

Reflexiones en torno a una “contrahistoria queer” del derecho español

Emilio Lecuona Prats
Universidad de Málaga

Planteamiento

Lo “queer” y lo normativo tienen difícil encaje entre sí. El derecho, como ingeniería social, pero también sexual, ha excluido tradicionalmente lo que la sociedad consideraba “extraño”, contrario a los esquemas “ideales” de un ordenamiento jurídico reducido (al menos en historia occidental) a un sistema patriarcal, cisgénero y heteronormativo. La exclusión se produjo en un doble sentido: el más extremo, el de su represión, castigando lo “queer”, lo “extraño”, por considerarlo peligroso contra el orden social imperante; el más sutil, aunque probablemente el más usado, el de su “invisibilización”, negándole realidad jurídica con el objeto de ningunear su existencia.

A lo largo de las siguientes páginas se pretende reflexionar acerca del estudio histórico-jurídico de estos instrumentos excluyentes, pero también acerca de las fórmulas que las personas “queer” fueron adoptando para eludir la represión o la ignorancia del sistema jurídico, bien aprovechando los resquicios de éste para sobrevivir (e incluso prosperar) en su marco, bien, a partir especialmente de la Contemporaneidad, luchando contra él para hacer que cambie, lo que se podría denominar como “Revolución queer”¹.

Varias precisiones se han de hacer con carácter previo de tipo conceptual y metodológico:

¹ Sobre Revolución queer (“queer revolution”) se tratará con más de detalle al final de este estudio. No obstante, con carácter previo, conviene señalar que se trata de una expresión poco utilizada en español, aunque conocida en inglés desde hace décadas. Su significado en cualquier caso no es unívoco: vinculada generalmente a la conocida “teoría queer” (y su activismo), nada impide utilizarla de forma más neutra (como el movimiento de reivindicación de las personas “queer” sin referencia a dicha teoría). Entre los estudios que se refieren, de un modo u otro a esta revolución, pueden citarse, sin ánimo de ser exhaustivos: Sarah CHINN y Kris FRANKLIN: “The (Queer) revolution will not be liberalized”, *Minnesota Review*, 40 (1993), pp. 138-150; Arlene STEIN y Ken PLUMMER: “‘I can’t even think straight’ Queer theory and the missing sexual revolution in sociology”, *Sociological Theory*, 12, nº2 (1994), pp. 178-187; Robin BRONTSEMA: “A Queer Revolution: Reconceptualizing the debate over linguistic reclamation”, *Colorado Research in Linguistics* 17 (2004); Ryan CONRAD (ed.): *Against equality: Queer revolution, not mere inclusion*, AK Press, 2014; Dennis ALTMAN y Jonathan SYMONS: *Queer wars: the new global polarization over gay rights*, Cambridge, Polity Press, 2016; Moira PÉREZ: “La cadena sexo-género-revolución”, *Estudios feministas*, 25, nº 2 (2017), pp. 433-451 (si bien no usa expresamente el término “revolución queer”); James HODGSON, “Possibilities for queer revolution in Glauber Rocha’s Barrevento/The Turning Wind (1962)”, *Studies in Spanish & Latin American Cinemas*, 15, nº 1 (2018), pp. 25-43; Arman HELJIC: “Staging the Romani Queer Revolution: New approaches to the study of Romani Queerness”, *Critical Romani Studies*, 4, nº 1 (2021), pp. 36-53; y Martin PADGET: *The Queer revolution was televised: TV in the age of HIV/AIDS, Bowers v. Hadwick, and the March on Washington*, Tesis Doctoral, Georgia State University, 2023.

En primer lugar, el uso que se hace en este estudio del término “queer” (españolizado “cuir”), un anglicismo que no convence a toda la comunidad científica de habla hispana, en lugar de usar su traducción al español como “raro”, “extraño”, “homosexual” o “marica”; y que se elige, porque ninguna de esas traducciones (cargadas además, en muchos casos, de una clara negatividad en nuestro idioma) significan lo que el término “queer” ha terminado por equivaler en inglés de forma, además, reivindicativa: “having or relating to a gender identity or a sexuality that does not fit society's traditional ideas about gender or sexuality”, es decir, “tener o relacionarse con una identidad de género o una sexualidad que no se ajusta a las ideas tradicionales de la sociedad sobre género o sexualidad”. En este sentido “lo queer” tiene que ver con lo homo y la heterosexualidad, lo cisgénero y lo transgénero, y, en última instancia, el binarismo de género e identidades de género no binarias; pero no a otros ámbitos a los que el término “queer”, en un mero sentido de extraño o raro sexualmente, pudiera conllevar según cada sociedad: la masturbación, el adulterio, las relaciones sexuales no matrimoniales, la pederastia, el incesto, el bestialismo o el sadismo sexual².

En segundo, que al hablar de “historia queer” se hará referencia, por tanto, a una historia centrada en la “disidencia sexual” (buscada o no)³ basada en la orientación sexual y de género, con independencia de otras especialidades historiográficas con las que obviamente comparte objeto, pero que no son exactamente lo mismo (como la historia de género, la historia de la sexualidad o la historia del movimiento LGBTQ+). Por eso, se ha preferido también usar este término al más neutro políticamente hablando de “historia de lo queer”, tanto porque se trata de la expresión que se ha generalizado para este tipo de estudios (la “queer history”), como porque además responde a un paradigma concreto en relación con la sexualidad que hace hincapié en los aspectos culturales del género e incluso de la sexualidad: la teoría queer. Por supuesto, teoría queer e historia queer no son necesariamente lo mismo. Como filosofía política de disidencia sexual la teoría queer puede resultar incluso ahistórica, pero sería absurdo negar que parte de su planteamiento y aparato conceptual planea sobre toda historia queer, aunque lo haga desde una óptica pretérita. En este sentido, la historia queer es esencialmente una manifestación más de la historia cultural que, aunque efectivamente abre una mirada diferente al género y al sexo, no puede suponer nunca una alteración del método histórico-crítico, ni tampoco un ejercicio de “presentismo”⁴. Por este motivo,

² Véanse las voces “queer” (Diccionario inglés-español) y “queer” (significado en inglés), en *Cambridge Dictionary*, Cambridge University Press & Assessment 2023, <https://dictionary.cambridge.org/es/diccionario/ingles-espanol/queer>; y <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/queer>. Respecto al uso del término “queer” en lengua española, su especial problemática en Latinoamérica como instrumento de análisis, ha sido estudiado por Felipe RIVAS SAN MARTÍN: “Diga ‘queer’ con la lengua afuera: sobre las confusiones del debate latinoamericano”, en *Por un feminismo sin mujeres*, EDITORXS, Coordinadora Universitaria de Disidencia Sexual, 2011, pp. 59-75.

³ Sobre el término “disidencia sexual” resulta de interés el artículo de Atilio Raúl RUBINO: “Hacia una (in)definición de la disidencia sexual. Una propuesta para su análisis en la cultura”, *Revista Luthor* 39 (2019), pp. 62-80.

⁴ Existe una historiografía queer cada vez más amplia (especialmente en inglés) aunque por supuesto inferior al de la propia teoría queer. Así, si buscamos “historia queer” en Google académico, se computan 235 resultados, frente a los 22.300 que arroja “teoría queer”; mientras que si buscamos “queer history” los resultados se elevan a 12.600. En cualquier caso, y sin ánimo de ser exhaustivo, pueden citarse, entre otros (por contener algunas reflexiones interesantes sobre historia queer) los recientes estudios de Felipe César Camilo CARO-ROMERO: “Los Felipitos. Revisionismo e historia

ha de tenerse en cuenta, que el uso del término “queer” para referirse a etapas previas, siempre debe usarse con cautela: la de saber que estamos usando anacrónicamente la palabra con el objeto de hablar de una realidad social sin catalogar, como grupo, en su momento⁵.

En tercero, que estas páginas se centran esencialmente en la historia del derecho español moderno y contemporáneo, partiendo una lanza acerca del interés que puede conllevar desarrollar una historia queer o de lo queer en el mismo. Dicha historia, que podría encajar en lo que, especialmente en otras latitudes, se denomina ya como “legal queer history” (“historia queer del derecho”) podría servir no sólo para profundizar en un campo del pasado jurídico del que aún queda mucho por tratar, sino para darle un discurso integrador a los estudios jurídicos que sobre cuestiones de género y sexualidad en el pasado ya se han venido realizando desde un punto de vista histórico-jurídico. No se plantea, por tanto, un paradigma radicalmente nuevo de comprensión de lo histórico, de algo que cambie por completo nuestra visión del mismo, pero sí de enriquecerlo sumando a él la idea de “revolución queer”, como gran acontecimiento que, desarrollado en la Edad Contemporánea, tiene al menos tanta repercusión jurídica como otras revoluciones políticas más consolidadas por la historiografía, como la Revolución Liberal, la Socialista o la Sexual⁶.

queer de Colombia”, *Trashumante: Revista Americana de Historia Social*, 20 (2022), pp. 58-79; y “La verdad hetero vs la mentira queer: una disputa histórica”, *Revista Universidad de Antioquia*, 345 (2022), pp. 158-161; la tesis doctoral de Juan Pedro NAVARRO MARTÍNEZ: *Un delito que ofende a Dios: discursos, prácticas y representaciones del pecado nefando de sodomía en Castilla a finales del Antiguo Régimen (1700-1848)*, Universidad de Murcia, 2022; la tesis doctoral de Mariela SOLANA: *Historia y temporalidades en estudios queer. Implicaciones ontológicas, y políticas*, Universidad de Buenos Aires, 2015; y los estudios de Moira PÉREZ: “Escribir la historia queer: Desafíos para la agencia de un anti-sujeto”, en *Transnationalizing LGBT/Queer Studies: Toward Trans/national Scholarly and Activist Kinships*. Syracuse University (EEUU/España), 2011; y “(Post) Historia Queer: Desafíos de un programa historiográfico después del fin de los grandes relatos”, en Patricia BRUNSTEINS y Ana TESTA: *Conocimiento, Normatividad y Acción, Córdoba (Argentina)*, Universidad de Córdoba, 2007. Todo ello sin perjuicio de recordar la aportación de otros autores y autoras considerados clásicos dentro de la historiografía queer como Dennis Altman y su libro *Homosexual: oppression and liberation*, Outerbridge y Dienstfrey (eds.), 1971 (objeto de posteriores ediciones); Ebel BOTERO ESCOBAR: *Homofilia y homofobia: estudio sobre la homosexualidad, la bisexualidad y la represión de la conducta homosexual*, Medellín (Colombia), Ed. Lealon, 1980; y, especialmente, el libro de Scott BRAVMANN: *Queer Fictions of the Past. History, Culture and Difference*, Cambridge University Press, 1997. Por otra parte, una aproximación a la teoría queer puede verse en mi artículo Emilio LECUONA PRATS: “Precipitación en cascada de los derechos humanos y teoría queer”, *Revista de Estudios Europeos*, nº extraordinario monográfico 2 (2023), pp. 311-336.

⁵ En relación con el uso “anacrónico” del término “queer” pero de forma plenamente consciente y adecuada véase el estudio de Juan Pedro NAVARRO MARTÍNEZ: “La primera dama era hombre perfecto: travestismo y prácticas queer en Madrid en el siglo XVIII”, en Marian BLANCO y Clara SAINZ DE BARANDA (eds.): *Investigación joven con perspectiva de género II*, Instituto de Estudios de Género, Universidad Carlos III de Madrid, 2017, pp. 124-139.

⁶ Buscando en Google académico “historia queer del derecho” no arroja ningún resultado en español, sin embargo, buscando “queer legal history” salen 59, entre otros: Luisa Stella de Oliverira COUTINHO SILVA: “Sexy Legal History: Mapping Sexualities in a Handbook”, *Rechtsgeschichte-Legal History*, 27 (2019), pp. 260-264; Markus D. DUBBER y Christopher TOMLINS (eds.): *The Oxford handbook of legal history* Oxford University Press, 2018; y Felicia KORNBLUH: “Queer legal history: A field grows up and comes out”, *Law & Social Inquiry*, 36, nº 2 (2011), pp. 537-559,

Y en cuarto, que al hablar de “contrahistoria queer del derecho español” se ha querido, más allá de usar un término discutido y provocador, insistir en que hay una historia conscientemente oculta más allá de los marcos jurídico-sexuales impuestos en el pasado: la de todas aquellas personas que tradicionalmente excluidas de los mismos por su orientación sexual o el género adoptado (o no), merecen ser recuperadas como sujetos históricos más allá de la historia oficial. Al hacerlo, no sólo se da voz a aquellos colectivos sexuales que fueron oprimidos (como si se tratase de un ejercicio imposible de justicia histórica restaurativa), sino que también se levanta el velo de lo oculto por la hipocresía de todos los sistemas jurídicos que, pretendiendo simplificar al máximo la diversidad sexual humana, en realidad, nunca pudieron hacerlo⁷. No se trata, obviamente, de una labor sencilla: por un parte, porque hacer una contrahistoria queer del derecho español supone introducir en los tradicionales esquemas de la historia jurídica un nuevo aparato conceptual que puede resultar extraño (vinculado a la teoría queer). Por otro, porque al adentrarse en el estudio de lo excluido sexualmente por el sistema jurídico, exige ir más allá de lo sexualmente normativizado (premiado o castigado) a lo también omitido (tolerado sin ser juridificado), pues si el derecho traduce una imagen irreal (artificial) de la sexualidad humana (muy marcada en derecho español por el cristianismo) es evidente que no sólo reprende lo queer, sino que también permite su existencia en determinados niveles políticos y sociales⁸.

El amplio campo de lo “queer” en el derecho español del Antiguo Régimen

Centro y periferia son conceptos que suelen usarse desde un punto de vista geográfico. Sin embargo, aplicados a quienes se ven sometidos a un determinado ordenamiento jurídico, pueden también ser útiles para comprender el lugar que ocupan dentro del mismo. El centro, lo ocuparía el núcleo del sistema jurídico (la estructura social, económica, política, ideológica y sexual que defiende) y a él estarían próximos quienes

en el que destaca el reciente interés de la historia jurídica sobre la sexualidad y lo queer. Por supuesto, esto no quiere decir que no existan ya interesantes estudios en nuestro país de historia jurídica sobre género y sexualidad, simplemente que no existe un posicionamiento claro a la hora de enfocarlos desde una perspectiva queer. Así, hace ya años, Francisco TOMÁS Y VALIENTE escribió un interesante estudio sobre “El crimen y pecado contra natura”, *Orientaciones*, 1 (2000), pp. 105-128; y más recientemente (por poner sólo algunos ejemplos) encontramos investigaciones como las de Miguel Ángel CHAMOCHO CANTUDO: “Sexualidad delictiva. Entre el Derecho y la Medicina Forense”, en Javier ALVARADO PLANAS (coord.): *Estudios sobre Historia de la Intolerancia*, Madrid, Ed. Sanz y Torres, 2011, pp. 542 - 562. 2011; y “Reflexiones históricas sobre las repercusiones jurídicas de las conductas homosexuales: de la sodomía a la psicopatía sexual”, en Rosalía RODRÍGUEZ LÓPEZ y María José BRAVO BOSCH (eds.): *Experiencias jurídicas e identidades femeninas*, Dykinson, 2012, pp. 117 – 137) o Isabel RAMOS VÁZQUEZ: “La vigilancia de la moral sexual en la Castilla del siglo XVIII”, *Revista de la Historia de la Inquisición. Intolerancia y Derechos Humanos*, vol.23 (2019), pp.153-180.

⁷ El uso del término “contrahistoria” es esencial en estudios como los de Paul B. PRECIADO: “Teoría Queer: Notas para una política de lo anormal o contra-historia de la sexualidad”, *Observaciones filosóficas*, 15 (2012); José Wilson MÁRQUEZ ESTRADA: “Michel Foucault y la Contra-Historia”, *Historia y Memoria*, 8 (2014), pp. 211-243; o Gabriel ROCKHILL: “Hacia una contrahistoria del presente”, *Estudios Curatoriales*, 12, (2021).

⁸ Por supuesto ello supone también un reto en relación con las fuentes de análisis: no sólo una interpretación de la ley “a contrario sensu” (buscando la realidad no castigada u omitida por la norma), sino un mayor interés por las fuentes jurídicas de aplicación (especialmente las sentencias) y por otras fuentes de conocimiento no jurídicas, como la prensa o la literatura.

coinciden en su forma de entender la realidad con lo previsto jurídicamente. La periferia, por todos aquellos comportamientos que se alejan de ese “deber ser” normativo. Cuanto más cerca se está del centro, mayor protección y privilegios son otorgados, cuanto más lejos, aumenta la exclusión y el desamparo.

La periferia es muy diversa. Especialmente en los sistemas jurídicos autoritarios y en exceso uniformadores, como el del Antiguo Régimen en España, ésta la integran muchos disidentes voluntarios o involuntarios del mismo, que pueden serlo por su discrepancia política (por ejemplo los liberales una vez se enfrentan a él), pero también por razones étnicas, culturales o religiosas (gitanos, indígenas, negros africanos, judíos, protestantes, moriscos,...), sociales (estado llano, vagos, vagabundos, prostitutas,...) y por supuesto sexuales y de género (mujeres, homosexuales, bisexuales o transexuales).

En Historia del Derecho Español moderno y gran parte del contemporáneo (en tanto que aquel se mantuvo durante mucho tiempo), la última de las periferias señaladas era muy amplia; tan amplia, podría decirse, como estrecha lo era su visión acerca de lo que era válido o permitido en relación con el sexo: una visión radicalmente cisgénero del ser humano que diferenciaba de forma taxativa los roles masculino y femenino (binarismo de género), atribuyendo una clara superioridad al varón frente a la mujer; y la idea de que las únicas relaciones sexuales permitidas eran las heterosexuales, dirigidas además de forma exclusiva a la procreación. Dos limitaciones de diferente tradición cultural cuyos antecedentes conviene aclarar.

La primera, la del binarismo de género radical, se vincula claramente al patriarcado, es decir, al convencimiento de que el hombre es superior a la mujer, y su origen es indeterminado. Derivado de lo que Marvin Harris denominó “complejo de supremacía masculina”, se encuentra tan presente en las sociedades humanas desde su origen, que más que discutirse su presencia en ellas, la cuestión parece más bien la de dilucidar la graduación con que se manifiesta en cada caso⁹.

Las grandes civilizaciones europeas de la Antigüedad eran, de hecho, fuertemente patriarcales: en la Grecia clásica, el varón era el claro protagonista de la vida pública, mientras que la mujer quedaba reducida, salvo excepciones (no generalmente positivas: brujas, prostitutas...), al ámbito de lo doméstico. En Roma, la situación era similar: convertido el “pater familias” en la autoridad central, la mujer quedaba, al menos teóricamente, sometida a él, y el derecho romano blindaba la superioridad jurídica del varón en muchos otros ámbitos.

Esta sociedad patriarcal conllevaba lógicamente una clara división cultural en dos géneros: el masculino, considerado superior y al que se atribuían los valores de agresividad, fuerza, gobierno, valentía o sabiduría, y el femenino, caracterizado por la dependencia, el recato, la honestidad, el cuidado (maternal) y la indefensión. Una dicotomía que consolidaba una sociedad cisgénero, en la cual la transgresión de lo que se atribuía a cada sexo (lo transgénero, lo no binario) se consideraba altamente peligroso. Ciertamente hay algunas excepciones: en ocasiones las mujeres adoptaban ciertos comportamientos atribuidos a los hombres (mujeres guerreras, fuertes, luchadoras) y en tanto que adoptaban caracteres atribuidos a “lo masculino”, positivos por tanto, se admitían, aunque de forma inusual. Sin embargo, lo mismo no ocurría a la inversa: el hombre afeminado, aquel que imitaba los comportamientos atribuidos a la mujer, era sólo

⁹ Marvin HARRIS: *Antropología Cultural*, Madrid, Alianza Ed., 1990, p. 518.

objeto de desprecio y burla, en tanto que con ello se separa del rol dominante de su sexo dentro de la sociedad.

Dentro de ese marco binario y cisgénero, sin embargo, el comportamiento sexual era bastante abierto, al menos si tenemos en cuenta la cierta normalidad con la que su mitología trataba una gran variedad de relaciones no sólo heterosexuales, sino que también homosexuales (también el bestialismo y la violencia sexual). Ciertamente, esa libertad era esencialmente masculina, como correspondía a una sociedad patriarcal. La existencia, como se dijo, de un marcado binarismo de género daba diversa valoración social a esos comportamientos según se tratase de hombres o mujeres. Incluso dentro de los hombres, valorando de forma positiva, dentro de las relaciones homosexuales, al activo -como masculino-, pero no al pasivo -como femenino-. Una libertad sexual que además se veía favorecida para los amos con la generalización de la esclavitud, pues no puede olvidarse que el aspecto sexual estuvo a veces muy presente en la adquisición de no pocos esclavos y esclavas, especialmente en los momentos en que sufrieron mayor cosificación¹⁰.

Esta tolerancia sexual sufrió, sin embargo, una transformación radical a partir de la conversión al cristianismo de Roma, pues el judaísmo del que éste deriva, además de traducir una sociedad patriarcal y de claro binarismo, como la de Grecia o Roma, sumaba además un código sexual y de género de tipo religioso mucho más riguroso.

La Biblia, como texto sagrado, pero también como código moral y jurídico (el “dios legislador”) es enormemente dura en términos sexuales, prohibiendo comportamientos que hasta entonces no se consideraban relevantes, desde cualquier relación sexual no destinada a la reproducción (el “coitus interruptus” que practica Onán -Génesis 38-, o la homosexualidad masculina -Levítico 18:22; Génesis 19:5-), a cualquier relación sexual fuera del matrimonio. También un blindaje en relación con las diferencias de género, pues, como se indica también en este libro sagrado: “No llevará la mujer vestidos de hombre, ni el hombre vestidos de mujer, porque el que tal hace es abominación a Yavé, tu Dios” (Deuteronomio 22:5).

El cambio del marco moral en relación con el sexo tuvo una traducción inmediata en el derecho, no sólo en el romano, sino en todos los sistemas jurídicos posteriores que, como los de la Península Ibérica, tuvieron como referentes inmediatos tanto al derecho romano (patriarcal, de binarismo de género) como a los mandatos del dios legislador cristiano (reduciendo los comportamientos sexuales a un fin meramente reproductivo)¹¹.

¹⁰ Sobre la homosexualidad en la Antigüedad (especialmente en Roma) pueden verse: María MARTIN SÁNCHEZ: “Aproximación histórica al tratamiento jurídico y social dado a la homosexualidad en Europa”, *Estudios constitucionales* [online], 9, nº. 1 (2011), pp. 245-276; Elisa MUÑOZ CATALÁN: “La impotencia generandi en el matrimonio romano homosexual”, *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 16, nº 2 (2013), pp. 211-230 (en el que se explica la diferencia entre el ‘vir’ y el ‘molles’ o afeminado); y los clásico estudios de John BOSWELL (sobre Antigüedad y Medioevo): *Cristianismo, tolerancia social y homosexualidad: los gays en Europa occidental desde el comienzo de la era cristiana hasta el siglo XIV*, Barcelona, Muchnik, 1993 y *Las bodas de la semejanza: uniones entre personas del mismo sexo en la Europa premoderna*, Barcelona, Muchnik, 1996.

¹¹ Según MUÑOZ CATALÁN en “La impotencia generandi...”, la prohibición de la homosexualidad en Roma se produjo a partir del año 342, cuando “los emperadores Constancio y Constante, a través de una Constitución en Milán, condenaron no sólo la homosexualidad pasiva, sino además a aquellos homosexuales que pretendían casarse con una mujer. (...) De igual modo, el 6 de agosto del año 390 d.C. Valentiniano, Arcadio y Teodosio, en una Constitución (...) castigaron el ejercicio

De este modo, en el *Liber Iudiciorum* visigodo (ley 4, Tit V, Libro 3) al tratarse del “orden conyugal”, se trata del incesto y del adulterio, pero también de la homosexualidad masculina (“sodomía”), condenando a “los que buscan yacer con hombres y los que lo aceptaren por propia voluntad” a ser castrados. Y la propia Iglesia Católica se encargará de afianzarlo con la conocida bula *Summis desiderantes affectibus* de 1484 (Inocencio VIII) que, a pesar de dirigirse a perseguir la brujería, contine veladas referencias a condenar toda sexualidad que vaya más allá de lo previsto legalmente¹².

No es extraño que con estos precedentes los diferentes derechos cristianos que se van configurando en el medievo y que luego se mantienen tras la creación del Estado Moderno español mantengan unos mismos criterios: sexo matrimonial limitado a la procreación, y “demonización” de todo cuanto se saliera de ese esquema.

En el libro XII de la *Novísima Recopilación* de 1805, que recoge el derecho penal castellano tradicional medieval y moderno, pero que se encuentra vigente durante la mayor parte de la primera mitad del siglo XIX, se sigue recogiendo este encorsetado esquema¹³, el cual se traduce en lo que, a principios de esa centuria, catalogó el jurista José Marcos Gutiérrez, de “delitos de incontinencia o deshonestidad”. “Para mejorar las costumbres de una nación, o conservarlas en el mejor estado posible”-escribía este autor –“deben las leyes establecer las penas más adecuadas y oportunas (...) contra los que no gocen en términos lícitos y permitidos de los placeres sensuales, puesto que su abuso origina muchos males y escándalos en la sociedad, y grandes y frecuentes disturbios en las familias”. Y es que, “los incontinentes, bien mueren de debilidad en su más florida juventud (...) por una enfermedad vergonzosa (...) bien comunican o traspasan las venenosas semillas de aquella a su desgraciada posteridad”; añadiendo que “un hombre dominado de la pasión de la lascivia, está tan lejos de atender al cumplimiento de sus deberes, que la voz de la patria, de la sangre, de la amistad y de la caridad es desatendida, cuando los derechos de éstas no pueden conciliarse con los atractivos de los sórdidos deleites”¹⁴.

de estas relaciones con la muerte por llamas. Sin embargo, se plantea la duda de entre quiénes podían ser castigados por esta pena, pudiéndose tratar de los homosexuales activos, los pasivos o semi-vir, los que empleaban a muchachos y hombres en la prostitución homosexual, o, por último, los que hoy conocemos como travestidos” (pp. 224-225). Rigor que se mantiene en el Código de Teodosio y en el derecho justinianeo.

¹² La vinculación entre herejía y comportamientos sexuales disidentes es fácilmente deducible en esta bula, que se dicta para que los inquisidores persigan a “personas de uno y otro sexo” que “despreocupadas de su salvación y apartadas de la Fe Católica, se abandonaron a demonios, íncubos y súcubos, y con sus encantamientos (...) han matado niños que estaban aún en el útero materno (...)” y provocado enfermedades que “impiden a los hombres realizar el acto sexual y a las mujeres concebir”. Personas, indica, que “no se resguardan de cometer y perpetrar las más espantosas abominaciones y los más asquerosos excesos, con peligro moral para su alma” (https://es.wikisource.org/wiki/Summis_desiderantes_affectibus)

¹³ El delito de sodomía se regula en la *Novísima* en el Título XXX del Libro XII, junto al bestialismo (“De la sodomía, y bestialidad”) en dos leyes: una dada por los Reyes Católicos el 22 de agosto de 1497 (ley 1, título XXX, Libro XII) por el que se castigaba en la hoguera a los culpables de “delito nefando”, “crimen cometido contra el orden natural” o “delito nefando contra naturam”; y otra dada en Madrid en 1598 por Felipe II (ley 2, título 30, libro 12) sobre prueba testifical en relación con este delito.

¹⁴ José Marcos GUTIÉRREZ: *Práctica criminal de España*, tomo III, Madrid, Oficina de don Benito García y Compañía, 1806, pp. 161 y 162, <https://archive.org/details/prcticacriminal00madgoog/page/n170/mode/2up>

Pero dentro de los tipos delictivos, se establece un diferente rigor entre los que castigan comportamientos heterosexuales, considerados desviados pero que llevan a la procreación (“el amancebamiento o concubinato” -de laicos y de eclesiásticos-, “la prostitución” -incluyendo “la alcahuetería o rufianería”, “el estupro simple”, “el rapto”, “el incesto”, “el adulterio”, o “la poligamia”) castigados en general con penas pecuniarias; y los comportamientos que no están dirigidos a la procreación, como la “sodomía”, que es considerado “aún más horrenda” que los anteriores: “un crimen sumamente contrario a la naturaleza que ha impelido a los dos sexos de un modo irresistible a su unión (...); de un crimen tan fatal para la población, que la aniquilaría si fuera posible ser general, por hacer de uno solo dos sexos, y ofrecer a los hombres el medio de no necesitar, y tan vez de aborrecer el grato consorcio de las mujeres”. Un delito que sigue vinculándose especialmente a los hombres, pues como indica Gutiérrez, si este delito “es el concubito de hombre con hombre, de mujer con mujer, o de hombre con mujer sirviéndose de vaso no destinado para la generación (...) sin embargo nuestras leyes no deben de entender por sodomía sino el primero, puesto que siempre que hablan de ella solo hacen mención de los hombres”. Un delito que seguía castigándose con “la pena capital de fuego”, aunque la práctica de los tribunales lo había suavizado “para que no mueran desesperados en las llamas” aplicando a sus culpables primero el “garrote”¹⁵.

Pero la persecución de la homosexualidad masculina y este código moral sexual estricto no es el único elemento heredado de antiguo. También lo sigue siendo el inferior estatus jurídico de la mujer, que seguía arrinconada jurídicamente frente al varón, incluso cara al delito. El apuntalamiento de una sociedad cisgénero, por eso, sigue además basándose en una gran diferenciación de roles. Aunque no sea fácil encontrar disposiciones jurídicas de género claras, es evidente que la transexualidad o simplemente la ruptura de género, podía suponer un método indiciario para el castigo de otro tipo de delitos. Así, por ejemplo, que un hombre se pusiese traje de mujer, salvo cuando tenía un carácter meramente burlesco, como ocurre en la literatura cómica de la época, podía ser indicio de sodomía. De este modo, cuando a principios del siglo XVI el conquistador Vasco Núñez de Balboa encuentra un grupo de indígenas en tierras americanas “que andaban vestidos en habito de mujeres (...) juzgando que del pecado nefando eran inficionados, los mandó (...) echar a los perros, que en un Credo los despedazaron”¹⁶. Mientras que los comportamientos sexuales

¹⁵ Los entrecomillados provienen de José Marcos GUTIÉRREZ: *Práctica criminal...*, pp. 189-190 y 190-191. La vinculación de la sodomía con la homosexualidad masculina, así como el rigor de su castigo, se encuentra relacionada con su doble naturaleza de comportamiento sexual no dirigido a la reproducción, pero también en su dimensión subversiva del rol masculino (pasividad, receptibilidad). Por eso se insiste en centrarla exclusivamente en los varones, aunque ya en la época se definiera de forma más amplia. En cuanto al origen etimológico del término sodomía según el *Breve diccionario etimológico de la lengua castellana* (Joan Corominas, Madrid, Gredos, 1983) proviene del latín “sodomita” (habitante de Sodoma), y su uso en castellano se referencia por vez primera en 1490 con el significado del vicio “que se acusaba a los pobladores de esta ciudad bíblica”. Pero en el *Diccionario de Covarrubias* (siglo XVII), considerado el primero de la lengua castellana, no aparece ni el término “sodomía”, ni “delito nefando”, ni “contra natura”. En la primera edición del Diccionario de la RAE (1780) se define, sin embargo, la sodomía como: “Concubito entre personas de un mismo sexo, o en vaso indebido” (que se mantiene en 1817), mientras en 1884 se añade: “Concubito entre personas de un mismo sexo, o contra el orden natural”, algo que se mantiene en 1925 y 1992. Pese a todo, la identificación con la homosexualidad masculina fue constante.

¹⁶ Antonio de HERRERA: *Historia General de los hechos de los castellanos en las islas y tierra firme del mar océano*, Madrid, Real Imprenta, 1730, p. 263. Este relato del principal cronista de la

femeninos, poco recatados (por tanto, contrarios al rol pasivo que se atribuía a las mujeres) o de atributos masculinos (por ejemplo, tener barba), podían ser indicio de prostitución, adulterio o brujería¹⁷.

Durante buena parte de los siglos XIX y XX parte de esta situación se mantuvo. Aunque ciertamente el derecho fue evolucionando a favor de esquemas cada vez más amplios a la hora de entender la sexualidad y el género (por los motivos que más tarde se mencionarán al hablar de la “revolución queer”), una cultura cisgénero radical se ha mantenido incólume durante mucho tiempo, incluso por debajo de los grandes cambios normativos: el machismo latente (incluyendo los micromachismos), una visión patriarcal de las relaciones sexuales (que sigue valorando de diversa forma el comportamiento masculino y femenino), una tendencia a “patologizar” lo que no encaja en lo tradicional binario, una identificación de lo transexual con el crimen (vinculándose casi exclusivamente a la prostitución) o la destacada “plumofobia” en el ámbito de la homosexualidad masculina (incluso dentro de algún colectivo gay), son algunos ejemplos de ello¹⁸.

La supervivencia de lo queer en ese marco jurídico estigmatizador

Menos estudiado que el tema del castigo, de la exclusión de lo queer en el derecho del Antiguo Régimen, está el tema de cómo lo queer, logró, pese a todo, existir en el mismo.

conquista americana, no es, sin embargo, el único que traduce la homofobia, sumada a una evidente ‘plumofobia’. Un cronista anterior, el capitán Gonzalo FERNÁNDEZ DE OVIEDO Y VALDÉS, en su *Historia General y Natural de las Indias, islas y tierra-firme del Mar Océano* (cuya edición hecha en la Imprenta de la Real academia de la Historia de 1853 consulto) ya hace gala de ambas, cuando afirma que entre los indios hay “sodomitas abominables (...) (que) tienen muchachos con quien usan aquel nefando delito, e tráenlos con naguas o en hábito de mujeres: e sírvense de los tales en todas las cosas y ejercicios que hacen las mujeres, así en hilar como en barrer la casa y en todo lo demás”, asombrándose de que “no son despreciados ni maltratados por ello, e llámase (...) camayoa”, es decir, que se les consideraba distintos a hombres y mujeres (p. 134). O como cuando afirma que “hay sodomitas entre ellos, e algunos tan abominables que tienen otro hombre por mujer públicamente, a los tales (...) afeminados no entienden en cosa alguna de los hombres, sino en todos los ejercicios que se ocupan las mujeres” (p. 617).

¹⁷ Por ejemplo, las brujas se imaginaban en el ideario colectivo no sólo como “feas” y “viejas” (dos notas que de por sí suponen una reducción sexual de la mujer a lo bello y lo joven), sino que además como “barbudas” (Manuel FERNÁNDEZ ÁLVAREZ: *Casadas, monjas, rameras y brujas*, Madrid, Espasa, 2005, p. 364). Las connotaciones sexuales de las brujas van mucho más lejos, sin embargo, de esta caricatura. A las brujas suele atribuírseles, pese a su fealdad, un apetito voraz sexual que resulta especialmente inquietante en la época, pues “no teniendo un derecho legítimo a una vida sexual porque ya no podían tener hijos y a veces eran viudas, (...) experimentadas y todavía con deseos carnales, se veían como figuras inmorales y peligrosas para el orden social” (Mona CHOLLET: *Brujas. ¿Estigma o la fuerza invencible de las mujeres?*, Penguin Random ed., Barcelona, 2019).

¹⁸ En estas páginas no se puede entrar a tocar toda esta evolución de forma detallada, ni tan siquiera a efectos de estudiar esos patrones de pensamiento conservador, pero en relación con el último mencionado puede destacarse el rechazo al “afeminamiento” en los tiempos contemporáneos, tanto en ambientes tradicionales, como presuntamente progresistas (véase Francisco LEIRA CASTIÑEIRA: “Maricas y afeminados. La masculinidad del primer tercio del siglo XX”, en su libro *Los nadie de la Guerra de España*, Akal, 2022). Pueden destacarse además los esfuerzos de Franco por masculinizar su voz aflautada (<https://www.abc.es/historia/medico-intento-quitar-voz-pito-franco-aplique-20230520235831-nt.html>).

Con ello se entra en un terreno especialmente complejo desde el punto de vista histórico-jurídico: por una parte, porque se trata en él no tanto de estudiar las normas, sino el grado de eficacia que estas tuvieron, es decir, no tanto el esquema axiológico-formal del sistema (tan riguroso en este caso), sino sus fisuras, sus válvulas de escape, la hipocresía que, en definitiva, le permitía mantenerse. Por otra parte, porque nos movemos al hacerlo muchas veces en el terreno de los comportamientos sociales ocultos, de las subculturas de las minorías sexuales, para cuya investigación las tradicionales fuentes del derecho no son válidas o han de reinterpretarse desde una óptica diferente.

Entre las técnicas de flexibilización del propio sistema se encuentran las siguientes:

En primer lugar, el estatus socio-jurídico de las personas. Es evidente que en una sociedad estamental no se valora por igual (ni por los mismos medios) a los posibles infractores del orden sexual, afectando (pese a lo que indican las normas) más a las personas ya marginadas socialmente que a quienes ostentan cierto poder. Por eso, incluso entre las mujeres (o con más motivo entre ellas por su inferior consideración jurídica) esto debió percibirse especialmente, pues “hay dos varas de medir (...) distintas: frente a las damas encumbradas (las grandes señoras de la Corte), las mujeres sencillas de la vida corriente. Frente a la rendida admiración, el brutal desprecio”¹⁹.

En segundo, otras circunstancias particulares a cada caso, que a veces llevan a valorar como positivas (o al menos como no tan malas) realidades y comportamientos que, en principio, debían resultar incómodos por atentar contra algunos aspectos patriarcales, cisgénero o heteronormativos, como la extraña aceptación que se tiene de Catalina de Erauso (más conocida como la Monja Alférez), un caso claro de transexualidad, al valorarse en ella (aparte de un estatus social y religioso privilegiado) características heroicas consideradas típicamente masculinas; o cuando se castiga de forma atenuada a Elena Céspedes, probable caso de intersexualidad, por la Inquisición, a ser “azotada públicamente y a la pena de diez años de reclusión en un hospital”, pese a haberse hecho pasar por hombre y casarse con una mujer²⁰.

¹⁹ Manuel FERNÁNDEZ ÁLVAREZ: *Casadas, monjas, ramerar...*, p. 91. Al respecto puede ser interesante también la lectura del Marqués de Sade, en cuya obra, con el carácter provocador que le corresponde, hace una crítica acerca de cómo el estatus social privilegiado (nobles, clero) favorece la plena libertad sexual (aunque sea violenta y antisocial). Véase al respecto Emilio LECUONA PRATS: “Juliette y la subversión del orden jurídico en el marqués de Sade”, en Quesada Sánchez, A. J. (dir.), *El derecho desde otra óptica: la cultura como cristal con que se mira*, A Coruña, Colex, 2023, pp. 215-248.

²⁰ Este caso, citado por FERNÁNDEZ ÁLVAREZ (*Casadas, monjas, ramerar...*, pp. 373-375) trata de una liberta que, haciéndose pasar por hombre tras enviudar, ejerce de cirujano y llega a casarse con una mujer. Lo curioso del caso, es que, examinada inicialmente por los médicos, éstos concluyeron que era un hombre, para luego desdecirse alegando haber sido hechizados para cometer tal error. Véase también Sandra FERRER VALERO: “Elena de Céspedes: una transexual en la España de Felipe II”, *Clío: Revista de historia*, 238 (2021), pp. 38-41. Otros casos fueron castigados con mayor dureza, como el de Margarida Borrás, ajusticiada por la Inquisición en el siglo XVI, lo que la ha convertido en un referente contra la transfobia en la actualidad (<https://www.valencia.es/es/-/valencia-rendira-homenaje-a-margarida-borras-con-una-placa-que-recordara-su-cruel-ejecucion-en-1460-por-ser-transexual->). Acerca de esta cierta tolerancia en relación con los roles de género en el Antiguo Régimen véase también María Jesús ZAMORA CALVO: “‘In virum mutata est’. Transexualidad en la Europa de los siglos XVI y XVII”, *Bulletin hispanique*, 110, nº 2 (2008), pp. 431-447, que afirma que “en los Siglos de Oro el sexo biológico no marca de manera definitiva el comportamiento social del individuo, es decir, el rol de varón o de hembra no descansa en diferencias biológicas sino en el papel de género”.

Y, en tercero, la hipocresía y la habilidad social de los excluidos como “queer”, que juega también a favor de la flexibilización del sistema, tolerando, por mucho que indicara el derecho lo contrario, los actos que no fueran notorios. En este sentido, la configuración de ámbitos en los que los homosexuales podían moverse con mayor cautela (ambientes artísticos e intelectuales o la vida monástica), las camarillas o lobbies, o la creación de submundos, funcionaron como válvulas de escape que permitieron su subsistencia en un ambiente hostil²¹.

Revolución queer y revolución liberal

Denomino Revolución queer al proceso de cambio radical que se opera en relación con el sexo y el género especialmente a raíz del conocido como movimiento de liberación sexual (o Revolución Sexual) en las cuatro últimas décadas del siglo XX y que se ha hecho más visible en el siglo XXI de la mano de la teoría queer, mediante el cual no sólo se normalizan diversos comportamientos sexuales (homosexualidad, bisexualidad) y de género (transexualidad, no binarismo) previamente castigados, sino que se defiende una completa superación de la antigua sociedad patriarcal, cisgénero y heteronormativa.

Como radical proceso de cambio, esta revolución, sin embargo, ha de ser precisada en varios sentidos: primero, señalando que se trata de una revolución en proceso de desarrollo (sometida, por tanto, a momentos de evolución e involución); segundo, a que, como ocurre con otras grandes revoluciones políticas está lejos de ser uniforme; y tercero, que pese a hacerse visible recientemente, hunde sus raíces en los comienzos de la Edad Contemporánea, cuando a partir de la maduración de las ideas (consideradas a posteriori liberales) de libertad, igualdad y dignidad natural de todos los seres humanos se colocaron las bases para hacer tambalear la estructura ideológica del Antiguo Régimen también desde el punto de vista sexual y de género.

El desarrollo de un profeminismo a finales del siglo XVIII es el mejor ejemplo de ello. Cuando Olympe de Gouges o Mary Wollstonecraft defienden la igualdad jurídica de hombres y mujeres siguiendo las mismas premisas liberales que habían llevado a la afirmación de igualdad entre los varones, no sólo realizan un mero ejercicio de lógica -si los hombres son iguales por naturaleza también lo serán las mujeres-, realizan quizá de

Sobre las “Mujeres en hábito de hombres” en esta época resulta también de interés Antonio CALVO MATURANA: *Impostores. Sombras en la España de las Luces*, Cátedra, 2015.

²¹ La tolerancia con lo “queer” era por supuesto menor que la que existía con otro tipo de comportamientos sexuales considerados también inadecuados en la época (comportamientos heterosexuales no dirigidos a la procreación o ejecutados fuera del matrimonio), pues en este caso la cultura patriarcal se mostraba especialmente tolerante con los hombres que incurrían en él, incluso aunque tuviesen voto de castidad como los sacerdotes. La misma Teresa de Jesús, por ejemplo, compadece a un clérigo que mantenía relaciones con una mujer, alegando que ésta lo tenía hechizado con un ídolo, es decir, acusándola a ella de culpable y a él de mera víctima (FERNÁNDEZ ÁLVAREZ: *Casadas, monjas, ramerás...*, pp. 352 y 353, citando el *Libro de la Vida* de esta autora); y el ordenamiento jurídico mostraba raseros muy distintos a la hora de valorar las actuaciones heterosexuales inadecuadas según las realizasen hombres (que como miembros “activos” y “viriles” de la sociedad “necesitaban” de este tipo de desfogue) o mujeres (que como madres, debían mantener una mayor honestidad). Así se tipifica de forma diferente el delito de adulterio (cometido por la esposa y gravemente castigado por el ordenamiento jurídico) y el de amancebamiento (propio del esposo y que sólo resultaba delito en ocasiones); o se castiga (o persigue) a prostitutas y barraganas sin alcanzar a sus parejas sexuales.

forma inconsciente un primer embate contra los pilares patriarcales de la sociedad tradicional.

Los logros del feminismo, muy lentos a lo largo del siglo XIX, mucho más rápidos a lo largo de los siglos XX y XXI, prepararon en todo el caso el terreno para cambios aún mayores en relación con el género y los comportamientos sexuales, pues el desmantelamiento patriarcal que supuso negar la superioridad del hombre sobre la mujer, tambaleó también el rigor del binarismo sexual.

Por otra parte, la progresiva laicización de la sociedad, producto tanto de la Ilustración, como de los grandes “-ismos” del pensamiento contemporáneo (liberalismo, socialismo, anarquismo, fascismo) y el desarrollo científico que se acrecienta especialmente en el ámbito de la biología, las ciencias sociales y la psicología, se colocan también como elementos de base de la revolución queer: la homosexualidad, la transexualidad, la bisexualidad o la intersexualidad, pasan de forma progresiva de ser pecados o delitos (como en el Antiguo Régimen), a ser, primero enfermedades (en un intento de humanización muy lastrada aún por los prejuicios tradicionales) para finalmente, sobre todo a partir de la teoría queer, reivindicarse como estados de normalidad en sociedades “enfermas”²².

Hay muchos paralelismos entre revolución queer y revolución liberal. Por mucho que desde un planteamiento posmoderno esto pueda horrorizar, ambas revoluciones se sostienen en una idea muy similar de la libertad individual: si para el liberalismo el mejor sistema político-social es aquel que reconoce el máximo las libertades individuales (y las blindas a través de la idea de los derechos humanos), para la revolución queer cada individuo es libre frente a las construcciones culturales que sobre género y sexualidad se configuraron en un sistema de tipo patriarcal. Por eso, puede afirmarse que, pese a sus notas diferenciales (que obviamente también las hay), es evidente que hay una cierta línea evolutiva que lleva desde una a otra, pues la revolución queer no deja de derivar de sistemas liberales que, por conservadores que fueran, al tolerar un cierto marco de libertad de pensamiento y expresión, permitieron que se desarrollaran (al igual que otras filosofías posmodernas)²³.

No es el único punto en común entre ambas revoluciones. La revolución queer como la liberal (y en general como cualquier revolución política) supone también una radical transformación de la realidad jurídica, pues el derecho es, al fin y al cabo, el elemento que apuntala cualquier cambio social. Es aquí, de hecho, donde creo que la historia jurídica juega un papel especialmente relevante en la investigación del pasado de lo queer, sugiriendo que al igual que se ha hecho con la revolución liberal (cuya dimensión jurídica ha sido analizada muchas veces por los historiadores del derecho), se haga lo mismo con la revolución queer.

El estudio de la historia jurídica de esta revolución no es, por supuesto sencilla. Al igual que ocurre con la liberal, se trata de una historia pendular, de avances y retrocesos, de

²² La patologización es muy evidente a lo largo del siglo XIX y gran parte del XX por el desarrollo de una “ciencia” lastrada por sesgos homofóbicos y prejuicios morales. Así, por ejemplo, en la *Enciclopedia Espasa Calpe* de principios del siglo XX en la voz “uranismo” se distingue entre “inversión-perversidad” (que se considera un “vicio”) e “inversión-perversión” (que se considera una “enfermedad”), entendiéndose que sólo la segunda es realmente la homosexualidad y que en ella “sea como quiera, las diversiones, gustos y ocupaciones no son las del sexo propio, sino las del opuesto”.

²³ Véase LECUONA PRATS: “Precipitación en cascada...”, pp. 326 y ss.

enfrentamiento constante con la contrarrevolución, pero sin duda es esencial para comprender nuestra historia y nuestro presente, aún más teniendo en cuenta, como se dijo, que se trata aún de una revolución inconclusa²⁴.

²⁴ Un ejemplo del carácter pendular se produce en historia del derecho español en el tránsito de la II República al régimen dictatorial de Franco (de revolución a involución), pues si en la primera se consiguen logros como la igualdad jurídica de la mujer o la despenalización de ciertos comportamientos sexuales (que pasan al ámbito exclusivo de lo privado), en el segundo, tanto una como otra realidad vuelven a su formulación tradicional. Esto queda especialmente claro en relación con la homosexualidad y la conocida ley de vagos y maleantes. Este texto, dictado en la II República el 4 de agosto de 1933 (*Gaceta de Madrid* 5-agosto-1933) prevé la adopción de medidas de seguridad predelictuales a personas declaradas “en estado peligroso”, sin haber entre ellas referencias sexuales demasiado explícitas (salvo al “proxenetismo”) y menos aún a la homosexualidad (<https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1933/217/A00874-00877.pdf>). Sin embargo, Franco la reformará (15 de julio de 1954; BOE 198, 17 de julio de 1954) para introducir en el apartado segundo del artículo segundo como peligrosos, al mismo nivel que a los “rufianes y proxenetas” a los “homosexuales”, estableciendo para ellos, en el artículo sexto las mismas “medidas, para que las cumplan todas sucesivamente”: “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” y “sumisión a la vigilancia de los Delegados” (<https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1954/198/A04862-04862.pdf>).