25.08.2015.

¹⁰³⁷ http://www.transrespect-transphobia.org/uploads/downloads/Publications/TvT_research-report_ES_.pdf. Consultado el 19.08.2015.

¹⁰³⁸ Deutscher Ethikrat: “Pressemitteilung: Intersexuelle Menschen anerkennen, unterstützen und vor gesellschaftlicher Diskriminierung schützen”, 2012, vid. <http://www.ethikrat.org/presse/pressemitteilungen/2012/pressemitteilung-01-2012>. Consultado el 19.08.2015.

debido a su irreversibilidad y a los riesgos que supone para la psique y el cuerpo, esas cirugías sólo deben practicarse con el consentimiento explícito de los afectados o, si se trate de adolescentes, cuando el desarrollo sexual atípico ponga en peligro la salud o la vida del menor.

Para sacar a los intersexuales de su estado de indefensión, el Consejo Alemán de ética recomendó asegurar el financiamiento estatal de sus asociaciones y grupos de autoayuda; documentar de manera precisa los tratamientos administrados, archivar esa información y ponerla al alcance de los pacientes durante cuarenta años; crear un fondo para la indemnización de daños físicos y psíquicos causados por operaciones que no se ajusten a los estándares médicos actuales, y, cuando sea necesario, catalogar y castigar esos perjuicios como delitos contra menores¹⁰³⁹.

Teniendo en cuenta la cantidad de intersexuales que han perdido su capacidad para sentir placer sexual o de reproducirse tras ser operados, el Consejo pidió postergar la fecha de prescripción de delitos por negligencia médica. Asimismo, puso énfasis en que el diagnóstico y el tratamiento opcional de las personas con DSD deben tener lugar en un instituto interdisciplinario especialmente concebido para ello, y en que la asistencia médica debe ser ofrecida por centros independientes, siempre con la asesoría de otros intersexuales y sus grupos de autoayuda¹⁰⁴⁰.

Con miras a ofrecerles mayores posibilidades de identificación sexual en las actas de nacimiento y el registro civil, el Comité sugirió agregar la categoría “otro” a las de masculino y femenino, y eximir a los intersexuales de proporcionar información al respecto hasta que se decidan por alguna de estas tres opciones. El Consejo alemán también invitó a los legisladores a determinar si es realmente necesario que el sexo de

¹⁰³⁹ VON STRITZKY, Johannes, “El desarrollo de la protección jurídica de las personas homosexuales, bisexuales, transexuales e intersexuales (LGTB) en Alemania”, *Revista General de Derecho Constitucional*, 17, 2013.

¹⁰⁴⁰ Deutscher Ethikrat: “Pressemitteilung: Intersexuelle Menschen anerkennen, unterstützen und vor gesellschaftlicher Diskriminierung schützen”, 2012, vid. <http://www.ethikrat.org/presse/pressemitteilungen/2012/pressemitteilung-01-2012>. Consultado el 20.08.2015.

los ciudadanos aparezca en el registro civil. Este punto es controvertido por los retos que supone para otras áreas del Derecho¹⁰⁴¹.

Como hemos dicho, se sugirió ampliar las posibilidades de identificación sexual en el registro civil: masculino, femenino, “otro”. Como prueba de ello, cuando se discutió sobre el escenario hipotético de las uniones civiles integradas por al menos una persona bajo la categoría “otro”, los miembros del Consejo Alemán de ética no pudieron llegar a un acuerdo. Algunos votaron a favor de que el Estado las reconociera como matrimonios tradicionales, pero la mayoría opinó que bastaba con registrarlas como parejas de hecho, resultando la misma figura jurídica que legaliza las uniones homosexuales¹⁰⁴².

c) Síntesis

La Ley alemana surge a raíz de un estudio del Consejo de Ética de Alemania sobre la intersexualidad que concluyó que los derechos de los individuos con ambigüedad sexual deberían protegerse mejor. Así, el texto normativo prevé que si un recién nacido no puede definirse como del sexo masculino o femenino, entonces debería inscribirse en el registro civil sin especificar su sexo o marcando la casilla de “sexo indeterminado”. Pero reiteramos, la Ley está pensada únicamente para los supuestos de intersexualidad.

Alemania se ha convertido en el primer país europeo que permite a los recién nacidos con características de ambos sexos ser registrados sin un género definido, después que el Gobierno alemán creara una nueva categoría denominada “sexo indeterminado”. Esta nueva legislación brinda, además, la posibilidad de que más adelante, en edad adulta, esas personas con sexo indeterminado puedan escoger si quieren estar bajo la categoría

¹⁰⁴¹ PRANTL, Heribert, “Männlich, weiblich, unbestimmt” in: *Süddeutsche Zeitung*, 2013, vid. <http://www.sueddeutsche.de/leben/geschlechter-im-deutschen-recht-maennlich-weiblichunbestimmt-1.1747380>. Consultado el 20.08.2015; RATH, Christian, “Junge? Mädchen? Keins von beidem?”, in *die tageszeitung*”; en *letzter Zugriff*, 2013, vid. <http://www.taz.de/Personenstandsgesetzgeaendert/!122018/>. Consultado el 20.08.2015 ; MÜLLER, Enrique y DE BENITO, Emilio, “Alemania ‘crea’ un tercer sexo”, puede consultarse el referenciado artículo en *El País*, 2013, vid. http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/08/19/actualidad/1376938559_453077.html. Consultado el 20.08.2015; <http://www.taz.de/Personenstandsgesetz-geaendert/!122018/>. Consultado el 20.08.2015.

¹⁰⁴² <http://bit.ly/FOzUsU>. Consultado el 30.08.2015.

masculina o femenina. Pero también se ofrece la opción de quedarse bajo la categoría del tercer género o indeterminado y no tener que escoger en ningún momento de su vida entre las dos opciones.

Esto último puede convertirse en cierto modo en el reconocimiento implícito del no sexo por razones psicológicas, aunque en origen parta de una ambigüedad biológica. Pero la solución seguiría siendo coja para aquellos que no son biológicamente intersexuales.

Las personas que pueden optar al tercer género son conocidos como intersexuales. Esta nueva Ley se debe en gran parte al seguimiento de casos en Alemania, donde se ha visto que la opción de sexo al momento de nacer en personas intersexuales había causado muchos casos de infelicidad o trauma psicológico años después. En varias de estas situaciones se percataron que sin unos genitales definidos eran objetos de cirugías y años después alegaban que no eran ni hombres ni mujeres, sino lo que habían creado los doctores en la sala de cirugía.

La nueva Ley se apoya en que mientras una persona “sienta profundamente” que pertenece a un cierto género, tiene también el derecho de escoger cómo se identifica legalmente. Sin embargo, todavía no hay detalles sobre cómo la nueva Ley afectara al uso del género en otros documentos oficiales como los pasaportes, donde hay que escoger entre una “M” y una “F”¹⁰⁴³.

Con la entrada en vigor de la Ley se han abierto diversos interrogantes jurídicos en Alemania¹⁰⁴⁴. ¿Quién determinará si el sexo del niño no está suficientemente claro?

¹⁰⁴³ En cuanto el pasaporte, el cual sigue con su regulación binaria entre sexo masculino y femenino, el Gobierno alemán ha afirmado que se adoptaran las medidas legislativas convenientes con el fin de incluir la tercera opción para aquellas personas que estén reconocidas con el sexo “X” en su partida de nacimiento. Vid. <http://www.spiegel.de/international/germany/third-gender-option-to-become-available-on-german-birth-certificates-a-916940.html>. Consultado el 18.08.2015.

¹⁰⁴⁴ Otra de las cuestiones que sigue sin resolverse es el de los efectos del “tercer sexo” en materia de matrimonio o parejas de hecho. Tal y como hemos explicado, la unión matrimonial entre personas del mismo sexo no está permitida, pero sí la unión civil, a través de una Ley de 2001. Sin embargo, la que hay en juego no es que dos personas de un mismo sexo puedan contraer matrimonio, sino que el sistema legal alemán tiene que realizar una transición para el pleno reconocimiento de un tercer sexo y todos los

¿Qué ocurrirá con el resto de leyes que hablan de forma explícita sobre hombres y mujeres? ¿Se incorporará en todos los documentos el género “X” junto al “M” y al “F”? En este sentido la ministra de Justicia, SABINE LEUTHEUSSER-SCHNARRENBERGER, adelantó que hará falta una amplia reforma de la legislación vigente aunque augura que el camino a recorrer será largo. Asimismo, el Ministro del Interior dijo que el cambio no supone la creación de un tercer sexo¹⁰⁴⁵.

La nueva propuesta puede parecer un gran avance en materia de igualdad, sin embargo desde la Organización Internacional Intersexual (OII) consideran que en gran medida supondrá un estigma sobre los niños, ya que no existe una educación sexual integral sobre la intersexualidad. Desde el colectivo también proponen evitar los tratamientos de asignación de género en recién nacidos intersexuales porque están decidiendo cuál es el sexo de una persona basándose en criterios médicos, exceptuando los casos en los que haya que realizar alguna cirugía por una cuestión de salud.

El pronunciamiento del Consejo Alemán de ética es un signo positivo, otro hito en el camino hacia el reconocimiento de los derechos de los intersexuales.

5.3.2.2. Australia

Hemos analizado el caso de Alemania que ha seguido el camino marcado por Australia, que ha sido el primer país del mundo occidental en reconocer la intersexualidad como un género aparte en documentos legales¹⁰⁴⁶.

efectos que éste conlleva. Vid. <http://www.bbc.com/news/world-europe-24767225>. Consultado el 20.05.2015; <http://www.pewresearch.org/fact-tank/2015/06/09/where-europe-stands-on-gay-marriage-and-civil-unions/>. Consultado el 21.05.2015.

¹⁰⁴⁵http://www.national-coalition.de/pdf/28_10_2012/kinderrechte_und_Intersexualitaet_NC.pdf. Consultado el 12.06.2015.

¹⁰⁴⁶ Se prevé que el resto de países de la Unión Europea orienten sus leyes también en este sentido. En un curioso primer paso, Suecia anunció la incorporación de un nuevo pronombre de género neutro (*Hen*) que se une a los pronombres él (*Han*) y ella (*Hon*). Vid. <http://es.gizmodo.com/alemania-aprueba-una-ley-que-reconoce-el-tercer-genero-1179360403>. Consultado el 28.07.2015.

Otro caso que hemos identificado es el publicado en el periódico “La Vanguardia” de 30.06.2015 (pág. 34), que informa que el Gobierno noruego ha presentado un Plan que en caso de prosperar y convertirse en ley facilitará los trámites del cambio de sexo para adultos e incluso para los niños de más de siete años.

El caso del país oceánico surge a raíz del proceso que plantea el ciudadano NORRIE que nació varón en Escocia, posteriormente se había cambiado legalmente de sexo, pero tampoco esta nueva identidad como mujer le satisfacía, así que decidió optar por el género neutro. Pero una cosa es cómo uno decida calificarse a sí mismo y otra muy distinta cómo se le considere legalmente y en sus documentos de identidad. NORRIE pidió en el registro de Sydney constar como tercer género, ni hombre ni mujer. La primera reacción fue positiva, pero luego la administración dio marcha atrás y NORRIE ha tenido que recurrir a los tribunales para que le reconozcan su estatus. Y finalmente lo ha conseguido. Una sentencia de la Corte Suprema de Sydney reconoce su derecho a constar como tal en el registro de Nueva Gales del Sur¹⁰⁴⁷.

Su proceso comenzó en 2010, cuando realizó por primera vez la petición al registro. Al principio no hubo problema, pero al cabo de cuatro meses le comunicaron que había habido un error y que el cambio no podía realizarse. La Corte de Apelaciones de Nueva Gales del Sur determinó que “la palabra sexo no tiene un significado binario de hombre o mujer”, pero el Registro continuó manteniendo su criterio y apeló la sentencia a la Corte Suprema, donde argumentó que admitir la existencia de más de dos sexos causaría una “inaceptable confusión”. Los Jueces, sin embargo, no han aceptado este argumento y consideran que inscribir a NORRIE como hombre o como mujer equivale

Si la propuesta sigue adelante Noruega se convertirá en uno de los primeros países del mundo en reconocer este derecho a personas tan jóvenes. Según la Ley actual, los noruegos que no se identifiquen con el sexo con el que han nacido para reconocer su verdadera identidad sexual en los documentos oficiales requieren ser mayores de edad, haberse sometido a tratamiento quirúrgico-médico de adaptación (que implica la esterilización) y aportar un informe médico o psicológico que avale que su condición sexual es diferente de la que tenía al nacer. Con el Plan propuesto los requisitos desaparecen e incluso permitirá que las personas que se arrepientan de la decisión puedan retroceder en cualquier momento sin consecuencias. La propuesta también aborda un tema delicado como es el de los niños. El Plan del Gobierno también prevé que los menores de siete años que quieran puedan solicitar el cambio, sin someterse a tratamiento hormonal ni demostrar médicamente o psicológicamente la transformación de su identidad sexual. Lo único que necesitarán es el consentimiento de los padres. Un requisito, por cierto, que no será necesario si tiene el adolescente más de dieciséis años. En definitiva, se trata de un paso más hacia la superación del dualismo sexual en aras al principio de libre desarrollo de la personalidad.

¹⁰⁴⁷<http://www.ragap.es/actualidad/actualidad/una-persona-australiana-neutra-consigue-que-la-reconozcan-como-tercer-genero/758900>. Consultado el 15.07.2015.

a realizar un registro incorrecto y recuerdan que la Ley ya recoge la posibilidad de un género indeterminado o poco conclusivo¹⁰⁴⁸.

La Corte, sin embargo, sí acepta que las únicas categorías existentes sean hombre y mujer, pero añade que eso no quiere decir que todos los solicitantes tengan que entrar necesariamente en esas categorías: “pero aceptar esta condición no quiere decir que la Ley requiera que esta clasificación se pueda aplicar, o deba aplicarse a todo el mundo. Y no hay nada en la Ley que sugiera que el Registro tenga derecho, o mucho menos esté obligado, a registrar la clasificación del sexo de una persona incorrectamente como masculina o femenina teniendo en cuenta la información que la Ley requiere que el solicitante entregue”, señala la sentencia.

Los Jueces además reconocen el caso concreto de NORRIE para sentar un precedente que aunque sólo afecta a este Estado, tendrá consecuencias en todo el país. “La Ley no requiere que una persona que, habiéndose sometido a un procedimiento de afirmación de género se mantenga de sexo indeterminado, esto es, ni masculino ni femenino, tenga que ser registrada, incorrectamente, como uno u otro. La Ley reconoce que una persona puede ser otra cosas que masculina o femenina y de este modo, se puede permitir el registro buscado como no específico”.

Desde el Centro de Educación en Género y Sexualidad de Australia y desde la asociación *Gender Agenda* (Agenda de Género) destacaron la importancia de este reconocimiento legal al afirmar que “las personas con género y sexo diverso se encuentran con problemas cotidianos al acceder a servicios e instalaciones que los australianos pueden usar sin pensárselo dos veces. Es esencial que nuestro sistema legal refleje con exactitud y se ajuste a la realidad de la diversidad sexual y de género que existe en nuestra sociedad, y la Corte Suprema ha dado un paso enorme para conseguir este objetivo”.

¹⁰⁴⁸ Ya desde 2011, las leyes australianas permitían a sus ciudadanos marcar con una “X” la casilla de género en el pasaporte, algo que también puede hacerse en Nueva Zelanda desde 2012. Vid. <http://www.latercera.com/noticia/mundo/bbc-mundo/2013/11/1433-549733-9-bbc-alemania-introduce-un-tercer-genero-legal-para-recien-nacidos.shtml>. Consultado el 16.07.2015.

A pesar de la importancia de la decisión judicial, una persona sólo podrá ser reconocida por la Ley y el Estado Civil como de “género neutro” presentando un expediente médico que así lo acredite. Desde junio de 2013, Australia ya había instaurado una nueva nomenclatura respecto al reconocimiento de los sexos en los documentos oficiales, ofreciendo la elección entre masculino, femenino e indeterminado¹⁰⁴⁹. Así pues, los pasaportes australianos ahora tendrán tres opciones de género, previamente el género seleccionado en el pasaporte sólo podía ser masculino o femenino, y las personas no podían cambiarlo en el documento sin someterse a una cirugía de cambio de sexo. La reforma implica un reconocimiento importante a los derechos humanos de las personas que deciden señalar su sexo como “indeterminado”. Por último, todavía se ignoran todas las consecuencias que tendrá este fallo¹⁰⁵⁰.

Como ya hemos apuntado, la importante novación no se sustenta sobre meras elucubraciones sino que encuentra su raíz en unos antecedentes normativos que explicamos a continuación. Entre los años 2003 y 2011, en Australia era posible emitir pasaportes con marcador de una “X” en el apartado relativo al sexo de la persona cuando el sujeto pasivo podía presentar un certificado de nacimiento que señalaba su sexo como indeterminado¹⁰⁵¹.

En 2011, el Departamento de Asuntos Exteriores y Comercio (DFAT) revisó la política para permitir que más personas pudiesen obtener un pasaporte “X”, incluyendo a los sujetos transexuales no binarios, así como a las personas intersexuales no binarias, sobre la base de un simple informe de un médico especialista que así lo corroborase¹⁰⁵².

El 25.06.2013, el Parlamento Australiano aprobó la Ley contra la “Discriminación sexual (Orientación Sexual, Identidad de Género e Intersexualidad¹⁰⁵³)”. La Ley establece como personas a proteger los intersexuales y los transexuales y, les autoriza a

¹⁰⁴⁹ <http://www.elpais.com/uy/vida-actual/justicia-australiana-reconoce-que-existe-html>. Consultado el 03.06.2015.

¹⁰⁵⁰ <http://ciudadaniasx.uk.tempcloudsite.com/spip.php?breve571>. Consultado el 02.07.2015.

¹⁰⁵¹ <http://www.bodieslikeours.org/pdf/xmarks.pdf>. Consultado el 02.07.2015.

¹⁰⁵² <http://oii.org.au/21597>. Consultado el 11.07.2015.

¹⁰⁵³ <http://www.canberratimes.com.au/act-news-laws-will-allow-for-sex-change-to-be-made-to-birth-certificates-20140320-35659.html>. Consultado el 17.07.2015.

que puedan inscribirse registralmente como del sexo “X”. Dicha Ley ha obligado la implantación de una clasificación “X” en todos los departamentos y agencias federales. Así, hasta que en 2014, también se ha introducido la indicada clasificación para las partidas de nacimiento¹⁰⁵⁴.

5.3.2.3. Francia

Recientemente, el día 20.08.2015, el Juzgado de Familia de Tours, en la región de Loira (Francia) ha dictado una resolución judicial por la que ha reconocido, en primera instancia y por primera vez en este país, el “sexo neutro”. De la sentencia se ha tenido conocimiento, el 15.10.2015, por una noticia publicada en el diario francés “20 minutes”, sin que hasta el momento hayan trascendido más noticias sobre la cuestión ya que el propio interesado ha decidido permanecer en el anonimato. El supuesto de hecho se refiere a un individuo casado (con un hijo adoptado) al cual se le ha permitido modificar el sexo inscrito registralmente en su partida de nacimiento. Esta es la primera ocasión en que un tribunal francés permite a una persona salir del sistema binario, masculino / femenino¹⁰⁵⁵, que era el autorizado hasta estos momentos.

Los datos que han trascendido de esta persona son muy pocos, ya que no ha querido que se le identifique, pero sí sabemos que se trata de una persona que tiene 64 años y que ha vivido hasta ahora identificado oficialmente como hombre, tal y como consta en el Registro Civil, a pesar que sus órganos sexuales no están lo suficientemente desarrollados y él no se siente identificado ni como hombre ni como mujer.

En la sentencia dictada por el Tribunal de Tours se establece que “el individuo nació según los datos médicos con una vagina rudimentaria”, un “micro pene” y “sin testículos”. La resolución judicial se fundamenta en que “el sexo que se le asignó aparece como una pura ficción (...) impuesta durante toda su vida. No se trata de reconocer la existencia de un “tercer sexo”, sino de constatar la imposibilidad de encasillar al interesado en tal o cual sexo”, indica el magistrado. Por tanto, estamos ante

¹⁰⁵⁴ Un artículo que trata un supuesto similar pero en la India vid. <http://www.ndtv.com/india-news/transgenders-are-the-bird-gender-rules-supreme-court-557439>. Consultado el 02.08.2015.

¹⁰⁵⁵ Diario el País de 15.10.2015.

un supuesto de una persona intersexual que fue adscrita desde su nacimiento al sexo masculino siguiendo parámetros estrictamente médicos pero que no se identifica como perteneciente en ninguno de los dos sexos legalmente reconocidos. Es decir, la sentencia reconoce a una persona intersexual obtener un estado civil neutro¹⁰⁵⁶.

El fiscal del caso, JOËL PATARD, ha declarado que ha apelado la sentencia a la Corte de Apelación de Orleans, no por oponerse a la misma, “sino para obtener la posición de un nivel de la jurisdicción distinto”. Alegando que “por comprensible que sea, la solicitud no deja de contradecir el cuerpo legislativo y reglamentario actual”¹⁰⁵⁷.

Por lo que se refiere a las consecuencias legales de la sentencia, el propio Fiscal ha señalado que, “tampoco estamos en el papel del legislador, como para crear una ley donde todavía no existe, o para modificarla en aspectos existentes”. Asimismo, señala que el individuo “forma parte de situaciones minoritarias pero que ocurren, y con la que otra gente ha tenido que lidiar durante su vida”¹⁰⁵⁸.

El Ministerio Fiscal para fundamentar su posición buscó decisiones anteriores que pudieron haber sido pronunciadas sobre el tema, pero afirma que “encontró muy pocas, por no decir ninguna a nivel europeo”; de ahí que consideremos que la sentencia es pionera en la materia¹⁰⁵⁹.

La resolución judicial no crea jurisprudencia, porque se trata de una sentencia dictada por un juzgado de primera instancia por lo que tendremos que esperar en qué sentido se pronuncia el órgano jurisdiccional de superior instancia. No obstante, es un supuesto más de reconocimiento del sexo neutro a las personas intersexuales en aras al principio de libre desarrollo de la personalidad sin tener que ser encasilladas en uno de los dos sexos legales, lo que refuerza, más si cabe, nuestra posición sobre que cada vez son más los ejemplos y los Estados que reconocen la inscripción registral del “sexo neutro” para individuos intersexuales, sin perjuicio de que dicha circunstancia pueda paulatinamente

¹⁰⁵⁶ http://pdf.20mn.fr/2015/quotidien/20151014_PAR.pdf?1. Consultado el 23.10.2015.

¹⁰⁵⁷ <http://ciudadanodiario.com/ar/francia-aprueba-identidad-de-sexo-neutro/>. Consultado el 27.10.2015.

¹⁰⁵⁸ <http://www.newsjs.com/es-ar/francia-aprueba-identidad-de-sexo-neutro/>. Consultado el 27.10.2015.

¹⁰⁵⁹ <http://www.telegrafo.com.ec/sociedad/item/una-persona-obtiene-la-mencion-sexo-neutro-en-su-estado-civil-en-francia.html>. Consultado el 26.10.2015.

reconocerse para otras personas que no quieran ser adscritas en ningún sexo por razones psicológicas o sociológicas.

5.4. Recapitulación y propuestas para un replanteamiento de la cuestión

1. La sexualidad es una invariante histórica, ha existido siempre. En cambio, su interpretación por parte de las diferentes civilizaciones ha ido cambiando a lo largo de la historia, encontrando diversas maneras de vivir el sexo y tratar la sexualidad. La sexualidad ha planteado y plantea complejos desafíos en el marco de nuestra vida social. Los cambios en las relaciones entre hombre y mujer pueden encontrarse en las profundas transformaciones de la sociedad de fin de siglo XX y en la serie de hábitos con los que cada persona experimenta, piensa y ejercita su sexualidad.
2. La sexualidad no puede entenderse sin considerar el amplio contexto de las prácticas culturales, de los conocimientos de los que dispone un individuo, de sus hábitos cotidianos, de los contrastes entre épocas relativamente recientes, de las diversas actitudes que los individuos y las instituciones adoptan frente a las densas problemáticas del sexo y sexualidad.
3. Lo que las personas hacen o dejan de hacer; lo que se dice, lo que se deja de decir, son manifestaciones pueden comprenderse como expresión profunda de una forma de experiencia de la sexualidad, es decir, de lo que se percibe, de lo que es posible pensar, de lo que se siente y se vive acerca de la sexualidad; tiene rasgos propios y característicos que la diferencian de las concepciones, actitudes e ideas de la sexualidad de otras épocas.
4. El dualismo de la diferencia sexual ha sido formulado por primera vez y para siempre en el siglo VI a.C. con la ancestral tabla pitagórica de los opuestos. Dicha tabla contrapone lo masculino a lo femenino. Sin embargo, el pensamiento y la cultura contemporáneos han sentado las bases especulativas y

prácticas para una subversión de la diferencia, cuyos efectos transformadores han comenzado a operar en diferentes niveles y ámbitos sociales¹⁰⁶⁰.

5. Frente al hecho de la diferencia sexual, la alternativa consiste en cuestionar la presunta naturalidad de los géneros, con vistas a deconstruir un dualismo vigente. La noción de género constituye una categoría sociológica y designa el verdadero aparato de producción en el cual y por el cual los sexos son establecidos discursivamente como naturaleza pre-discursiva. Con esta categoría se intenta contestar el esencialismo ontológico y constitutivo de la diferencia sexual, sin recaer en el dualismo metafísico sexo / género, naturaleza / cultura, biológico / social. Porque la identidad no es una abstracción inamovible y eterna sino la diferencia del dinamismo relacional e histórico en el cual ella se realiza. Hoy es posible afirmar que la materialidad del sexo es un producto cultural, cuya esencia ha sido inventada y fijada en una construcción simbólica. El resultado más consistente es que “no hay sexo” en el sentido de una entelequia sustancial y trascendente, sino sexo en el sentido de un proceso de materialización cultural. El género es entonces una realidad cambiante, y esto implica por lo tanto que es una realidad modificable y reversible. El sistema binario del género, instituido por la dominación patriarcal y el sometimiento de la mujer bajo la apariencia de una necesidad ontológica, es de este modo resignadamente destituido bajo la fuerza de una racionalización dinámica e histórica¹⁰⁶¹.

6. Los movimientos en defensa de los derechos de las minorías sexuales irrumpen desde los bordes de las hegemonías del sexo oficial pero pronto adoptan las modalidades expresivas del discurso establecido, con lo cual terminan asumiendo pretensiones de la hegemonía en su lucha por su reconocimiento identitario alternativo. El desafío reside en pensar esas identidades, esas “opciones de sexualidad” de los sujetos, sin recaer en los modos de afirmación propios de los grupos tradicionales e inamovibles. Es necesario pensar en posibilidades diferentes de articulación entre género y sexualidad, que reclaman

¹⁰⁶⁰ BENETTÍ, María José, “El último feminismo: hacia la subversión de la diferencia”, en *Revista de Filosofía*, Vol. 32, núm. 2, 2007, pág. 128.

¹⁰⁶¹ *Ibidem*, pág. 138.

para sí la afirmación de una sexualidad que se disfruta fuera de los cánones establecidos.

7. La proliferación de nuevas teorías del género han ayudado a comprender de una manera las relaciones entre hombre-mujer y las prácticas, como un sistema sexo-género que anuda diferentes identidades sexuales, ampliando las categorías antes pensadas.
8. Otra expresión que ha sido cuestionada con estos cambios ha sido el matrimonio: la nueva posición que ha ganado la mujer a través de sus luchas por una liberación afectiva de los roles en que siempre se ha visto encasillada no siempre ha tenido un correlato en la forma matrimonial.
9. Estos análisis resultan de vital importancia si pensamos que nuestro objetivo debe orientarse hacia una práctica de la sexualidad que debe resultar placentera para quienes la ejercen, que debe ser pensada y vivida responsablemente por parte del individuo, que tiene consecuencias no sólo sobre su salud sino en el estado general de la sociedad.
10. Así pues, una educación en sexualidad, sin olvidar la perspectiva biológica y fisiológica, no se reduce a la simple información de datos científicos sino que toma en cuenta las diferentes actitudes que los sujetos pueden tener respecto al sexo y pone especial énfasis en la construcción de un pensamiento crítico orientado a la revisión de los conceptos, el análisis histórico-cultural de las prácticas y sus complicadas transformaciones, el funcionamiento de los discursos acerca de la sexualidad, que legitiman o imponen, permiten, dejan hacer o reprimen las manifestaciones a nivel de los individuos.
11. El placer, la responsabilidad y la salud serán términos complementarios y no podrá haber entre ellos posibilidad de contradicción. El ejercicio de una sexualidad orientada a la realización plena de la persona no debe olvidar la consideración de los múltiples problemas de su entorno. Las diferencias entre el sexo con fines de reproducción y las posibilidades del ejercicio sexual que no se realiza con fines reproductivos; la forma tradicional de un sexo oficial y los

conflictos con otras posibilidades de sexualidad; el acceso a la información, el legítimo ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos: la comprensión de esos elementos y de su interacción, la repercusión que ellos tienen en nuestras vidas serán la clave para ayudarnos en nuestra tarea.

12. Por último, una vez propuesta la abolición del dualismo sexual, lo que queda en su lugar es una identidad indiferenciada, llamada a la diferenciación múltiple, relacional y dinámica del tiempo, y actuada como libertad. Lo posible y necesario reside en esta identidad performativa (acciones para transformar la realidad o el entorno) que urge resignificar. Es entonces cuando la noción de género se convierte en el proyecto liberador, en el acontecimiento de una continua interpretación, que subyace transformadora, a partir de la cual es posible construir una nueva identidad cultural. La tarea no es entonces la de eliminar los géneros sino más bien la de multiplicarlos y resignificarlos, a través de una transformación cultural, lingüística, política y personal, superadora del esquema dualista y liberadora tanto de nuevas formas de identidad como de viejas identidades excluidas.

6. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES

Este apartado lo dedicaremos a recapitular, según nuestro criterio, las principales características que hemos explicado en el capítulo.

- 1- En la actualidad como en el pasado, parte de los discursos de la medicina y sexología están impregnados de postulados ideológicos que se subsumen en ciertas pretensiones sobre la verdadera naturaleza de las cosas que no responden tanto a intereses legítimos de avanzar en el conocimiento de la realidad, sino más bien en el control y en el encasillamiento de esa realidad en dichos supuestos biológicos. Señalando los problemas que no sólo para los transexuales, sino para toda la sociedad y para las aspiraciones normativizadoras del derecho se producen en dichos discursos. El discurso médico incide especialmente en el carácter normativo del discurso jurídico. Es más de una ocasión el análisis de los argumentos de los discursos médico-jurídicos nos

muestra que más que de cuestiones de ciencia o de ley, se habla de la problemática de la construcción social del sexo, aunque se obvie, o incluso se niegue bajo una falsa neutralidad científica, sobre un discurso que apela a la naturaleza, y reivindica lo natural. Por esto, nos hemos referido a las dificultades con las que se encuentran dichos discursos en nuestra sociedad dada su limitada producción conceptual a la hora de dar cuenta de una realidad como es la “diversidad sexual”, ya que parece que más que explicar la realidad lo que pretenden es que dicha realidad se acomode a sus construcciones descaradamente esencialistas. Ni la medicina actual ni el actual derecho positivo se reivindican de ningún tipo de esencialismo, sin embargo los argumentos que utilizan con relación a esta cuestión, claramente los son.

- 2- Las repercusiones legales y los elementos que se han de tener en cuenta para realizar una modificación del sistema legal existente son muchas. Las reivindicaciones de los transexuales son abundantes aunque se manifiestan principalmente en: modificación de la partida de nacimiento, la inscripción en el Registro Civil, el derecho a la intimidad, el matrimonio, la filiación, las relaciones públicas y privadas, son solo algunos de los aspectos a considerar, y suponen un reto importante para todos los países y también lo ha sido para los tribunales de justicia, al observar si se ha vulnerado el principio de igualdad. No obstante, la mayoría de los retos se han conseguido progresivamente con el transcurso de los años, aunque siempre surgen debates nuevos.
- 3- El factor social. No únicamente nos referimos a la sociedad en general, que también es un activo a considerar, sino que dentro del colectivo LGBTI y, en concreto, en los transexuales, también existen diferencias que han de ser analizadas con detenimiento, para dar respuesta a las necesidades de este grupo. Las organizaciones internacionales, en muchos casos han optado por incluir la transexualidad dentro de unas cláusulas que contienen listas abiertas o que mediante una interpretación extensiva, consideran que ya han abordado la cuestión de la transexualidad. No obstante, los Principios de Yogyakarta, la Declaración de Montreal, la Declaración Universal sobre los Derechos Sexuales son algunos ejemplos, entre otros textos normativos internacionales, que van un paso más allá y expresan abiertamente la preocupación por los transexuales. Más

a la estela quedan el MERCOSUR y la UE, que después de una regulación vacilante, con el tiempo se han sensibilizado y de un modo más expreso, han empezado a incorporar la transexualidad como una de sus preocupaciones, tanto en el ámbito del principio de igualdad, como en el de reconocimiento de sus derechos.

No podemos pasar por alto las Recomendaciones de los organismos internacionales. En este sentido y, favor del cambio registral de sexo, el Parlamento europeo aprobó en 1989, una resolución sobre discriminación a los transexuales. Asimismo se reconoce el derecho de los transexuales a vivir de acuerdo con su identidad sexual (está implicado el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana). También se condena la discriminación contra los transexuales (criminalización). Y se insta a los estados miembros a que legislen sobre esta materia.

- 4- Los estados también han realizado un gran esfuerzo para satisfacer las necesidades de los transexuales. Aun así no se ha logrado un acerbo normativo en común para el reconocimiento de los derechos de este colectivo. Hay países que han regulado sobre la materia como Alemania o Italia; otros que se remiten a la jurisprudencia tal y como ocurre en Francia y otros que ni tan siquiera se han preocupado por ello como pasaba en España y Bélgica hasta 2007. Al regular los efectos de la reasignación de sexo, tampoco existe un posicionamiento común. Italia y Alemania se han convertido en los referentes más importantes al respecto, aunque tampoco debemos olvidar a Suecia y Holanda. El País escandinavo es digno de mención por el hecho de ser la primera regulación existente al respecto y en el caso del estado neerlandés, por disponer de una de las normativas más permisivas de todas las existentes.

El caso de Italia y Alemania va más allá. El País transalpino ha realizado una normativa extensa y la crítica que se debe realizar es la falta de regulación en materia de filiación. Alemania es el Estado con mayor desarrollo normativo. El regular el cambio de nombre y el cambio de sexo como dos opciones distintas, puede ser considerado como el mayor guiño a las exigencias de los transexuales que no siempre quieren o pueden someterse a un cambio de sexo.

En el capítulo, hemos analizado la situación legislativa del derecho a la identidad sexual en el derecho comparado. En este sentido hemos comprobado que existen cuatro tipos de soluciones diferentes según las legislaciones de los países estudiados. A este respecto diferenciamos:

- a) Las soluciones administrativas (Dinamarca, Austria y Noruega). Ante la petición de cambio de sexo, la persona que lo solicita es enviada a una institución psiquiátrica que tras dos años de seguimiento dictamina. Envía su recomendación al Ministerio de Justicia, que si autoriza la operación y se practica supone que automáticamente se modifica el sexo registral con todas sus consecuencias jurídicas.
- b) Las soluciones jurisprudenciales (Bélgica, Francia, Luxemburgo, Polonia, Portugal). Ante la inexistencia de una ley reguladora que dé solución a las cuestiones que plantea la cuestión de la identidad sexual de los transexuales, la jurisprudencia es la que ha construido una doctrina que si bien no es homogénea, en los últimos tiempos tiene una clara tendencia al reconocimiento de la rectificación registral de sexo. Francia ha sido la más difícil, en base al argumento de la indisponibilidad registral de sexo, pero desde que en 1982 fue condenada por el TEDH (argumento de la vida privada, art. 8 del CEDH), a raíz de ese año el cambio jurisprudencial ha sido evidente. El reconocimiento favorable requiere de cuatro condiciones: a) que la persona que lo solicita tenga un diagnóstico médico que reconozca su transexualismo, el reconocimiento debe venir determinado por un dictamen médico ordenado por el Juez; b) que las operaciones médicas se realicen previamente a la demanda de rectificación; c) que el transexual tenga una apariencia física próxima al sexo que reivindica; d) que tenga un comportamiento social correspondiente a ese mismo sexo.
- c) Las soluciones legales. El primer país que adopta este mecanismo es Suecia, conforme la Ley de 21 de abril de 1972, sobre la

determinación del sexo en casos establecidos. Se prevé para toda persona que desde adolescente advierte que no pertenece al sexo registrado, y que presenta un comportamiento propio del sexo que desea, y que en futuro vivirá con arreglo a él. Se requiere ser sueco, soltero, mayor de edad y estéril (incapaz de generar).

El segundo es Alemania a través de la Ley de 10 de septiembre de 1980, sobre el cambio de nombre y sobre la determinación de la pertenencia sexual en casos particulares. La Ley prevé la gran solución y la pequeña solución. Respecto a la gran solución lo mismo que en el caso de Suecia, se requiere ser mayor de edad, no estar casado, estéril, haberse sometido a operación y haber acreditado durante tres años que se vive conforme el sexo al que siente pertenecer. En este supuesto las consecuencias jurídicas son plenas. En cambio la pequeña solución supone sólo la posibilidad de cambiar el nombre (registral), para ello no es necesaria la operación ni estar soltero.

A continuación, Italia con la aprobación de la Ley núm. 164 de 14 de abril de 1982. Es una Ley muy moderna para su época ya que por sentencia se permite el cambio de sexo a la persona que haya seguido un tratamiento médico de modificación de caracteres sexuales. No se exige ni edad, ni estado de soltería y conlleva automáticamente la disolución del vínculo matrimonial en caso de existir.

Y, también, Reino Unido mediante la GRA de 01.07.2004, regula que una persona de cualquier sexo y de al menos 18 años de edad, pueda solicitar un certificado de reconocimiento de género si: vive conforme a un sexo distinto al reconocido en su partida de nacimiento; ha cambiado de sexo bajo la tutela de las leyes de otro país. Para el primer supuesto, establece como requisitos el tener o haber tenido disforia de género, haber vivido conforme el género que se pretende durante al menos los dos años anteriores a la presentación de la solicitud de reconocimiento de género, intención de vivir

siempre con ese género. Para probarlo, se exige un doble informe de un médico colegiado y que, al menos, uno de ellos, sea experto en la materia. Para el segundo supuesto tiene que producirse de acuerdo con las leyes previstas y aprobadas en este otro país. Además, se exigirá también un doble informe médico y bastará que, al menos, uno de ellos sea elaborado por un experto en la materia.

Por tanto, de un modo u otro los países que hemos examinado han regulado el derecho a la identidad sexual de las personas y, para ello, se requiere de la intervención de los Tribunales, los cuales mediante sentencia aprueban o no el cambio de sexo; o de un procedimiento administrativo, evitando una dilación del procedimiento con la intervención de los tribunales. En la mayoría de ellos, es fundamental demostrar que se vive de acuerdo a un sexo y los preceptivos informes médicos, ya sea para permitir la operación de cambio de sexo o bien para que el cambio de sexo tenga efectos.

- 5- El derecho internacional privado contempla como delimitación del derecho de aplicación el de la ley personal, pero cuando no estamos en este supuesto acudiremos a la norma de conflicto que, como hemos comprobado en supuestos resueltos en Alemania, Italia, Francia y España, se adoptará la mejor solución para el sujeto en aras al orden público.
- 6- Los tribunales europeos (TEDH y TJUE) también han tenido un papel fundamental en el derecho a la identidad sexual de los transexuales y otras minorías sexuales. El TEDH ha terminado reconociendo el derecho a la identidad sexual. Si en los casos *VAN OOSTERWIJCK* contra *Bélgica* (1980) – por no haber agotado el demandante los recursos internos de ese Estado–, *REES* contra *Reino Unido* (1987) –por entender en ambos casos que cada Estado es soberano para organizar su propio sistema registral–, el Tribunal de Estrasburgo rechazó la pretensión de los demandantes de ver rectificado su sexo registral, sin embargo, la sentencia de 25.03.1992 (caso *B* contra *Francia*) supuso un giro histórico, ya que se condenó al estado francés por no reconocer el sexo psicosocial del demandante y consideró esta negativa un atentado contra el

derecho a la intimidad protegido por el art. 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos humanos de Roma de 1950. Y desde entonces, se puede decir que los tribunales han empezado a estimar las demandas de los transexuales a favor del reconocimiento de sus derechos, y hasta han forzado a Reino Unido a desarrollar una norma específica al respecto (la Gender Act, en 2004).

- 7- El transcurso del tiempo y la lucha de los colectivos interesados ha sido fundamental en el reconocimiento de los derechos de los transexuales y otras minorías sexuales, pero queda mucho recorrido para llegar a una postura única y satisfacer a todos los actores implicados a pesar de no ser un colectivo homogéneo y con necesidades dispares.

CONCLUSIONES FINALES

Previo. Durante el desarrollo de los correspondientes capítulos, hemos ido recapitulando las ideas y conclusiones en los respectivos apartados. Por este motivo, consideramos innecesario abundar en la cuestión por no reiterarnos en lo hasta ahora explicado. Siguiendo este criterio, en estas conclusiones finales nos centraremos en el aspecto más novedoso de nuestro estudio, que resumimos con la rúbrica “crisis de la dualidad de sexos”. Y lo hacemos, formulando nuestra explícita e inequívoca posición y propuesta. La cuestión del tercer sexo se perfila, en efecto, como la más significativa, por lo que supone de propuesta innovadora dentro de la evolución que en materia de identidad sexual se ha venido produciendo en los últimos tiempos en muchos países como España, en un proceso que consideramos aún lejos de cerrarse definitivamente.

1. La reflexión acerca la dimensión de la identidad sexual de las personas y, por extensión, de la identidad de género, a través de las formas de identificación social, de los procesos de subjetivación y del Derecho, nos sitúa en las diferentes formas identitarias respecto al género y al sexo que no encajan con el esquema clásico y dicotómico de masculino / femenino. El género es así concebido, por un lado, como una norma sociocultural que constituye unas categorías específicas de sujetos sociales y sexuados, y, por otro, como un ámbito de acción donde poder contestar esta norma para explorar la más amplia variedad de posicionamiento y formación del sujeto.

2. Las investigaciones científicas, han ido ahondando a lo largo del tiempo en los conceptos de sexo y de género como categoría analítica que va más allá de la identificación de una exclusiva condición masculina o femenina. Así, se emprendieron distintos estudios acerca de los sistemas socioculturales de diferenciación sexual. Es decir, acerca de las normas específicas que en cada sociedad determinan la identificación de los individuos con un género: lo que significa ser hombre y ser mujer. Estos estudios demuestran que en todas las sociedades existen mecanismos de asignación cultural que, según la pertenencia sexual (hombre / mujer), determinan los roles y los estatus sociales de los individuos. A partir del hecho biológico, cada sociedad construye un sistema que define lo que tiene que hacer cada sexo, cómo tiene que hacerlo, lo que no puede hacer y, en función de esta regulación de roles, sitúa los individuos en una escala valorativa. En este contexto, insistimos en la separación entre

las calidades humanas biológicas (el sexo) y las calidades humanas sociales (el género). Con el término “sexo” nos referimos a las características anatómicas del cuerpo, incluidas aquellas morfológicas y las diferencias hormonales y cromosómicas: se reconocen legalmente sólo dos sexos, masculino y femenino. Con la palabra “género”, en cambio, entendemos una creación exclusivamente social, es decir, los atributos socioculturales que se asocian a cada sexo biológico, aquello que las representaciones colectivas interpretan como ser socialmente masculino o femenino.

3. Llegados a este punto, no nos preguntamos si existe una construcción del género a partir del sexo porque la respuesta es sí, sino que las principales preguntas que nos planteamos son: ¿todas las sociedades mantienen un sistema de género y simbolismo sexual? Y, en todo caso, ¿qué cobertura legal tiene?

3.1. Somos partidarios de la redefinición del concepto de género a través de nuevas posibilidades analíticas. En este sentido, vamos en camino de superar la dicotomía sexo / género y las categorías contrapuestas de hombre / mujer; femenino / masculino, con el fin de incorporar otras opciones de identificación sin categorizarlas. Se trata de enfatizar el carácter abstracto de la categoría de género con el objetivo de romper con el sistema lógico binario, lo que no implica romper con la diferencia entre hombre y mujer, sino proponer un paso más para dar cabida a otras opciones igual de válidas y existentes en nuestra sociedad.

3.2. Es necesario superar nuestro sistema de pensamiento binario para comprender mejor la multiplicidad de la realidad humana. La clase hegemónica, en cada sociedad y en cada época, determina las normas relativas al sexo y a la sexualidad. Para poner fin a las categorizaciones de los roles y los estatus sociales, es necesario replantear los discursos normativos, es decir, los dominantes, que se encuentran en las relaciones del sistema sexo / género.

3.3. La respuesta se halla en la exigencia de romper con los esquemas que dan lugar a categorías dualistas en la medida que son excluyentes de otras. Solamente alejándose de un análisis binario cerrado es posible explorar la variedad de realidades en la vida humana en general y en la dimensión de género en particular. Es necesario tomar en consideración aquellos discursos que representan la existencia de prácticas identitarias

que están fuera de la norma (personas que no se identifican con ningún sexo, bien por razones culturales, sociológicas o ideológicas). Si el discurso dominante, en la dimensión de género, es lo que define lo que hay o no hay que hacer para ser hombre o mujer, nuestra posición reivindica la importancia de lo que está fuera de este discurso. Todo lo que se encuentra en la frontera del hacer o no hacer, que la traspasa, que no es ni masculino ni femenino, no se identifica ni con su sexo ni con su género, muestra la crisis del dualismo sexual y la presencia de la diversificación dinámica de los individuos en la sociedad, a lo que el Derecho no puede quedar al margen.

4. El individuo ya no está cerrado en una estructura binaria donde solamente se le permite estar en un lado o en otro. Ahora tiene la posibilidad, o debería tenerla, de ejercer su subjetividad y constituir su identidad moviéndose de un costado a otro, reorientando las tradicionales categorías, roles y estatus ya constituidos para crear nuevas identidades: transexual, bisexual, intersexual, “sexo neutro”, u otras que puedan ir aceptándose con los años.

5. Nuestro argumentario tiene en cuenta tres aspectos fundamentales, interrelacionados pero distintos. Primero, superar la dualidad de género. Segundo, superar la dualidad sexual, siempre insistimos en cuanto que excluyente de otras opciones. Tercero, superar la heteronormatividad. Hoy día existen múltiples prácticas y orientaciones sexuales que permiten reconsiderar el dominio del discurso heterosexual, ya que no es suficiente para englobar todas las realidades de las personas.

6. Es inadecuado concebir la sociedad como si fuera una estructura organizada en torno a limitadas articulaciones y dicotomías. Es necesario concebirla como una continuación que permite la incesante renovación de identidades, de estructuras y de simbolismos alrededor de los sujetos y sus dimensiones. Cierto es que la dimensión del sexo y del género son sólo una parte de todo lo vinculado a la formación de la persona, pero, en nuestra opinión, es una parte tan normativizada y construida en el curso del tiempo (de forma distinta en cada espacio social) que tiene un rol fundamental y excesivo en la individualización del sujeto, sobre todo cuando, como en la actualidad, su norma está siendo fuertemente criticada por las nuevas subjetividades andróginas. Apuntamos, pues, a una crisis de las identidades sexuales y de género y, podemos afirmar que, dentro de un contexto ambicioso, la identidad del individuo está fuertemente influida

por la forma cultural. Eso significa que existe un “modelo” del ser hombre y del ser mujer fuertemente asimilado por el sujeto. Sin embargo, en un espacio social global donde el sujeto recibe estímulos exteriores (e interiores), su forma identitaria (lo que debería ser y cómo debería comportarse) no siempre coincide, o coincide en diferente medida.

7. La subjetividad se forma y se manifiesta dentro de una relación individuo / sociedad, que no responde siempre a la norma general. Bien porque se sitúa en el espacio que socialmente y culturalmente “no le pertenece”, bien porque no se le permite situarse en ningún espacio. El sujeto, en el momento en que no encaja en la norma sociocultural dominante, se está definiendo (hacia sí y hacia los demás). Por lo que en un espacio social cada vez más plural, los individuos se encuentran con un abanico cada vez más amplio de opciones que pueden asumir o rechazar, en su totalidad o en parte. No obstante, son todas formas legitimadas que permiten el continuo reposicionamiento del sujeto, al menos, en lo que se refiere a su orientación sexual y a su rol; mucho más discutible sería extender este reposicionamiento *constante* en materia de identidad sexual.

8. Cabe subrayar que, aun admitiendo que la identidad sexual es consustancial a la naturaleza humana, la opción que venimos tratando, llámese tercer sexo, sexo neutro, no sexo, o de cualquier otro modo, es también una opción de identidad sexual, aunque lo sea en sentido negativo –alternativo, diríamos mejor– respecto de la dicotomía sexo masculino y sexo femenino. En modo alguno excluye la sexualidad; y de ninguna manera puede interpretarse como una realidad contraria a la dignidad humana.

9. Planteada la opción desde la perspectiva del libre desarrollo de la personalidad, tampoco ha de interpretarse como una limitación a otras opciones personales como la transexual, en los términos convencionalmente admitidos. Decimos esto porque en nuestra labor de campo, habiéndonos entrevistado con algunos representantes de colectivos de minorías sexuales, hemos detectado, en algunos de ellos, una cierta sorpresa y reticencia ante la eventualidad de admitir el tercer sexo. Porque en ocasiones éste se ha interpretado como una posible limitación a la opción transexual, como si el cambio de sexo de hombre a mujer o de mujer a hombre se quisiera sustituir por un cambio matizado, en el sentido de que los transexuales pudieran verse asignados a un

grupo que no cumpliría sus expectativas de realización personal, en la medida que desean, la mayoría de ellos, sentirse y ser reconocidos social y jurídicamente como plenamente hombres o plenamente mujeres. Nada de eso es lo que se propone. La alternativa de un tercer sexo no es un intento regresivo para recortar libertades, sino todo lo contrario: cubrir un vacío legal de opción minoritaria pero existente, que en nada impide ni limita la opción de la transexualidad convencional.

10. Sobre las anteriores bases, entendemos que el tercer sexo se plantea bajo dos hipótesis distintas.

10.1. Una, la más restrictiva, y acaso también la más fácil de ser comprendida socialmente, partiría de la base de un sexo dudoso (intersexualidad) en el momento del nacimiento, lo cual impediría determinar si el sexo es uno u otro, y permitiría mantener registralmente esta no asignación a ninguno de los dos sexos tradicionales, mientras no se defina uno u otro sexo, y con la posibilidad de mantener indefinidamente esta no asignación. En esta dirección, Alemania ya ha dado pasos muy importantes; y a nivel jurisprudencial incipiente, también Francia parece caminar en la misma dirección, aunque en el caso de la sentencia francesa, la intersexualidad, preexistente desde el nacimiento, se aprecia y reconoce en un adulto de 64 años.

10.2. Otra, más amplia, acaso más difícil de ser asumida social y jurídicamente, consistiría en que una persona, por motivos psicológicos, pudiera cambiar de sexo masculino o de sexo femenino, previamente asignado, a sexo neutro. En nuestra opinión, incluso esta opción, probablemente más extrema, deberá ser admitida por el legislador un día u otro, si verdaderamente se asume el principio de libre desarrollo de la personalidad con todas sus consecuencias.

11. Las posibles objeciones que a nuestro modo de ver pueden oponerse a cualquiera de ambas hipótesis tienen que ver, de una parte, con la naturaleza humana, y de otra, con razones de orden público.

11.1. En cuanto a lo primero, no hará falta insistir en lo relativo que resulta hablar de la naturaleza de las cosas, y por supuesto del Derecho natural, cosa que depende en gran medida de las raíces culturales y de civilización de las que se parta. En este sentido, no

nos sorprendería que se objetara lo siguiente: mientras que la transexualidad constituye simplemente un tránsito de un sexo a otro dentro de los dos sexos actualmente reconocidos, no se concibe la necesidad psicológica de modificar la adscripción de un sexo a otro (o a un tipo de identidad sexual) que no es natural. Entendemos en todo caso que el Derecho del Estado debe huir de este tipo de planteamientos que no son propios de su competencia; y si no lo hace, debería desandar muchos pasos de los ya caminados a favor de la mayor libertad del ser humano. En definitiva, el marco legal, en lo que afecta a los derechos de la personalidad, ha de ser lo más amplio posible.

En todo caso, y como hemos tratado de demostrar a lo largo de este trabajo (por ejemplo, en el caso de la ciudadana transexual que después de su cambio de sexo, pidió y obtuvo en Australia que se le reconociera el sexo neutro), la experiencia dice que la necesidad psicológica de no asignación al sexo masculino ni femenino puede ser tan intensa como la de un transexual convencional para cambiar de uno a otro sexo tradicional. Si esto es así, no vemos que haya de existir inconveniente en aplicar idéntico reconocimiento de derechos al que ya tienen reconocidos dichos transexuales convencionales, y ello con independencia de su etiología, es decir, de que esta intensa necesidad psicológica provenga espontáneamente, o sea fruto de un planteamiento ideológico, de una biología intersexual o de cualquier otra motivación o conjunto de ellas.

11.2 En lo que al orden público atañe, entendemos que sólo se justificaría una no admisión de la opción de sexo neutro si la misma tuviera graves consecuencias en la organización social existente. No parece que nada de eso vaya a ocurrir, como tampoco ha ocurrido con la admisión de la transexualidad. Y, por supuesto, no nos parece suficiente aducir que el Derecho no puede pormenorizar sus planteamientos en función de minorías insignificantes, lo que sería tanto como decir que la medicina no debe entretenerse en estudiar y tratar las enfermedades “raras”. Quede claro que no tratamos de identificar esos grupos de minorías sexuales ni como enfermos ni como rarezas. Sólo tratamos de afirmar que los beneficiarios de la ciencia y del Derecho son las personas, todas ellas, y, por tanto, con cuantas menos exclusiones sea posible.

BIBLIOGRAFÍA

- ADAM DONAT, Antonio; MARTÍNEZ VIDAL, Àlvar, “Consideraciones sobre tan repugnante tendencia sexual: la homosexualidad en la psiquiatría del franquismo”, *Orientaciones: Revista de homosexualidades*, número 7, 2004.
- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel,
 - o *Derecho Civil español*, volumen I, Bosch, Barcelona, 1996.
 - o *Derecho Civil I, Introducción y parte general*, Edisofer SL, Madrid, 2006.
- ÁLVAREZ ALONSO, Carmen:
 - o *Más allá del género y del sexo: el lenguaje del cuerpo, según Juan Pablo II*, Facultad de Teología San Dámaso, Madrid, 2009.
 - o “Hacia una Teología de lo femenino. En torno a la Carta *Mulieris dignitatem*”, *En la escuela del Logos. A Pablo Domínguez in memoriam*, Publicaciones de la Facultad de Teología de San Dámaso, volumen II, Collectanea Matritensia, número 6, Madrid, 2010
- ÁLVAREZ CONDE, Enrique, *Curso de Derecho Constitucional*, volumen I, 5ª edición, Tecnos, Madrid, 2005.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago:
 - o “Orden público y reconocimiento de resoluciones extranjeras: límites a la valoración del Juez nacional y orden público comunitario”, *La Ley*, número 5108, de 31.07.2000.
 - o “El impacto de la admisión del matrimonio entre personas del mismo sexo en el Derecho español: perspectiva internacional”, *Matrimonio homosexual y adopción. Perspectiva nacional e internacional*, Colección Jurídica General, Madrid, 2006.
 - o “La Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas y la legitimación restringida a nacionales españoles”, en *Revista de Derecho Internacional*, número 1, 2007.
- ÁLVAREZ JOSUE, Antonio, *Ley de Vagos y Maleantes: exposición histórica de la legislación española. Precedentes parlamentarios. La ley actual y su procedimiento*, Góngora, Madrid, 1933.

- ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina, *Discriminación por orientación sexual e identidad de género en el derecho español*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2008.
- ANATRELLA, Tony, “Le conflit des modèles sexuels contemporains”, *Revue d'éthique et de théologie morale*, número 215, 2000.
- ARECHEDERRA ARANZADI, Luis Ignacio:
 - o “La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el transexualismo”, en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, número 1, 1991.
 - o “El matrimonio es heterosexual”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, número 658, Westlaw Aranzadi BIB 2005/510, 2005.
- ARENAS GARCÍA, Rafael:
 - o “La doctrina reciente de la DGRN en materia de celebración de matrimonio en los supuestos internacionales”, *AEDIPr*, tomo V, Madrid, 2005.
 - o “Transexualidad y Matrimonio en el Derecho Internacional Privado”, en *Matrimonio homosexual y adopción* (coord. NAVAS NAVRRO, Susana), Reus, Madrid, 2006.
- ARNAU – DUC, Nicole, “Las contradicciones del derecho” en *Historia de las mujeres* (coord. DUBY, Georges; PERROT, Michelle), Taurus, volumen IV, Madrid, 1993.
- ARROYO Y AMAYUELAS, Esther, “Sexo, identidad de género y transexualidad” en *Matrimonio homosexual y adopción. Perspectiva nacional e internacional*, Navas, Madrid, 2006.
- ARTOUS, Antoine, *Los orígenes de la expresión de la mujer*, Fontamara, Barcelona, 1979.
- BARRIL VICENTE, Rafael, “Aspectos legales del transexualismo. Asistencia sanitaria”, *Transexualidad. La búsqueda de una identidad* (coord. Becerra-Fernández, Antonio), Díaz de Santos, Madrid, 2003.
- BATALLER PERELLÓ, Vicent, “Historia de la transexualidad” en *www.felgt.org*, pág.1, 2000.
- BELDA PÉREZ-PEDRERO, Enrique, “Transexualidad y Derechos Fundamentales: protección integral sin la utilización del factor sexo como diferencia”, *Cuadernos de Derecho Público*, número 2, 2004.

- BELL, Mark, “Shifting conceptions of sexual discrimination at The Court of the Justice from *P v S* to *GRANT v SWT*”, *European Law Journal*, volumen 5, número 1, Oxford, 1999.
- BENETTÍ, María José, “El último feminismo: hacia la subversión de la diferencia”, en *Revista de Filosofía*, Volumen 32, número 2, 2007.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, “Laguna legal y matrimonio de los homosexuales”, *Aranzadi Civil número 18/2005*, Parte Tribuna (BIB 2005/2581), 2005.
- BERTRAND, Ancel, “Regards critiques sur l’erosion du paradigme conflictuel”, *Cursos de Derecho internacional y relaciones Internacionales de Vitoria – Gasteiz 2005*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2006.
- BLOCH, Raymond, *Les prodiges dans l’antiquité classique*, Presses Universitaires de France, París, 1963.
- BOBBIO, Norberto, “Presente y porvenir de los derechos humanos” en *Anuario de Derechos humanos*, número 1, 1981.
- BOSWELL, John,
 - o *Christianisme, tolérance sociale et homosexualité*, Gallimard, París, 1985.
 - o *Cristianismo, tolerancia social y homosexualidad: los gays en Europa Occidental desde el comienzo de la era cristiana hasta el siglo XIV*, El Aleph, Barcelona, 1993.
 - o *Las bodas de la semejanza: uniones entre personas del mismo sexo en la Europa premoderna*, El Aleph, Barcelona, 1996.
- BULLOUGH, Vern, *Science in the bedroom. A history of sex research*, Basic Books, New York, 1994.
- BURKE, Cormac, “El amor conyugal: ¿nuevas perspectivas jurídicas?”, *Revista Española de Derecho*, número 53, 1996.
- BUSTOS MORENO, Yolanda, *La Transexualidad (De acuerdo a la Ley 3/2007, de 15 de marzo)*, Dykinson S.L., Madrid, 2008.
- BUTLER, Judith, *Deshacer el género* (tit. Or. Undoing Gender, Routledge, New York, 2004), Paidós, Barcelona, 2006.
- CALLEWAERT, Camille, “Les pénitentiales du moyen âge et les pratiques contraceptives”, *Supplément*, número 74, 1965.

- CALVO BAVIO, Flora, “Elemento extranjero en matrimonios entre homosexuales celebrados en España”, *IURIS*, número 99, Madrid, 2005.
- CALVO BOROBIA, Kerman, *Ciudadanía y minorías sexuales: la regulación del matrimonio homosexual en España*, Fundación Alternativas, Madrid, 2011.
- CALVO CARAVACA, Alfonso Luís; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, “Matrimonio entre personas del mismo sexo y Derecho internacional privado español”, *Diario La Ley*, número 6391, 2006.
- CAMPOS, Arantxa, *La transexualidad y el derecho a la identidad sexual*, Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea, Donostia, 2001.
- CANO ONCALA, Guadalupe, “La construcción de la identidad de género en pacientes transexuales”, en *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, número 89, Madrid, enero-marzo, 2004.
- CANOSA, Ramona, *La restaurazione sessuale. Per una storia della sessualità tra Cinquecento e Settecento*, Feltrinelli, Milán, 1993.
- CÁNOVAS GONZÁLEZ, Daimar, *El régimen de ineficacia del matrimonio en Cuba*, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, 2010.
- CANTARELLA, Eva, *Según natura. La bisexualidad en el mundo antiguo*, Akal, Madrid, 1991.
- CAPEL, Rosa Maria, *Mujer y sociedad en España, 1700-1975*, Ministerio de Cultura, Madrid, 1982.
- CAPONE, Doménico, “Reflexión sobre los puntos relativos a la homosexualidad” en VV.AA., *Algunas cuestiones de ética sexual*, Biblioteca de autores cristianos, Madrid, 1976.
- CARACCIOLO DI TORELLA, Eugenia; REID, Emily, “The changing shape of the European family and fundamental rights”, *European Law Review*, número 80, 2002.
- CARRASCO PERERA, Ángel Francisco, “El principio de no discriminación por razón de sexo”, *Revista Jurídica de Castilla – La Mancha*, números 11 y 12, 1991.
- CARTWRIGHT, Joe, *Contract Law*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2007.
- CASAS BAAMONDE, María Emilia, “De los derechos y deberes fundamentales” en *Comentarios a la Constitución Española* (dir. CASAS BAAMONDE, María Emilia; RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, Miguel), Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008.

- CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, tomo I, Volumen II, 15ª edición (revisada y puesta al día por ROMÁN, Antonio), Reus, Madrid, 2007.
- CEBRIÁ GARCÍA, María Dolores, “El matrimonio en España en la segunda mitad del siglo XX” en *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la UE y el Derecho comparado*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 2000.
- CIFUENTES, Santos, *Derechos Personalísimos*, Astrea, Buenos Aires, 1995.
- CORBIN, Alain; PERROT, Michelle, “Entre bastidores”, *Historia de la vida privada*, (coord. ARIÈS, Philippe; DUBY, Georges), Taurus, volumen IV, Madrid.
- CORRAL TALCIANI, Hernán, “Derecho civil y persona humana. Cuestiones debatidas”, *Revista chilena de derecho*, número 35, 2007.
- COSTA, Vitorio, *Psicopedagogía de la castidad*, Marfil, Alcoy, 1968.
- CROUZEL, Henri, “La concupiscence charnelle selon saint Agustin”, *Bulletín de Littérature Eclésiastique*, número 88, 1987.
- DE ASÍS, Rafael, “La apertura constitucional: La “dignidad de la persona” y “el libre desarrollo de la personalidad” como fundamentos del orden político y de la paz social”, en *Comentarios a la constitución socio-económica de España* (coord. MOLINA NAVARRETE, Cristóbal; MONEREO PÉREZ, José Luís; MORENO VIDA, María Nieves), Fundación Dialnet, La Rioja, 2002.
- DE CASTRO y BRAVO, Federico,
 - o “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad”, *ADC*, número 1982.
 - o *Derecho Civil de España*, Tomo I, Civitas, Madrid, 1984.
 - o *Derecho Civil de España*, Tomo II, Civitas, Madrid, 1984.
- DE CUPIS, Adriano, *Diritti de la personalitá*, Giuffré, Milano, 1982.
- DE OTTO y PARDO, Ignacio, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, 4ª edición, Ariel Derecho, Barcelona, 1995.
- DE VERDA y BEAMONTE, José Ramón,
 - o “La personalización del matrimonio en las reformas de 2005” en *Comentario a las Reformas de Derecho de Familia de 2005* (coord. DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón), Dialnet, La Rioja, 2006.

- “El libre desarrollo de la personalidad como principio inspirador de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio” en *Comentarios a las reformas de Derecho de Familia de 2005*, Marcial Pons, Madrid, 2006.
- DI TULLIO, Ascarelli “Ermafrotismo”, *Novissimo Digesto italiano*, número 6, 1960.
- DÍAZ FRAILE, Juan María,
 - “Informe sobre el Proyecto de Ley reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas”, en *Jurisprudencia Registral sobre nacionalidad y estado civil*, Cizur Menor, Navarra, 2006.
 - “Exégesis de la doctrina de la DGRN sobre la reforma del Código Civil en materia de matrimonio introducida por la Ley 13/2005, de 1 de julio”, *La Ley*, números 6449 y 6450, Madrid, 2006.
 - “Identidad sexual y Registro Civil. Exégesis de la Ley 3/2007, de 15 de marzo reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas”, *Estudios jurídicos sobre persona y familia* (coord. ARECES PIÑOL, María Teresa), Comares, Granada, 2009.
- DÍAZ LAFUENTE, José, “La protección de los derechos fundamentales frente a la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género de la Unión Europea”, en *Revista General de Derecho Constitucional*, número 17, 2013.
- DIEZ DE VELASCO, Manuel, *Las Organizaciones Internacionales*, Tecnos, 15ª edición, Madrid.
- DÍEZ DEL CORRAL RIVAS, Jesús,
 - “La Transexualidad y el Estado Civil. En torno a la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1980”, *Anuario de Derecho civil*, número 1476, 1981.
 - “Estado Civil y sexo. Transexualidad”, *AC*, número 36, 1987.
 - *Lecciones prácticas sobre Registro Civil*, Colegio Notarial, Madrid, 1993.
- DÍEZ PICASO, Luís, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Introducción, Teoría del contrato*, Tomo I, 6ª edición, Madrid, 2007.
- DOMÍNGUEZ RODRIGO, Luis Maria, “Los derechos procreativos como expresión del derecho al libre desarrollo de la personalidad en el seno de las

- unidades familiares no matrimoniales” en *Libro Homenaje al profesor José Luís Villar Palasí* (coord. GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael), Dialnet, ISBN 84-7398-645-8, 1989.
- DUBARLE, André Marie, *Amor y fecundidad en la Biblia*, Paulinas, Madrid, 1970.
 - DUCOCO, Curran, “Reflexions théologiques sur la sexualité”, *Lumière et vie*, número 77, 1971.
 - ELÓSEGUI ITXASO, Maria,
 - o “Transexualidad, derecho a la vida privada y derecho al matrimonio. El caso español a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y estadounidense”, *Actualidad civil*, número 10/7, de 13.03.1994.
 - o *La transexualidad. Jurisprudencia y argumentación jurídica*, Comares, Granada, 1999.
 - o “Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el problema”, en *La transexualidad. Jurisprudencia y argumentación jurídica*, Comares, S.L., Granada, 1999.
 - ENRIQUE MORA, José, *La dignidad de la persona humana en la jurisprudencia constitucional española*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1997.
 - ESPÍN ALBA, Isabel, *Transexualidad y tutela civil de la persona*, colección jurídica general, Madrid, 2008.
 - ESPINAR VICENTE, José Maria, “Consideraciones en torno al libre desarrollo de la personalidad desde un planteamiento social” en *El libre desarrollo de la personalidad. Artículo 10 de la Constitución* (coord. GARCÍA SAN MIGUEL, Luis), Dialnet, La Rioja, ISBN 978-84-8138-085-9, 1995.
 - ESPINEIRA, Karine, *La Transcyclopedie: Tout savoir sur les transidentités*, Éditions des Ailes sur un Tracteur, París, 2011.
 - EZQUERRA UBERO, José Javier; LÁZARO GONZÁLEZ, Isabel Eugenia, “Las parejas de hecho como sujeto de las políticas familiares en la España de las autonomías”, *Fundación BBVA*, Bilbao, 2007.
 - FAUTO – STERLING, Ann, *Sexing the body. Gender politics and the construction of sexuality*, Basic Books, New York, 2000.
 - FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos:

- *Nuevas tendencias en el derecho de las personas*, Universidad de Lima, Lima, 1990.
 - *El derecho como libertad*, Universidad de Lima, Lima, 1994.
- FIGUEROA YAÑEZ, Gonzalo, “Información genética y derecho a la identidad personal”, en *Bioética y Genética* (coords. DARIÓ BERGEL, Salvador; CANTÚ, José María), As, Ciudad Argentina, 2000.
- FINNIS, John, “Derecho, moral y orientación sexual”, *Revista Persona y Derecho*, número 41, 1999.
- FISCHER PFAEFFLE, Amalia, “Devenires, cuerpos sin órganos, lógica difusa e intersexuales” en *Sexualidades migrantes, género y transgénero* (coord. MAFFIA, Diana), Feminara Editoria, Buenos Aires, 2003.
- FISHBAYN, Lisa, “Not quite one gender or the other: marriage law and the containment of gender trouble in the Uniket Kingdon”, in *American University Journal of Gender, Social Policy and the Law*, 2007, (consultado en *Westlaw International*, ref. 15 Am. U.J. Gender Soc. Pol & L. 413).
- FLANDRIN, Jean Louis,
 - *Orígenes de la familia moderna*, Crítica, Barcelona, 1979.
 - *Le Sexe et l'Occident*, Seuil, Paris, 1981.
 - *Les amours paysannes: amour et sexualité dans les campagnes del'ancienne France (XVI-XIXè siècle)*, Gallimard-Julliard, Paris, 1975.
- FLUITERS CASADO, Rafael, “Adopción por parejas del mismo sexo. Una perspectiva judicial”, en *Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo* (coord. ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina), Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, XXVI, Madrid, 2006.
- FOSAR BENLLOCH, Enrique, “El reconocimiento de la transexualidad en la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1987 y en los Dictámenes de la Comisión Europea de Derechos Humanos: Casos VAN OOSTERWIJC contra Bélgica -1 de marzo de 1979- y REES contra el Reino Unido -12 de diciembre de 1984-“, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, número 1476, Madrid, 1987.
- FOUCAULT, Michel, *Historia de la sexualidad*, Siglo XXI, Madrid, 1978.
- FREISEN, Joseph, *Geschichte des kanon Eherechts Bis Zum Verfall Der Glossenlitteratur*, Nabu Press, Tübingen, 2ª edición, 1893/Reimpr. 1963.

- FRIEDBERG, Emil, *Corpus Iuris Canonici I*, Leipzig, Bernhard Tochnitz, 1879/Reimpr. 1959.
- GAFO, Javier, “Cristianismo y sexualidad”, en *La Evolución de la Sexualidad y los Estados Intersexuales* (coord. BOTELLA LLUSIÀ, José; FERNÁNDEZ DE MOLINA, Antonio), Díaz de Santos, Fundación Gregorio Marañón, Madrid, 1997.
- GAMBOA BARBOZA, Isabel, “La constitución de trastornos sexuales en psiquiatría”, en *Diálogos. Revista electrónica de historia*, Escuela de Historia, Universidad de Costa Rica, volumen 7, número 1, 2006.
- GANNAGÉ, Lena, “Les droits fondamentaux face aux droits étrangers (l'exemple du droit International privé français)”, en *Centre d'étude des droits du monde arabe*, número 75, París, 2003.
- GARAIZABAL ERIZALDE, Cristina, “Identidad: cuerpo, género y subjetividad en Transexualidad”, *La búsqueda de una identidad* (coord. BECERRA FERNÁNDEZ, Antonio), Díaz de Santos, Madrid, 2003.
- GARCÍA GARCÍA, Antonio, *Historia del Derecho Canónico*, Universidad Pontificia de Salamanca, 1967.
- GARCÍA RODRÍGUEZ, Isabel, “Derecho aplicable y orden público comunitario”, *RIE*, volumen 20, número 3, 1993.
- GARCÍA VALDÉS, Alberto, *Historia y presente de la homosexualidad*, Akal, Madrid, 1981.
- GASTÓ FERRER, Cristóbal, “Transexualidad, Aspectos técnicos y conceptuales”, *Cuadernos de medicina psicomática y psiquiatría de enlace*, número 78, 2006,
- GÓMEZ LAPLAZA, Maria Carmen, “Transexualidad”, *BIB 2004/248=Aranzadi Civil*, 2004.
- GONZALEZ PÉREZ, Jesús:
 - o *La dignidad de la persona*, Civitas, Madrid, 1986.
 - o *El derecho a contraer matrimonio en la jurisprudencia del TEDH*, Civitas, Madrid, 2010.
- GONZÁLEZ VEGA, Javier, “Revisitando el concepto de minoría: derecho internacional, derecho europeo y práctica española”, en el marco del proyecto *All Rights Reserved? Barriers towards EUropean CITIZENship*, financiado por

- la Comisión Europea – VII Programa marco (bEUcitizen Consortium-Grant Agreement núm.320294), 2015.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María, “Modificación de sexo en el Registro Civil: Nuevo giro jurisprudencial”, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, Dialnet, número 87, 2011.
 - GOODY, Jack, *La evolución de la familia y del matrimonio en Europa*, Herder, Barcelona, 1983.
 - GOOREN, Luís,
 - o “Transexualidad, 20 años de experiencia”, *El País*, 28.11.1995.
 - o “El transexualismo, una forma de intersexo”, en *Transexualidad: la búsqueda de una identidad* (coord. BECERRA FERNÁNDEZ, Manuel), Ediciones Díaz de Santos, Madrid, 2003.
 - GORDILLO CAÑAS, Antonio, *Ley, principios generales y Constitución: apuntes para una relectura desde la Constitución, de la teoría de las fuentes del Derecho*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.
 - GREEN, Richard, *Transsexual legal rights in the United States and United Kingdom: Employment, Medical treatment and civil status*, Arch Sex Behav, número 39, 2010.
 - GROSS, Aeyal, “Post / Colonial Queer Globalisation and International Human Rights: Images of LGTB Rights”, en *Jindal Global Law Review*, Volume 4, Issue 2, 2013.
 - GRÜNDEL, Johannes, “Die eindimensionale Wertung der menschlichen Sexualität” en *Menschliche Sexualität und Kirchliche Sexualmoral* (coord. Böcke Floria), Kölmer Straße, número 68, Düsseldorf, 1977.
 - GUASCH, Oscar, “El sexe a l’Occident”, *Sexualitat, Història i Antropologia*, (coord. ROIGÉ, Xavier), Universidad de Lleida, Lleida, 1996.
 - GUICHARD, Pierre, *Estructures sociales “orientales” et “occidentales”, dans l’Espagne musulmane*, Mouton, Paris, 1977.
 - HARDING, Matthew; MALKIN, Ian, *Overruling in the High Court of Australia ein Common Law Cases*, Law School, The University of Melbourne, 2007.
 - HENSE, Otto, “Musoni Rufi reliquae”, *Lepzig*, número 64, 1905.
 - HERNÁNDEZ GIL, Francisco, “La Transexualidad” en *Libro Homenaje a Jesús López Medel*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Tomo II, Madrid, 1999.

- HERRANZ RODRÍGUEZ, Gonzalo, *Comentarios al Código de Ética y Deontología médica*, Capítulo IV, Universidad de Navarra, Pamplona, 1992.
- HIMBAZA, Innocent; SCHENKER, Adrian.; EDART, Jean-Baptista, *Consideraciones sobre la homosexualidad en la Biblia*, Ediciones Palabra, Madrid, 2008.
- HOLGADO ESTEBAN, Juan, *Práctica del Registro Civil* (coord. SOSPENDRA NAVAS, Francisco), Thomson Civitas, Navarra, 2007.
- HUERTAS GARCÍA-ALEJO, Rafael, “Locura y degeneración”, *Cuadernos Galilei*, número 5, CSIC, Madrid, 1987.
- HUTEAU, Philippe, “Catholic Moral Discourse on Male Sodomy and Masturbation in Seventeenth and Eighteenth Century” en *Journal of the History of Sexuality*, número 4, 1993.
- JANSSENS, Louis, “Morale Conjugale et progestogènes”, *Ephemerides Theologicae Lovaienses*, número 39, 1963.
- KÖHLER, Richard; RECHER, Alecs; EHRT, Julia, *Legal Gender Recognition in Europe*, Transgender Europe, London, 2013.
- KOSNIK, Anthony, *La sexualidad humana*, Ediciones Cristiandad, Madrid, 1978.
- KOSNIK, Anthony; MCNEILL, John; GUINDON, Alberta, “Dialogue About Catholic Sexual Teaching”, *Readings in Moral Theology*, (coord. SURRAN Charles; McCORNICK, Ryan), número 8, Nueva York, 1993.
- KRAFFT – EBING, Richard, “Psychopathia Sexualis with Special Reference to Contrary Sexual Instinct. A medical-legal study”, en *The transgender Studies Reader* (coord. SUSAN, Stryker; WHITTLE, Sthepen), Routledge, New York, 2006.
- LACROIX, Xavier, *La confusión de géneros –Respuesta a ciertas demandas homosexuales sobre el matrimonio y la adopción–*, Mensajero, Bilbao, 2006.
- LAMAS, Marta:
 - o “Cuerpo e identidad”, en *Género e identidad* (coord. ARAGÓN, Gabriela; LEÓN, Magdalena; VIVEROS, Mara), TM editores, Bogotá, 1995.
 - o “Usos, dificultades y posibilidades de la categoría de género”, en *El Género: Construcción cultural de la diferenciación sexual*, PUEG/UNAM, Ciudad de México, 1996.

- LARENZ, Karl, *Derecho civil. Parte general* (traducción de IZQUIERDO, Miguel; PICAWEA, Macías), Editorial de Derecho Reunidas, S.A., Madrid, 1978.
- LARRABE, José Luís, “La virtud de la castidad según la reflexión teológica de Santo Tomás”, *Ciencia Tomista*, número 100, 1973.
- LATORRE SEGURA, Ángel, “El derecho al libre desarrollo de la personalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional” en *El libre desarrollo de la personalidad. Artículo 10 de la Constitución* (coord. GARCÍA SAN MIGUEL, Luis), Universidad de Alcalá, Servicio de Publicaciones, Alcalá de Henares, 1995.
- LAWSON BRAWLEY, Robert, *Biblical Ethics and Homosexuality*, Westminster John Knox Press, Louisville, 1996.
- LEBRUN, Jean-François; BURGUIÈRE, André; “El cura, el príncipe y la familia”, (coord. BURGUIÈRE, André; KAPLISCH-ZUBER, Christiane; SEGALÉN, Martine; ZONABEND, Françoise), *Historia de la familia*, Alianza Editorial, volumen II, Madrid, 1988.
- LEQUETTE, Yves, *Revue critique de droit International privé*, note Y, 1995.
- LEVINET, Michel, “La Revendication Transsexuelle et la Convention européenne des droits de l’homme”, *Revista Trimestral de Derecho Civil*, número 39, Montpellier, 1999.
- LICHT, Hans, *Vida sexual en la antigua Grecia*, Quattro Ediciones, Madrid, 1976.
- LINARES PINEDA, José Luís, “Una pieza del inventario institucional romanístico de la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña de 1960”, *La Notaria*, número 4, 2011.
- LLAMAZARES FERNÁNDEZ, Dionisio,
 - o “Derecho de la libertad de conciencia”, en *Libertad de conciencia, identidad personal y solidaridad*, 3ª edición, Thomson – Civitas, Madrid, 2007.
 - o “Libertad de conciencia, identidad sexual y moral pública”, en *Estudios Jurídicos sobre persona y familia* (coord. ARECES PIÑOL, Maria Teresa), Comares, Granada, 2009.
- LLOVERAS FERRER, Marc-Roger, “Una ley civil para la transexualidad”, *inDret*, núm. 1, 2008.

- LÓPEZ AGUILAR, Juan Fernando, *Derechos fundamentales y libertad negocial*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990.
- LÓPEZ-GALIACHO PERONA, Javier, *La problemática jurídica de la transexualidad*, McGraw Hill, Madrid, 1998.
- LÓPEZ GUERRA, Luís, *Derecho Constitucional. El Ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, Volumen I, 6ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.
- LÓPEZ QUINTÁS, Alfonso, “El sentido de la castidad, aproximación antropológica”, *Vida Religiosa*, número 94, 2003.
- LOUS, Pierre, “Monstres et monstruosités dans la biologie d’Aristote”, en *Le monde grec: Pensée, littérature, histoire, documents. Hommage à Claire Préaux* (coord. BINGEN, Jean), Bruselas, 1975.
- LUCES GIL, Francisco, *Derecho del Registro Civil*, 5º edición, Bosch, Barcelona, 2002.
- LUGO RODRÍGUEZ, Raúl, *Iglesia Católica y homosexualidad*, Nueva Utopía, Madrid, 2006.
- MANGAS MARTÍN, Aracele; LIÑÁN NOGUERAS, Diego, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2012 (revisada en año 2014).
- MARELLA, Maria Rosa, “The Non-Subversive Function of European Private Law: The Case of Harmonisation of Family Law”, *European Law Journal*, número 12, 2006.
- MARÍN CASTÁN, María Luisa, “Algunas reflexiones sobre los principios generales del Derecho” en *Libro – Homenaje al Profesor Manuel Amorós Guardiola*, Volumen I, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2006.
- MARTINELL GISPERT - SAÚCH, Josep Maria,
 - o “Consideraciones acerca de la fundamentación actual del impedimento de impotencia”, *Revista Jurídica de Cataluña*, número 10, 1979.
 - o “Sexo y juridicidad. Reflexiones para el debate”, *Estudios jurídicos sobre persona y familia* (coord. ARECES PIÑOL, Maria Teresa), Comares, número 19, Colección Religión, derecho y sociedad, Granada, 2009.
- MARTÍNEZ CARRERAS, José Urbano, *Historia del colonialismo y la descolonización (Siglos XV-XX)*, Universidad Complutense, Madrid, 1992.

- MARTÍNEZ PEREDA, Consuelo Madrigal, “Operaciones sexuales: castración, esterilización, y especial estudio del transexualismo”, en *Derecho médico*, volumen I, (coord. MARTÍNEZ CALCERRADA, Luís), Díaz de Santos, Madrid, 1986.
- MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel:
 - o “Operaciones sexuales: castración, esterilización, y especial estudio del transexualismo”, en VVAA, *Derecho médico*, volumen I, (coord. MARTÍNEZ CALCERRADA, Luís), Madrid, 1986.
 - o “El transexualismo en el Derecho Español”, *Actualidad Civil*, número 16, Madrid, 1989.
 - o “El transexualismo en el derecho español (3): Otras sentencias del Tribunal Supremo sobre el cambio de sexo”, en *AC*, número 3, 1990.
- MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, Luís,
 - o *El concepto de matrimonio en el Código Civil*, Thomson-Civitas, Madrid, 2008.
 - o *El principio de libre desarrollo de la personalidad en el ámbito privado*, Thomson Reuters, Pamplona, 2010.
- MARTOS MONTIEL, Juan Francisco, “Desde Lesbos con amor: homosexualidad femenina en la antigüedad”, *Orientaciones: Revista de Homosexualidad*, Ediciones Clásicas, S.A., Madrid, 2001.
- MEGENS, Jos, “El tratamiento de la transexualidad: el modelo holandés” en *Transexualidad. La búsqueda de una identidad* (coord. BECERRA FERNÁNDEZ, Antonio), Díaz de Santos, Madrid, 2003.
- MENTXAKA, Rosa, “Delitos contra la moral sexual en las etimologías de Isidoro”, *Revista de derecho romano*, Labeo, número 44, 1998.
- MERKELBACH, Benedictus Henricus, *Summa Theologiae Moralis*, Editio altera, Paris, 1962.
- MISSÉ, Miquel, *Transexualidades. Otras miradas posibles*, Egales S.L., Madrid, 2013.
- MOLINER NAVARRO, Rosa María, “El matrimonio de personas del mismo sexo en el Derecho comparado”, en *Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo* (coord. ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina), Cuadernos de Derecho judicial, CGPJ, XXVI, Madrid, 2006.

- MONEREO ATIEZA, Cristina, “Orientación sexual e identidad de género: aproximación conceptual y estrategias para la reivindicación de derechos del colectivo de LGBT” en *Papeles el tiempo de los derechos*, número 21, Universidad de Málaga, 2004.
- MONEY, John, *Imprinting and the establishment of gender role*, Arch New Psychiatry, 1957.
- MONTERO GONZÁLEZ, David, “Derechos humanos y Derechos LGTB desde una perspectiva internacional” en el *Seminario de Orientación sexual e identidad de género. Los derechos menos entendidos*, Institut de Drets Humans de Catalunya, Barcelona, 2007.
- MONTÉS PENEDÉS, Vicente, *Derecho Civil. Parte General*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1992.
- MORENO TORRES, Dolores, “Situación legal de la transexualidad en España, perspectivas legislativas y situación legal en países de su entorno” en *Ser Transexual* (coords. GÓMEZ GIL, Esther; ESTEVA DE ANTONIO, Isabel), Glosa, Barcelona, 2006.
- MÜLLER, Enrique; DE BENITO, Emilio, “Alemania ‘crea’ un tercer sexo”, en *El País*, 2013.
- NARTOZKY, Susana, *Memoria y proyecto docente*, Universidad Autónoma de Madrid, Servicio de Publicaciones, Madrid, 1993.
- NAVARRO – VALLS, Rafael, *Curso de Derecho Matrimonial Canónico y Concordado* (coord. LÓPEZ ALARCÓN, Mariano; NAVARRO – VALLS, Rafael), Tecnos, Madrid, 1991.
- NICOLÁS-LAZO, Gemma, *La reglamentación de la prostitución en el Estado español: Genealogía jurídico-feminista de los discursos sobre prostitución y sexualidad*, Departament de Dret Penal i Ciències Penals, Universitat de Barcelona, Servei de Publicacions, 2007.
- NOLDIN, Hieronymus, *Summa theologiae moralis. Complementum: De Castitate*, Oenipotetente, Innsbruck, 1995.
- NOWAK, Manfred, *Human Rights in Europe: no grounds for complacency*, Publishing Editions, Strasbourg, 2011.
- OLTRA JARQUE, Mònica, “Els drets i llibertats de les minories sexuals. La Mediterrània pont o abisme?” en *Jornada de Trabajo: La Mediterrània: espai de diàleg*, Institut Triangle de Mar Blava, Barcelona, 28.05.2005.

- OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, Patricia, *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en Derecho internacional privado español*, Aranzadi, Pamplona, 2002.
- ÓSCAR GARCÍA, Luís, *Derecho Civil I. Personas*, Universidad Católica Andrés, Caracas, 2006.
- OTHENIN-GIRARD, Simon, “La reserve d'ordre public en droit International privé suisse. Personnes-Famille-Successions”, en *Revue critique de droit International privé*, número 4, 2002.
- OVIDIO, *Las Metamorfosis IV*, 1951, consultar en: “Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes”, traducción de PÉREZ VEGA, Ana.
- PABLO II, Juan, *Hombre y mujer los creó. Catequesis sobre el amor humano*, Cristiandad, Madrid, 2010.
- PALOMINO LOZANO, Rafael, *Manual Breve de Derecho Eclesiástico del Estado*, Licencia Creative Commons Atribución-Nocomercia-SinDerivadas3.0, Unported, Madrid, 2013.
- PARDO FALCÓN, Javier, “Los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen” en *Comentarios a la Constitución Española*, (coord. CASAS BAAMONDE, María Emilia; RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, Miguel), Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008.
- PATTI, Salvatore; WILL, Michael, “La retificazione di atribuzione di sesso: prime considerazioni”, en *Nuove Leggi Civilli Commentate*, número 2, 1983.
- PATTI, Salvatore; CUBEDDU, Maria Giovanna, *Introduzione al diritto della famiglia en Europa*, Giuffrè, Milano, 2008.
- PECES BARBA, Gregorio, *Lecciones de Derechos Fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004.
- PEÑA GARCÍA, Carmen, *Homosexualidad y matrimonio. Estudio sobre la jurisprudencia y la doctrina canónica*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2004.
- PÉREZ ALMOGUERA, Artur, “La sexualitat en el món antic. La prostitució a la Grècia clàssica: entre Orient i Occident”, en *Sexualitat, Història i Antropologia*, (coord. ROIGÉ, Xavier), Universidad de Lleida, Servei de Publicacions, 1996.
- PÉREZ CÁNOVAS, Nicolás,

- *Homosexualidad, homosexuales y uniones homosexuales en el Derecho español*, Comares, Granada, 1996.
- “Cursos de derechos humanos de Donostia – San Sebastián”, *Transexualidad y matrimonio*, volumen 3, Universidad del País Vasco, Servicio Editorial, San Sebastián, 2002.
- PERLINGIERI, Pietro:
 - “Note introduttive ai problemi giuridici del mutamento di sesso en La Personalità umana nell’ordinamento giuridico”, *Universita degli studi di Camerino*, Foro Italiano, E.S.I. Napoli, 1982.
 - *Codice Civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza a cura di Libro Primo*, Ediciones Utet, Torino, 1983.
- PERROT, Michelle, *Historia de la vida privada. De la Revolución Francesa a la Primera Guerra Mundial*, volumen IV, Taurus, Madrid, 1989.
- PESET, José Luís, *Ciencia y marginación: Sobre locos, negros y criminales*, Crítica, Barcelona, 1983.
- PETROVA, Dimitrina, “Lesbian and Gay Rights Are Human Rights!” en el Seminario *International Conference on Promoting Human Rights for Lesbians and Gays in Ukraine*, Kiev, 2008.
- PLE, Albert, *Vida afectiva y castidad*, Estela, Barcelona, 1966.
- PRANTL, Heribert, “Männlich, weiblich, unbestimmt”, in *Süddeutsche Zeitung*, *Geschlechter im deutschen Recht*, 2013.
- QUIÑONES ESCAMEZ, Ana:
 - “Derecho comunitario, derechos fundamentales y denegación del cambio de sexo y apellidos: ¿un orden público europeo armonizador (a propósito de las STJCE, asuntos K.B. y García Avello), en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, número 18, Madrid, 2004.
 - “Límites a la celebración en España de matrimonios internacionales del mismo sexo”, *URJC*, Madrid, 2005.
- RAMOS CANTÓ, Juana, “Las asociaciones de transexuales”, *Transexualidad. La búsqueda de una identidad* (coord. BECERRA-FERNÁNDEZ, Antonio), Díaz de Santos, Madrid, 2003.
- RAMOS CHAPARRO, Enrique, *La persona y su capacidad civil*, Tecnos, Madrid, 1995.

- RATH, Christian, “Junge? Mädchen? Keins von beidem?”, in *die tageszeitung*”; en *letzter Zugriff*, número 12- bis 19-, 2013.
- RAYMON, Janice, *The transexual empire*, Beacon Press, Boston, 1979.
- REINA BERNÁLDEZ, Víctor; MARTINELL GISPERT - SAÚCH, Josep Maria,
 - o *Curso de Derecho matrimonial*, Marcial Pons, Madrid, 1995.
 - o *Propuesta de reforma de la legislación matrimonial*, PPU, Barcelona, 1987.
- REY MARTÍNEZ, Francisco, “Homosexualidad y Constitución”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 73, 2005.
- RICOY CASAS, Rosa María, “La regulación de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas en España”, en *Revista Mexicana de Derecho constitucional*, número 21, 2011.
- ROBERT, Jacques, *Droits de l’homme et libertés fondamentales*, 12ª edición, Montchrestein, Paris, 2014.
- ROBLES MORCHÓN, Gregorio, “El libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 de la CE)” en *El libre desarrollo de la personalidad. Artículo 10 de la Constitución* (coord. GARCÍA SAN MIGUEL, Luís), Universidad de Alcalá de Henares, Servicio de Publicaciones, 1995.
- ROCA TRIAS, Encarna, “El derecho a contraer matrimonio y la regulación de las parejas de hecho” en *Puntos capitales del Derecho de familia en su dimensión internacional*, obra colectiva de la Asociación española de abogados de familia, Madrid, 1999.
- RODRÍGUEZ CASTRO, Justo, *El consentimiento como causa excluyente de la antijuridicidad en las lesiones*, Boletín número 1418, Madrid.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, Rosalía; BRAVO BOSCH, María José, *Experiencias jurídicas e identidades femeninas*, Dykinson, Madrid, 2011.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, Miguel; FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda, *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986.
- RODRÍGUEZ RAMOS, Luís, *Código penal. Concordado con jurisprudencia sistematizada y leyes penales especiales y complementarias*, et alii, Madrid, 2007.
- ROIGÉ VENTURA, Xavier,

- “Amor, Sexualitat i Reproducció social a l’Europa preindustrial”, *Sexualitat, Història i Antropologia* (coord. ROIGÉ, Xavier), Universidad de Lleida, Lleida, 1996.
- “Burguesos i obrers. La família i la sexualitat contemporània (S. XIX – principi del XX)”, *Sexualitat, Història i Antropologia* (coord. ROIGÉ, Xavier), Universidad de Lleida, Lleida, 1996.
- RUBIN, Gayle, *The traffic in women*, Reiter Rayna, New York, 1975.
- RUIZ, Gregorio, “La homosexualidad en la Biblia”, en *Homosexualidad: ciencia y conciencia*, Varios, Santander, 1981.
- RUIZ JIMÉNEZ, Marta, “Comentario al art. 10” en *Comentarios a la Constitución española de 1978* (coord. ALZAGA VILLAMIL, Óscar), Edersa, Madrid, 1997.
- SABATÉ CURULL, Flocel, “La sexualidad a l’època medieval”, *Sexualitat, Història i Antropologia*, (coord. ROIGÉ, Xavier), Universidad de Lleida, Lleida, 1996.
- SAIZ ARNAIZ, Alejandro, “La interpretación de los derechos fundamentales y los tratados internacionales sobre derechos humanos” en *Comentarios a la Constitución Española*, (dir. CASAS BAAMONDE, María Emilia; RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, Miguel), Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008.
- SALAZAR BENÍTEZ, Octavio, “El reconocimiento jurídico-constitucional de la diversidad afectiva” en *Revista de Estudios Políticos* (nueva época), ISSN: 0048-7694, número 157, Madrid, 2012.
- SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, “Nota a la Ley 13/2005 de 1 de julio”, *AEDIPr*, Tomo V, Madrid, 2005.
- SANDLAND, Ralph, “Crossing and not crossing: gender, sexuality and melancholy in the European Court of Human Rights”, *Feminist Legal Studies*, número 11, Netherlands, 2003.
- SANTIAGO REDONDO, Koldo, “Derecho a la protección a la salud” en *Comentarios a la Constitución Española*, (dir. CASAS BAAMONDE, María Emilia; RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, Miguel), Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008.

- SANZ CABALLERO, Susana, “A propósito de sentencias de GOODWIN e I o del debate sobre el matrimonio de transexuales ante TEDH”, *Revista Española de Derecho Internacional*, número 11, Madrid, 2003.
- SCHEININ, Martin, “Report of the Discussion of the Scheinin report on gender aspects in Human Rights and countering terrorism”, *UN Third Committee*, número 26, 2009.
- SCHILLEBEE, Edward, *El matrimonio. Realidad interna y misterio de salvación*, Ediciones Sígueme, Salamanca, 1968.
- SEGALÉN, Martine, *Amours et mariages de l’Ancienne France*, Bibliothèque Berger-Levrault, París, 1983.
- SHORTER, Edward, *The making of the modern family*, Basic Books, 1975.
- SIVERINO BAVIO, Paula:
 - o “Breves apuntes sobre transexualidad y derecho a la identidad” en *Revista Persona*, número 41, 2005.
 - o “Diversidad sexual y derechos humanos: hacia el pleno reconocimiento de las personas sexualmente diversas”, en *Revista General de Derecho Constitucional*, número 19, 2014.
- SOSPEDRA NAVAS, Francisco, *Práctica del Registro Civil* (coord. SOSPEDRA NAVAS, Francisco), Thomson Civitas, Navarra, 2007.
- SOTO MOYA, Mercedes:
 - o “Matrimonio, orientación sexual e integración del extranjero” en *La integración de los extranjeros. Un análisis transversal desde Andalucía*, Atelier, Barcelona, 2009.
 - o *Uniones transfronterizas entre personas del mismo sexo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- STANZIONE, Pasquale:
 - o “Transsexualismo e tutela della persona: la legge núm. 164 del 1982”, *Studi di diritto civile*, (coord. SCIANCALEPORTE, Giovanni), Edizione Scientifiche italiane, Napoli, Roma, 1986.
 - o “La soluzione normativa del transsexualismo: l’esperienza tedesco-occidentale”, en *Comparazione e Diritto Civile*, Saggi Edizioni Scientifiche italiane, Napoli, Roma, 1987.
- STEARNS FORD, Clellan; AMBROSE BEACH, Frank, *Conducta sexual: de los animales al hombre*, Fontanella, Barcelona, 1978.

- STOLLER, Robert Jesse, “The term “transvestism”, *Arch General Psychiatry*, número 24, 1971.
- STONE, Lawrence, *Familia, sexo y matrimonio en Inglaterra, 1500-1800*, Fondo de Cultura Económica de España, S.L., México, 1990.
- SUÁREZ BERRÍO, Andrés Felipe, *Noción de libertad y pensamiento cristiano en Étienne Gilson*, Pamplona, número 108, 2006.
- TALAVERA FERNÁNDEZ, Agustín, *La unión de hecho y el derecho a no casarse*, Comares, Granada, 2001.
- TALAVERA FERNÁNDEZ, Pedro, “El matrimonio entre personas del mismo sexo frente a la adopción” en *Matrimonio adopción entre personas del mismo sexo* (coord. ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina) en *Cuadernos de Derecho judicial*, CGPJ, XXVI, Madrid, 2006.
- TOLDRÀ ROCA, Dolors, *Capacidad natural y capacidad matrimonial. La transexualidad*, Cedeas, Barcelona, 2000.
- TOMÁS y VALIENTE, Francisco, “El crimen y pecado contra natura”, *Derecho penal de la Monarquía absoluta. Siglos XVI, XVII y XVIII*, Tecnos, Madrid, 1969.
- TONOLO SACCO, Sara, “Famiglia e diritto”, en *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, número 508, 1998.
- URÍAS MARTÍNEZ, Joaquín, “El régimen constitucional del matrimonio” en *Comentarios a la Constitución Española*, (coord. CASAS BAAMONDE, María Emilia; RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, Miguel), Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008.
- RANKE-HEINEMANN, Uta, *Eunucos por el reino de los cielos. Iglesia católica y sexualidad*, Trotta, Madrid, 2005.
- VALSECCHI, Ambrosio, *Nuevos caminos de la ética sexual*, Sígueme, Salamanca, 1974.
- VÁZQUEZ GARCÍA, Francisco, “El discurso médico y la invención del homosexual (España 1840-1915)”, *Revista Asclepio*, volumen III, número 2, 2001.
- VIDAL, Marciano, *Sexualidad y Cristianismo, Orientaciones éticas y perspectivas sobre la homosexualidad*, El Perpetuo Socorro, Madrid, 2009.
- VIDAL MARTÍNEZ, José, “¿Se incluye el “cambio de sexo” (transexualidad), en el “libre desarrollo de la personalidad”, al que se refiere el artículo 10.1 de la

- Constitución Española? (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª de 2 de julio de 1987)”, *Revista General del Derecho*, número 534, 1989.
- VILBERT, Jean Claude, “Aux origines d’une condamnation: l’homosexualité dans la Rome Antique et l’Église des premiers siècles”, *Lumiere et Vie*, número 147, 1980.
 - VILLACURTA MANCEBO, Luís, *Principio de igualdad y Estado Social. Apuntes para una relación sistemática*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, Santander, 2006.
 - VINATY, Tommaso, “Sant Alberto Magno, embriologo e ginecólogo”, *Angelicum*, número 58, 1981.
 - VIVES, José, *Concilios Visigóticos e Hispano-Romanos* (coord. VIVES, José; MARTÍN MARTÍNEZ, Tomás; MARTÍNEZ DÍEZ, Gonzalo), Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Instituto Enrique Flórez, Madrid-Barcelona, 1963.
 - VON STRITZKY, Johannes, “El desarrollo de la protección jurídica de las personas homosexuales, bisexuales, transexuales e intersexuales (LGTBI) en Alemania”, *Revista General de Derecho Constitucional*, número 17, 2013.
 - WACKE, Andreas,
 - o “Del hermafroditismo a la transexualidad”, *Anuario de Derecho Civil*, volumen 43, número 3, 1990.
 - o “Del hermafroditismo a la transexualidad”, *Estudios de Derecho Romano y Moderno en cuatro idiomas*, Fundación Seminario de Derecho Romano Ursicino Álvarez, Madrid, 1996.
 - WALKOWITZ, Judith, “Sexualidades peligrosas” en *Historia de las mujeres* (coord. DUBY, Georges; PERROT, Michelle), Taurus, Volumen IV, Madrid, 2000.
 - WEBER, Leonhard, *Ética de la familia, del matrimonio y de la vida sexual*, Península, Madrid, 1963.
 - WEEKS, Jeffrey, *El malestar de la sexualidad*, Talasa Ediciones, Madrid, 1999.
 - WOUTERS, Ludoricus, *Tractatus dogmatico-moralis de virtute catitatis et de vitiis oppositis*, Charles Beyaert, Brujas, 1936.
 - ZALBA, Marcelino, *Theologiae moralis compendium*, volumen I, La Editorial Católica, Madrid, 1958.

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

- Caso *Marckx* contra *Bélgica*, de 13.06.1979, TEDH 4464/70
- Caso *Van Oosterwijck* contra *Bélgica*, de 17.10.1986, TEDH 1986/6
- Caso *Rees* contra *Reino Unido*, de 17.10.1986, TEDH 1986/6
- Caso *Eriksson y Goldschmidt* contra *Suecia*, de 09.11.1989, TEDH 14573/89
- Caso *Cossey* contra *Reino Unido*, de 27.09.1990, TEDH 1990/22
- Caso *B* contra *Francia*, de 25.03.1992, TEDH 1992/43
- Caso *Affaire B.* contra *Francia*, de 25.03.1992, TEDH 3343/87
- Caso *Rieme* contra *Suecia*, de 22.04.1992, TEDH 12366/86
- Caso *Keegan* contra *Irlanda*, de 26.05.1994, TEDH 1994/21
- Caso *Kroon y otros* Contra *Países Bajos*, de 27.10.1994, TEDH 85359/91
- Caso *X, Y y Z* contra *Reino Unido*, de 22.04.1997, TEDH 1997/24
- Caso *Sheffield y Horsham* contra *Reino Unido*, 30.07.1998, TEDH 1998/34
- Caso *Saucedo Gómez* contra *España*, de 26.01.1999, TEDH 37784/97
- Caso *I* contra *Reino Unido*, de 11.07.2002, TEDH 2002/45
- Caso *Goodwin* contra *Reino Unido*, de 11.07.2002, JUR 2002/181176
- Caso *Société Colas y otros* contra *Francia*, de 16.07.2002, TEDH 3797/97
- Caso *Grant* contra *Reino Unido*, de 25.06.2006, TEDH 2007/56
- Caso *Schalk and Kokpf* contra *Austria*, de 24.06.2010, TEDH 30141/04

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

- Caso *P* contra *S y otros*, de 30.04.1996, TJCE 1996/77
- Caso *K.B.* contra *National Health Service Pensions Agency y otros*, de 07.01.2004, TJCE 2004/5.
- Caso *Sarah Margaret Richards* contra *Secretary of State for Work and Pensions*, de 27.04.2006, TJCE 2006/119.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC nº 192/1980, de 08.04.1981
- STC nº 38/1981, de 23.11.1981
- STC nº 62/1982, de 15.10.1982
- STC nº 72/1982, de 17.11.1982

STC n° 82/1982, de 22.12.1982
STC n° 105/1987, de 08.03.1985
STC n° 53/1985, de 11.04.1985
STC n° 17/1987, de 11.02.1987
STC n° 547/1988, de 02.12.1988
STC n° 217/1988, de 22.12.1988
STC n° 1607/1989, de 15.02.1989
STC n° 6901/1990, de 27.06.1990
STC n° 137/1990, de 19.07.1990
STC n° 1562/1991, de 14.02.1991
STC n° 10668/1991, de 11.11.1991
STC n° 1755/1994, de 28.02.1994
STC n° 180/1994, de 20.06.1994
STC n° 114/1984, de 14.07.1994
STC n° 114/1984, de 29.11.1994
STC n° 35/1996, de 11.03.1996
STC n° 9676/1996, de 03.12.1996
STC n° 207/1996, de 16.12.1996
STC n° 202/1999, de 08.11.1999
STC n° 90/2000, de 30.03.2000
STC n° 143/2001, de 18.06.2001
STC n° 154/2001, de 02.07.2001
STC n° 81/2002, de 22.04.2002
STC n° 145/2002, de 15.07.2002
STC n° 190/2004, de 02.11.2004
STC n° 6150/2006, de 13.02.2006
STC n° 188657/2007, de 07.11.2007
STC n° 143192/2009, de 10.12.2007

TRIBUNAL SUPREMO

STS 07.03.1963 RJ 1776\1963
STS 15.10.1964 RJ 2879/1964
STS 05.11.1975 RJ 2313\1974
STS 09.10.1981 EDJ 1981/4948

STS 13.10.1981 EDJ 1981/4957
STS 02.07.1987 RJ 1987/5045
STS 15.07.1988 RJ 1988/5722
STS 03.03.1989 RJ 1989/1993
STS 19.04.1991 RJ 1991/2725
STS 19.04.2001 EDJ 1994/4017
STS 06.09.2002 RJ 2002/7180
STS 17.09.2007 RJ 2007/4968
STS 28.02.2008 EDJ 2008/118934
STS 06.03.2008 EDJ 2008/128026
STS 18.07.2008 RJ 2008/249741

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

STSJ Comunidad Valenciana (Sala Social), de 21.01.2003 AS 2003/3224
STSJ Asturias (Sala Social), de 31.01.2003 AS 2003/1718
STSJ Cataluña (Sala Social), de 19.01.2006 JUR 2006/84419

AUDIENCIAS PROVINCIALES

SAP Madrid 09.07.2001 EDJ 2001/42238
SAP Barcelona 07.04.2003 JUR 2003/200183
SAP Asturias 30.09.2003 AC 2003/1360
SAP Valencia 30.12.2003 JUR 2004/164317
SAP Barcelona 17.02.2004 AC 2004/893
SAP Cádiz 20.04.2004 JUR 2005/143363
SAP Valladolid 23.05.2004 AC 2005/1549
SAP Madrid 15.07.2004 EDJ 2006/309130
SAP Madrid 23.12.2004 EDJ 2004/231697
SAP Barcelona 01.09.2005 EDJ 2005/264387
SAP Lugo 19.05.2005 JUR 2005/162897
SAP Valladolid 23.05.2005 EDJ 2005/152422
SAP Asturias 25.09.2006 EDJ 2006/30913
SAP Asturias 30.09.2006 AC 2003/1630
SAP Jaén 09.10.2006 JUR 2007/145216
SAP Valencia 10.10.2006 JUR 2007/76673

SAP Tarragona 12.02.2008 EDJ 2008/40080

JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA

Juzgado de Primera Instancia 7 de Lleida de 21.09.1999

Juzgado de Primera Instancia de Valladolid de 13.12.2004

TRIBUNALES ECLESIAÍSTICOS

Sentencia del Tribunal Eclesiástico de la Archidiócesis de Barcelona de 07.12.1972.

RESOLUCIONES DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

17.03.1982 RJ 1987/1588

22.05.1981 RJ 1981/2185

09.06.1994 RJ 1994/6039

23.12.2000 JUR 2000/231692

08.01.2001 EDL 2001/16492

31.01.2001 RJ 2001/5095

05.03.2001 RJ 2001/3881

28.06.2001 RJ 2001/8842

24.01.2005 RJ 2005/1954

18.07.2005 EDL 2005/135324

29.07.2005 JUR 2005/184678

26.10.2005 JUR 2006/266658

07.04.2006 RJ 2007/3357

10.11.2006 RJ 2008/716

