

monografías

ALTA CALIDAD EN
INVESTIGACIÓN
JURÍDICA



FRANCISCO JAVIER MATIA PORTILLA
ASCENSIÓN ELVIRA PERALES
ANTONIO ARROYO GIL
Directores

LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES DE PERSONAS LGTBI

**LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES DE PERSONAS LGTBI**

COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG
*Catedrática de Filosofía del Derecho de la
Universidad de Valencia*

ANA CAÑIZARES LASO
*Catedrática de Derecho Civil
de la Universidad de Málaga*

JORGE A. CERDIO HERRÁN
*Catedrático de Teoría y Filosofía de
Derecho. Instituto Tecnológico
Autónomo de México*

JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ
*Ministro en retiro de la Suprema Corte
de Justicia de la Nación y miembro de
El Colegio Nacional*

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT
*Presidente de la Corte Interamericana de
Derechos Humanos. Investigador del Instituto de
Investigaciones Jurídicas de la UNAM*

OWEN FISS
*Catedrático emérito de Teoría del Derecho de la
Universidad de Yale (EEUU)*

JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ
*Catedrático de Derecho Mercantil
de la UNED*

LUIS LÓPEZ GUERRA
*Catedrático de Derecho Constitucional de la
Universidad Carlos III de Madrid*

ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ
*Catedrático de Derecho Civil de la
Universidad de Sevilla*

MARTA LORENTE SARIÑENA
*Catedrática de Historia del Derecho de la
Universidad Autónoma de Madrid*

JAVIER DE LUCAS MARTÍN
*Catedrático de Filosofía del Derecho y Filosofía
Política de la Universidad de Valencia*

VÍCTOR MORENO CATENA
*Catedrático de Derecho Procesal
de la Universidad Carlos III de Madrid*

FRANCISCO MUÑOZ CONDE
*Catedrático de Derecho Penal
de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*

ANGELIKA NUSSBERGER
*Jueza del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
Catedrática de Derecho Internacional de la
Universidad de Colonia (Alemania)*

HÉCTOR OLASOLO ALONSO
*Catedrático de Derecho Internacional de la
Universidad del Rosario (Colombia) y
Presidente del Instituto Ibero-Americano de
La Haya (Holanda)*

LUCIANO PAREJO ALFONSO
*Catedrático de Derecho Administrativo de la
Universidad Carlos III de Madrid*

TOMÁS SALA FRANCO
*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social de la Universidad de Valencia*

IGNACIO SANCHO GARGALLO
*Magistrado de la Sala Primera (Civil) del
Tribunal Supremo de España*

TOMÁS S. VIVES ANTÓN
*Catedrático de Derecho Penal de la
Universidad de Valencia*

RUTH ZIMMERLING
*Catedrática de Ciencia Política de la
Universidad de Mainz (Alemania)*

Procedimiento de selección de originales, ver página web:

www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales

LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE PERSONAS LGTBI

FRANCISCO JAVIER MATIA PORTILLA
ASCENSIÓN ELVIRA PERALES
ANTONIO ARROYO GIL

Directores

Autores

Ignacio Álvarez Rodríguez
Antonio Arroyo Gil
Pilar Benavente Moreda
María Díaz Crego
José Díaz Lafuente
Anna Lorenzetti
Francisco Javier Matia Portilla
Miguel Ángel Presno Linera
Francisco M. Ruiz-Risueño Montoya



tirant lo blanch

Valencia, 2019

Copyright © 2019

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com.

© VV.AA.

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELFOS.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
www.tirant.com
Librería virtual: www.tirant.es
ISBN: 978-84-1313-910-4
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>

Índice

ABREVIATURAS	15
INTRODUCCIÓN	17

ESTUDIOS DE DERECHO INTERNACIONAL Y COMPARADO

LA ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS Y LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS LGTBI: NUEVOS AVANCES Y DESAFÍOS DE SIEMPRE	23
IGNACIO ÁLVAREZ RODRÍGUEZ	
1. INTRODUCCIÓN	23
2. LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS LGTBI EN GENERAL ...	24
2.1. Alcance	25
2.2. Avances y retrocesos	26
3. LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS LGTBI EN EL MARCO DE NACIONES UNIDAS	30
3.1. Mecanismos de protección basados en la Carta de Naciones Unidas	30
3.1.1. Introducción	30
3.1.2. El Consejo de Derechos Humanos y el Examen Periódico Universal	35
3.1.3. El Consejo de Derechos Humanos y el Experto Independiente sobre Orientación Sexual e Identidad de Género	36
3.2. Mecanismos de protección basados en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos	40
3.2.1. Comité de Derechos Humanos	40
3.2.2. Comité contra la Tortura	49
3.3. Otros mecanismos de protección	51
3.3.1. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos	51
3.3.2. Secretaría General	53
4. BALANCE DE URGENCIA	54
4.1. Balance general	54
4.2. Prospectiva de futuro	56
5. CONCLUSIONES	60
6. BIBLIOGRAFÍA CITADA	61

AVANCES EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS LGBTI EN LA UNIÓN EUROPEA.....	67
JOSÉ DÍAZ LAFUENTE	
1. CUESTIONES PRELIMINARES. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: ADN DE LA UNIÓN EUROPEA	67
2. ANÁLISIS DE LAS DINÁMICAS INSTITUCIONALES EN LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE IGUALDAD DE LAS PERSONAS LGBTI.....	72
3. ESTUDIO DE LOS PRINCIPALES AVANCES NORMATIVOS Y JURISPRUDENCIALES EN MATERIA DE IGUALDAD DE LAS PERSONAS LGBTI.....	77
3.1. La libre circulación de personas: motor para el progresivo reconocimiento del matrimonio igualitario en los Estados miembros.....	79
3.2. Los avances en la prohibición de la discriminación a las personas LGBTI en el ámbito sociolaboral a la luz de la Directiva 2000/78/EC de Igualdad de Trato en el Empleo y la Ocupación.....	82
3.2.1. La protección de las personas transgénero en el Derecho sociolaboral de la Unión Europea	83
3.2.2. El reconocimiento de la orientación sexual como motivo de discriminación en el Derecho sociolaboral de la UE	88
3.3. Análisis del progresivo reconocimiento de la protección internacional por motivos de orientación sexual e identidad de género en la UE.....	91
4. CONSIDERACIONES FINALES. RETOS PENDIENTES PARA LA IX LEGISLATURA DEL PARLAMENTO EUROPEO	96
5. BIBLIOGRAFÍA CITADA.....	98
LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS LGBT EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.....	101
FRANCISCO M. RUIZ-RISUEÑO MONTOYA	
1. INTRODUCCIÓN	101
2. LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS TRANSEXUALES.....	103
2.1. El derecho de las personas transexuales al reconocimiento de su nueva identidad sexual y al matrimonio. Sobre la posibilidad de someter el reconocimiento jurídico de la identidad de género de las personas transexuales a ciertas condiciones	103
2.2. Transexualidad y filiación	120

2.3. El derecho de las personas transexuales a no ser discriminadas en las relaciones paterno-filiales.....	121
3. LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS HOMOSEXUALES.....	122
3.1. El derecho a la libertad sexual.....	122
3.2. El derecho de las personas homosexuales a no ser discriminadas en las relaciones paterno-filiales.....	129
3.3. El matrimonio como límite a la equiparación en derechos entre las parejas homosexuales y heterosexuales.....	129
3.4. Parejas homosexuales y derecho al matrimonio	141
3.5. El derecho de las parejas homosexuales a la vida familiar. El derecho de las parejas homosexuales a su reconocimiento jurídico	143
3.6. El derecho de las personas homosexuales a adoptar.....	152
3.7. Parejas homosexuales y filiación	162
4. EL DERECHO DEL COLECTIVO LGBT A MANIFESTARSE....	163
5. EL DERECHO A NO SER AGREDIDO POR LA CONDICIÓN SEXUAL LGBT.....	173
6. LIBERTAD DE EXPRESIÓN SOBRE TEMAS LGBT	176
7. OBJECCIÓN DE CONCIENCIA CONTRA PERSONAS LGBT	183
8. LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DIGNIDAD DE LAS PERSONAS LGBT.....	185
LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS LGBTI DESDE LA PERSPECTIVA COMPARADA: ITALIA, FRANCIA, ALEMANIA.....	195
ANNA LORENZETTI	
1. INTRODUCCIÓN	195
2. EL RECONOCIMIENTO LEGAL DE LOS DERECHOS EN EL ÁMBITO FAMILIAR (UNIONES Y/O MATRIMONIOS) Y PARENTALIDAD	197
2.1. Las garantías de las parejas homosexuales, entre equiparación al matrimonio y “doble binario”	197
2.2. La parentalidad homosexual: entre el reconocimiento y el rechazo de un “hecho”	201
3. LAS GARANTÍAS ANTIDISCRIMINATORIAS POR RAZÓN DE ORIENTACIÓN SEXUAL EN EL ÁMBITO LABORAL Y EN EL CONTEXTO DEL MERCADO DE LOS SERVICIOS.....	208
3.1. El reconocimiento de las condiciones trans e intersex.....	213
3.2. La condición intersexual y la seguridad jurídica.....	226
4. LAS GARANTÍAS PENALES: HOMO-BI-TRANS-INTERFOBIA Y CRÍMENES DE ODIO.....	230
5. CONCLUSIONES	233

ESTUDIOS DE DERECHO ESPAÑOL

LOS DERECHOS DEL COLECTIVO HOMOSEXUAL EN ESPAÑA: DE LA DESPENALIZACIÓN DE LA HOMOSEXUALIDAD AL RESPECTO DE LA DIVERSIDAD AFECTIVO SEXUAL.....	237
MARÍA DÍAZ CREGO	
1. INTRODUCCIÓN	237
2. EL FIN DE UNA ETAPA: DE LA CRIMINALIZACIÓN DE LA HOMOSEXUALIDAD A LA PROTECCIÓN DEL COLECTIVO EN EL ÁMBITO PENAL Y LABORAL	242
2.1. La transformación del Derecho penal español: de la penaliza- ción de la homosexualidad a la introducción de tipos penales anti-discriminatorios.....	242
2.2. La tutela antidiscriminatoria en el ámbito laboral: primeros cambios impulsados desde la Unión Europea	246
3. DE LA LEY DEL MATRIMONIO IGUALITARIO A LA STC 198/2012 QUE DECLARÓ SU CONSTITUCIONALIDAD.....	250
3.1. La adopción de la Ley 13/2005: hacia la equiparación en de- rechos en el ámbito del Derecho de familia	250
3.2. La aplicación práctica de la Ley 13/2005: algunos problemas de Derecho transitorio	258
4. ALGUNOS AVANCES RECIENTES Y PERSPECTIVAS DE FU- TURO.....	268
5. CONCLUSIONES	272
6. BIBLIOGRAFÍA CITADA.....	274
EL DISCURSO DEL ODIOS CONTRA LAS MINORÍAS SEXUALES: RESPUESTAS PENALES Y ADMINISTRATIVAS	279
MIGUEL ÁNGEL PRESNO LINERA	
1. INTRODUCCIÓN: LA ORIENTACIÓN Y LA IDENTIDAD SE- XUALES COMO UNA FORMA DE LIBRE DESARROLLO PER- SONAL VINCULADA AL DERECHO A LA INTIMIDAD Y, EN SU CASO, A LA INTEGRIDAD FÍSICA Y MORAL	279
2. ¿DE QUÉ HABLAMOS, EN TÉRMINOS JURÍDICO-CONSTITU- CIONALES, CUANDO HABLAMOS DE DISCURSO DEL ODIO?.....	284
3. LA RESPUESTA PENAL FRENTE A LOS ATAQUES CONTRA LA ORIENTACIÓN E IDENTIDAD SEXUALES EN EL MARCO DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS	287
4. LA SITUACIÓN CRIMINOLÓGICA EN ESPAÑA DE LOS DE- LITOS DE ODIOS, CON ESPECIAL ATENCIÓN A LOS VINCU- LADOS A LA IDENTIDAD/ORIENTACIÓN SEXUAL	292

5. LA PROTECCIÓN PENAL FRENTE A LOS ATAQUES POR RAZÓN DE ORIENTACIÓN O IDENTIDAD SEXUALES	297
5.1. A través de la agravación de una conducta típica básica: el artículo 22.4 del Código penal.....	297
5.2. A través de la tipificación de “conductas de odio” por motivos de orientación e identidad sexuales: el artículo 510 del Código penal	301
6. LA PROTECCIÓN ADMINISTRATIVA FRENTE A LOS ATAQUES POR RAZÓN DE ORIENTACIÓN O IDENTIDAD SEXUALES	304
7. BIBLIOGRAFÍA CITADA.....	309
REGISTRO Y FILIACIÓN EN PAREJAS LGBT	313
PILAR BENAVENTE MOREDA	
1. INTRODUCCIÓN	313
2. FILIACIÓN E INSCRIPCIÓN DE LOS HIJOS DE MUJERES CASADAS O PAREJAS DE HECHO	315
2.1. Hijos de mujeres casadas. ¿Filiación matrimonial por naturaleza?.....	318
2.1.1. Diferentes vías de determinación de la filiación.....	318
2.1.1.1. Determinación legal de la doble filiación matrimonial materna derivada del uso de TRHA.....	318
2.1.1.2. Consecuencias de la ausencia de consentimiento conforme a las exigencias del art. 7.3 LTRHA. La posible atribución judicial de la filiación por posesión de estado ante un consentimiento incompleto o defectuoso	327
2.1.2. Sistema de Inscripción en el Registro Civil.....	328
2.2. Hijos de parejas de hecho de mujeres. Filiación extramatrimonial	335
2.2.1. Imposible determinación extrajudicial. Posible determinación judicial por posesión de estado. La incoherencia del sistema.....	335
2.2.2. Sistema de Inscripción en el Registro Civil de la doble filiación?	338
3. FILIACIÓN E INSCRIPCIÓN DE LOS HIJOS DE VARONES, CASADOS O PAREJAS DE HECHO. EL RECURSO A LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN Y LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN EN TALES CASOS.....	339
3.1. Normativa interna. La Gestación subrogada y nacimiento en España	346

3.1.1. El artículo 10 de la LTRHA. Nulidad del contrato de Gestación Subrogada	346
3.1.2. Las propuestas de regulación interna y reconocimiento de la Gestación subrogada como cauce para la determinación de la doble paternidad en parejas homosexuales	350
3.2. Nacimientos en el extranjero y los problemas de su reconocimiento en España. Los problemas de inscripción de dichos nacimientos en el Registro Civil Español. Propuestas legales e intentos de regulación	359
3.2.1. Breve análisis de la situación legal y jurisprudencial. Posicionamiento contradictorio entre la DGRN y el TS.....	359
3.2.2. La inscripción en el Registro Civil de la filiación derivada de contrato de Gestación subrogada celebrado en el extranjero.....	371
4. BIBLIOGRAFÍA CITADA.....	376
¿RESULTA OPORTUNO DAR UN TRATAMIENTO JURÍDICO A LA GESTACIÓN SUBROGADA EN NUESTRO PAÍS?	383
FRANCISCO JAVIER MATIA PORTILLA	
1. INTENCIONES.....	383
2. EL DEBATE SOCIAL Y POLÍTICO SOBRE LA GESTACIÓN SUBROGADA	387
3. LA GESTACIÓN SUBROGADA EN FRANCIA.....	391
4. ¿Y QUÉ HA PASADO EN ESPAÑA EN RELACIÓN CON LA GESTACIÓN SUBROGADA?.....	407
5. RESULTA OPORTUNO DAR UN TRATAMIENTO JURÍDICO A LA GESTACIÓN SUBROGADA	420
6. BIBLIOGRAFÍA CITADA.....	431
INTERSEXUALIDAD: UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA.....	437
ANTONIO ARROYO GIL	
1. INTRODUCCIÓN	437
2. ¿QUIÉNES SON LAS PERSONAS INTERSEXUALES?.....	437
3. POR QUÉ UN TRABAJO SOBRE INTERSEXUALIDAD EN UN LIBRO SOBRE DERECHOS DE LGTB.....	445
4. MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL	448
4.1. ONU.....	451
4.2. Consejo de Europa.....	453
4.3. Unión Europea.....	457

4.4. Conclusión provisional	460
5. MARCO JURÍDICO ESPAÑOL	460
5.1. Constitución	461
5.1.1. Dignidad humana y libre desarrollo de la personali- dad (art. 10.1 CE).....	462
5.1.2. Igualdad y prohibición de discriminación por razón de sexo (art. 14 CE).....	466
5.1.3. Derecho a la integridad física y moral y prohibición de tratos inhumanos y degradantes (art. 15 CE)	469
5.2. Normativa estatal	470
5.2.1. <i>De lege data</i>	470
5.2.2. <i>De lege ferenda</i>	476
5.3. Normativas autonómicas	480
6. CONCLUSIONES FINALES	482
7. BIBLIOGRAFÍA CITADA.....	486

ABREVIATURAS

AC	Actualidad Civil
ACNUDH	Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos
AP	Audiencia Provincial
BOAM	Boletín Oficial de la Asamblea de Madrid
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CCCat	Código Civil Catalán
CDFUE	Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CE	Constitución española
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos.
CPC	Constitución Política de Colombia
CRC	Convención sobre los Derechos del Niño
CT	Convenio contra la Tortura
DDSS	Diario de Sesiones
DGRN	Dirección General de Registros y Notariado
DSD	Trastorno del Desarrollo Sexual
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos
ECRI	Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia
EPU	Examen Periódico Universal
FRA	Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
GS	Gestación subrogada
HRW	Human Rights Watch
ICD	Índice de Clasificación de Enfermedades (de la OMS)
ILGA	International Lesbian and Gay Association
ILGA-Europe	Asociación Internacional de Gays, Lesbianas, Bisexuales, Trans e Intersexuales en Europa y Asia Central
ISNA	Intersex Society of North America
LFB	Ley Fundamental de Bonn
LGTBI	Lesbianas, Gays, Transexuales, Bisexuales, Intersexuales
LJV	Ley de Jurisdicción Voluntaria
LRC	Ley de Registro Civil
LTRHA	Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida
MGI	Mutilación Genital Intersex
OMS	Organización Mundial de la Salud
ONG	Organización No Gubernamental
ONU	Organización de las Naciones Unidas

PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
RDGRN	Resolución de la Dirección General de Registros y Notariado
RRC	Reglamento de Registro Civil
SAP	Sentencia de Audiencia Provincia
SJPI	Sentencia del Juzgado de Primera Instancia
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TC	Tribunal Constitucional español
TCF	Tribunal Constitucional Federal alemán
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TRHA	Técnicas de Reproducción Humana Asistida
UE	Unión Europea

INTRODUCCIÓN

La aparición de este libro ha sido, en cierta medida, inesperada. Es un resultado de difusión vinculado con el Proyecto estatal de investigación DER2016-75993-P titulado *España ante Europa: retos nacionales en materia de derechos fundamentales* (AEI/FEDER, UE), que no estaba previsto en la Memoria Técnica inicialmente presentada, no porque las cuestiones en él tratadas no tengan evidente interés, sino porque en su día se optó por centrar la mirada en otras más novedosas, como eran la realización de un estudio comparado entre diversos países europeos en relación con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, o un análisis sobre las facetas del derecho al proceso debido que en España han planteado más problemas a la vista de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo.

Es verdad que estaba previsto incorporar alguna de las cuestiones aquí abordadas en otra publicación colectiva más general, vinculada con las nuevas manifestaciones del derecho a la vida privada y familiar del artículo 8 CEDH, que verá la luz próximamente, sin embargo, en una de las primeras reuniones de coordinación del grupo de investigación se planteó, y acordó, dedicar un volumen autónomo a los llamados derechos LGTBI, en atención a su unidad conceptual e indudable interés. Y es que aunque existen bastantes publicaciones individuales sobre aspectos concretos, lo cierto es que no son abundantes los trabajos transversales sobre esta temática. Uno de los más ambiciosos, en extensión y profundidad, fue coordinado precisamente por los mismos directores de la presente obra. Aludimos al monográfico de la Revista General de Derecho Constitucional (número 17) sobre “El movimiento LGTB en perspectiva constitucional”, publicado en 2013.

La intención era retomar este trabajo colectivo, volver a fijar nuestra mirada en los aspectos más actuales o controvertidos, y ofrecer al lector una nueva reflexión crítica sobre ellos. Éramos conscientes de que no podríamos retomar todos sus contenidos, porque una cosa es coordinar una publicación electrónica, no sometida a costes de edición, y otra, bien distinta, impulsar un libro impreso, que debe ser moderado en lo que atañe tanto al coste de impresión como a una extensión razonable.

Por esta razón hemos reducido muy seriamente el número de aportaciones y alterado, en ocasiones, algunos de los temas tratados. La primera parte de la obra se dedica al análisis de la protección de los derechos LGTBI por parte de la ONU, la Unión Europea y el Consejo de Europa. Como ya ocurriera en 2013, Ignacio Álvarez Rodríguez, José Díaz Lafuente y Francisco Ruiz-Risueño Montoya, han vuelto a demostrar su generosidad al abordar el examen actualizado de estas materias. Esta primera parte se completa con un estudio de Derecho estatal europeo comparado, que ha sido abordado por Anna Lorenzetti. Esta mirada comparada sobre el Derecho extranjero nos ha parecido más razonable que encargar, como hicimos en 2013, informes particulares sobre diversos Estados (Francia, Alemania, Italia, México, Argentina y Brasil).

La segunda parte de la obra aborda diversos temas específicos. Alguno de ellos, como es la discriminación por orientación sexual, del que se ocupa María Díaz Crego, ya fue tratado con anterioridad, pero se ha optado ahora por incluir otros que hoy en día son más actuales, dejando de lado algunas cuestiones que ya son, por fortuna, más pacíficas entre nosotros. Esto ocurre, por ejemplo, con el matrimonio igualitario, al que se dedicaron en aquel número monográfico un estudio y cinco comentarios jurisprudenciales. Tenemos el honor de contar con el responsable de ese estudio, Miguel Ángel Presno Linera, que ahora ha centrado su mirada en el discurso del odio contra las minorías sexuales. También nos sigue acompañando en esta aventura Pilar Benavente Moreda, que centra ahora su mirada en el registro y filiación en parejas LGTBI. Y dos de los responsables de esta obra, Francisco Javier Matia Portilla y Antonio Arroyo Gil, se ocupan ahora de dos cuestiones novedosas, como son la gestación subrogada y la intersexualidad.

Esta breve descripción sirva para introducir los contenidos de la obra que el lector tiene ahora entre sus manos. Aunque aquí podría ponerse punto y final a la presente introducción, debemos añadir que se había previsto una aportación más sobre las discriminaciones basadas en la identidad sexual, que, finalmente, por problemas de salud de la compañera que en esta ocasión había asumido su autoría, no ha podido ser entregada. Dado que la elaboración de esta obra colectiva se ha dilatado durante bastante más tiempo del previsto en su día, los directores hemos optado por enviar sin más trámite los trabajos a

imprensa. Hemos primado así la novedad y el interés de las cuestiones aquí tratadas, siendo conscientes de que se podrían haber abordado otras muchas que sí fueron objeto de tratamiento en el estudio colectivo al que ya se ha hecho referencia.

Finalmente, dado que este trabajo se vincula con un proyecto estatal de investigación, debemos agradecer muy especialmente a los colegas que no forman parte del mismo el tiempo y la dedicación que le han dedicado. Debe así constar nuestro expreso y sentido agradecimiento a María Díaz Crego, Pilar Benavente, José Díaz Lafuente, Francisco Ruiz Risueño y Miguel Presno Linera. Es un honor que hayan aceptado, nuevamente, acompañarnos en esta aventura editorial. Reconocimiento que debe extenderse al resto de los autores que impulsaron una propuesta científica que ha contado con el respaldo del Estado español. Asimismo, al Instituto de Estudios Europeos que ha colaborado en la edición de la presente obra. Y también, cómo no, a la editorial Tirant lo Blanch, que, una vez más, vehicula la difusión de resultados de nuestro Proyecto de investigación.

Queremos subrayar que hemos decidido remitir este volumen a imprenta en el Día Internacional contra la Homofobia, la Transfobia y la Bifobia.

En Madrid, a diecisiete de mayo de dos mil diecinueve

**Francisco Javier Matia Portilla,
Ascensión Elvira Perales
Antonio Arroyo Gil**

**ESTUDIOS DE DERECHO
INTERNACIONAL Y COMPARADO**

LA ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS Y LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS LGTBI: NUEVOS AVANCES Y DESAFÍOS DE SIEMPRE

IGNACIO ÁLVAREZ RODRÍGUEZ
Universidad Complutense de Madrid

1. INTRODUCCIÓN

En el año 2013 se publicó un trabajo que versaba sobre la protección de los derechos de la personas LGTBI en el marco de la ONU¹. El objeto de estas líneas es ofrecer un estudio que actualice y analice las principales decisiones y medidas que se han adoptado por parte de dicha organización internacional en la materia². Para ello, y una vez

¹ ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Ignacio: “La Organización de las Naciones Unidas y el derecho a la no discriminación por motivo de orientación sexual e identidad de género: apuntes para un debate”. En *Revista General de Derecho Constitucional* 17 (2013), pp. 1-30. Dentro de la doctrina española destaca el trabajo de MONEREO ATIENZA, Cristina: *Diversidad de género, minorías sexuales y teorías feministas*. Dykinson, Madrid, 2015; también puede verse BILBAO UBILLOS, Juan María; y MORETÓN TOQUERO, María Aranzazu; “Protección de los derechos humanos en España. Marco normativo”. En Rey Martínez, Fernando (dir.): *Los derechos humanos en España: un balance crítico*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 29-33. Por lo demás, España lidera en primera posición el ranking internacional que elabora *Equaldex*. De una Encuesta realizada a treinta y nueve países por el *Pew Research Center*, el 88% de la población española respondió afirmativamente a la pregunta: “¿Debe la sociedad aceptar la homosexualidad?” (el 11% respondió que no). Además, cumplimos con otros indicadores que nos llevan a auparnos a esa posición (matrimonio homosexual legalizado; adopción de parejas del mismo sexo permitida; la discriminación contra las personas LGTBI está prohibida al máximo nivel, siendo considerada agravante penal; se permite el cambio de sexo-género de la persona incluso sin cirugía de por medio; y así un largo etcétera). Vid. <http://www.equaldex.com/region/spain> (consultado el 15 de junio de 2019).

² Vid. PEÑA DÍAZ, Francisco de Asís: *La lucha que no cesa. Los derechos del colectivo LGTBI como derechos humanos*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018. Una

que se exponga brevemente el estado de la cuestión de los derechos de las personas LGTBI a nivel mundial, se procederá siguiendo un triple esquema: en primer lugar se abordan los mecanismos de protección de los derechos humanos basados en la Carta de Naciones Unidas; en segundo lugar se hará lo propio con los mecanismos de protección de los derechos humanos basados en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; y finalmente en tercer lugar se estudiará la labor adicional de promoción y protección de otros organismos y agencias. De este triple análisis se deduce un balance de urgencia y una modesta guía-prospectiva de futuro, al que le siguen las consabidas conclusiones.

2. LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS LGTBI EN GENERAL

Desde el año 2013 hasta la actualidad los derechos de las personas LGTBI viven una situación un tanto esquizofrénica, si se permite la expresión. El principal motivo es que tantos avances se observan como retrocesos se constatan a lo largo y ancho del globo, y además de forma simultánea³. Mientras que el movimiento LGTBI ha ido rompiendo barreras y conquistando avances y derechos a nivel global, cuando se acude al detalle que ofrecen ciertos países la cuestión se ve

contribución colectiva con abundante información puede verse en HELM, Anne (ed): *Human Rights, Sexual Orientation and Gender Identity*. Routledge, Oxon-New York, 2017. Desde la doctrina internacional puede verse ALSTON, Philip; y GOODMAN, Ryan; *International Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2013, especialmente pp. 220 y ss. Desde un plano general, estudiando los valores que hay detrás de estas reivindicaciones son interesantes las reflexiones de CLIFFORD, Jarlath; "Equality". En Shelton, David (ed.); *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*. Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 420-445; y de CAROZZA, Paolo: "Human Dignity". En Shelton, David (ed.); *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 345-359.

³ Aunque es un asunto discutido y discutible, la doctrina apunta a tres como las causas de persecución de la comunidad LGTBI: la cultura patriarcal; la configuración jerárquica y binaria del género; y el patrón heteronormativo de las relaciones afectivo-sexuales. Vid. DÍAZ LAFUENTE, José: *Asilo y refugio por motivos de orientación sexual e identidad de género*. Congreso de los Diputados, Madrid, 2016, p. 30 y ss.

empañada por atropellos varios⁴. Aun así, una cosa se antoja meridiana: la tendencia global a la liberalización es un hecho contrastado (al menos en lo que se puede denominar mundo occidental)⁵.

2.1. Alcance

Precisamente en ese mundo occidental se observa una ampliación del alcance de estos derechos, que se manifiesta en la cantidad de siglas que enumera el conocido acrónimo. Es importante hacer notar que en su origen, la expresión englobaba a la comunidad de personas lesbianas, gays, transexuales y bisexuales (LGTB). Pero a medida que ha ido pasando el tiempo, a medida que la diversidad ha ido tomando cuerpo, y a medida que se ha profundizado y desarrollado su mundo y sus peculiaridades, el acrónimo no ha hecho sino crecer, lo cual implica ciertos disenso a la hora de referirse a estos colectivos. El que suele ser más leído es *LGTBI* (Lesbianas, Gays, Transexuales, Bisexuales e Intersexuales). Pero también se ha visto *LGTBIQ* (Lesbianas, Gays, Transexuales, Bisexuales, Intersexuales y Queers) y su versión evolucionada e inclusiva en forma de *LGTBIQ+*. También se ha visto el *LGTBQIA+*, con la “A” en plena discusión: para unos significa *asexual*; para otros, significa *agénero*; para los de más allá puede ser *aliado*. También se ha leído *LGBTIIA* (Lesbiana, Gay, Bisexual,

⁴ La doctrina identifica hasta tres etapas dentro de las reivindicaciones del movimiento. Un primer momento que tiene lugar a partir de las décadas de los setenta-ochenta del pasado siglo, donde se reivindica la autonomía y la libertad en el ámbito privado (despenalización de la homosexualidad). Una segunda que se inaugura en los años noventa, donde la lucha se centra en la igualdad y la no discriminación en el ámbito público (estrategia antidiscriminatoria). Y la tercera, que es la que se estaría desarrollando en la actualidad y que podría llamarse “de iguales derechos y reconocimiento público” (matrimonio, adopción). Todo esto tiene, como bien sabemos, su cuota de críticos, tanto desde dentro del movimiento (“son instituciones puramente burguesas que le hacen el juego al sistema”) como desde fuera (“el matrimonio es y sólo es para parejas heterosexuales”). Vid. MONEREO ATIENZA, Cristina: *Diversidad...*, cit., p. 69 y ss.

⁵ Vid. PINKER, Steven: *En defensa de la Ilustración*. Paidós, Barcelona, 2018, p. 280 y ss. Específicamente sobre la materia que nos ocupa, vid. VOSS, M. Joel: “Contesting Sexual Orientation and Gender Identity at the UN Human Rights Council”. En *Human Rights Review* 19 (2018), pp. 1-22; y TIRADO CHASE, Anthony: “Human rights contestations: sexual orientation and gender identity”. En *The International Journal of Human Rights* 20 (2016), pp. 703-723.

Transgénero, Queer, Indeterminado, Intersexual, Asexual) o incluso el de *LGBTQIIAAP* (a la anterior se añaden *Aliados* y *Pansexuales*)⁶.

La doctrina internacionalista que ha estudiado el tema prefiere dejarlo en *LGB*, por estimar que los derechos de transexuales, transgénero e intersexuales plantean algunos retos diferentes de los que plantean los derechos de las personas homosexuales y bisexuales⁷.

Sea como fuere, aquí se hablará de personas LGTBI, no sólo por ser este acrónimo de uso corriente, sino porque por más que la reivindicación se haga de modo grupal no deja de haber personas detrás, que es lo verdaderamente importante.

2.2. Avances y retrocesos

Los principales avances que se han producido en el respeto y reconocimiento de los derechos de las personas LGTBI difieren mucho en función de la zona del mundo que se analice. Si posamos la mirada en *África*, hay decisiones muy loables, como por ejemplo la adoptada por un Tribunal Superior de Botsuana, que ordenó al gobierno cambiar la mención relativa al sexo que figuraba en el documento de identidad de una mujer transgénero, y determinó que su negativa a hacerlo no era razonable y conculcaba los derechos de la mujer. Si vamos a las *Américas*, vemos el caso de Bolivia, donde el Defensor del Pueblo propuso modificar el Código Penal para tipificar como delito los crímenes de odio contra personas LGTBI. Si acudimos a la zona de *Asia* y *Oceanía*, se observan avances reales y ciertos en Japón (a nivel local) y en Taiwán. Así, las autoridades de la ciudad de Osaka reconocieron por primera vez a una pareja homosexual como progenitores de acogida, y dos municipios más avanzaron hacia el reconocimiento de las uniones entre personas del mismo sexo. Por su parte, Taiwán, gracias a un histórico fallo de su más alto tribunal, estaba cerca de convertirse en el primer país asiático que legalizaba el matrimonio entre personas del mismo sexo. Los jueces resolvieron que la ley taiwanesa sobre el matrimonio era inconstitucional en tanto que discriminaba a las pa-

⁶ Vid. ZIZEK, Slavoj; *El coraje de la desesperanza. Crónicas del año en que actuamos peligrosamente*, Anagrama, Barcelona, 2018, *pássim*.

⁷ Vid. ALSTON, Philip; y GOODMAN, Ryan; *International...*, cit., nota al pie 13.

rejas del mismo sexo, y dieron a los parlamentarios un plazo de dos años para reformar o promulgar la legislación pertinente. Respecto a *Europa y Asia Central*, destacan algunas novedades positivas. La Red LGBT rusa organizó una línea telefónica de emergencia y facilitó la evacuación de personas LGTBI a lugares seguros desde Chechenia y otros lugares del Cáucaso Septentrional. En Ucrania se celebró el mayor desfile del *Orgullo Gay* jamás organizado allí. El Parlamento de Malta aprobó legislación sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo y amplió todos los derechos del matrimonio a las parejas homosexuales. Por su parte, Alemania reconoció los derechos del matrimonio a todas las parejas, con independencia del género o la orientación sexual, así como los mismos derechos en materia de adopción que las parejas casadas. Finalmente, en *Oriente Medio y Norte de África* lo más reseñable es que las cuestiones relativas a la orientación sexual y la identidad de género estaban incluidas cada vez más en las agendas de los movimientos tradicionales de derechos humanos de la región (y menos en buena parte de sus gobiernos)⁸.

Desafortunadamente, también existen serios retrocesos en la materia. Así, en *África*, las personas LGTBI sufrieron discriminación, hostigamiento, persecución y violencia en países como Senegal, Ghana, Malawi y Nigeria. En uno de ellos (Ghana), el presidente del Parlamento pidió una modificación constitucional para que la homosexualidad fuera considerada ilegal y punible por ley. En Liberia, un hombre detenido en 2016 y acusado de “sodomía voluntaria” en virtud del Código Penal permanecía recluido en espera de juicio. En

⁸ Toda la información se ha extraído de AMNISTÍA INTERNACIONAL: *Informe 2017-2018. La situación de los derechos humanos en el mundo*, Londres, 2018 (<https://crm.es.amnesty.org/sites/.../Informeannual2018air201718-spanish%20web.pdf>). Consultado el 5 de junio de 2019). También puede consultarse la abundante información que suministra HUMAN RIGHTS WATCH, en su página web institucional: <https://www.hrw.org/es/topic/derechos-de-personas-lgbt> (consultado el 5 de junio de 2019). Para ampliar puede verse REID, Graeme: “Lucha global por los derechos de las personas LGBT”. En *Política Exterior* 157 (2014), pp. 1-8. Resalta la importancia de este tipo de organizaciones LAMARCA ITURBE, Íñigo: “El deber de disponer de políticas públicas a favor de la igualdad para las personas LGTBI, tanto en los ámbitos nacionales como internacionales”. En SOROETA LICERAS, Juan: *La diversidad afectivo-sexual y los mecanismos establecidos por el Derecho Internacional para su protección*. Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015, p. 252 y ss.

Nigeria se denunciaron detenciones, humillaciones públicas, extorsiones y discriminación de personas por su orientación sexual. En las *Américas*, los gobiernos no avanzaron mucho en la protección de los derechos de lesbianas, gays, bisexuales, transgénero e intersexuales, con violencia generalizada contra estas personas en países como Brasil, El Salvador, Honduras, México y Venezuela, por citar algunos. En *Asia y Oceanía* se constata una discriminación amplia en la vida pública de la población LGTBI en Corea del Sur. En Malasia, Papúa Nueva Guinea y Singapur sucede otro tanto. En Australia se ha observado un incremento del discurso del odio contra ellas. Y como siempre hay quien quiere ganar a todo, inclusive en crueldad, tenemos el caso de Indonesia, donde se azotó ochenta y tres veces a dos hombres por mantener relaciones sexuales consentidas. En *Europa y Asia Central* existen diversos gobiernos apelando a los “valores tradicionales” para encubrir discriminaciones contra las personas LGTBI⁹. Rusia es uno de los ejemplos paradigmáticos. Y el caso de Chechenia es espeluznante, donde se han producido secuestros, torturas y muertes en secreto de varios homosexuales. Desgraciadamente, tenemos más ejemplos, como el de Azerbaiyán (más de cien personas LGBTI fueron detenidas arbitrariamente en un solo día); el de Uzbekistán y Turkmenistán (las relaciones sexuales consentidas entre hombres seguían siendo delito castigado con la cárcel); y/o el de Georgia (en su nueva Constitución se restringió la definición de matrimonio para excluir a las parejas del mismo sexo). En *Oriente Medio y Norte de África*, el panorama es más sombrío, si cabe. En Egipto las autoridades detuvieron y enjuiciaron a multitud de personas por su presunta orientación sexual tras la exhibición pública de una bandera con el arcoíris. Las fuerzas de seguridad detuvieron al menos a setenta y seis personas y las sometieron a exámenes anales, práctica que constituye tortura según todos los estándares internacionales. Los tribunales condenaron al menos a casi cincuenta de esas personas a entre tres meses y seis años de prisión por *hábitos licenciosos*. En octubre, un grupo de parlamentarios propuso una ley profundamente discriminatoria que penalizaba de manera expresa las relaciones homosexuales y toda promoción pública de reuniones, símbolos o banderas LGBTI.

⁹ REID, Graeme: “La homofobia como estrategia política”. En *Política Exterior* 167 (2015), pp. 126-136.

En otros países, verbigracia Marruecos y Túnez, se siguió deteniendo a personas y condenándolas a prisión en aplicación de leyes que penalizaban las relaciones homosexuales consentidas. En Túnez, aunque la policía sometía a los hombres acusados de relaciones homosexuales a exámenes anales forzados, el gobierno aceptó la recomendación, formulada en el examen periódico universal de la ONU en septiembre, de poner fin a esta práctica. En otros países, como Irán y Arabia Saudí, algunas conductas homosexuales consentidas siguen estando sujetas a pena de muerte. Casi nada.

El grueso de datos expuesto queda refrendado en casi todos los Informes que han analizado el problema, bien los elaborados por organismos públicos, bien los realizados por organizaciones no gubernamentales¹⁰, bien en trabajos académicos¹¹. La única noticia buena es que todos esos países forman parte de la principal organización internacional a nivel mundial. Y la pregunta deviene inevitable: ¿qué ha hecho la ONU a la hora de proteger los derechos de las personas LGTBI en estos últimos años? ¿Ha conseguido reducir las malas prácticas (por llamarlas de algún modo)? ¿Ha conseguido integrar a los países menos convencidos? Para responder a los interrogantes debemos acudir al siguiente epígrafe.

¹⁰ Vid. PALETTA, Daniele (coord.; y ed.), y PLESSIS, A. Du (dir): *Informe Anual*, ILGA, 2017. En el marco de dicha asociación es esclarecedor el trabajo de CARROLL, Aengus; y MENDOS, Lucas Ramón: *Homofobia de Estado*, ILGA, 2017 (12ª edición). Por lo demás, la relevancia de esta federación mundial no sólo se acredita por aglutinar a más de mil doscientas organizaciones de ciento treinta y dos países que llevan luchando desde el año 1978 por los derechos LGTBI sino también por haber conseguido el estatus de *organismo consultivo* de Naciones Unidas. Vid. MONEREO ATIENZA, Cristina: *Diversidad...*, cit., p. 62. Esto generó en su día un auténtico y profundo rechazo por parte de los países *de siempre*. Vid. LAMARCA ITURBE, Íñigo: “El...”, cit., p. 258 y ss.

¹¹ Vid. ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina: “Derechos humanos y orientación sexual e identidad de género”. En Rey Martínez, Fernando (dir.): *Los derechos humanos en España: un balance crítico*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 736-781.

3. LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS LGTBI EN EL MARCO DE NACIONES UNIDAS

Aquí se va a prestar atención a las dos grandes formas de proteger los derechos humanos que tiene la ONU. La primera se refiere a los mecanismos para hacer valer la Carta de Naciones Unidas (y a su través la Declaración Universal de los Derechos Humanos). La segunda se refiere a los mecanismos para garantizar el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

3.1. *Mecanismos de protección basados en la Carta de Naciones Unidas*

En primer lugar, haremos una sucinta introducción a la materia. En segundo término, se aborda el Examen Periódico Universal. Y en tercer lugar se hace lo propio con el Experto Independiente en Orientación Sexual e Identidad de Género, una de las principales novedades en la materia¹².

3.1.1. Introducción

Es sabido que el Consejo de Derechos Humanos fue una institución que vio la luz en 2006 y que sustituyó a la extinta Comisión de Derechos Humanos. La tarea tuvo especial mérito teniendo en cuenta “el clima anti-derechos humanos” que se había generado en la escena internacional después del 11-S¹³.

¹² El Consejo también ha abordado asuntos relacionados con la orientación sexual e identidad de género en cuanto a las *ejecuciones judiciales, sumarias y arbitrarias* así como a las *detenciones arbitrarias*. Vid. ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina: “Derechos...”, *cit*; p. 741.

¹³ Vid. NOWAK, Manfred: “De la Comisión de Derechos Humanos al nuevo Consejo”. En Almqvist, Jessica; y Gómez Isa, Felipe (coords.); *El Consejo de Derechos Humanos. Oportunidades y Desafíos*. Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, pp. 13-22. Para profundizar en la cuestión puede verse VILLÁN DURÁN, Carlos: “Luces y sombras del nuevo Consejo de Derechos Humanos”, En Almqvist, Jessica; y Gómez Isa, Felipe (coords.); *El Consejo de Derechos Humanos. Oportunidades y Desafíos*. Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, pp. 23-36; ALMQVIST, Jessica: “El Consejo de Derechos Humanos: un paso audaz hacia derechos efectivos para todos”. En Almqvist, Jessica; y Gómez Isa, Felipe (coords.);

Así pues, estamos ante un organismo intergubernamental dentro del sistema de las Naciones Unidas compuesto por cuarenta y siete Estados, asumiendo la responsabilidad en la promoción y protección de los derechos humanos en todo el mundo, sin distinción de ningún tipo y de manera justa y equilibrada¹⁴. Tiene un mandato específico y autónomo en lo que hace a intentar garantizar que el disfrute de aquellos se haga libre de discriminación¹⁵. Su vocación es sin duda holística y omnicompreensiva: todas las personas deben estar en condiciones de disfrutar de todos los derechos sin trazas de violencias, amenazas o cualesquiera hechos y/o actos que impidan su normal desenvolvura.

Qué duda cabe que esta tarea no la puede realizar en solitario. Y, con el antecedente del Informe del ACNUDH, sobre “Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género”, de 2011¹⁶; y una vez que se discutieron sus principales líneas en la Mesa Redonda que se celebró bajo los auspicios del propio Consejo el 7 de marzo de 2012¹⁷, llegó la Resolución 27/32, del Consejo de Derechos Humanos, de 2

El Consejo de Derechos Humanos. Oportunidades y Desafíos. Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, pp. 37-46; y OCHOA RUIZ, Natalia; y SALAMANCA AGUADO, Esther: “El Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Un análisis preliminar”. En *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* 12 (2006), pp. 1-27.

¹⁴ Así lo establece la Resolución 60/251, de la Asamblea General, de 15 de marzo de 2006. Vid. OCHOA RUIZ, Natalia; y SALAMANCA AGUADO, Esther: “El Consejo...”, cit., p. 14 y ss.

¹⁵ Corroborado por la Resolución 17/19, del Consejo de Derechos Humanos, de 17 de junio de 2011, primera en la Historia de Naciones Unidas que trata sobre orientación sexual e identidad de género, con un criterio de plena vigencia: hacer realidad la Declaración Universal de los Derechos Humanos para todos. Vid. GARTENBERG, Micha (dir); y BLANK, Edan (codir); *United Nations Human Rights Council. Protection of LGTB Youth*, CJMUNG, 2018, p. 5.

¹⁶ El Informe se ha leído aquí: https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Discrimination/A.HRC.19.41_spanish.pdf (consultado el 5 de junio de 2019).

¹⁷ A instancias de Brasil y Sudáfrica se discutieron algunos aspectos sensibles en materia de no discriminación por orientación sexual e identidad de género, con diversos representantes de otros tantos países de procedencias muy diversas (organizaciones no gubernamentales, Universidades, Centros de Investigación, e incluso expertos del Consejo de Europa): Véase <https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session19/Pages/19RegularSession.aspx>. (Consultada el 15 de julio de 2019).

de octubre de 2014, sobre *Derechos humanos, orientación sexual, e identidad de género*, donde se eleva una petición a dicho Alto Comisionado para que actualice el Informe¹⁸.

En menos de un año el ACNUDH cumple el encargo y evacua el texto “Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género”, presentado al propio Consejo el 4 de mayo de 2015¹⁹. El nuevo Informe es, si cabe, más detallado y exhaustivo que el primero. Una vez da cuenta de las principales normas que imperan en la materia —recordemos, fundamentalmente centradas en proteger a las personas de todo tipo de violencia, de prevenir la tortura y cualesquiera malos tratos, de despenalizar legislativamente la homosexualidad, de derogar toda ley que castigue a las personas por su orientación sexual y/o identidad de género, de proteger a las personas de sufrir cualquier discriminación por estos motivos, así como de proteger los derechos fundamentales básicos de estos colectivos (libre expresión, libre asociación, libre reunión, y libre participación en la dirección de los asuntos públicos)— aborda dos grandes ámbitos. En primer lugar, el de la violencia homofóbica y transfóbica, dando cuenta de hechos y casos concretos acaecidos en diferentes países. Se abre un rayo de esperanza al final del apartado, toda vez que constata diversos progresos en la materia. En segundo lugar, el de la discriminación; aquí opera de forma similar: narra primero sucesos concretos y posteriormente hace balance de conjunto, donde destaca diversas despenalizaciones de estas conductas, modificaciones constitucionales concretas para introducir prohibiciones de discriminación específicas, y una miríada de iniciativas que van desde protocolos de actuación en sede judicial donde se ventilen este tipo de casos, hasta medidas específicas laborales que pretenden proteger a los miembros de estos colectivos, pasando por diversos programas contra el acoso y la persecución en escuelas, fábricas, y diversos ámbitos públicos y privados.

El Informe finaliza con tres tipos de conclusiones y recomendaciones; unas dirigidas a los Estados; otras dirigidas a las llamadas

¹⁸ La Resolución puede leerse aquí: <https://www.ohchr.org/SP/hrbodies/hrc/pages/documents.aspx> (consultado el 15 de julio de 2019).

¹⁹ El Informe se ha leído aquí: www.acnur.org/5b6c527b4.pdf (consultado el 5 de junio de 2019).

“Instituciones nacionales de derechos humanos”; y las restantes encaminadas a hacer saber al Consejo que el ACNUDH sigue dispuesto a trabajar en la causa. Las que tienen mayor relevancia son, sin duda, las que se dirigen a los Estados. Para combatir la violencia recomendada, entre otras medidas, que “a) Promulguen leyes sobre los delitos motivados por prejuicios que establezcan la homofobia y la transfobia como factores agravantes a los efectos de la determinación de las penas; b) Investiguen sin demora y de manera exhaustiva los incidentes de violencia motivada por el odio y de tortura de personas LGBT, exijan responsabilidades a los autores y proporcionen reparación a las víctimas; c) Recaben y publiquen datos sobre el número y los tipos de incidentes registrados, velando al mismo tiempo por la seguridad de los denunciantes; d) Prohíban la incitación al odio y la violencia por motivos de orientación sexual e identidad de género, y exijan responsabilidades a quienes pronuncien esos discursos de odio”²⁰. Para combatir la discriminación, recomienda a los Estados, por ejemplo, “a) Revisar las leyes penales para destipificar las conductas sexuales consentidas entre personas del mismo sexo y otros delitos utilizados para detener y castigar a personas por su orientación sexual y su identidad o expresión de género; ordenar una moratoria inmediata sobre los enjuiciamientos conexos; y eliminar los antecedentes penales de quienes hayan sido declarados culpables de dichos delitos; b) Derogar las denominadas leyes “antipropaganda” y cualquier otra

²⁰ Otras de las medidas que proponen llaman a los Estados a que: “e) Familiaricen al personal responsable de hacer cumplir la ley y a los jueces con los enfoques sensibles a las cuestiones de género para tratar las vulneraciones motivadas por la orientación sexual y la identidad de género; f) Velen por que la policía y los funcionarios de prisiones reciban la capacitación necesaria para proteger la seguridad de las personas LGBT presas, y exijan responsabilidades a los funcionarios estatales que participen o sean cómplices en incidentes de violencia; g) Prohíban las terapias de “conversión”, los tratamientos involuntarios, la esterilización forzada y los exámenes genitales y anales forzados; h) Prohíban los procedimientos innecesarios desde el punto de vista médico en niños intersexuales; i) Velen porque no se devuelva a ninguna persona que huya de la persecución por su orientación sexual o identidad de género a un territorio donde su vida o libertad estarían amenazadas y por que las leyes y las políticas de asilo reconozcan que la persecución por la orientación sexual o la identidad de género puede ser un motivo válido para una solicitud de asilo; y eliminen los interrogatorios intrusivos e inapropiados sobre las historias sexuales de los solicitantes de asilo y sensibilicen al personal que trata con los refugiados y los solicitantes de asilo”.

ley que imponga restricciones discriminatorias a la libertad de expresión, asociación y reunión; c) Velar por que la legislación contra la discriminación incluya la orientación sexual y la identidad de género entre los motivos prohibidos de discriminación y proteja también a las personas intersexuales contra la discriminación”²¹.

Por lo demás, el Consejo de Derechos Humanos ha auspiciado diversas acciones e iniciativas adicionales. Destacar a título de ejemplo la Declaración Pública *Poner fin a la violencia y a la discriminación contra las personas lesbianas, gais, bisexuales, trans e intersex*, de septiembre de 2015²², donde recuerda a los Estados más olvidadizos que la Organización está de su lado y podrá ayudarles en el proceso de

²¹ También aboga por: “d) Integrar el análisis de las vulneraciones motivadas por la orientación sexual y la identidad de género en los planes de acción nacionales para asegurar la coordinación y la asignación de recursos adecuados a las actividades conexas, la rendición de cuentas de los autores y la reparación de las víctimas; e) Sensibilizar a los profesionales de la salud en cuanto a las necesidades sanitarias de las personas LGBT e intersexuales, en particular en los ámbitos de la salud y los derechos sexuales y reproductivos, la prevención del suicidio y el asesoramiento sobre el VIH/SIDA y los traumas; f) Establecer normas nacionales sobre la no discriminación en la educación; elaborar programas contra el acoso y crear líneas telefónicas y otros servicios de ayuda a las personas jóvenes LGBT y a las que muestran una disconformidad de género; y proporcionar una educación sexual integral adecuada en función de la edad; g) Velar por que las políticas sobre la vivienda no discriminen a los inquilinos por motivos de orientación sexual o identidad de género; y establecer centros de acogida para las personas LGBT sin hogar, prestando una atención específica a los jóvenes, a las personas de edad y a las que se encuentran en situaciones de emergencia; h) Reconocer, por ley a las parejas del mismo sexo y a sus hijos, de modo que las prestaciones tradicionalmente concedidas a las parejas casadas —como las relacionadas con las pensiones, los impuestos y la herencia— se concedan en términos no discriminatorios; i) Expedir, a quienes los soliciten, documentos legales de identidad que reflejen el género preferido del titular, eliminando los requisitos abusivos, como la esterilización, el tratamiento forzado y el divorcio; j) Financiar campañas públicas de educación contra las actitudes homofóbicas y transfóbicas, y combatir la difusión de imágenes negativas y estereotípicas de las personas LGBT en los medios de comunicación; k) Velar por que se consulte a las personas LGBT e intersexuales y a las organizaciones que las representan en relación con la legislación y las políticas que afecten a sus derechos”.

²² Se ha leído aquí: http://www.unaids.org/es/resources/presscentre/pressreleaseandstatementarchive/2015/september/20150929_LGBTI (consultado el 5 de junio de 2019).

erradicar de sus usos, costumbres y legislaciones el castigo de la sexualidad e identidad *contramayoritaria*.

3.1.2. El Consejo de Derechos Humanos y el Examen Periódico Universal

Junto a esta labor, se debe hacer alusión a una de las grandes funciones que cumple el propio Consejo: la realización del llamado Examen Periódico Universal (EPU), un análisis de los expedientes de derechos humanos de todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas²³. En él se ofrece la oportunidad a cada Estado de exponer qué medidas ha adoptado para mejorar la situación de los derechos humanos en el país. Resulta indiscutible que su objetivo final es mejorar la situación de derechos humanos en todos los países y abordar sus violaciones donde quiera que se produzcan. ¿Qué podemos destacar en lo que hace a la protección de las personas LGTBI?

En la actualidad, el EPU se encuentra en pleno Tercer Ciclo (2017-2021), por lo que podemos ofrecer algunas pautas de los países que recientemente han sido objeto de evaluación (refiriéndonos exclusivamente a la orientación sexual y la identidad de género)²⁴. De ese modo, podemos traer el caso de Liechtenstein (Informe de 2018), cuyo examen ha saludado la reforma legal que se introdujo en 2016 y que enmienda su Código Penal para castigar hasta con dos años de cárcel cualquier tipo de discriminación, así como de incitación pública al odio, entre otros motivos, por orientación sexual. También podemos referirnos al caso de Alemania (Informe de 2018), donde se saluda la creación de diferentes leyes antidiscriminatorias y la puesta en marcha de administraciones específicamente dirigidas a tal fin (por ejemplo, el *Organismo Federal contra la Discriminación*).

En otro eje de coordenadas se sitúa, por ejemplo, el caso de Argentina (Informe de 2017), donde se refieren algunos avances en la materia junto al recordatorio de la existencia y subsistencia de cier-

²³ Vid. KOTHARI, Miloon: “From Comission to the Council: Evolution of UN Charter Bodies”. En Shelton, David (ed.); *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*. Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 587-620.

²⁴ La información de este apartado se ha extraído de: <https://www.ohchr.org/sp/hrbodies/upr/pages/uprmain.aspx> (consultado el 5 de junio de 2019).

ta violencia institucional contra la comunidad LGTBI que debe ser erradicada. En un supuesto similar se encuentra Ecuador (Informe de 2017), donde conviven las reformas legales que han introducido la tipificación del delito de discriminación por motivo de orientación sexual e identidad de género junto a prácticas tan aberrantes como el internamiento forzoso en “centros de rehabilitación” de personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero e intersexuales.

Finalmente destacan los países más avanzados en la materia (efectivamente, los nórdicos/escandinavos). Podemos poner por caso paradigmático Finlandia, donde desde hace algunos años existe una *Ley de Reconocimiento Jurídico del Género de los Transexuales*, equipada con medios y dotaciones suficientes para realizar las reasignaciones de género por la sanidad pública. El principal problema que observa la Comunidad Internacional, y así lo recoge la ONU (Informe de 2017) es que todavía se exige que las personas sean esterilizadas o estériles como condición para el reconocimiento legal de la reasignación de género. Incluso el mejor escribano echa un borrón.

3.1.3. El Consejo de Derechos Humanos y el Experto Independiente sobre Orientación Sexual e Identidad de Género

El Consejo de Derechos Humanos adoptó el 30 de junio de 2016 la Resolución 32/2, de *Protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género*²⁵. Mediante la misma se crea la figura del *Experto Independiente sobre orientación sexual e identidad de género*. Su régimen jurídico se puede resumir en tres apuntes, que se cerrarán con un par de reflexiones críticas.

En primer término, la figura se ha creado por un periodo de tres años y es elegida por el Consejo de Derechos Humanos (el primer Experto fue el tailandés Vitit Muntarnhorn, cuyo mandato se ha desarrollado del 1 de agosto de 2016 al 1 de octubre de 2017; en la actualidad ostenta el cargo el costarricense Víctor Madrigal-Borloz, desde el 1 de enero de 2018).

²⁵ La Resolución puede leerse aquí: <https://www.ohchr.org/SP/hrbodies/hrc/pages/documents.aspx> (consultado el 5 de junio de 2019).

En segundo término, el mandato específico que se le atribuye se divide en varias áreas. La primera es evaluar la aplicación de los instrumentos internacionales vigentes de derechos humanos relacionados con los medios de superar la violencia y la discriminación contra las personas por motivos de orientación sexual o identidad de género, e identificar las mejores prácticas y las deficiencias. La segunda, alude a concienciar a la población acerca de la violencia y la discriminación contra las personas por motivos de orientación sexual o identidad de género, y determinar y abordar las causas fundamentales de la violencia y la discriminación. La tercera reside en entablar un diálogo con los Estados y otros interesados pertinentes, incluidos los organismos, programas y fondos de las Naciones Unidas, los mecanismos regionales de derechos humanos, las instituciones nacionales de derechos humanos, las organizaciones de la sociedad civil y las instituciones académicas, y celebrar consultas con ellos; instituciones académicas, y celebrar consultas con ellos. La cuarta es trabajar, en cooperación con los Estados, para promover la aplicación de medidas que contribuyan a la protección de todas las personas contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género. La quinta se refiere a hacer frente a las formas múltiples, interrelacionadas y agravadas de violencia y discriminación con que se enfrentan las personas por causa de su orientación sexual o identidad de género. Y la sexta versa sobre organizar, facilitar y apoyar la prestación de servicios de asesoramiento, asistencia técnica, fomento de la capacidad y cooperación internacional en apoyo de las iniciativas nacionales de lucha contra la violencia y la discriminación de las personas por motivos de orientación sexual o identidad de género. En cumplimiento de esas tareas, la Resolución exige del Experto que presente sendos informes anuales al Consejo de Derechos Humanos y a la Asamblea General.

En tercer lugar, destacan sus métodos de trabajo. Así, goza de tres grandes herramientas. La primera, la recopilación y estudio de la información que recabe de los diferentes países, gozando de la facultad de transmitirles llamamientos urgentes y denuncias individuales. La segunda, la visita *in situ* a los países que estime oportuno, especialmente a aquellos que presenten algunas inconsistencias a la hora de proteger a las personas LGBTI. Y la tercera, las recomendaciones generales y particulares que formule a tales Estados.

A pesar de que estamos ante la creación de un mecanismo saludable y necesario, no todos comparten dicha opinión. Sacar adelante la Resolución y sacar adelante el mandato fue muy costoso. De los 47 Estados, 23 votaron a favor, 18 en contra, y 6 se abstuvieron²⁶. Y eso que se consiguió introducir una serie de párrafos en la misma que venían a ser un canto sensible al respeto multicultural²⁷.

Lo cierto y verdad es que el Experto Independiente ha seguido adelante con su tarea. Desde su creación hasta la actualidad ha llevado

²⁶ No es casualidad que los países que votaron en contra son países donde se viven realidades muy duras respecto a los derechos humanos en general, y respecto a la situación de las personas LGTBI en particular. Por eso se suele decir —lamentablemente, con razón— que “los derechos de las personas LGBT son de manera casi invariable una piedra de toque de la situación de los derechos humanos en general, y su represión suele tener lugar en el contexto de una represión más amplia”. Vid. REID, Graeme: “Lucha...”, cit., p. 3. Algunos expertos creen que los avances reales se producen más como consecuencia de la acción y presión de diversos movimientos políticos y sociales a favor de estos colectivos que por el hecho de que grandes potencias patrocinen iniciativas como la presente. Así lo ve TIRADO CHASE, Anthony: “Human...”, cit., p. 717.

²⁷ De muestra, varios botones: “Reiterando la importancia de respetar los sistemas de valores culturales y religiosos regionales, así como las particularidades en la manera de considerar las cuestiones de derechos humanos”. “Subrayando la importancia fundamental de respetar los debates pertinentes a nivel nacional sobre cuestiones relacionadas con la sensibilidad histórica, cultural, social y religiosa”. “Deplorando el uso desde el exterior de medidas de presión y coercitivas contra algunos Estados, en particular países en desarrollo, tales como el uso o la amenaza de uso de sanciones económicas o la aplicación de condicionalidad a la asistencia oficial para el desarrollo, con el fin de influir en los debates y los procesos de decisión pertinentes a nivel nacional”. “Preocupado por todo intento de socavar el sistema internacional de derechos humanos tratando de imponer conceptos o nociones relativas a cuestiones sociales, incluida la conducta individual privada, que quedan al margen del marco jurídico de los derechos humanos convenido internacionalmente, y teniendo en cuenta que dichos intentos reflejan un desconocimiento del carácter universal de los derechos humanos”. “Subrayando que la presente resolución debería aplicarse, garantizando al mismo tiempo el respeto del derecho soberano de los países y sus leyes nacionales, las prioridades de desarrollo, los distintos valores religiosos y éticos y los patrimonios culturales de su población, y que debería ser plenamente conforme con los derechos humanos internacionales reconocidos universalmente”. Expertos en la materia dan cuenta de que se puede haber reproducido la lógica del “Choque de civilizaciones” en el Consejo —extrapolable al resto de organismos de derechos humanos de la ONU— por la “imposición de un nuevo catálogo de derechos”. Vid. VOSS, M. Joel: “Contesting...”, cit., p. 19.

todas y cada una de las tareas exigidas (y alguna más)²⁸. Por razones evidentes de espacio no podemos entrar en profundidad en ellas, pero sí realizar un breve bosquejo. El primer hito reseñable fue el Informe “Diversidad en la humanidad, humanidad en la diversidad”, de 19 de abril de 2017, presentado al Consejo de Derechos Humanos en su 35º periodo de sesiones, celebrado entre el 6 y el 23 de junio de 2017²⁹. El siguiente hito es el Informe “Acepta la diversidad e impulsa la humanidad”, de 19 de julio de 2017, presentado a la Asamblea General en su 72º periodo de sesiones³⁰. Después destacan diferentes visitas que ha realizado a otros tantos países. Primero a Argentina, misión que tuvo lugar entre el 1 y el 10 de marzo de 2017 y cuyo Informe final se ha elaborado el 9 de abril de 2018 (y presentado al Consejo de Derechos Humanos en su 38º periodo de sesiones, del 18 al 6 de julio de 2018)³¹. Después a Georgia, con una visita celebrada entre el 25 de septiembre y el 5 de octubre de 2018, que no tiene todavía Informe de balance pero sí una declaración pública del Experto abogando porque el país adopte todas las medidas necesarias para el reconocimiento de la realidad de las personas LGTBI, así como la legislación necesaria a tal fin³². Y finalmente a Mozambique, misión que ha completado entre el 2 y el 10 de diciembre de 2018, donde, a pesar de que tampoco existe todavía Informe final, ha dejado una declaración pública y exigente para con las autoridades mozambiqueñas, reconociendo sus aciertos e impulsando la voluntad de subsanar errores³³.

²⁸ Por poner un ejemplo concreto: el Experto no ha dudado en emitir recientemente una Declaración Pública condenando la violencia global contra comunidad *trans*. Vid. <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=23775&LangID=E> (consultado el 15 de julio de 2019).

²⁹ Puede leerse el Informe aquí: <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/GenderIdentityReport.aspx> (consultado el 15 de julio de 2019).

³⁰ Puede leerse el Informe aquí: <https://www.ohchr.org/SP/Issues/SexualOrientationGender/Pages/AnnualReports.aspx> (consultado el 15 de julio de 2019).

³¹ Puede leerse aquí: <http://acnudh.org/informe-del-experto-independiente-sobre-orientacion-sexual-o-identidad-de-genero-mision-a-la-argentina/> (consultado el 15 de julio de 2019).

³² Puede leerse aquí: <https://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=23682&LangID=E> (consultado el 15 de julio de 2019).

³³ Adelantando que la tarea debe realizarse en cuatro frentes. Primero, que dichas autoridades conozcan y reconozcan la realidad de su población LGTBI; segundo, que investiguen las conocidas como “terapias de conversión”; tercero, que implementen campañas de sensibilización en todos los sectores; y cuarto, que for-

3.2. *Mecanismos de protección basados en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*

La ONU goza de una serie de tratados internacionales que protegen específicamente alguno o varios derechos humanos. Cada uno de estos tratados suele llevar aparejado un mecanismo de protección específico, un órgano colegiado formado por miembros de los diferentes países firmantes del correspondiente Tratado. Estos órganos, aunque se asemejan en cierta medida a los tribunales (se habla de que sus resoluciones son *jurisprudencia*), en puridad son órganos más políticos que jurídicos, sin que sus decisiones sean más vinculantes de lo que el Estado afectado de turno decida³⁴.

En esta materia concreta y para el arco temporal consabido destacan en total ocho resoluciones. Seis de ellas decididas por el Comité de Derechos Humanos (mecanismo de protección del PIDCP); y dos ellas decididas por el Comité contra la Tortura (mecanismo de protección del CT)³⁵.

3.2.1. Comité de Derechos Humanos

La labor del Comité de Derechos Humanos respecto a la protección de las personas LGTBI continua la senda marcada en los noventa

mulen políticas públicas y protocolos en dicho sentido, especialmente legislación anti-discriminación. Puede verse la declaración aquí: <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=24002&LangID=E> (consultado el 5 de junio de 2019).

³⁴ Sobre esta cuestión puede verse RODLEY, Nigel S: “The role and impact of treaty bodies”. En Shelton, David (ed.); *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*. Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 621-648. Se calcula que la media de cumplimiento de estas resoluciones viene siendo de menos de la mitad. Vid. FERNÁNDEZ LIESA, Carlos: *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en perspectiva histórica*. Aranzadi, Cizur Menor, 2013, p. 453. Al fin y al cabo, “la clave para una mejor protección de los derechos humanos se encuentra en profundizar en el diálogo entre los órganos y los Estados, incidir en la cooperación con estos y movilizar los recursos adecuados”. Así lo afirma OCHOA RUIZ, Natalia: *Los mecanismos convencionales de protección de los derechos humanos en Naciones Unidas*. Civitas, Madrid, 2004, p. 430.

³⁵ Todas las resoluciones se han consultado aquí: <http://juris.ohchr.org/es> (consultado el 5 de junio de 2019).

del pasado siglo³⁶. En el periodo de los últimos cuatro años destacan seis casos, ventilados en 2017 y 2016, donde se alega la vulneración de varios preceptos del Pacto, especialmente los contemplados en los artículos 26 y 27³⁷.

Comenzando por 2017, en dicho año se ventilaron los casos *C. c. Australia*; *G. c. Australia*; y *M.Z.B.M. c. Dinamarca*.

En el caso *C c. Australia* (Dictamen aprobado el 28 de marzo de 2017, referencia CCPR/C/119/D/2216/2012) se plantea demanda ante el Comité porque la actora entiende que la denegación de acceso al divorcio a las parejas del mismo sexo por parte de la legislación australiana, siendo el matrimonio contraído legítimamente en el extranjero, es un acto de discriminación por orientación sexual, que atentaría contra dos derechos reconocidos en el Pacto: el derecho de acceso a los tribunales en condiciones de igualdad (para obtener la correspondiente sentencia de divorcio, en lectura conjunta de los artículos 14 y 2 del Pacto)³⁸, y el derecho a la igualdad ante la ley

³⁶ Sigue siendo señero el principal criterio emanado de su jurisprudencia; y es que el artículo 26 PIDCP prohíbe que cualquier persona sea discriminada, también, por motivos de orientación sexual e identidad de género. Este fue el famoso “criterio Toonen” (nombre del primer caso donde lo estableció, en 1994), que se ha mantenido hasta la actualidad. Vid. DÍAZ LAFUENTE, José: “El derecho a la igualdad y a la no discriminación por motivos de orientación sexual”. En CUESTA LÓPEZ, Víctor Manuel; y SANTANA VEGA, Dulce María (coords.); *Estado de Derecho y discriminación por razón de género, orientación e identidad sexual*. Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014, p. 312 y ss. Destaca la labor del Comité ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina: “Derechos...”, *cit.* p. 754 y ss.

³⁷ Artículo 26 PIDCP: “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. Artículo 27 PIDCP: “En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”.

³⁸ Artículo 2 PIDCP: “1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opi-

nión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter. 3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que: a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales; b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial; c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”. Artículo 14 PIDCP: “ 1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores. 2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley. 3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella; b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección; c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas; d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo; e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo; f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal; g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable. 4. En el pro-

(artículo 26 del Pacto). Para la actora, dicha denegación no queda justificada ni objetiva ni razonablemente, criterios más que asentados en la jurisprudencia del Comité, así como en diversos tribunales internacionales como el TEDH, del que cita alguna jurisprudencia en la materia³⁹. Australia, por su parte, cree que buena parte de las afirmaciones de la actora carecen de pertinencia por la sencilla razón de que el matrimonio entre personas del mismo sexo no está protegido por el Pacto (tal y como confirmó el Comité en el caso *Joslin y otros c. Nueva Zelanda*, de 17/7/2002). Además estima que cumple el juicio de proporcionalidad en todos sus elementos y que no ha habido discriminación alguna.

El Comité considera que las razones que otorga el Estado parte no son suficientes. Con sus propias palabras: “el Comité observa que el Estado parte no justifica de manera razonable por qué los motivos que se aducen para reconocer las excepciones no son también aplicables al matrimonio contraído en el extranjero por la autora con una persona del mismo sexo. Por ejemplo, el Estado parte no ha explicado en ningún momento por qué el motivo que esgrime para que un matrimonio polígamo celebrado en el extranjero y no reconocido en Australia pueda ser objeto de un procedimiento de divorcio no es igualmente aplicable al matrimonio contraído por personas del mismo sexo en el extranjero y no reconocido en Australia. En ausencia de explicaciones más convincentes del Estado parte, el Comité considera

cedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social. 5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley. 6. Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido. 7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”.

³⁹ Sobre el particular puede verse GILBAJA CABRERO, Estela: “Orientación sexual y Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. En *Revista de Derecho Político* 91 (2014), pp. 303-340.

que la diferencia de trato que se dispensa a la autora por motivo de su orientación sexual en cuanto al acceso a un procedimiento de divorcio no se funda en criterios razonables y objetivos y, por lo tanto, constituye discriminación con arreglo al artículo 26 del Pacto” (párrafo 8.6). Declara violado dicho precepto (razón bastante para no entrar a considerar si se vulneró el otro derecho alegado), exigiendo al Estado que repare la ilicitud y sus consecuencias y que en el plazo de ciento ochenta días le comunique el estado de la cuestión⁴⁰.

En el caso *G c. Australia* (Dictamen del 17 de marzo de 2017, referencia CCPR/C/119/D/2172/2012), estamos ante la negativa del Estado parte a cambiar el sexo consignado en la partida de nacimiento de una persona transgénero casada. La persona afectada recurre ante el Comité porque estima que dicha negativa lesiona diversos preceptos tanto del Pacto como de su Protocolo Facultativo, entre ellos y en lo que aquí interesa el artículo 26.

El Comité estima que “el cambio de sexo es legal en Australia y que a las personas transgénero operadas se les ofrece la posibilidad de que se les reconozca legalmente el sexo adquirido y están protegidas contra la discriminación por su condición de persona transgénero. La autora contrajo un matrimonio válido en Australia. Tras su cambio de género se le han expedido legalmente pasaportes en los que aparece como mujer, y se le ha cambiado el nombre en diversos documentos, como la partida de nacimiento, el pasaporte, el permiso de conducir y la tarjeta de atención sanitaria, entre otros. Tampoco se cuestiona el hecho de que con posterioridad al cambio de sexo la autora ha mantenido de forma cotidiana con una mujer una relación marital afectiva que el Estado parte ha reconocido como válida en todos los sentidos. No hay razón evidente para negarse a adaptar la partida de nacimiento de la autora a esta situación legalmente válida” (párrafo 7.9), lo que le lleva a afirmar que la injerencia en la vida privada familiar de la autora no es necesaria, ni proporcionada ni obedece a un interés legítimo (párrafo 7.10).

⁴⁰ La decisión fue objeto de los votos particulares del Sr. Yadh Ben Achour (disidente), la Sra. Sarah Cleveland (concurrente), y la Sra. Anja Seibert-Fohr (disidente), al que suma la Sra. Photini Pazartzis.

En lo que hace a la no discriminación, el Comité estima que “(...) el Estado parte (...) al negar a las personas transgénero casadas una partida de nacimiento que consigne correctamente su sexo, a diferencia del trato dispensado a las personas transgénero y demás personas no casadas, (...) no está concediendo igual protección ante la ley a la autora y a las personas que se encuentren en una situación parecida en su calidad de personas transgénero casadas. A este respecto, (...) la distinción aducida por el Estado parte no es necesaria ni proporcional a un interés legítimo, por lo que es irrazonable” (párrafo 7.4). Es por ello que el Comité “considera que la diferencia de trato entre personas casadas y no casadas que se han sometido a un procedimiento quirúrgico de afirmación del sexo y solicitan la modificación del sexo consignado en su partida de nacimiento no obedece a criterios razonables y objetivos, por lo que constituye discriminación por motivos de estado civil y condición de persona transgénero, de conformidad con el artículo 26 del Pacto” (párrafo 7.5).

Finalmente, tenemos el caso *M.Z.B.M. c. Dinamarca* (Dictamen de 20 de marzo de 2017, referencia CCPR/C/119/D/2593/2015), donde la actora, mujer transgénero, considera que su expulsión a Malasia vulneraría diversos preceptos del Pacto (en concreto, el artículo 7, leído conjuntamente con los artículos 17.1; 18.1, y el artículo 26). En esta ocasión las cosas se desarrollaron de forma diferente. El Comité constata que: “tanto el Servicio de Inmigración de Dinamarca como la Junta de Apelaciones para Asuntos de Refugiados examinaron, de manera exhaustiva, las afirmaciones de la autora y las pruebas presentadas, pero consideraron que sus alegaciones de haber sido detenida y, en particular, de haber sido objeto de abusos sexuales adolecían de falta de fundamento e incoherencias en varios aspectos, entre ellos el número de incidentes, el momento y lugar en que sucedieron y el número de autores. A este respecto, el Comité observa que, en su comunicación, la autora describió esos incidentes de manera genérica. En cuanto a las supuestas actuaciones penales contra la autora en virtud de la ley islámica y a las amenazas de encarcelamiento que recibió en 2012 como resultado de dichas actuaciones, la Junta de Apelaciones para Asuntos de Refugiados también examinó los documentos del tribunal islámico que presentó la autora, pero observó que no se había dado curso a las acusaciones contra ella desde abril de 2012 y que, entre esa fecha y la partida definitiva de la autora en enero de 2014, esta había viajado al

extranjero con frecuencia, sin ningún impedimento, y que durante ese tiempo no había sido detenida ni acosada en otro aspecto. En vista de esos viajes al extranjero, la Junta también puso en duda la afirmación de la autora de que el motivo por el que había retrasado su partida hasta enero de 2014 había sido la falta de medios financieros” (párrafo 7.4). Además, en el seno del proceso sustanciado ante el mismo Comité, este “observa que la autora no ha señalado ninguna irregularidad en el proceso de adopción de decisiones ni ningún factor de riesgo que las autoridades del Estado parte no hayan tenido debidamente en cuenta. Si bien la autora ha refutado la conclusión sobre los hechos a la que han llegado las autoridades de inmigración de Dinamarca, no ha explicado de qué forma el procedimiento que se siguió ante esas autoridades fue arbitrario o equivalió a una denegación de justicia” (párrafo 7.5). Por todo ello, el Comité no puede llegar a la conclusión de que “la expulsión de la autora a Malasia constituiría una violación de los derechos que la asisten en virtud del artículo 7 del Pacto, leído conjuntamente con los artículos 17, párrafo 1, y 26” (párrafo 7.6).

Respecto al litigio de 2016 hay que decir que el Comité resolvió un caso especialmente interesante, el caso *M.K.H. c. Dinamarca* (Dictamen de 12 de julio de 2016, referencia CCPR/C/117/D/2462/2014). En este supuesto el actor impugna la negativa de asilo de Dinamarca y el consiguiente riesgo que correría su vida de ser devuelto a Bangladesh, por motivo de su homosexualidad. El artículo que alega en exclusiva es el 7 (y no el 26), pero ello no es óbice para que le dediquemos algo de espacio por estar ante uno de esos supuestos bastante típicos de tratos inhumanos por la declarada homosexualidad del litigante⁴¹. En el procedimiento de solicitud de asilo el actor presentó una batería de pruebas que corroboraban que cuando vivió en Bangladesh él y su amante fueron severamente maltratados después de ser descubiertos juntos en un arrozal. De hecho, su compañero acabó perdiendo la vida cuando fue a visitar a su hermana. La persecución resultaba obvia, lacerante y reiterada. Y ese peligro no había pasado, según su parecer y según las pruebas que ameritaba. Así lo estima el Comité, estableciendo que “el Estado parte no tuvo debidamente en cuenta su versión sobre los

⁴¹ Artículo 7 PIDCP: “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos”.

hechos por los que pasó en Bangladesh, los documentos que proporcionó y la información de antecedentes disponible sobre los riesgos que afrontan las personas lesbianas, gays, bisexuales y transgénero en ese país, desestimando arbitrariamente las alegaciones del autor. En tales circunstancias, el Comité considera que la expulsión del autor a Bangladesh constituiría una vulneración del artículo 7 del Pacto” (párrafo 8), por lo que insta a Dinamarca a realizar de nuevo el examen de la solicitud de asilo y a que, mientras este tenga lugar, no extradite al interesado a Bangladesh (párrafos 9 y 10)⁴².

Finalmente, en 2013 se resolvió el caso *Alekseev c. Federación de Rusia* (Dictamen de 25 de octubre de 2013, referencia CCPR/C/109/D/1873/2009). El objeto del proceso era la denuncia del afectado contra la decisión de las autoridades rusas de prohibir todas y cada una de las reuniones pacíficas que había convocado desde la plataforma de derechos LGTBI donde participaba activamente. Tal y como lo ve el demandante “el que las ideas de una minoría puedan “ofender, consternar o perturbar” a la mayoría y generar una oposición violenta no puede justificar una prohibición general a la expresión de las opiniones de dicha minoría por medio de reuniones pacíficas. Al contrario, el Estado debería proteger las reuniones pacíficas de los grupos minoritarios contra este tipo de actos violentos” (párrafo 3). La autoridad rusa no comparte el criterio y deniega el permiso. El caso parecía visto para sentencia, y nunca mejor dicho, dado que el 1 de noviembre de 2010 el autor informó de que, el 21 de octubre de ese mismo año, el TEDH había fallado sobre su causa, sobre la negativa de las autoridades a autorizar la celebración de actos similares a los mencionados en la presente comunicación, en 2006, 2007 y 2008. En ese caso concreto, el TEDH estableció que se habían violado los derechos del autor conforme a lo establecido en el artículo 11 CEDH (libertad de reunión pacífica)⁴³.

⁴² Por el contrario, en uno de los últimos casos de los que se ha tenido noticia (*W.K. c. Canadá*, Dictamen de 27 de marzo de 2018, referencia CCPR/C/122/D/2292/2013), el Comité decide de forma diametralmente opuesta por estimar que el actor no funda lo suficiente su alegación respecto de la “peligrosidad” de su extradición de Canadá a Egipto.

⁴³ Vid. GILBAJA CABRERO, Estela: “Orientación...”, *cit*; p. 329.

El Comité decide que el caso resulta admisible porque en el de autos se dan circunstancias objetivas diferentes, impugnándose ahora la prohibición de celebrar un piquete en protesta por la ejecución de homosexuales y menores en la República Islámica del Irán (párrafo 8.2).

Posteriormente, se pronuncia sobre el fondo del asunto. Y en un razonamiento ya conocido dirá que “El Comité señala que el permiso para celebrar el piquete propuesto por el autor se negó exclusivamente porque, dado el tema que trataba (la promoción del respeto de los derechos humanos de las personas pertenecientes a minorías sexuales), habría provocado una reacción negativa que habría podido llevar a alteraciones del orden público. Al denegarse el permiso no se mencionaron ni el lugar, ni la fecha, ni la duración ni la forma propuestos para la celebración de la reunión. Por tanto, en la decisión del subprefecto del Distrito Administrativo Central de Moscú de 11 de julio de 2008 se negó el derecho del autor a organizar una reunión pública por girar en torno a un tema concreto, lo cual supone una de las injerencias más graves que pueden concebirse con respecto al derecho a la libertad de reunión pacífica. El Comité señala que la libertad de reunión protege a las manifestaciones que promuevan ideas que otras personas pueden considerar molestas u ofensivas y que, en esos casos, los Estados partes tienen la obligación de proteger a quienes participan en ellas en ejercicio de sus derechos de los actos violentos cometidos por terceros. Señala además que la existencia de un peligro general y no especificado de que haya una contramanifestación violenta o la mera posibilidad de que las autoridades no puedan evitar o neutralizar la violencia no bastan para prohibir una manifestación. El Estado parte no ha facilitado al Comité ninguna información en el presente caso que pueda fundamentar su afirmación acerca de la posibilidad de una “reacción negativa” de otros miembros de la opinión pública al piquete propuesto por el autor, que la policía no habría sido capaz de impedir en el adecuado desempeño de su mandato. En tales circunstancias, la obligación del Estado parte era proteger los derechos que el Pacto confiere al autor, no contribuir a suprimirlos. Por este motivo, el Comité concluye que la restricción de los derechos del autor era innecesaria en una sociedad democrática para proteger la seguridad pública, y que vulneró el artículo 21 del Pacto” (párrafo 9.6). Y condena a Rusia al pago de una indemnización adecuada y al resarcimiento de gastos y costas procesales.

En dicho año, 2013, también se ventiló el caso *M.I. c. Suecia* (Dictamen de 25 de julio de 2013, referencia CCPR/C/108/D/2149/2012). El caso es muy similar al estudiado arriba, *M.Z.B.H c. Dinamarca*, solo que ahora el procedimiento de asilo se sigue en Suecia. Y el Comité da la razón a la autora, quien nunca escondió su condición de lesbiana, condición por la que sufrió violaciones reiteradas, malos tratos policiales y persecución por parte de organizaciones estudiantiles islámicas en Bangladesh. Lo hace partiendo de la base que “los homosexuales son estigmatizados en la sociedad de Bangladesh”. El Comité considera que “la existencia de esa legislación fomenta de por sí la estigmatización de las personas lesbianas, gays, bisexuales y transexuales y constituye un obstáculo a la investigación y el castigo de los actos de persecución contra estas personas. El Comité considera que, al decidir sobre su solicitud de asilo, las autoridades del Estado parte se centraron principalmente en las incoherencias y ambigüedades en la exposición de hechos específicos que efectuó la autora. Sin embargo, las incoherencias y ambigüedades mencionadas no son de naturaleza tal como para restar verosimilitud a los riesgos temidos. Habida cuenta de la situación a que se enfrentan las personas pertenecientes a minorías sexuales, de la que se da cuenta en los informes presentados por las partes, el Comité opina que, en el caso particular de la autora, el Estado parte no tomó debidamente en consideración las alegaciones de la autora sobre lo que le ocurrió en Bangladesh a causa de su orientación sexual, en particular los malos tratos sufridos a manos de la policía, al evaluar el supuesto riesgo que correría si regresara a su país de origen. Por consiguiente, en tales circunstancias, el Comité considera que la expulsión de la autora a Bangladesh constituiría una vulneración del artículo 7 del Pacto” (párrafo 7).

3.2.2. Comité contra la Tortura

En esta materia destacan dos asuntos, uno de 2017 y otro de 2015. El primero es el caso *E.A. c. Suecia*; el segundo es el caso *J.K. c. Canadá*.

En el caso *E.A. c. Suecia* (Dictamen de 11 de agosto de 2017, referencia CAT/C/61/D/690/2015), se plantea un caso bastante similar al anterior. El litigante acude al Comité para solicitar que no sea devuelto por las autoridades suecas al Líbano, toda vez que su condición

de homosexual declarado le reportaría diferentes malos tratos y vejaciones por parte de las autoridades libanesas, especialmente por parte de sus cuerpos y fuerzas del orden. El Comité aplica un test conocido para solventar estos casos y que podríamos resumir en una directriz: incluso aunque estemos en condiciones de afirmar que el país en cuestión viola masivamente los derechos humanos, el actor soporta la carga de la prueba de que en su caso particular el riesgo de sufrir torturas y/o malos tratos es cierto y probable, concreta e individualmente. De lograrlo, tendría derecho al *non-refoulement* que la Convención le reconoce. El Comité, en una decisión cuestionable, estima que “las alegaciones del autor de que correría un riesgo personal de sufrir un trato contrario al artículo 3 de la Convención son hipotéticas y no van más allá de la pura teoría o sospecha. El Comité concluye que el autor no ha satisfecho la carga de presentar un caso defendible” (párrafo 9.7). Y por ello, “considera que este no ha aportado pruebas suficientes que le permitan llegar a la conclusión de que la expulsión por la fuerza a su país de origen lo expondría a un riesgo previsible, real y personal de tortura en el sentido del artículo 3 de la Convención” (párrafo 10), lo cual le lleva a considerar que su expulsión no vulnera dicho artículo (párrafo 11).

En el caso *J.K. c. Canadá* (Dictamen de 23 de noviembre de 2015, referencia CAT/C/56/D/562/2013) estamos ante un supuesto muy similar aunque con desenlace diferente. El país al que va a ser devuelto el litigante es Uganda, quien alega que de ser extraditado por Canadá se haría en lesión del artículo 3 de la Convención. Es notorio y sabido que la Uganda oficial es un país abiertamente homófobo y así lo hace constar el Comité. De muestra, un botón: “El Comité observa que el Estado parte ha reconocido que la situación del colectivo de personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero e intersexuales en Uganda es problemática y ha empeorado a raíz de la promulgación de la Ley contra la Homosexualidad. El Comité observa también que, a pesar de que esa Ley fue declarada nula por el Tribunal Constitucional en agosto de 2014, el Tribunal basó su decisión en una cuestión de procedimiento (el hecho de que fuese aprobada sin el *quórum* necesario) y la Ley podría volver a ser presentada en el Parlamento en cualquier momento. El Comité observa, asimismo, que según informaciones de dominio público, tras la promulgación de la Ley, hubo un incremento de los casos de detención arbitraria, extorsión por la policía, desalojo

y atentado contra la reputación de las personas LGTBI, así como del número de esas personas que se quedaron sin techo. Además, el Comité observa que hay informes que indican que algunas de ellas han sido golpeadas y vejadas por la policía y por los reclusos cuando se encontraban bajo custodia. Así pues, “el Comité considera que el autor podría correr el riesgo de sufrir tortura o malos tratos si fuese devuelto a Uganda teniendo en cuenta no solo su orientación sexual, sino también su militancia en organizaciones de personas lesbianas, gais, bisexuales, transgénero e intersexuales y el hecho de que podría ser detenido para responder de los cargos penales que se han presentado contra él” (párrafo 10.5). Por ello declara que la devolución del actor en estas circunstancias vulneraría el artículo 3 de la Convención.

3.3. Otros mecanismos de protección

Dentro de los restantes mecanismos de protección que la ONU prevé es de justicia hacer una referencia, por somera que sea, a dos instituciones capitales: el Alto Comisionado para los Derechos Humanos y la Secretaría General.

3.3.1. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos

El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) es uno de los órganos de Naciones Unidas que más está trabajando en esta materia. Así, podemos destacar algunos hitos que jalonan sus recientes actividades. En concreto tres.

El primero es el *Informe sobre prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género*, presentado al Consejo de Derechos Humanos en 2015⁴⁴. En él destaca que “Si bien se han hecho algunos progresos desde el primer estudio, llevado a cabo en 2011, en general las personas LGBT e intersexuales siguen viéndose afectadas por un cuadro extendido y persistente de malos tratos violentos, acoso y discrimina-

⁴⁴ Disponible en: <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Discrimination/Pages/LGBTUNReports.aspx> (consultado el 5 de junio de 2019).

ción en todas las regiones. Estos actos constituyen violaciones graves de los derechos humanos, perpetrados a menudo con impunidad, lo que indica que las disposiciones vigentes para proteger los derechos humanos de las personas LGBT e intersexuales son inadecuadas. Al día de hoy no existe un mecanismo especializado de derechos humanos a nivel internacional que aplique un enfoque sistemático e integral de la situación de los derechos humanos de las personas LGBT e intersexuales”. En el mismo año 2015 tuvo lugar el segundo hito. El ACNUDH celebró una *Reunión de Expertos para poner fin a la discriminación de las personas intersexuales*, aprobándose finalmente la *Ficha de Datos sobre los derechos humanos de las personas intersexuales*⁴⁵. Dicho documento destaca, y creo que con razón, los casos pioneros y punteros de Australia y Malta. Los *aussies* aprobaron, en 2013, la Enmienda de la Ley sobre la Discriminación Sexual (Orientación sexual, identidad de género e intersexualidad), la primera ley que incluye el estatus intersexual como un motivo prohibido de discriminación *per se*. El Senado de Australia también ha llevado a cabo una investigación oficial sobre la esterilización forzada o involuntaria de las personas intersexuales. Por su parte, Malta aprobó en 2015 la Ley sobre Identidad de Género, Expresión de Género y Caracteres Sexuales, la primera disposición legislativa que prohíbe la cirugía y el tratamiento de los caracteres sexuales de los menores sin consentimiento informado. Asimismo, prohíbe la discriminación basada “en los caracteres del sexo”. Son buenas muestras de que cuando los Estados quieren, pueden. El tercer hito llega en 2016, cuando el ACNUDH publicó el exhaustivo *Vivir Libres e Iguales: Qué están haciendo los Estados para abordar la violencia y discriminación contra las personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero e intersex*⁴⁶, un Informe que se ha convertido (o debería) en una auténtica referencia en la materia. Por la extensión y abundancia de datos, nos quedamos aquí con su principal conclusión: en los últimos tiempos diversas autoridades a lo largo y ancho del planeta han adoptado medidas de “gran alcance”

⁴⁵ Se han leído aquí: www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/Astepforwardforintersexvisibility.aspx y aquí: www.ohchr.org/EN/Issues/Discrimination/Pages/LGBTFactSheets.aspx (consultado el 5 de junio de 2019).

⁴⁶ Se ha leído aquí: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/LivingFreeAndEqual_SP.pdf (consultado el 16 de julio de 2019).

para tratar las violaciones de derechos humanos contra las personas LGBTI, haciéndose eco de más de doscientas medidas en sesenta y cinco países⁴⁷.

3.3.2. Secretaría General

Desde la Secretaría General de Naciones Unidas se han acometido acciones relevantes⁴⁸. En el año 2014, Ban Ki-moon, el que todavía era Secretario General, publicó un mensaje con ocasión del *Día Internacional contra la Homofobia y la Transfobia*, el 16 de mayo de 2014, donde defendía que los derechos de las personas LGTB son derechos humanos y que los derechos humanos son derechos de las personas LGTB. Y que estas personas gozan del derecho a vivir sus vidas sin discriminación de ningún tipo y de obtener de poderes públicos y

⁴⁷ Ejemplos concretos: Argentina garantiza el derecho de acceder a los llamados “tratamientos de afirmación de género”, mientras que Nueva Zelanda o Dinamarca permiten que su ciudadanía elija la “X” en documentos oficiales como el Pasaporte (garantizando el género no binario). Por otro lado, algunos Estados han tomado medidas para reducir el abuso hacia los adultos y niños LGBT e intersexuales en el entorno médico (por ejemplo, Suiza e Irlanda), incluyendo la erradicación de las llamadas terapias de «conversión» y la esterilización forzada (cosa que ha sucedido en Estados Unidos, China y Ecuador, cerrando centros donde se llevaban a cabo). Otros Estados han eliminando las clasificaciones médicas que asumían que la transexualidad era una patología (Sudáfrica). Dos Estados han prohibido la discriminación por motivo de caracteres sexuales/condición intersexual (Australia y Sudáfrica) y otro más ha prohibido las cirugías innecesarias realizadas a los niños intersexuales (Argentina). Diferentes resoluciones judiciales han defendido los derechos de las organizaciones LGTBI tanto para registrarse como para llevar a cabo las actividades que les son propias, amén de reconocer indemnizaciones a causa de las violaciones de sus derechos (Tailandia, Malasia, o Lituania). Se han dictado diversas ordenanzas locales para perseguir delitos motivados por el odio, y se han llevado acciones de capacitación de funcionarios locales, así como diversas iniciativas educativas (Filipinas, México, Alemania, Argentina, Rusia, Brasil, y Malta). Vid. ALTO COMISIÓNADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS: *Vivir Libres e Iguales*. Organización de Naciones Unidas, Ginebra, 2016, pp. 141 y ss.

⁴⁸ Vid. JIMÉNEZ RUIZ, José Luis; y MARTÍN CÁCERES, L; “Juicios de Sodoma: argumentos y crónica jurídica”. En *Revista Aranzadi Doctrinal* 2 (2016), p. 226. A pesar de esto, el Secretario General suele ser criticado por su débil apoyo (“soft-peddling”). Vid. ALSTON, Philip; y GOODMAN, Ryan; *International...*, cit., p. 228.

particulares un trato igual, garantizando que conduzcan sus vidas en libertad⁴⁹.

El Secretario General no deja de lamentar la realidad que, incluso a día de hoy, se observa en muchos (demasiados) Estados, donde se tipifican como delito conductas sexuales que califican de “desviadas”, y donde se cometen todo tipo de tropelías contra personas LGTBI, desde malos tratos y torturas, hasta acoso en las calles, escuelas y trabajos; desde las llamadas “violaciones correctivas” hasta los más viles asesinatos (en demasiadas ocasiones cerrados sin apenas investigación). El Secretario General ha seguido en la brecha, impulsando y defendiendo los derechos de las personas LGTBI con apoyo explícito a diversas iniciativas, encuentros y conferencias a nivel regional y mundial⁵⁰.

4. BALANCE DE URGENCIA

Llegamos a la parte final, donde se realizará un balance general seguido de una (más que modesta) prospectiva de futuro.

4.1. *Balance general*

En líneas generales, la ONU ha seguido trabajando en pos de lograr que las personas LGTBI puedan disfrutar de los derechos humanos libres de trazas discriminatorias. No puede decirse que se haya quedado cruzada de brazos. Ha reforzado algunos mecanismos existentes, y ha creado otros nuevos tales como el *Experto Independiente*.

⁴⁹ La transcripción completa puede verse aquí: <http://www.un.org/sg/messages/2014/homoday2014.shtml#> (consultado el 5 de noviembre de 2018). Incluso defendió el mensaje en público estando en Rusia, ante una nutrida representación diplomática universal con motivo de los Juegos de Invierno de Sochi de 2014. Vid. <https://www.youtube.com/watch?v=I77pvU-HFkI> (consultado el 5 de junio de 2019).

⁵⁰ Así lo hizo, por ejemplo, saludando la “Global LGBTI Human Rights Conference”, celebrada en Montevideo, Uruguay, en el año 2016, declarando “estar orgulloso de formar parte de quienes luchan contra la discriminación contra las personas LGTBI”. Vid. <https://www.youtube.com/watch?v=yATlpSYXtiw> (consultado el 5 de junio de 2019).

Además, los mecanismos de protección convencionales han ventilado casos a favor de las personas LGTBI cuando han estimado que en Derecho así debía hacerse. La dignidad, la libertad y la igualdad (especialmente en su vertiente de no discriminación) suelen ser los principales valores en los que se basan, cosa que por lo demás es bastante común en el razonamiento jurídico comparado cuando de derechos LGTBI se trata⁵¹. Por todo ello el balance es en líneas generales positivo⁵².

No obstante, existen todavía algunas cuestiones pendientes. Diversos sectores doctrinales destacan la falta de consenso internacional para crear una norma jurídica vinculante, un auténtico tratado internacional, en la materia. Los avances se producen a golpe de *jurisprudencia*. Los Comités realizan una tarea encomiable, pero su eficacia real tiene mucho que ver con eso que Pastor Ridruejo denomina la “movilización de la vergüenza”, con órganos decisores más políticos que jurídicos y con mucho de convencimiento previo de los diferentes Estados para cumplir (o incumplir) los preceptos correspondientes⁵³. Para bien o para mal, el margen de apreciación de los Estados en estas cuestiones sigue siendo amplio⁵⁴.

⁵¹ Vid. SPERTI, Angioletta: *Constitutional Courts, Gay rights and sexual orientation equality*. Hart Publishing, London, 2017, p. 196.

⁵² Vid. PIOVESAN, Flavia; y KAMIMURA, Akemi: “Proteção internacional à diversidade sexual e combate à violência e discriminação baseadas a orientação sexual e identidade de gênero”. En *Anuario de Derecho Público* 1 (2017), pp. 173-190.

⁵³ Vid. PASTOR RIDRUEJO, José Antonio: “La globalización de los derechos humanos: El reto del siglo XXI”. En *Revista Europea de Derechos Fundamentales* 2 (2003), pp. 19-34; y PASTOR RIDRUEJO, José Antonio: “Prólogo”. En Ochoa Ruiz, Natalia: *Los mecanismos convencionales de protección de los derechos humanos en Naciones Unidas*. Civitas, Madrid, 2004, pp. 24 y ss.

⁵⁴ Lo que habría que fortalecer en el orden internacional no es, pues, el poder de los Estados, que ya tienen y en abundancia. Lo que se debe fortalecer es aquello que Ferrajoli define como *instituciones de garantía*, tanto las primarias (verifican la paz y la seguridad entre Estados), como las secundarias (garantizan esa ley del más débil que son los derechos fundamentales mediante instituciones jurisdiccionales). La falta de unas y otras es la triste realidad actual, a juicio del jurista italiano. Vid. FERRAJOLI, Luigi: *Constitucionalismo más allá del Estado*. Trotta, Madrid, 2018, p. 41 y ss.

Como posibles alternativas, quizá se podría intentar introducir cláusulas específicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en los diferentes Convenios, aunque precisamente esa falta de compromiso compartido daría al traste con la iniciativa⁵⁵. A lo mejor esa idea recurrente de crear un Tribunal Internacional en Naciones Unidas pueda ayudar a estas personas a ver realmente garantizados sus derechos. El problema que se barrunta aquí es doble: no sólo es más que probable que persista la falta de consenso en su creación; es que incluso si este se lograra, moriría pronto de éxito ante la más que previsible avalancha de demandas⁵⁶.

4.2. *Prospectiva de futuro*

Para conseguir crear una cierta cultura de respeto a los derechos humanos allá donde la hay solo de modo muy precario, se puede acudir al auxilio de algunas ideas doctrinales, ideas que se están desarrollando en un debate mucho más amplio que aquí sólo podemos apuntar⁵⁷.

⁵⁵ Hay algunos autores que creen, por el contrario, que es mejor mantener el listado de derechos humanos razonablemente corto y cuya redacción sea abstracta (que no ambigua). El motivo sería poder crear una “meseta egalitaria”, un mínimo común denominador sobre el cual debatir respecto a los desacuerdos que surjan. Vid. LUKES, S; “Cinco fábulas sobre los derechos humanos”. En Shute, Stephen; y Hurley, Susan (eds); *De los derechos humanos*. Trotta, Madrid, 1998, p. 46.

⁵⁶ Así lo asevera PASTOR RIDRUEJO, José Antonio; “La globalización...”, cit., quien considera la idea “absolutamente inviable”, p. 32, defendiendo por el contrario la subsidiariedad: “hacer caer la carga de creación de mecanismos de control en los Estados”, p. 33. Sobre la creación de ese Tribunal Internacional puede verse RODLEY, Nigel S; “The role...”. En Shelton, David (ed); *The Oxford...*, cit., p. 647; y, especialmente, la tesis de NOWAK, M; “La necesidad de un tribunal mundial”. En Almqvist, Jessica; y Gómez Isa, Felipe (coords.); *El Consejo de Derechos Humanos. Oportunidades y Desafíos*. Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, pp. 57-66, donde apuesta por crear un nuevo Tratado en el marco de la ONU (“Estatuto del Tribunal”), sin afectar a la Carta y/o al resto de Tratados, y con membresía tanto de Estados como de agentes no estatales.

⁵⁷ En lo que hace a los derechos fundamentales parece que en la actualidad pugnan dos paradigmas. El *paradigma sólido*, que defiende una interpretación literal de las normas, especialmente las constitucionales, en aras de garantizar la normatividad de las mismas así como la seguridad jurídica y la previsibilidad (sólo son derechos fundamentales los derechos positivados en la Constitución y en los términos que determine). Y el *paradigma líquido*, metáfora bien conocida

Un primer ejemplo sería la idea de Liborio Hierro. Para el iusfilósofo, las personas tenemos el derecho moral básico a vivir en un cierto tipo de Estado, a lo que se une la necesidad de un poder coercitivo para garantizar que los Estados son Estados de ese tipo. Es decir, un Estado que garantice la seguridad, la libertad, y la igualdad, que reconozca *cierto* orden social e internacional en el que los derechos

y auspiciada por Zygmunt Bauman que llega al mundo del Derecho, haciendo ahora que los derechos fundamentales sean también aquellos resultantes de la interpretación que los altos tribunales hagan en el marco de un fluido diálogo entre ellos (para el caso español tal extremo lo ejemplificaría, por poner un ejemplo, la STC 198/2012, que reconoce el derecho al matrimonio de las personas homosexuales haciendo decir al artículo 32 CE lo que este en su literalidad no dice). Un representante del primer sector, muy crítico con las tesis del segundo, es VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio: “El constitucionalismo líquido. La dogmática constitucional de los derechos fundamentales del siglo XXI tras 40 años de Constitución Española de 1978”. En Punset Blanco, Ramón (coord.); Álvarez Álvarez, Leonardo (coord.); y Roca Martínez, José María (pr): *Cuatro décadas de una Constitución normativa (1978-2018): Estudios sobre el desarrollo de la Constitución Española*. Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2018, pp. 31-51. También se puede consultar MATIA PORTILLA, Francisco Javier: “De primacía, derechos y tribunales”, en GORDILLO PÉREZ, Luis (coord.): *Constitución española e integración europea. Treinta años de Derecho Constitucional de la integración*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2018; específicamente sobre la resolución referida, puede verse MATIA PORTILLA, Francisco Javier: “Interpretación evolutiva de la Constitución y legitimidad del matrimonio formado por personas del mismo sexo”. En *Teoría y Realidad Constitucional* 31 (2013), pp. 541-554. Para conocer a fondo el segundo paradigma puede leerse el trabajo de BUSTOS GISBERT, Rafael: “XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales”. En *Revista Española de Derecho Constitucional* 95 (2012), pp. 13-63; el de GARCÍA ROCA, Javier: “El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales en la construcción de un orden público europeo”. En *Teoría y Realidad Constitucional* 30 (2012), pp. 183-224; el de LÓPEZ GUERRA, Luis: “El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales españoles. Coincidencias y divergencias”. En *Teoría y Realidad Constitucional* 32 (2013) pp. 139-158; el de XIOL RÍOS, Juan Antonio: “El diálogo entre Tribunales”, en ASOCIACIÓN DE LETRADOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Tribunal Constitucional y diálogo entre tribunales*, Madrid, CEPC, 2013, pp. 11-56; y el de SAIZ ARNAIZ, Alejandro: “Tribunal Constitucional y Tribunal Europeo de Derechos Humanos: las razones para el diálogo”. En ASOCIACIÓN DE LETRADOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: *Tribunal Constitucional y diálogo entre tribunales*. CEPC, Madrid, 2013, pp. 131-160.

y libertades proclamados en la DUDH se hagan efectivos (que es en definitiva lo que reconoce su artículo 28)⁵⁸.

Para ello debemos tener en cuenta algunas resistencias estructurales. John Rawls dejó algunas reflexiones al hilo de la Guerra de los Balcanes que siguen teniendo vigencia. Recordaba el jurista que hay Estados “proscritos”, que lo querrán seguir siendo porque no cejarán en su empeño de reprimir casi cualquier conducta que huela a libertad. A este tipo de Estados no basta con decirles alto y claro que hay líneas rojas en forma de derechos humanos, sino que hay que negarles todo tipo de ayuda (económica, política, militar, y de cualquier otra índole). También habría Estados “con condiciones desfavorables”, pero a diferencia de aquéllos, a estos sí que habría que ayudarles en el objetivo de alcanzar una sociedad bien ordenada, enfatizando la idea de derechos humanos junto a una batería de medidas adicionales que moderen lentamente la opresión de las minorías⁵⁹.

Si con esto no resulta, a lo mejor se puede dar entrada a la propuesta de Richard Rorty. Para el filósofo estadounidense el problema de la gente mala no es que sea “menos racional”, “menos lúcida”, o “más prejuiciosa”. El problema es que son desposeídos, en concreto de seguridad y de simpatía. Él lo razona así: “cuanto más duras son las cosas o más miedo se siente o más peligro se experimenta, menos tiempo y esfuerzo puede dedicarse a pensar en la condición de las personas con las cuales no te identificas de inmediato. La educación sentimental funciona únicamente cuando las personas pueden relacionarse lo suficiente como para escuchar”. Dicho con otras palabras, siempre las suyas: “la difusión de la cultura de los derechos humanos responde mucho más a un progreso de los sentimientos más que a la moral”, habiéndose “vuelto para nosotros mucho más fácil movernos

⁵⁸ HIERRO, Liborio: *Los derechos humanos. Una concepción de la justicia*. Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 258. El artículo 28 de la DUDH es un precepto realmente potente. Reza así: “Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos”.

⁵⁹ Vid. RAWLS, John: “Derecho de gentes”. En Shute, Stephen; y Hurley, Susan (eds); *De los derechos humanos*. Trotta, Madrid, 1998, pp. 47-85.

a actuar gracias a las historias tristes y sentimentales”⁶⁰. ¿Cómo llegar a sus corazones? ¿Cómo conseguir hacer de ello un arma política para el bien? Difícil, aunque ilusionante tarea.

Voces autorizadas nos recuerdan que la clave residirá en la gestión de las notables —y cada vez mayores— diferencias existentes entre las comunidades jurídico-políticas⁶¹. Por un lado tenemos a los Estados occidentales, que no han hecho sino intentar dar cabida a las reivindicaciones de las personas LGBTI a medida que sus demandas han entrado en el sistema. De otro lado tenemos el conjunto de Estados que hacen todo lo contrario. Y entre medias, una amplia panoplia donde cunden ejemplos de todo tipo. Las velocidades y las exigencias son diferentes. Los que iniciaron la carrera en pos de la igualdad y no discriminación hace muchos años ahora tienen que decidir entre algunas disyuntivas de calado (¿teoría posmoderna que vuela los cimientos del proyecto racional e ilustrado o mejora de este mediante el refuerzo de la igualdad y no discriminación del catálogo de derechos para todos?)⁶². Pero esas disyuntivas no se parecen en nada a las que encaran quienes viven todavía en sociedades *con aroma a estado de naturaleza*, sin rastro de Estado de Derecho, de Constitución, o de democracia⁶³.

⁶⁰ Vid. RORTY, Richard: “Derechos humanos: racionalidad y sentimentalidad”. En Shute, Stephen; y Hurley, Susan (eds); *De los derechos humanos*. Trotta, Madrid, 1998, pp. 131 y ss.

⁶¹ Resulta especialmente sugerente la investigación de la que da cuenta IGNATIEFF, Michael: *Las virtudes cotidianas. El orden moral en un mundo dividido*. Taurus, Madrid, 2018. En ella sostiene que se pone de manifiesto un claro “descontento con la globalización que hace que las personas defiendan su identidad”, p. 257; que “puesto que la globalización está poniendo en entredicho tantas fuentes de autoridad moral, sorprende que los activistas internacionales de derechos humanos den la suya por sentada”, p. 261; y que “la soberanía democrática y el universalismo de los derechos humanos va camino del enfrentamiento en todas partes”, p. 262.

⁶² Plantea la disyuntiva (decanándose por la segunda opción) MONEREO ATIENZA, C; *Diversidad...*, cit., p. 10 y ss. Se ha encontrado una brillante contribución sobre el trasfondo intelectual general de debates como este en OVEJERO, Félix: *La deriva reaccionaria de la izquierda*. Página Indómita, Madrid, 2018 (especialmente en su “Introducción”, pp. 21-76; y en “La Izquierda Posmoderna”, pp. 111-124.). También puede resultar interesante al lector la tesis que defiende BERNABÉ, Daniel: *La trampa de la diversidad*. Akal, Madrid, 2018 (6ª edición).

⁶³ Aunque a día de hoy el planteamiento de fondo de filósofos como Zizek se antoja bastante trasnochado (“la lucha comunista por la emancipación universal”,

5. CONCLUSIONES

Partiendo de la base de que el orden internacional es testigo tanto de avances como de retrocesos en los derechos de las personas LGTBI, en líneas anteriores hemos estudiado cómo ha abordado en estos últimos años la promoción y protección de los mismos la Organización de Naciones Unidas.

Desde la perspectiva de los mecanismos basados en la Carta destaca la labor del Consejo de Derechos Humanos, especialmente mediante dos instrumentos. En primer lugar, el Examen Periódico Universal, realizado bajo los auspicios del primero, y que ha otorgado cierto realce a la no discriminación de las personas LGTBI. En segundo lugar, mediante la creación de la que es la principal y auténtica novedad en la materia, el *Experto Independiente en Orientación Sexual e Identidad de Género*, quien ya ha llevado a cabo algunas acciones meritorias que el tiempo dirá si tienen o no continuidad. En líneas generales puede hablarse de una importante promoción, pero no tanto protección, en la medida en que no estamos ante órganos con competencia para dictar resoluciones jurídicamente vinculantes.

Desde la perspectiva de los mecanismos basados en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, destacan los casos que han llegado al Comité de Derechos Humanos y al Comité contra la Tortura. El primero ha decidido seis casos y el segundo dos. En seis de los ocho se dio la razón al litigante, que era con carácter general una persona LGTBI. Aquí se puede hablar más de protección que de mera promoción, aunque es cierto que la propia idiosincrasia de este tipo de órganos no permite lanzar las campanas al vuelo. Algo más de protección, pues, *ma non troppo*.

Desde la perspectiva de otros órganos de la ONU, destaca con mucho la ingente labor del ACNUDH, llevando a cabo una encomiable

p. 294), tiene algunas reflexiones que merece la pena rescatar. Por ejemplo, que la defensa anticolonialista multicultural de la multiplicidad de modos de vida es falsa, porque oculta y justifica actos de brutalidad, sexismo y racismo que dejamos correr por no caer en “mentalidades imperialistas”. Por ello en ningún caso se debería suscribir un compromiso estratégico que tolere en silencio costumbres que humillan a personas homosexuales, so pretexto de que forman parte de una lucha “más amplia”. Vid. ZIZEK, Slavoj: *El coraje...*, cit., pp. 293 y 294.

tarea de estudio, informe y difusión de los derechos humanos de las personas LGTBI por todo el globo. También destaca el papel, formal y diplomático pero real y sincero, de la Secretaría General, con mensajes institucionales de apoyo y aliento a la causa.

Finalmente, se ha realizado un balance de urgencia y una modesta prospectiva de futuro, con ideas generales sobre por dónde podrían discurrir futuros derroteros. En ese sentido, la tensión que late en el fondo del problema es casi idéntica a la que late en el fondo de buena parte de problemas que presenta el ordenamiento internacional: la convicción y voluntad de los Estados, auténtica clave de bóveda para el trato humano y justo de las personas LGTBI. Si desde los Estados se llama a “curarles”, cuando no a “perseguirles”, a “expulsarles” o, incluso, “matarles”, poco se podrá hacer más allá de seguir reivindicando su libertad e igualdad con todas las armas de las que disponen las democracias constitucionales.

6. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALMQVIST, Jessica; “El Consejo de Derechos Humanos: un paso audaz hacia derechos efectivos para todos”. En Almqvist, Jessica; y Gómez Isa, Felipe (coords.): *El Consejo de Derechos Humanos. Oportunidades y Desafíos*. Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, pp. 37-46.
- ALSTON, Philip; y GOODMAN, Ryan: *International Human Rights*. Oxford University Press, Oxford, 2013.
- ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS: *Vivir Libres e Iguales*. Organización de Naciones Unidas, Ginebra, 2016.
- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Ignacio: “La Organización de las Naciones Unidas y el derecho a la no discriminación por motivo de orientación sexual e identidad de género: apuntes para un debate”, *Revista General de Derecho Constitucional* 17 (2013), pp. 1-30.
- ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina: “Derechos humanos y orientación sexual e identidad de género”. En Rey Martínez, Fernando (dir.): *Los derechos humanos en España: un balance crítico*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 736-781.
- AMNISTÍA INTERNACIONAL: *Informe 2017-2018. La situación de los derechos humanos en el mundo*. Londres, 2018.
- BERNABÉ, Daniel: *La trampa de la diversidad*. Akal, Madrid, 2018 (6ª edición).

- BILBAO UBILLOS, Juan María; y MORETÓN TOQUERO, María Aranzazu; “Protección de los derechos humanos en España. Marco normativo”. En Rey Martínez, Fernando (dir.): *Los derechos humanos en España: un balance crítico*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 29-33.
- BUSTOS GISBERT, Rafael: “XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales”. En *Revista Española de Derecho Constitucional* 95 (2012), pp. 13-63.
- CAROZZA, Paolo: “Human Dignity”. En Shelton, David (ed.); *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*. Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 345-359.
- CARROLL, Aengus; y MENDOS, Lucas Ramón: *Homofobia de Estado*, ILGA, 2017 (12ª edición).
- CLIFFORD, Jarlath; “Equality”. En Shelton, David (ed.); *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 420-445.
- DÍAZ LAFUENTE, José: *Asilo y refugio por motivos de orientación sexual e identidad de género*. Congreso de los Diputados, Madrid, 2016.
- DÍAZ LAFUENTE, José: “El derecho a la igualdad y a la no discriminación por motivos de orientación sexual”. En CUESTA LÓPEZ, Víctor Manuel; y SANTANA VEGA, Dulce María (coords.); *Estado de Derecho y discriminación por razón de género, orientación e identidad sexual*. Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014.
- FERNÁNDEZ LIESA, Carlos: *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en perspectiva histórica*. Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- FERRAJOLI, Luigi: *Constitucionalismo más allá del Estado*. Trotta, Madrid, 2018.
- GARCÍA ROCA, Javier: “El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales en la construcción de un orden público europeo”. En *Teoría y Realidad Constitucional* 30 (2012), pp. 183-224.
- GARTENBERG, Micha (dir); y BLANK, Edan (codir); *United Nations Human Rights Council. Protection of LGTB Youth*, CJMUNG, 2018.
- GILBAJA CABRERO, Estela: “Orientación sexual y Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. En *Revista de Derecho Político* 91 (2014), pp. 303-340.
- HELLUM, Anne (ed): *Human Rights, Sexual Orientation and Gender Identity*. Routledge, Oxon-New York, 2017.
- HIERRO, Liborio: *Los derechos humanos. Una concepción de la justicia*. Marcial Pons, Madrid, 2016.
- IGNATIEFF, Michael: *Las virtudes cotidianas. El orden moral en un mundo dividido*. Taurus, Madrid, 2018.

- JIMÉNEZ RUIZ, José Luis; y MARTÍN CÁCERES, Laura: “Juicios de Sodomía: argumentos y crónica jurídica”. En *Revista Aranzadi Doctrinal* (2) 2016, pp. 223-246.
- KOTHARI, Miloon: “From Commission to the Council: Evolution of UN Charter Bodies”. En Shelton, David (ed.); *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*. Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 587-620.
- LAMARCA ITURBE, Íñigo: “El deber de disponer de políticas públicas a favor de la igualdad para las personas LGTB, tanto en los ámbitos nacionales como internacionales”. En SOROETA LICERAS, Juan: *La diversidad afectivo-sexual y los mecanismos establecidos por el Derecho Internacional para su protección*. Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015.
- LÓPEZ GUERRA, Luis: “El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales españoles. Coincidencias y divergencias”. En *Teoría y Realidad Constitucional* 32 (2013) pp. 139-158.
- LUKES, Steven: “Cinco fábulas sobre los derechos humanos”. En Shute, Stephen; y Hurley, Susan (eds); *De los derechos humanos*. Trotta, Madrid, 1998, pp. 29-46.
- MATIA PORTILLA, Francisco Javier: “De primacía, derechos y tribunales”, en GORDILLO PÉREZ, Luis (coord.): *Constitución española e integración europea. Treinta años de Derecho Constitucional de la integración*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.
- MATIA PORTILLA, Francisco Javier: “Interpretación evolutiva de la constitución y legitimidad del matrimonio formado por personas del mismo sexo”. En *Teoría y Realidad Constitucional* 31 (2013), pp. 541-554.
- MONEREO ATIENZA, Cristina: *Diversidad de género, minorías sexuales y teorías feministas*. Dykinson, Madrid, 2015.
- NOWAK, Manfred: “De la Comisión de Derechos Humanos al nuevo Consejo”. En Almqvist, Jessica; y Gómez Isa, Felipe (coords.): *El Consejo de Derechos Humanos. Oportunidades y Desafíos*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, pp. 13-22.
- OCHOA RUIZ, Natalia; y SALAMANCA AGUADO, Esther: “El Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Un análisis preliminar”. En *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* 12 (2006), pp. 1-27.
- OCHOA RUIZ, Natalia: *Los mecanismos convencionales de protección de los derechos humanos en Naciones Unidas*. Civitas, Madrid, 2004.
- OVEJERO, Félix: *La deriva reaccionaria de la izquierda*. Página Indómita, Madrid, 2018.
- PALETTA, Daniele (coord.; y ed.); y DU PLESSIS, André (dir.): *Informe Anual*, ILGA, 2017.

- PASTOR RIDRUEJO, José Antonio: “La globalización de los derechos humanos: El reto del siglo XXI”. En *Revista Europea de Derechos Fundamentales* 2 (2003), pp. 19-34.
- PASTOR RIDRUEJO, José Antonio: “Prólogo”. En Ochoa Ruiz, Natalia: *Los mecanismos convencionales de protección de los derechos humanos en Naciones Unidas*, Civitas, Madrid, 2004.
- PEÑA DÍAZ, Francisco de Asís: *La lucha que no cesa. Los derechos del colectivo LGTBI como derechos humanos*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- PINKER, Steven: *En defensa de la Ilustración*. Paidós, Barcelona, 2018.
- PIOVESAN, Flavia; y KAMIMURA, Akemi: “Proteção internacional à diversidade sexual e combate à violência e discriminação baseadas a orientação sexual e identidade de gênero”. *Anuario de Derecho Público* 1 (2017), pp. 173-190.
- REID, Graeme: “La homofobia como estrategia política”. En *Política Exterior* 167 (2015), pp. 126-136.
- REID, Graeme; “Lucha global por los derechos de las personas LGBT”. En *Política Exterior* 157 (2014), pp. 1-8.
- RAWLS, John: “Derecho de gentes”. En Shute, Stephen; y Hurley, Susan (eds); *De los derechos humanos*. Trotta, Madrid, 1998, pp. 47-85.
- RODLEY, Nigel S.: “The role and impact of treaty bodies”. En Shelton, David (ed.); *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*. Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 621-648.
- RORTY, Richard: “Derechos humanos: racionalidad y sentimentalidad”. En Shute, Stephen; y Hurley, Susan (eds); *De los derechos humanos*. Trotta, Madrid, 1998, pp. 117-136.
- SAIZ ARNAIZ, Alejandro: “Tribunal Constitucional y Tribunal Europeo de Derechos Humanos: las razones para el dialogo”. En ASOCIACIÓN DE LETRADOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: *Tribunal Constitucional y diálogo entre tribunales*. CEPC, Madrid, 2013, pp. 131-160.
- SPERTI, Angioletta: *Constitutional Courts, Gay rights and sexual orientation equality*. Hart Publishing, London, 2017.
- TIRADO CHASE, Anthony: “Human rights contestations: sexual orientation and gender identity”. En *The International Journal of Human Rights* 20 (2016), pp. 703-723.
- VILLÁN DURÁN, Carlos: “Luces y sombras del nuevo Consejo de Derechos Humanos”, En Almqvist, Jessica; y Gómez Isa, Felipe (coords.): *El Consejo de Derechos Humanos. Oportunidades y Desafíos*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, pp. 23-36.
- VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio: “El constitucionalismo líquido. La dogmática constitucional de los derechos fundamentales del siglo XXI tras 40 años de Constitución Española de 1978”. En Punset Blanco, Ramón (coord.); Álvarez Álvarez, Leonardo (coord.); y Roca Martínez, José

- María (pr): *Cuatro décadas de una Constitución normativa (1978-2018): Estudios sobre el desarrollo de la Constitución Española*. Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2018, pp. 31-51.
- VOSS, M. Joel: “Contesting Sexual Orientation and Gender Identity at the UN Human Rights Council”. En *Human Rights Review* 19 (2018), pp. 1-22.
- XIOL RÍOS, Juan Antonio: “El diálogo entre Tribunales”, en ASOCIACIÓN DE LETRADOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: *Tribunal Constitucional y diálogo entre tribunales*. CEPC, Madrid, 2013, pp. 11-56.
- ZIZEK, Slavoj: *El coraje de la desesperanza. Crónicas del año en que actuamos peligrosamente*. Anagrama, Barcelona, 2018.

AVANCES EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS LGBTI EN LA UNIÓN EUROPEA

JOSÉ DÍAZ LAFUENTE¹
Universidad Complutense de Madrid

1. CUESTIONES PRELIMINARES. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: ADN DE LA UNIÓN EUROPEA

La homofobia, la bifobia y la transfobia constituyen uno de los principales desafíos para la lucha social y política por el pleno reconocimiento igualitario, garantista y efectivo de los derechos fundamentales en la Unión Europea. A pesar de que la igualdad haya sido consagrada como un valor jurídico de la UE desde sus orígenes en 1957², de acuerdo con el Eurobarómetro realizado por la Comisión Europea sobre la discriminación existente en la UE, publicado en 2015, casi el 60% de los ciudadanos de la UE considera que la discriminación basada en la orientación sexual y la identidad de género se encuentra muy extendida³.

Las personas LGBTI siguen sufriendo discriminación generalizada, violencia y delitos de odio en la Unión Europea por el mero hecho de querer ser, sentir y expresar de forma digna y libre su sexualidad y

¹ Trabajo elaborado en el marco de una estancia de investigación realizada en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Ministerio de Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad.

² El principio de la igualdad de retribución entre hombres y mujeres para un mismo trabajo está consagrado en los Tratados desde 1957. Actualmente queda contemplado en el artículo 157 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

³ COMISIÓN EUROPEA: *Special Eurobarometer n° 437. Discrimination in the EU In 2015 Report*. Octubre de 2015, p. 58.

su género. Y, aunque el 71% de los ciudadanos de la UE esté de acuerdo en que las personas LGBTI deben tener los mismos derechos que las personas heterosexuales y que las personas cisgénero⁴, de acuerdo con otro estudio realizado por la Agencia Europea de Derechos Fundamentales, el 47% de las personas LGBTI declaran haber sido discriminadas o acosadas y la mitad de las personas encuestadas afirman evitar ciertos lugares públicos por temor a ser acosadas, amenazadas o agredidas por su orientación sexual o por su identidad de género⁵.

Del mismo modo, un reciente informe, publicado en abril de 2018 por las entidades Transgender Europe e ILGA Europa, destaca no solo el aumento de delitos de odio perpetrados contra personas LGBTI, sino también las deficiencias existentes en el Sistema Europeo Común de Asilo para ofrecer protección internacional a las personas perseguidas en terceros países por su orientación sexual o por su identidad de género. Asimismo, el informe subraya los obstáculos a los que tienen que hacer frente las personas transgénero en la UE para el efectivo ejercicio de sus derechos fundamentales⁶.

En este sentido, solo 2 países de la Unión han ilegalizado de forma explícita las controvertidas terapias de conversión por motivos de identidad de género, mientras que en 20 países de la UE se siguen solicitando diagnósticos sobre la salud mental de la persona que quiera solicitar el cambio de género en el registro civil, en 11 de ellos se requiere previamente la interposición de la demanda de divorcio del cónyuge de su mismo género y en 7 Estados miembros de la UE se sigue exigiendo la esterilización previa⁷.

En un contexto como el actual de “policrisis”⁸ política y socioeconómica por el que atraviesa la UE, de graves desacuerdos entre

⁴ *Ibidem.*

⁵ AGENCIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA: *Experiencias de personas LGBT como víctimas de la discriminación y los delitos motivados por prejuicios en la UE y Croacia*. Mayo de 2013, p. 1.

⁶ TRANSGENDER EUROPE, ILGA EUROPE: *Trans Rights Europe Map & Index 2018*. 21 de abril de 2018. Disponible en: <https://tgeu.org/trans-rights-map-2018/> (visitado última vez el 24/02/2019).

⁷ *Ibidem.*

⁸ JUNCKER, JEAN-CLAUDE: *Discurso en el acto de investidura como doctor “honoris causa” por la Universidad de Salamanca*. Salamanca, 9 de noviembre de 2017.

los Estados miembros en cuestiones vinculadas con la defensa de los derechos fundamentales, del consecuente inmovilismo en el seno del Consejo, y del auge de partidos políticos populistas, xenófobos y de extrema derecha, la promoción efectiva y unánime de la igualdad se presenta como un desafío central para evitar exponer el proyecto de integración europea ante un laberinto de difícil salida en el que pueda perderse la razón última que legitima su existencia.

De hecho, a lo largo del transcurso de la integración europea, la protección de los derechos fundamentales ha emergido como una dimensión nuclear de la identidad y del funcionamiento de la Unión Europea, no sólo como elemento fundamental del ADN de la UE, común a todos sus Estados miembros⁹, sino como requisito previo para el acceso de los países candidatos a la UE, así como factor clave de la identidad exterior de la UE en cuanto potencia normativa internacional¹⁰.

El Tratado de Ámsterdam, firmado en 1997, posibilitó a la UE, por primera vez tras cuatro décadas de existencia, la lucha contra la discriminación sufrida por motivo de la orientación sexual de la persona, convirtiéndose en el primer instrumento jurídico internacional vinculante en prohibir de forma explícita la discriminación homófoba¹¹. La discriminación basada en la identidad de género de la persona, por su parte, fue reconocida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en el asunto *P.contra S. y Cornwall County Council* de 1996¹², como un posible motivo de discriminación por razón del

⁹ MAGEN, AMICHAÏ: “Cracks in the Foundations: Understanding the Great Rule of Law Debate in the EU”. En *Journal of Common Market Studies*, vol. 54, n° 5 (2018), p. 1055.

¹⁰ MANNERS, IAN: “Normative Power Europe: A Contradiction in Terms?”. En *Journal of Common Market Studies*, vol. 40, n° 2 (2002).

¹¹ En su artículo 2.7, el Tratado de Ámsterdam, introdujo el siguiente enunciado que modificaba el anterior artículo 6.A del Tratado de la Unión Europea: “Sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar medidas adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”.

¹² TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Asunto. *P. contra S. y Cornwall County Council*, C-13/94, (1996). Así, el Tribunal estimó que “la Di-

sexo de la persona prohibida en la Directiva de 1976 de Igualdad de Trato¹³.

En la actualidad, la protección de los derechos fundamentales, desde una óptica constitucionalista europea, viene consagrada a través de un triple reconocimiento jurídico: como valor que legitima su existencia, como objetivo a conseguir en su agenda política y como principio jurídico que guía el funcionamiento de las Instituciones de la UE, los Estados miembros y la ciudadanía en su conjunto, fundamentando en sí misma el propio orden político europeo moderno.

De este modo, en primer lugar, el Tratado de Lisboa consagra la igualdad como un valor jurídico que legitima la existencia de la Unión Europea y como un valor social que caracteriza a la ciudadanía de la Unión. El artículo 2 del Tratado de la Unión Europea (TUE) define como valores sobre los que se asienta la UE el respeto a la dignidad humana, los derechos humanos y la igualdad¹⁴. Este artículo debe interpretarse en conjunto con el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en vigor desde la adopción del Tratado de Lisboa en 2009, que establece la taxativa prohibición

rectiva es expresión del principio de igualdad, uno de los principios fundamentales del Derecho comunitario. A la vista del objeto y de la naturaleza de los derechos que persigue proteger, el contenido de la Directiva también se aplica a la discriminación basada esencialmente, si no exclusivamente, en el sexo de la persona concerniente. Cuando esta discriminación surge, como en el presente caso, de la reasignación del género de la persona, ésta es tratada de modo menos favorable en comparación con las personas del mismo sexo que pertenecía a la persona antes del proceso de reasignación de género”.

¹³ En 1976, la Directiva 76/207/CEE, 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, supuso un paso histórico en la lucha por la igualdad entre mujeres y hombres en la Unión Europea al prohibir la discriminación por razón de sexo en el contexto laboral.

¹⁴ UNIÓN EUROPEA. Tratado de Lisboa. Versión Consolidada del Tratado de la Unión Europea. Artículo 2: “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”.

de discriminación por, entre otros motivos, el sexo o la orientación sexual de la persona¹⁵.

En segundo lugar, el respeto a los derechos fundamentales, iguales a todas las personas independientemente de su orientación sexual o de su identidad de género, además, constituye un principio general de la Unión Europea, cuestión que genera dos consecuencias directas en la protección de los derechos de las personas LGBTI en la Unión. Por una parte, como principio general de la Unión, debe informar la interpretación y la aplicación de todos los actos jurídicos y medidas legales adoptados por las Instituciones europeas, prevaleciendo sobre ellos en caso de conflicto. Por otra parte, como principio general del Derecho de la UE consagrado en un Tratado, el principio de no discriminación activa, al mismo tiempo, la aplicación de los principios de primacía y de efecto directo del Derecho de la UE consagrados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia¹⁶.

Por último, conviene subrayar que el Tratado de Lisboa no se limita a prohibir taxativamente la discriminación por motivos de sexo o de orientación sexual, sino que, además, impone *el objetivo* de luchar contra la exclusión social y la discriminación. Así, el Tratado de la Unión en su artículo 3, apartado tercero, al establecer que “la Unión deberá

¹⁵ UNIÓN EUROPEA. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. 18 de diciembre de 2000. DOCE. 2000/C 364/01. Artículo 21. “Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual”.

¹⁶ En este sentido, en primer lugar, en base al principio de primacía del Derecho de la UE, quedará suspendido el carácter obligatorio de cualquier norma jurídica adoptada por los Estados miembros que sea contraria al principio de no discriminación por motivos de sexo u orientación sexual. (Véase al respecto la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea *Costa contra Enel*. C-6/64 ECR 585 583. (15 de julio de 1964). Y, en segundo lugar, en función al principio de efecto directo del Derecho de la UE, el principio de no discriminación por motivos de sexo o de orientación sexual podrá ser invocado ante los tribunales nacionales de los Estados miembros tanto en los conflictos con la Administración, efecto directo vertical, como en los conflictos entre particulares, efecto directo horizontal. (Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea *Van Gend en Loos*. C-26/62 ECR. 5 de febrero de 1963).

luchar contra la exclusión social y la discriminación”¹⁷ requiere de la Unión la adopción de una postura activa en la lucha contra la discriminación por motivos de género y de orientación sexual como uno de los principales objetivos que debe perseguir la agenda política de la UE.

En esta línea, el artículo 10 del Tratado del Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) establece que: “en la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de *sexo*, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u *orientación sexual*”. De este modo, el Tratado de Lisboa requiere a las Instituciones la integración transversal de las cuestiones relativas al género o a la orientación sexual en las políticas y actividades de la UE.

En el presente capítulo, que se presenta como una revisión y actualización de una publicación previa sobre la cuestión¹⁸, se analizan los avances políticos, normativos y jurisprudenciales en el ámbito de la protección de los derechos fundamentales de las personas LGBTI en esta última VIII legislatura (2014-2019), con el objetivo principal de servir de guía para los operadores jurídicos y políticos y para la ciudadanía en su conjunto, en especial para todas aquellas personas pertenecientes a los movimientos y colectivos del activismo LGBTI que luchan a diario por una protección inclusiva, justa e igualitaria de los derechos humanos.

2. ANÁLISIS DE LAS DINÁMICAS INSTITUCIONALES EN LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE IGUALDAD DE LAS PERSONAS LGBTI

Para poder comprender el trabajo de la UE en materia de protección de los derechos fundamentales frente a la discriminación por

¹⁷ UNIÓN EUROPEA. Tratado de Lisboa. Versión Consolidada del Tratado de la Unión Europea. Op.cit. Artículo 3.

¹⁸ DÍAZ LAFUENTE, JOSÉ: La protección de los derechos fundamentales frente a la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género en la Unión Europea. En *Revista General de Derecho Constitucional*. Nº17. ELVIRA PERALES, ASCENSIÓN; MATIA PORTILLA, JAVIER y ARROYO GIL, ANTONIO (Coords.): “El movimiento LGTB en perspectiva constitucional”. Iustel (2013). pp. 1-48.

motivos de orientación sexual e identidad de género, debe partirse del principio de atribución de competencias por el cual la Unión sólo puede actuar “dentro de los límites de las competencias atribuidas por los Estados miembros en los Tratados para lograr los objetivos que éstos determinen”, tal como lo establece el artículo 5, apartado segundo, del Tratado de la Unión Europea.

En esta línea, la Unión Europea tiene atribuida una *competencia general* de luchar contra la discriminación por motivos, entre otros, del sexo y de la orientación sexual de la persona. El artículo 19 del TFUE dispone que: “sin perjuicio de las demás disposiciones de los Tratados y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Unión por los mismos, el Consejo, por unanimidad con arreglo a un procedimiento legislativo especial, y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de *sexo*, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u *orientación sexual*”.

Este artículo, que recoge el testigo del anterior artículo 13 del Tratado de la Comunidad Europea, establece un procedimiento legislativo especial para la lucha contra la discriminación. En la actualidad, la unanimidad exigida en el Consejo se mantiene. Sin embargo, el Parlamento Europeo adquiere una mayor presencia al requerirse su consentimiento, cuando previamente solo debía ser consultado. Además, de acuerdo con el segundo apartado del citado artículo 19 del TFUE, la UE podrá adoptar medidas de estímulo, mediante el procedimiento legislativo ordinario, para apoyar las acciones de los Estados miembros en la lucha contra la discriminación por motivos de género y de orientación sexual.

El mapa político de la VIII legislatura ha venido marcado por la “Agenda en materia de empleo, crecimiento, equidad y cambio democrático” del presidente de la Comisión Europea, Jean-Claude Juncker, publicada en octubre de 2014, que ha perseguido en la séptima de sus diez líneas prioritarias de actuación la consolidación de un espacio de justicia y derechos fundamentales basado en la confianza mutua¹⁹.

¹⁹ JUNCKER, JEAN-CLAUDE: *Un nuevo comienzo para Europa: mi Agenda en materia de empleo, crecimiento, equidad y cambio democrático. Orientaciones*

La citada agenda establece, entre los principales objetivos políticos en este ámbito, la lucha contra la discriminación de los ciudadanos pertenecientes a alguna minoría o basada en la nacionalidad, *el sexo*, el origen étnico o racial, la religión, las convicciones, la discapacidad, la edad o *la orientación sexual*. Dicho objetivo ha sido perseguido junto con la defensa del Estado de Derecho y de los derechos fundamentales, la conclusión de la adhesión de la Unión al Convenio Europeo de Derechos Humanos, con arreglo a la obligación prevista en el Tratado de la Unión Europea, la adopción de la normativa en materia de protección de datos, la lucha contra la delincuencia transfronteriza y el terrorismo, así como la trata de seres humanos, el contrabando y la delincuencia informática, y el refuerzo de la cooperación judicial tendiendo puentes entre los distintos sistemas judiciales, mejorando las herramientas comunes, como Eurojust, e impulsando nuevas instituciones, como la Fiscalía Europea²⁰.

Debe destacarse que, en esta convulsa VIII legislatura, el fomento de la justicia y la protección de los derechos fundamentales se han visto en gran medida afectados en la agenda política de la UE por tres factores de elevado componente internacional: en primer lugar, por la crisis política producida por los desplazamientos masivos de refugiados y migrantes a finales de 2015 y a lo largo 2016; en segundo término, por los desafíos que la nueva globalización digital implica para la protección de los derechos fundamentales y para evitar la injerencia externa de otros países (con la aprobación de un nuevo Reglamento General de Protección de Datos); y, en tercer lugar, por la amenaza terrorista, tras los 65 atentados perpetrados desde 2014 hasta finales de 2017, que han supuesto un total de 351 víctimas mortales en diferentes países de Europa y 2505 detenciones por causas relacionadas con el terrorismo²¹.

políticas para la próxima Comisión Europea. Alocución inaugural en la sesión plenaria del Parlamento Europeo. Estrasburgo, 15 de julio de 2014.

²⁰ GUINEA LLORENTE, MERCEDES y DIAZ LAFUENTE, JOSÉ: *El cumplimiento de la Comisión con sus ciudadanos*. Marcial Pons. Madrid, 2019. p. 18.

²¹ PARLAMENTO EUROPEO: *Terrorismo en la UE: ataques terroristas, víctimas mortales y detenciones*. 25 de julio de 2018, Disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/news/es/headlines/security/20180703STO07125/terrorismo-en-la-ue-ataques-terroristas-victimas-mortales-y-detenciones>.

En el ámbito de la defensa de los derechos fundamentales de las personas LGBTI, pueden observarse dos dinámicas institucionales que han marcado la actividad de la UE en esta cuestión: la coalición Comisión-Parlamento tras la legitimización del Presidente de la Comisión, Jean-Claude Juncker, por el Parlamento Europeo, a través del denominado proceso de los *Spitzenkandidaten*²², y la fragmentación cada vez más evidente en el seno del Consejo por el auge de la LGBTIfobia institucionalizada en varios Estados miembros.

En este sentido, debido al proceso de *parlamentarización* que ha vivido la Comisión en esta legislatura²³, se ha asistido a una cooperación activa entre la Comisión y el Parlamento Europeo que ha permitido el impulso del diálogo y de la acción consensuada entre ambas Instituciones. De este modo, tras la Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de febrero de 2014, sobre la hoja de ruta de la UE contra la homofobia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género, en la que la Cámara Europea hizo un llamamiento conjunto a los Estados miembros y al resto de Instituciones para aumentar los esfuerzos para combatir la discriminación por dichos motivos²⁴, la Comisión publicó en diciembre de 2015 la “Lista de acciones para promover la igualdad de las personas LGBTI”²⁵, en la que se establecieron las actividades previstas por la Comisión en diferentes ámbitos políticos para el período 2016-2019. En ella, la Comisión incluyó el compromiso de proporcionar información periódica al Consejo, al Parlamento Europeo, a los Estados miembros y a

²² Procedimiento por el cual los partidos políticos europeos, antes de las elecciones europeas, designan a los candidatos principales para el cargo de presidente de la Comisión, y la presidencia de la Comisión se dirige al candidato del partido político capaz de reunir suficiente apoyo parlamentario, en función de lo dispuesto por el artículo 17.7 del Tratado de la Unión Europea.

²³ DINAN, DESMOND: “Governance and Institutions: A More Political Commission”. En *Journal of Common Market Studies*, vol. 54 (2016), pp. 101-116.

²⁴ PARLAMENTO EUROPEO: Resolución de 4 de febrero de 2014, sobre la hoja de ruta de la UE contra la homofobia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género (2013).

²⁵ COMISIÓN EUROPEA. DIRECCIÓN GENERAL DE JUSTICIA, CONSUMIDORES E IGUALDAD DE GÉNERO: *List of actions by the Commission to advance LGBTI equality*. Diciembre de 2015. Disponible en: http://ec.europa.eu/justice/discrimination/files/lgbti_actionlist_en.pdf

las organizaciones de la sociedad civil sobre los progresos realizados en la ejecución de la citada lista de acciones.

Por otra parte, se ha podido observar como la traslación del auge de la homofobia, bifobia y transfobia institucionalizada en algunos Estados miembros de la UE al seno del Consejo ha obstaculizado el avance de la UE en la defensa de los derechos fundamentales de las personas LGBTI por la unanimidad requerida en dicha Institución.

De este modo, en octubre de 2018, el gobierno de Polonia imposibilitó que el Consejo de Justicia y Asuntos de Interior consensuara la aplicación de la Carta de Derechos Fundamentales al vetar un apartado que especificaba la persecución de los ciudadanos LGBTI, mientras que reclamó una referencia al acoso que sufren los cristianos y judíos en Europa²⁶.

A su vez, en diciembre de 2018, la cuestión de los derechos de las personas LGBTI volvió a generar un tenso debate en el seno del Consejo. Esta vez, en el marco de la negociación de unas conclusiones sobre los riesgos que entraña la digitalización para la igualdad de género entre los jóvenes, el gobierno de Austria, que en el momento ostentaba la presidencia rotativa de dicha Institución, a petición de los gobiernos de Hungría y Polonia, decidió retirar la inclusión de las siglas LGBTI en un apartado relativo a las líneas de acción para garantizar un “ciberespacio inclusivo y no discriminatorio”. Tras la férrea oposición de 19 Estados miembros, la presidencia austríaca decidió dar marcha atrás, pero sin la necesaria concurrencia del apoyo de los citados gobiernos. En consecuencia, las conclusiones del Consejo quedaron bloqueadas y se votó un documento no vinculante para los gobiernos, a la que se sumó una declaración de 19 países requiriendo más protección para los ciudadanos LGBTI²⁷.

²⁶ CONSEJO EUROPEO: *Provisional Version Press Outcome of the 3641st Council meeting Justice and Home Affairs*. Luxemburgo, 11 y 12 de octubre de 2018.

²⁷ CONSEJO EUROPEO: *Gender Equality, Youth and Digitalisation - Presidency Conclusions*. Bruselas, 6 de diciembre de 2018.

3. ESTUDIO DE LOS PRINCIPALES AVANCES NORMATIVOS Y JURISPRUDENCIALES EN MATERIA DE IGUALDAD DE LAS PERSONAS LGBTI

La VIII legislatura de la Unión Europea no se ha caracterizado especialmente por la aprobación de un amplio número de instrumentos jurídicos en materia de protección de los derechos fundamentales frente a la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género.

De hecho, este período ha servido para que la Comisión, de la mano del Parlamento Europeo, velara por mejorar la aplicación uniforme y garantista de la normativa ya existente y para que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciara en cuestiones de profunda relevancia como la libertad de circulación de los matrimonios o de las uniones civiles entre personas del mismo sexo, el reconocimiento efectivo del derecho de asilo por motivos de orientación sexual e identidad de género o la no discriminación de las personas LGBTI en el ámbito de las pensiones.

Todo ello, sin perjuicio de que, en algunos ámbitos, la UE ha regulado algunas cuestiones garantizando el principio de no discriminación establecido por el citado artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales. Sirva de ejemplo la regulación de los regímenes de propiedad de las parejas internacionales, entre las que no se discrimina a las parejas y matrimonios del mismo sexo, o la consideración de la vida sexual y la orientación sexual de la persona en la categoría especial de datos sensibles objeto de protección bajo el nuevo Reglamento General de Protección de Datos.

De este modo, conviene mencionar que, en junio de 2016, la Unión adoptó dos reglamentos relativos a los regímenes de propiedad de las parejas internacionales con el objetivo de ayudar a las parejas a administrar su propiedad y a dividirla en caso de divorcio o fallecimiento de uno de los miembros de la pareja. Los reglamentos son neutrales al género y, por lo tanto, se aplican a las parejas del mismo sexo. Sin embargo, conviene destacar que dichos reglamentos fueron adoptados conforme al procedimiento de cooperación reforzada por solo 18 Estados miembros, siendo de aplicación a partir del 29 de enero de 2019²⁸.

²⁸ UNIÓN EUROPEA: Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones

Por su parte, el nuevo Reglamento General de Protección de Datos, que entró en vigor en el Ecuador de la legislatura, el 25 de mayo de 2016, si bien su cumplimiento sólo devino obligatorio dos años después en 2018, introdujo, entre otras cuestiones, una serie de novedades en materia de protección de los derechos de los interesados (con un nuevo marco jurídico regulador del consentimiento y de los derechos de rectificación, supresión, “al olvido”, de oposición y de portabilidad), nuevas obligaciones para los responsables y encargados del tratamiento de los datos personales, así como todo un nuevo régimen sancionador en caso de incumplimiento²⁹. El artículo 9 de la citada norma establece, en relación con el tratamiento de categorías especiales de datos sensibles, la prohibición general sujeta a determinadas excepciones del tratamiento de aquellos datos personales que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a *la vida sexual o la orientación sexual* de una persona física³⁰.

Más allá de las comentadas disposiciones jurídicas, a continuación, en los siguientes subapartados y dentro de los límites de extensión del presente trabajo, se presenta un análisis de los principales avances normativos y jurisprudenciales de la Unión Europea en la protección de los derechos fundamentales de las personas LGBTI.

en materia de regímenes económicos matrimoniales. UNIÓN EUROPEA: Reglamento 2016/1104 del Consejo, de 24 de junio de 2016 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas

²⁹ GARCÍA MAHAMUT, ROSARIO y TOMÁS MALLÉN, BEATRIZ (Coords.): *El Reglamento General de Protección de Datos: un enfoque nacional y comparado. Especial referencia a la LO 3/2018 de Protección de Datos y garantía de los derechos digitales*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2019.

³⁰ UNIÓN EUROPEA: Reglamento 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE.

3.1. *La libre circulación de personas: motor para el progresivo reconocimiento del matrimonio igualitario en los Estados miembros*

El derecho de los europeos a circular y residir libremente dentro de la Unión Europea constituye la piedra angular de la ciudadanía de la Unión reconocida desde el Tratado de Maastricht de 1992. Tras la supresión gradual de las fronteras interiores conforme a los Acuerdos de Schengen, se adoptó la Directiva 2004/38/CE relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de sus familiares a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros³¹. Como destaca GARCÍA MURCIA, “la libre circulación, primero de trabajadores y más tarde de personas, ha sido uno de los principales soportes en la construcción de la Unión Europea y uno de los principios comunitarios con mayor presencia en la jurisprudencia de su Tribunal de Justicia”³².

De acuerdo con el artículo 2.2. de la citada Directiva, debe entenderse como familiar: “a) al cónyuge; b) a la pareja con la que el ciudadano de la Unión ha celebrado una unión registrada, con arreglo a la legislación de un Estado miembro, si la legislación del Estado miembro de acogida otorga a las uniones registradas un trato equivalente a los matrimonios y de conformidad con las condiciones establecidas en la legislación aplicable del Estado miembro de acogida; c) a los descendientes directos menores de 21 años o a cargo y los del cónyuge o de la pareja definida en la letra b); y d) a los ascendientes directos a cargo y los del cónyuge o de la pareja definida en la letra b)”.

La libre circulación de los ciudadanos europeos, y la de sus familiares, se ha visto cuestionada desde que los Estados miembros de la UE han ido reconociendo progresivamente el matrimonio igualitario

³¹ UNIÓN EUROPEA: Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros por la que se modifica el Reglamento (CEE) n° 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE.

³² Véase GARCÍA MURCIA, JOAQUÍN (Dir.). *Libertades de circulación y derechos de protección social en la Unión Europea. Un estudio de jurisprudencia del Tribunal de Justicia*. Juruá. 2016.

y las uniones civiles entre personas del mismo sexo. Desde el 1 de abril de 2001, fecha en la que los Países Bajos se convirtiera en el primer y único Estado miembro de la Unión Europea en reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo y, principalmente, desde la adopción de la citada Directiva de 2004 que reconoce el derecho a circular y residir libremente a cualquier ciudadano de la UE y a sus familiares (incluyéndose a los cónyuges y las parejas de uniones civiles) sin discriminación alguna, ha quedado pendiente la cuestión de los derechos de los cónyuges o parejas del mismo sexo cuando viajen a, o residan en, otros Estados miembros de la UE que no reconozcan el matrimonio igualitario o las uniones civiles homosexuales.

Conviene destacar que la lucha social y política por el reconocimiento no discriminatorio de los derechos fundamentales ha conseguido que, en el momento de la redacción del presente trabajo, el matrimonio igualitario esté regulado por 14 de los 28 Estados miembros de la UE: Austria, Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Francia, Alemania, Irlanda, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Portugal, España, Suecia y en Reino Unido (menos en Irlanda del Norte). Por su parte, países como Croacia, República Checa, Estonia, Grecia, Hungría, Italia y Eslovenia reconocen la unión civil para personas del mismo género. Mientras tanto, Estados miembros como Rumania, Bulgaria, Polonia, Eslovaquia, Lituania y Letonia siguen sin reconocer la unión civil ni el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Sobre esta cuestión, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dictaminado una reciente sentencia de 5 de junio de 2018, en el asunto *Relu Adrian Coman y otros c. Inspectoratul General Pentru Imigrări y otros*³³. En dicha sentencia, el TJUE ha establecido que el término “cónyuge”, en virtud de la citada legislación de la UE, debe incluir, en

³³ El Sr. Relu Adrian Coman, de nacionalidad rumana y el Sr. Robert Clabourn Hamilton, de nacionalidad estadounidense, vivieron juntos en los Estados Unidos durante cuatro años antes de casarse en Bruselas en 2010. En diciembre de 2012, el Sr. Coman y su esposo se pusieron en contacto con las autoridades rumanas para solicitar información sobre el procedimiento y las condiciones bajo las cuales el Sr. Hamilton, en su calidad de miembro de la familia del Sr. Coman, podría obtener el derecho a residir legalmente en Rumania por más de tres meses. En respuesta a esa solicitud, las autoridades rumanas informaron al Sr. Coman y al Sr. Hamilton que este último solo tenía derecho de residencia durante tres meses, en particular porque no podía ser clasificado en Rumania como “cónyuge” de un

relación con la libertad de residencia, a aquellos cónyuges del mismo sexo, con independencia de si el Estado miembro en cuestión reconozca o no a sus nacionales el derecho al matrimonio o a la unión civil entre personas del mismo sexo.

El Tribunal de Luxemburgo ha reiterado que los Estados miembros pueden decidir, en virtud de su competencia exclusiva, si permiten el matrimonio entre personas del mismo sexo dentro de sus fronteras, pero ha sostenido, al mismo tiempo, que “no pueden obstruir la libertad de residencia de un ciudadano de la UE”³⁴.

De este modo, el Tribunal ha considerado que “la negativa de un Estado miembro a reconocer, con el único propósito de otorgar un derecho derivado de residencia a un nacional de un estado no perteneciente a la UE, el matrimonio de ese nacional con un ciudadano de la UE del mismo sexo celebrado legalmente en otro Estado miembro, puede interferir con el ejercicio del derecho de ese ciudadano a circular y residir libremente por el territorio de los Estados miembros”.

En consecuencia, una medida nacional que pueda obstaculizar el ejercicio de la libertad de circulación de las personas solo podrá justificarse cuando dicha medida sea compatible con los derechos fundamentales garantizados por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea³⁵. Por ello, puede afirmarse que el reconocimiento de forma no discriminatoria de la libertad de circulación de los ciudadanos de la UE está suponiendo un motor para la progresiva

Ciudadano de la UE como ese Estado miembro no reconoce el matrimonio entre personas del mismo sexo (“matrimonio homosexual”).

³⁴ Además, el Tribunal también observó que la UE respeta la identidad nacional de los Estados miembros, inherente a sus estructuras fundamentales, tanto políticas como constitucionales, y, en consecuencia, declara que “el estado de una persona, que es relevante para las normas sobre el matrimonio, es un asunto que es competencia de los Estados miembros, y la legislación de la UE no resta valor a esa competencia, ya que los Estados miembros son libres de decidir si o no permitir el matrimonio homosexual”.

³⁵ El derecho fundamental al respeto de la vida familiar y privada está garantizado por el Artículo 7 de la Carta. El Tribunal señaló que también se desprende de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que la relación de una pareja homosexual puede caer dentro de la noción de “vida privada” y la de “vida familiar” de la misma manera que la relación de una pareja heterosexual en la misma situación.

aceptación de los efectos jurídicos del matrimonio igualitario, si bien aun no para sus nacionales y solo para el resto de europeos y sus familiares, en el territorio de aquellos Estados reticentes a avanzar en el reconocimiento civil de los matrimonios del mismo sexo.

3.2. Los avances en la prohibición de la discriminación a las personas LGBTI en el ámbito sociolaboral a la luz de la Directiva 2000/78/EC de Igualdad de Trato en el Empleo y la Ocupación

La Directiva 2000/78/EC, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación³⁶, introdujo, por primera vez en la Unión Europea, la prohibición de la discriminación por motivo de la orientación sexual de la persona en el ámbito laboral.

El fundamento de tal prohibición, como establece el preámbulo de la norma, reside en que la discriminación en el ámbito laboral puede poner en peligro la consecución de los objetivos de la UE; el logro de un alto nivel de empleo y de protección social, el aumento del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social, la solidaridad y la libre circulación de personas³⁷.

La Directiva extiende el ámbito de la prohibición tanto a la discriminación directa como a la indirecta. La norma entiende por discriminación directa los supuestos en los que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga, y por discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros puedan ocasionar una desventaja particular a aquellas personas con una orientación sexual determinada respecto de otras personas de otra orientación sexual³⁸. La prohibición de la discriminación indirecta por motivo de la orientación sexual supone un claro avance para la consecución de

³⁶ UNIÓN EUROPEA: Directiva 2000/78/EC del Consejo relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. 27 de noviembre de 2000. Artículo 1.

³⁷ *Ibidem*. Considerando n° 11.

³⁸ *Ibidem*. Artículo 2.

una interpretación del principio de igualdad más próxima a la igualdad esencial o real entre las personas³⁹.

Todos los Estados miembros de la Unión Europea están obligados por esta Directiva a garantizar la existencia de procedimientos judiciales o administrativos e, incluso cuando lo consideren oportuno, de procedimientos de conciliación para todas las personas que se consideren perjudicadas por la vulneración del principio de igualdad de trato.

Además, la norma requiere a los Estados miembros que permitan a las asociaciones, organizaciones u otras personas jurídicas que, de conformidad con los criterios establecidos en la legislación nacional, tengan un interés legítimo en velar por el cumplimiento de lo dispuesto en la citada Directiva, iniciar, en nombre de la parte demandante o en su apoyo, y con su autorización, cualquier procedimiento judicial o administrativo previsto para exigir el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la norma comunitaria⁴⁰.

Uno de los elementos más innovadores de la norma es que la carga de la prueba se invierte, correspondiendo ésta a la parte demandada y no a la persona discriminada por su orientación sexual en el ámbito laboral. La persona perjudicada tendrá que alegar ante un tribunal, u otro órgano competente, los hechos que permitan presumir la existencia de un supuesto de discriminación directa o indirecta en el ámbito laboral por motivo de su orientación sexual, siendo obligada la parte demandada a, en su caso, refutar la presunción y probar que dicha discriminación no haya tenido lugar⁴¹.

3.2.1. La protección de las personas transgénero en el Derecho sociolaboral de la Unión Europea

Aunque circunscrita al ámbito laboral, la protección jurisprudencial realizada por parte del TJUE de las personas transgénero sobre

³⁹ PÉREZ DEL RÍO, TERESA: “Tansversalidad de género y positivasen el ámbito comunitario”. En *Lanharremanak: Revista de relaciones laborales*. N° 13 (2005), p. 38.

⁴⁰ UNIÓN EUROPEA: Directiva 2000/78/EC, *op. cit.*, Artículo 9.

⁴¹ *Ibidem*. Artículo 10

la base del principio de no discriminación por razón del género ha supuesto un gran avance en la lucha por los derechos de un colectivo que sigue sufriendo un elevado grado de discriminación y de estigmatización social.

El Tribunal de Luxemburgo abordó por primera vez la cuestión de la discriminación por motivo de la identidad de género de la persona en la citada sentencia de 30 de abril de 1996, en el asunto *P. c. S. y Cornwall County Council*, en la que, rechazando el razonamiento esgrimido por las autoridades del Reino Unido, consideró que el despido de una mujer transexual, que se había sometido previamente al tratamiento quirúrgico de reconstrucción genital, vulneraba el principio de igualdad por razón de sexo establecido en la Directiva 76/2007/CEE de 1976.

Dos asuntos posteriores permitieron al Tribunal de Luxemburgo consolidar su doctrina jurisprudencial relativa a la prohibición de discriminación por motivo de la identidad de género de la persona, fundamentándose en el principio de igualdad de trato por razón del sexo⁴². En 2004, la cuestión de la identidad de género fue apreciada de nuevo por el TJUE, esta vez en relación con el derecho a recibir la correspondiente pensión de viudedad, en el asunto *KB. c. NHS Trust Pension*, en el que el Tribunal reconoció el derecho de una mujer británica, pareja de un hombre transexual, a cobrar la pensión correspondiente llegado el momento del fallecimiento de éste⁴³. Una vez más, y en esta misma línea, en 2006, en el asunto *Richards c. Secretary of State for Work and Pensions*, gracias a la interposición de una demanda por parte de una mujer transexual a la que se le requería la edad de jubilación correspondiente a los hombres, el Tribunal estimó que esta diferencia era en sí misma discriminatoria y que, por tanto, era contraria al principio de igualdad de trato aplicable a las condiciones laborales de acuerdo con lo establecido en el

⁴² BELL, MARK: "Gender Identity and Sexual Orientation: Alternative Pathways in EU Equality Law". En *The American Journal of Comparative Law*. Vol. 60 (2012), p. 128.

⁴³ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA: *Asunto KB contra NHS Trust Pension*. C-117/01, (2004).

artículo 4, apartado 1º, de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978⁴⁴.

El último de los pronunciamientos del TJUE, que analizamos con mayor profundidad por su relevancia y actualidad, ha venido constituido por la sentencia de 26 de junio de 2018 en el asunto *MB. c. Secretary of State For Work And Pensions*⁴⁵, sentencia en la que el Tribunal de Luxemburgo ha estimado que la legislación británica controvertida en el litigio principal confiere un trato menos favorable por razón del sexo a una persona casada, cuyo cambio de identidad de género había sido reconocido, en relación con otra persona cisgénero, que también esté casada, encontrando en ambas personas situaciones análogas y, por lo tanto, considerando que se trataba de una vulneración del Derecho de la UE.

Siguiendo la Opinión del Abogado General, el TJUE declaró que la legislación británica reguladora del sistema público de pensiones constituía un supuesto de discriminación directa por motivo del sexo

⁴⁴ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA: *Asunto Richards contra Secretary of State for Work and Pensions*. C-423/04, (2006).

⁴⁵ La sentencia versa sobre un supuesto de discriminación directa de una mujer británica, transgénero y casada con otra mujer, en relación con la edad que le corresponde para la obtención de la pensión de jubilación. Identificada como MB, después de conseguir el reconocimiento de su identidad de género en su pasaporte y en su permiso de conducir, emitidos por las autoridades del Reino Unido, decide someterse a una operación de cirugía de reconstrucción genital en 1995. Sin embargo, MB. no obtiene el certificado provisional de reconocimiento de su identidad de género hasta 2004 en el marco de la Ley de Reconocimiento de Género del Reino Unido (Gender Recognition Act). En 2008, MB. alcanza la edad de jubilación de 60 años prevista para las mujeres y, en consecuencia, solicita su correspondiente pensión de jubilación. En virtud del artículo 44 de la Ley británica de 1992 sobre Cotizaciones y Prestaciones de la Seguridad Social (Social Security Contributions and Benefits Act 1992), en relación con el artículo 122 de esta Ley y con el anexo 4, apartado 1, de la Ley de Pensiones de 1995 (Pensions Act 1995), una mujer nacida antes del 6 de abril de 1950 en el Reino Unido puede optar a la pensión estatal de jubilación de “categoría A2 al cumplir 60 años, mientras que un hombre nacido antes del 6 de diciembre de 1953 sólo puede solicitar dicha pensión una vez cumplidos los 65 años de edad. Sin embargo, la solicitud de MB es desestimada bajo el argumento de que no puede ser considerada como mujer, a efectos de la prestación de la pensión de jubilación, porque no ha adquirido aún el certificado de reconocimiento definitivo de su identidad de género y, por tanto, se le debe aplicar la edad de jubilación prevista para los hombres.

de la persona. En mayor detalle, el Tribunal dictaminó que la Directiva 79/7 de la UE excluye la exigencia del Reino Unido de que las personas transgénero deban satisfacer, además de una serie de criterios físicos, sociales y psicológicos, la condición de no estar casadas con una persona del mismo género para poder, de este modo, solicitar una pensión de jubilación a partir de la edad aplicable a las personas del género con el que se identifican.

Uno de los principales elementos de la sentencia, siguiendo la línea jurisprudencial ya asentada por el TJUE, radica en el reconocimiento del obligado respeto de los Estados miembros de la UE al principio de no discriminación por razón de sexo, incluso en el ejercicio de aquellas competencias exclusivas de los mismos, como es la relativa a la adopción de la legislación civil reguladora del estado civil de las personas. De este modo, los Estados miembros deben cumplir el artículo 4, apartado 1º, de la Directiva 79/7, que establece el principio de no discriminación por razón de sexo en materia de prestaciones derivadas de la seguridad social, principio también reconocido por el artículo 157 del TFUE en el ámbito de la remuneración de los trabajadores.

A la luz de la anteriormente citada jurisprudencia, el TJUE estimó que, teniendo en cuenta la finalidad y la naturaleza de los derechos que protege, la Directiva en cuestión es aplicable a los supuestos de discriminación por motivo de la identidad de género de la persona. De hecho, aun reconociendo en la sentencia que corresponde a los Estados miembros determinar los requisitos para el reconocimiento jurídico de la identidad de género de una persona, el Tribunal declaró que, a efectos de la aplicación de la Directiva 79/7, debe “considerarse como personas que han cambiado de sexo a las personas que hayan vivido durante un período relevante como personas de un sexo distinto al de su nacimiento y que se hayan sometido a una operación de cambio de sexo” (apartado nº 35).

En esta línea, otro de los elementos clave de la citada sentencia reside en la apreciación de la finalidad para la que se establecen las pensiones de jubilación y su potencial relación con el supuesto de discriminación directa por motivo del sexo. De este modo, estableciendo que las pensiones de jubilación responden “a la protección de sus beneficiarios de los riesgos de la vejez al conferirles el derecho a una pensión adquirida en relación con las contribuciones que han pa-

gado durante su vida laboral, independientemente de su estado civil”, el Tribunal dictaminó que el requisito del divorcio o de la anulación previa del matrimonio, establecido para evitar los matrimonios entre personas del mismo género, no presentaba ningún tipo de relación con los objetivos para los que se constituyen las pensiones de jubilación. En consecuencia, el Tribunal estimó que no puede constituirse una excepción a la prohibición de toda discriminación directa por razón de sexo, establecida en el artículo 4, apartado 1º, de la Directiva 79/7, dado que ésta solo es posible en los casos que se enumeran con carácter exhaustivo en la citada norma (apartado nº 50).

Conviene destacar que dicha sentencia se enmarca dentro de un contexto social, jurídico y político que tiende hacia un reconocimiento efectivo y garantista de la diversidad afectivo-sexual y de género, en línea con los recientes avances normativos y jurisprudenciales relativos a la protección jurídica de los derechos humanos de las personas LGBTI. No puede dejar de mencionarse que el 18 de junio de ese mismo año 2018, la Organización Mundial de la Salud suprimió la transexualidad como enfermedad mental de la nueva edición de la Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE-11), listado que contiene todas las enfermedades reconocidas, más de 55.000, y que es utilizado para el diagnóstico médico a nivel mundial⁴⁶.

En este sentido, el principal aspecto de la presente sentencia, que difiere de los pronunciamientos previos del TJUE, reside en la desvinculación que el Tribunal realiza del estado civil de la persona, y de los criterios que para el reconocimiento del mismo puedan establecer los Estados miembros en el ejercicio de su competencia, del derecho de dicha persona a recibir la correspondiente pensión de jubilación en la edad prevista para las personas de su mismo género, estableciendo que el requisito del divorcio o de anulación del matrimonio previos para el reconocimiento definitivo de la identidad de género de una persona es contrario a la normativa laboral de la Unión Europea.

⁴⁶ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD: *Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE-11)*. Junio de 2018. Disponible en: [https://www.who.int/es/news-room/detail/17-06-2018-who-releases-new-international-classification-of-diseases-\(icd-11\)](https://www.who.int/es/news-room/detail/17-06-2018-who-releases-new-international-classification-of-diseases-(icd-11))

Esta cuestión es, sin duda alguna, un avance incuestionable hacia una sociedad europea más acorde con los valores de igualdad, diversidad y justicia. Sin embargo, partiendo del análisis crítico de la jurisprudencia del TJUE, así como de la normativa citada, conviene subrayar que nos encontramos ante una sentencia que perpetúa una comprensión de la identidad de género de la persona basada en una restrictiva y excluyente limitación del género con el sexo biológico. Para garantizar una protección jurídica efectiva frente a la discriminación sufrida por las personas transgénero, la jurisprudencia del TJUE no puede limitarse a aquellas personas que “se hayan sometido a una operación de cambio de sexo”, sino que debe desarrollar una conceptualización de la identidad de género, y de la expresión del mismo, que sea más amplia e inclusiva, basándose principalmente en el reconocimiento de la autonomía individual y de la dignidad de la persona y en el respeto a los derechos fundamentales que le son inherentes.

En este sentido, debe destacarse que la protección jurídica frente a los supuestos de discriminación por motivo de la identidad y de la expresión de género de la persona debería partir de un concepto de género inclusivo, plural y mutable en el tiempo, garantizando una protección extensiva tanto de las personas transexuales, que se han sometido a un tratamiento médico o quirúrgico de reconstrucción genital, como de aquellas que, identificándose con el género distinto al de su nacimiento, o no queriéndose identificar ni como hombre ni como mujer, deciden no someterse a dicho tratamiento por razones médicas, por falta de recursos socioeconómicos o por el mero ejercicio de su autonomía individual.

3.2.2. El reconocimiento de la orientación sexual como motivo de discriminación en el Derecho sociolaboral de la UE

En 1998, en el asunto *Grant v. South-West Trains*, en el que una trabajadora de una empresa de trenes solicitó la extensión del derecho a realizar viajes de forma gratuita a su pareja del mismo género, de forma análoga a como lo hacían las parejas heterosexuales, el Tribunal de Luxemburgo estimó que no existía discriminación por razón de sexo, la única que podría en esa fecha ser aplicada, prohibida en la citada Directiva de Igualdad de Trato de 1976, partiendo del argumento de que si se tratara de un trabajador hombre tampoco podría soli-

citar la extensión de tales beneficios a su pareja del mismo sexo. Con este caso, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea cerró la vía para argumentar la defensa de la igualdad de las personas lesbianas, gais y bisexuales a través de la extensión del principio de no discriminación por razón del sexo en contra de la opinión del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas que, en el caso *Toonen c. Australia* de 1994, ya había estimado que la prohibición de discriminación por razón de sexo, establecida en el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, incluía la prohibición de discriminación por motivo de la orientación sexual de la persona⁴⁷.

La línea jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha ido evolucionando a medida que las normas del Derecho de la UE han regulado la prohibición de discriminación a las personas por su orientación sexual. El punto de inflexión se produjo con el asunto *Tadao Maruko c. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen* concerniente a la extensión de la pensión tras el fallecimiento de uno de ellos. El Tribunal estimó que se debía garantizar el derecho a percibir una pensión equivalente a la que se otorga a un cónyuge superviviente cuando, en el Derecho nacional, la institución de la pareja inscrita posiciona a las personas del mismo sexo en una situación comparable a la de los cónyuges en lo relativo a dicha pensión por el fallecimiento de uno de los miembros de la pareja o matrimonio.

De acuerdo con esta sentencia, los Estados miembros que aún no reconocen el derecho a contraer matrimonio a las parejas formadas por personas del mismo sexo, en función del principio de no discriminación por motivo de la orientación sexual establecido en la Directiva 2000/78/EC de Igualdad de Trato en el Empleo y la Ocupación, están obligados a extender el derecho a recibir la correspondiente pensión a las parejas del mismo sexo siempre que se encuentren en una situación análoga a la de los cónyuges de distinto sexo en lo relativo a dicha prestación social, correspondiendo a los Estados miembros comprobar si el miembro superviviente de una pareja del mismo sexo se halla en una situación comparable a la de una persona viuda beneficiaria.

⁴⁷ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: *Asunto Toonen c. Australia*. Communication N.º. 488/1992, U.N. Doc CCPR/C/50/D/488/1992 (1994).

Dos pronunciamientos posteriores del TJUE han promovido la protección de los derechos fundamentales de las personas víctimas de discriminación por su orientación sexual en el ámbito sociolaboral.

En primer lugar, el 12 de diciembre de 2013, la Sala quinta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea emitió su sentencia sobre el asunto *Frédéric Hay c. Crédit Agricole Mutuel de Charente-Maritime et des Deux-Sèvres*. Ciertas disposiciones de un convenio colectivo permitían a los empleados franceses reclamar una serie de beneficios con motivo de la celebración del matrimonio, pero no por la conclusión de una unión civil. El Tribunal determinó que, dado que, en aquel momento, a las parejas homosexuales solo se les permitía formar parte de una unión civil y no se les permitía contraer matrimonio de acuerdo con la entonces vigente legislación francesa, las disposiciones impugnadas constituían una discriminación directa basada en la orientación sexual y, por lo tanto, estaban prohibidas por la citada Directiva de Igualdad de Trato en materia de Empleo y Ocupación⁴⁸.

Por otra parte, conviene hacer mención a la sentencia de 25 de abril de 2013, en el asunto *Asociația Accept y Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării*, en el que se solicitó al Tribunal de Justicia de la UE que aclarara si los comentarios homofóbicos realizados por el entrenador de un club de fútbol infringían la citada Directiva sobre Igualdad de Trato y, en consecuencia, si la carga de la prueba podría recaer en el club para demostrar que no tenía una política de selección discriminatoria.

Siguiendo una interpretación garantista, el Tribunal de Luxemburgo estimó que el artículo 10, apartado 1º, de la comentada Directiva debe interpretarse en el sentido de que, en caso de que los eventos como los destacados en el litigio sean calificados de “hechos que permitan presumir la existencia de discriminación” basada en la orientación sexual en la contratación de jugadores por un club de fútbol profesional, la carga de la prueba no puede exigir una prueba imposible

⁴⁸ Véase MACKENZIE, EMILY: “Frédéric Hay v. Crédit Agricole Mutuel De Charente-Maritime Et Des Deux-Sèvres (E.C.J.)”. En *International Legal Materials*, Vol.53 (2014) pp. 502-511.

de aportar sin violar el derecho de respeto a la vida privada, ubicando la carga de la prueba sobre el club profesional demandado⁴⁹.

3.3. *Análisis del progresivo reconocimiento de la protección internacional por motivos de orientación sexual e identidad de género en la UE*

En estos últimos años, la UE ha avanzado en la aplicación efectiva y armonizada de la normativa reguladora de la protección internacional por motivos de orientación sexual e identidad de género.

Pocas cuestiones como la diversidad afectivo-sexual y de género ponen de manifiesto el nivel de fragmentación y la ausencia de consenso existentes en la comunidad internacional, entre los diferentes actores nacionales, transnacionales e internacionales que la conforman, para lograr un marco de justicia internacional, coherente e interdependiente que defienda la universalidad de los derechos humanos en pro de la defensa de la dignidad, la igualdad y la libertad de todos los seres humanos⁵⁰.

Conviene subrayar que, en el momento de la elaboración del presente trabajo, en 72 países de la comunidad internacional se siguen criminalizando los actos homosexuales consentidos entre personas adultas con sanciones que abarcan desde la multa o la pena de cárcel hasta la pena de muerte, contemplada ésta última en Arabia Saudita, Mauritania, la República Islámica de Irán, Sudán y Yemen, en algunas regiones de Nigeria y Somalia, en los territorios de Iraq y Siria ocupados por Daesh, así como en el recientemente revisado Código Penal de Brunei⁵¹.

⁴⁹ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA: Asunto *Asociația Accept y Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării*. C-81/12, (2013).

⁵⁰ DÍAZ LAFUENTE, JOSÉ: “La universalidad de los derechos humanos en materia de orientación sexual e identidad de género”. Anuario de los cursos de derechos humanos Donostia-San Sebastián. Vol. XVIII. Tirant lo Blanch. 2019. pp 59-86.

⁵¹ ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE LESBIANAS, GAYS, BISEXUALES, TRANS E INTERSEX (ILGA): *Homofobia de Estado 2017: Estudio jurídico mundial sobre la orientación sexual en el derecho: criminalización, protección y reconocimiento*. Ginebra, 2017. p. 8.

Además, más allá de la penalización normativa de los actos homosexuales en casi el cuarenta por ciento de los Estados que conforman la comunidad internacional, en un contexto internacional marcado por los efectos socioeconómicos de una globalización neoliberal comercial, por múltiples y, a veces, sangrantes desplazamientos masivos y por el auge de las nuevas tecnologías y redes sociales, los movimientos integristas de diferente credo e ideología continúan alentando el odio y el estigma contra las personas LGBTI en diferentes partes del mundo: desde la Iglesia ortodoxa rusa, los grupos evangélicos ultraconservadores en África y Latinoamérica, el islamismo radicalizado o los judíos ortodoxos.

Por su parte, la cuestión migratoria y de asilo ha constituido uno de los principales factores determinantes de la acción política de la UE en esta última legislatura, convirtiéndose en una de las prioridades de la agenda y del debate político en torno a la naturaleza, los valores fundamentales y el proyecto de la Unión, y poniendo de manifiesto el profundo calado de la división existente entre los Estados miembros en cuanto al cumplimiento de la normativa comúnmente aceptada. En este sentido, puede afirmarse que la política migratoria y de asilo ha pasado al primer plano de las preocupaciones que más afectan a la ciudadanía europea⁵². Mientras que en el Eurobarómetro realizado en la primavera de 2014, la cuestión migratoria se presentó como la quinta de las cuestiones destacadas por la ciudadanía europea (21% de los encuestados), en el último sondeo del Parlamento Europeo de 2018, el 72% de los europeos encuestados expresaron la necesidad de una mayor intervención por parte de la UE en este ámbito⁵³.

La Directiva 2011/95/EU, por la que se modificaron las normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida ya establecidas en la anterior Directiva

⁵² PÉREZ GONZÁLEZ, CARMEN: “Política europea de inmigración y asilo”, en *Las migraciones internacionales, percepción y realidad. Un análisis desde la perspectiva de la seguridad*. Ministerio de Defensa, Instituto Español de Estudios Estratégicos. Madrid. 2017, pp. 67-108.

⁵³ PARLAMENTO EUROPEO: *Democracy on the move. European Elections - One year to go. Eurobarometer Survey n° 89.2. A Public Opinion Monitoring Study*. Bruselas, 2018. p. 34.

2004/83/CE, reconoce en su artículo 10, apartado 1º, letra d que: “en función de las circunstancias imperantes en el país de origen, podría incluirse en el concepto de grupo social determinado un grupo basado en una característica común de orientación sexual”.

En consecuencia, los Estados miembros están obligados a regular en sus legislaciones nacionales la posibilidad de reconocer la protección internacional por motivo de la orientación sexual del solicitante de asilo. Además, la citada Directiva menciona de forma explícita la identidad de género como uno de los aspectos relacionados con el sexo de la persona que deben atenderse para determinar la pertenencia a, o la característica de, un determinado grupo social como posible motivo de persecución.

Si bien en la VIII legislatura no se han aprobado nuevas normas reguladoras del derecho de asilo por motivos de orientación sexual e identidad de género, deben subrayarse una serie de avances institucionales y jurisprudenciales que han supuesto un reconocimiento más garantista, igualitario y armonizado del derecho de asilo por tales motivos.

De este modo, en primer lugar, conviene subrayar que la Comisión ha trabajado por reforzar las normas sobre las personas solicitantes vulnerables en sus propuestas para la reforma del Sistema Europeo Común de Asilo. Dichas propuestas se han centrado en la evaluación, la determinación y el registro de las necesidades especiales de acogida de las personas solicitantes de protección internacional⁵⁴ y en la identificación y el apoyo a aquellas personas refugiadas y solicitantes de asilo que necesiten garantías procesales especiales, teniendo en cuenta sus circunstancias personales, entre las que se incluye su orientación sexual o su identidad de género⁵⁵.

⁵⁴ COMISIÓN EUROPEA: Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (texto refundido). Bruselas, 2016.

⁵⁵ COMISIÓN EUROPEA: Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un procedimiento común en materia de protección internacional en la Unión y se deroga la Directiva 2013/32/UE. Bruselas, 2016.

En esta línea, conviene mencionar que la Oficina Europea de Apoyo al Asilo (OEAA) ha desarrollado una activa labor. Destaca, en este ámbito, la elaboración de una herramienta de apoyo práctico para la identificación de aquellas personas con necesidades especiales, entre las que se encuentran las personas solicitantes de asilo LGBTI, dirigida a los funcionarios que trabajan en los procedimientos de asilo y de acogida de personas solicitantes de asilo; la publicación de un Módulo de Capacitación sobre Género, Orientación Sexual e Identidad de Género que tiene como objetivo formar al personal responsable de examinar las solicitudes de asilo en aquellas competencias y conocimientos necesarios para evaluar una solicitud de protección internacional basada en estos motivos de manera sensible a la orientación sexual y la identidad de género de la persona; y, en tercer lugar, la elaboración de una “Guía sobre las condiciones de acogida: estándares e indicadores operacionales”⁵⁶. Además, resulta necesario traer a colación la elaboración de los informes relativos a los países de origen publicados regularmente por la OEAA, en los que se presta la debida atención a la situación de las personas LGBTI⁵⁷.

Por su parte, el Tribunal de Justicia de la UE se ha pronunciado en tres ocasiones respecto a la interpretación del reconocimiento del derecho de asilo por motivos de orientación sexual e identidad de género. En la primera de ellas, en la sentencia de 7 de noviembre de 2013, sobre los asuntos acumulados C-199 a C-201 de 2012, valoró dos cuestiones esenciales que mayor divergencia han suscitado entre los Estados miembros: la aplicación del criterio de discreción y la posible constitución del elemento de persecución por la existencia de un régimen punitivo de la homosexualidad en el país de origen. En una segunda ocasión, en la sentencia de 2 de diciembre de 2014, sobre los asuntos acumulados C-148 a C-150 de 2013, el Tribunal de Luxemburgo se pronunció sobre una tercera cuestión: los elementos

⁵⁶ OFICINA EUROPEA DE APOYO AL ASILO: Guía sobre las condiciones de acogida: estándares e indicadores operacionales. Malta, 2016. Disponible en: <https://www.easo.europa.eu/news-events/easo-guidance-reception-conditions-operational-standards-and-indicators>

⁵⁷ OFICINA EUROPEA DE APOYO AL ASILO: *Informes sobre los países de origen*. Disponibles en: <https://www.easo.europa.eu/information-analysis/country-origin-information>

de prueba necesarios para verificar la credibilidad del relato⁵⁸. Por último, en la reciente sentencia de 25 de enero de 2018, en el asunto *F. c. Bevándorlásiés Állampolgársági Hivatal*, el TJUE se ha pronunciado sobre los informes de los expertos para la evaluación de los hechos y las circunstancias relacionadas con la orientación sexual declarada por una persona solicitante de protección internacional.

En esta última sentencia, que, como destaca FERREIRA, presenta un tono general más positivo para los solicitantes de asilo perseguidos por su orientación sexual que las decisiones anteriores del TJUE⁵⁹, el Tribunal de Luxemburgo estimó que la normativa de la UE reguladora del derecho de asilo “debe interpretarse en el sentido de que no se oponga a que la autoridad responsable de examinar las solicitudes de protección internacional o los órganos jurisdiccionales competentes para conocer, en su caso, de un recurso contra una decisión de esta autoridad, ordenen un dictamen pericial para la valoración de los hechos y las circunstancias relativos a la orientación sexual alegada por el solicitante, siempre que los métodos empleados en tal dictamen respeten los derechos fundamentales garantizados por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que dicha autoridad y los órganos jurisdiccionales no fundamenten su decisión exclusivamente en las conclusiones del dictamen pericial y que no queden vinculados por esas conclusiones al valorar las declaraciones del solicitante sobre su orientación sexual”.

Sin embargo, el Tribunal consideró que el artículo 4 de la Directiva 2011/95, a la luz del artículo 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales, debe interpretarse en el sentido de que se opone a que, para valorar la credibilidad de la orientación sexual alegada por un solicitante de protección internacional, se realice y se utilice un examen psicológico, como el controvertido en el litigio principal del asunto, “que tenga por objeto proporcionar una imagen de la orientación sexual de dicho solicitante, basándose en test de personalidad proyectivos”.

⁵⁸ DÍAZ LAFUENTE, JOSÉ: *Asilo y refugio por motivos de orientación sexual e identidad de género*. Cuadernos del Congreso de los Diputados. Madrid, 2016. pp. 111-116.

⁵⁹ FERREIRA, NUNO: “Testing the untestable: The CJEU’s decision in Case C-473/16, *F v Bevándorlásiés Állampolgársági Hivata*”. *En European Database of Asylum Law* (2018).

Para el Tribunal, en resumen, resulta aceptable que las autoridades nacionales encarguen informes a expertos para valorar la veracidad de las solicitudes de asilo por tales motivos, si bien las pruebas realizadas en el litigio en cuestión sí fueron excluidas.

4. CONSIDERACIONES FINALES. RETOS PENDIENTES PARA LA IX LEGISLATURA DEL PARLAMENTO EUROPEO

A la espera del inicio del nuevo período legislativo tras las pasadas elecciones al Parlamento Europeo en mayo de 2019, quedan pendientes dos cuestiones para la IX legislatura en materia de protección de los derechos fundamentales de las personas LGBTI: la elaboración de una estrategia política inclusiva que integre de forma transversal y efectiva las cuestiones de género en el trabajo diario de las Instituciones, y que asimismo articule la distribución de más fondos para financiar a los movimientos sociales defensores de los derechos fundamentales de las personas LGBTI, y la aprobación de la propuesta de Directiva del Consejo contra la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género más allá del ámbito laboral.

Esta última legislatura, fuertemente marcada por cuestiones de seguridad, se ha caracterizado por una desaceleración en la acción política para la protección de los derechos de las mujeres y para la promoción de la igualdad de género. Pendiente en esta legislatura se ha quedado la adopción de normas comunes en áreas como la violencia contra las mujeres, la conciliación familiar, el acceso de mujeres a cargos directivos o la incorporación de la perspectiva de género en los mecanismos institucionales y en los diferentes ámbitos de la sociedad.

En este sentido, la Unión Europea requiere de una Estrategia por la Igualdad de Género más sólida y efectiva, que incluya desde un enfoque interseccional acciones específicas para abordar la discriminación múltiple y el apoyo a las mujeres con discapacidad, las mujeres migrantes, las personas pertenecientes a minorías étnicas y las personas LGBTI, y que, a su vez, establezca vínculos con otras estrategias europeas, a favor de la transversalización de esta cuestión, articulándose la potencial interdependencia con los objetivos de la Estrategia Europa 2020, con el semestre europeo, con el marco financiero plurianual y

con los ODS de la Agenda 2030 de las Naciones Unidas para el Desarrollo Sostenible⁶⁰.

En esta línea, la Declaración de la Presidencia sobre la igualdad entre mujeres y hombres emitida por Estonia, Bulgaria y Austria el 19 de julio de 2017 destacó la necesidad de posicionar la igualdad de género y la igualdad de oportunidades, también para las personas LGBTI, en la agenda de la UE, reiterándose la necesidad de la elaboración de una estrategia independiente y de alto nivel para la igualdad entre mujeres y hombres con el objetivo de seguir el compromiso estratégico actual de la Comisión, que incluye la protección de las personas LGBTI frente a los elevados índices de homofobia, bifobia y transfobia que persisten en los diferentes Estados miembros⁶¹.

Por otra parte, en segundo lugar, aún queda pendiente la aprobación de la propuesta de Directiva del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual más allá del ámbito laboral, elaborada por la Comisión en 2008⁶². Si bien es cierto que, en esta VIII legislatura, esta última Institución ha estado trabajando de forma activa con las presidencias del Consejo para avanzar en la adopción de esta nueva Directiva, su aprobación, que no ha alcanzado el consenso necesario en el Consejo, debe seguir siendo una prioridad política clave de la UE en este ámbito.

La relevancia de esta propuesta de Directiva radica en la necesidad de suplir las diversas lagunas aún existentes en la legislación de la UE, con el objetivo principal de garantizar un nivel mínimo de protección contra la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género en el ejercicio de los derechos fundamentales. Del mismo modo, la aprobación de la citada propuesta de Directiva

⁶⁰ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA: *Conclusions of Employment, Social Policy, Health and Consumer Affairs Council on gender equality*. Bruselas, 16 de junio de 2016.

⁶¹ UNIÓN EUROPEA: *Trio Presidency Declaration on Equality between Women and Men*. Bruselas, 19 de julio de 2017.

⁶² COMISIÓN EUROPEA: Propuesta de Directiva del Consejo por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. COM/2008/0426.

garantizaría la existencia en todos los Estados miembros de un organismo de igualdad que velase contra la discriminación por motivos de la orientación sexual y la identidad de género de los ciudadanos y ciudadanas de la UE y que protegiese a las personas trans, lesbianas, gais y bisexuales víctimas de discriminación⁶³. Mientras que no sea aprobada por la unanimidad requerida en el Consejo la propuesta de la Comisión de 2008, las personas LGBTI seguirán requiriendo de una protección jurídica efectiva frente a la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género en ámbitos tan fundamentales para la vida y el libre desarrollo de la personalidad como son, entre otros, la educación o la salud.

5. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AGENCIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA: *Experiencias de personas LGBT como víctimas de la discriminación y los delitos motivados por prejuicios en la UE y Croacia*. Viena, 2013.
- ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE LESBIANAS, GAYS, BISEXUALES, TRANS E INTERSEX (ILGA): *Homofobia de Estado 2017: Estudio jurídico mundial sobre la orientación sexual en el derecho: criminalización, protección y reconocimiento*. Ginebra, 2017.
- BELL, MARK: “Gender Identity and Sexual Orientation: Alternative Pathways in EU Equality Law”. En *The American Journal of Comparative Law*. Vol. 60, 2012.
- DÍAZ LAFUENTE, JOSÉ: *Asilo y refugio por motivos de orientación sexual e identidad de género*. Cuadernos del Congreso de los Diputados. Madrid, 2016. pp. 111-116.
- DINAN, DESMOND: “Governance and Institutions: A More Political Commission”. En *Journal of Common Market Studies*, vol. 54 (2016).

⁶³ Como destacó la Comisaria de Justicia Jourová con motivo del décimo aniversario de la Red Europea de Organismos de Igualdad (Equinet), la pertinencia de la futura Directiva se fundamenta en la necesaria constitución en todos los Estados miembros de organismos de igualdad nacionales que puedan cumplir adecuadamente sus funciones y a los que la Comisión pueda asistir la asistencia en el cumplimiento de sus funciones- COMISIÓN EUROPEA: Speech at the Equinet 10th Anniversary Conference, on Promoting equality in a challenging environment. Bruselas, 10 de octubre de 2017.

- FERREIRA, NUNO: “Testing the untestable: The CJEU’s decision in Case C-473/16, F v Bevándorlásiés Állampolgársági Hivata”. En *European Database of Asylum Law* (2018).
- GARCÍA MAHAMUT, ROSARIO y TOMÁS MALLÉN, BEATRIZ (Coords.): *El Reglamento General de Protección de Datos: un enfoque nacional y comparado. Especial referencia a la LO 3/2018 de Protección de Datos y garantía de los derechos digitales*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2019.
- GARCÍA MURCIA, JOAQUÍN (Dir.). *Libertades de circulación y derechos de protección social en la Unión Europea. Un estudio de jurisprudencia del Tribunal de Justicia*. Juruá. 2016.
- GUINEA LLORENTE, MERCEDES y DIAZ LAFUENTE, JOSÉ: *El cumplimiento de la Comisión con sus ciudadanos*. Marcial Pons. Madrid, 2019.
- JUNCKER, JEAN-CLAUDE: *Discurso en el acto de investidura como doctor “honoris causa” por la Universidad de Salamanca*. Salamanca, 2017.
- JUNCKER, JEAN-CLAUDE: *Un nuevo comienzo para Europa: mi Agenda en materia de empleo, crecimiento, equidad y cambio democrático. Orientaciones políticas para la próxima Comisión Europea. Alocución inaugural en la sesión plenaria del Parlamento Europeo*. Estrasburgo, 15 de julio de 2014.
- MACKENZIE, EMILY: “Frédéric Hay v. Crédit Agricole Mutuel De Charente-Maritime Et Des Deux-Sèvres (E.C.J.)”. En *International Legal Materials*, Vol.53 (2014).
- MAGEN, AMICHAÏ: “Cracks in the Foundations: Understanding the Great Rule of Law Debate in the EU”. En *Journal of Common Market Studies*, vol. 54, n° 5 (2018).
- MANNERS, IAN: “Normative Power Europe: A Contradiction in Terms?”. En *Journal of Common Market Studies*, vol. 40, n° 2 (2002).
- PÉREZ DEL RÍO, TERESA: “Tansversalidad de género y positivasen el ámbito comunitario”. En *Lanharremanak: Revista de relaciones laborales*. N° 13 (2005).
- PÉREZ GONZÁLEZ, CARMEN: “Política europea de inmigración y asilo”, en *Las migraciones internacionales, percepción y realidad. Un análisis desde la perspectiva de la seguridad*. Ministerio de Defensa, Instituto Español de Estudios Estratégicos. Madrid, 2017.
- TRANSGENDER EUROPE, ILGA EUROPE: *Trans Rights Europe Map & Index 2018*. Bruselas, 2018. Disponible en: <https://tgeu.org/trans-rights-map-2018/>

LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS LGBT EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

FRANCISCO M. RUIZ-RISUEÑO MONTOYA*

Administrador del Parlamento Europeo

Ex letrado de apoyo en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

1. INTRODUCCIÓN

El reconocimiento de los derechos de las personas LGBT no ha sido, ni es, desde luego, el resultado de la casualidad o de una concienciación espontánea de las sociedades, fundamentalmente occidentales, en las que éstas desarrollan su existencia. Es, por el contrario, el resultado de una reivindicación de colectivos y personas LGBT continuada en el tiempo y determinada en las convicciones, destinada a cambiar mentalidades y actitudes sociales como primer paso hacia el reconocimiento jurídico, bien y preferiblemente por los legisladores, bien, con frecuencia, ante la inacción e incluso desdén de los primeros, por instancias judiciales nacionales e internacionales.

En este contexto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha sido llamado a pronunciarse desde los años ochenta sobre los derechos de las personas LGBT en el marco de demandas individuales presentadas en aplicación del artículo 34 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). No ha sido siempre fácil para el Tribunal adoptar una postura vanguardista en la materia, pero creo que puede afirmarse con justicia que, con el material normativo a su disposición, y a pesar de los prejuicios y reticencias de algunos de sus miembros sobre los derechos de las personas LGBT, el Tribunal ha ido construyendo, con cautela y paulatinamente, una jurisprudencia que, si no plenamente

* El contenido de este artículo refleja exclusivamente las opiniones del autor.

satisfactoria para los derechos LGBT, puede considerarse al menos suficientemente favorable. Toca ahora comprobar si sus futuros pronunciamientos confirmarán o no esta primera valoración.

Este artículo es una puesta al día de uno previo que se publicó en octubre de 2013 en el número 17 de la *Revista General de Derecho Constitucional*¹ y lo dicho entonces en la introducción a dicho artículo sirve igualmente para este trabajo. Su objetivo no es el de realizar una crítica de la jurisprudencia del TEDH, sino el más modesto de exponerla de forma sistemática y accesible.

El artículo se divide en siete capítulos. El primero está dedicado a los derechos de las personas transexuales, del que me gustaría destacar por su actualidad el apartado relativo al reconocimiento jurídico de la “nueva” identidad de género de las personas transexuales. El segundo capítulo se dedica a los derechos de las personas homosexuales, y en este caso, resulta destacable la importancia creciente que el Tribunal ha dado a la necesidad de reconocimiento jurídico y protección de las parejas homosexuales. El capítulo tercero analiza la jurisprudencia relativa al derecho de manifestación de las personas homosexuales. El cuarto, por su parte, se refiere a la jurisprudencia recaída sobre el derecho de las personas LGBT a no ser agredidas por su condición sexual. En este capítulo se quiere hacer especial hincapié en la doble reprobación que, según el Tribunal, merecen las agresiones sufridas por personas LGBT por ostentar dicha condición. El capítulo quinto se dedica a exponer la jurisprudencia del Tribunal sobre el derecho a la libertad de expresión ejercido por el colectivo LGBT para exponer su realidad y promover sus derechos. De dicha jurisprudencia se deriva claramente que las llamadas “leyes anti-propaganda gay” son contrarias al Convenio. El capítulo seis expone los casos resueltos por el momento por el Tribunal sobre la posible objeción de conciencia en el ofrecimiento de determinados servicios a personas LGBT. Por el momento, el Tribunal no ha debido pronunciarse sobre pasteleros y tartas, como sí se han visto obligados a hacer el Tribunal Supremo de

¹ F. Ruiz-Risueño Montoya, “Los derechos de las personas LGBT en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos,” en *Revista General de Derecho Constitucional*, 17, 2013, pp. 1-39.

los Estados Unidos y su homónimo del Reino Unido². Finalmente, el último capítulo expone la jurisprudencia del Tribunal en casos en los que la libertad de expresión chocaba con los derechos a la dignidad y al respeto de personas LGBT.

2. LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS TRANSEXUALES

2.1. *El derecho de las personas transexuales al reconocimiento de su nueva identidad sexual y al matrimonio. Sobre la posibilidad de someter el reconocimiento jurídico de la identidad de género de las personas transexuales a ciertas condiciones*

La identidad de género de las personas constituye sin duda alguna “uno de los aspectos más íntimos de la vida privada”³ y hoy es jurisprudencia consolidada del Tribunal que el derecho al respeto a la vida privada garantizado en el artículo 8 del Convenio impone a los Estados la obligación positiva de reconocer a todos los efectos la nueva identidad de género de las personas transexuales, si bien dicho reconocimiento, como veremos, puede verse condicionado al cumplimiento de ciertos requisitos siempre y cuando éstos no sean desproporcionados.

La jurisprudencia del Tribunal sobre la materia se inicia con las sentencias *Rees c. el Reino Unido*, de 17 de octubre de 1986, y *Cossey c. el Reino Unido*, de 27 de septiembre de 1990, no precisamente favorable para la comunidad transexual. Los demandantes en ambos casos eran personas transexuales operadas a las que las autoridades británicas se negaban a reconocer plenamente su nueva identidad de género mediante una modificación en los registros y actas de nacimiento. Para los demandantes, dicha negativa constituía una violación de su derecho al respeto a la vida privada. El Tribunal era de distinta opinión y rechazó su queja. En su opinión, el nivel de reconocimiento de la nueva identidad de las personas transexuales era una cuestión

² *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission*, 584 U.S. ____ (2018); *Lee v. Ashers Baking Company Ltd & Others* [2018] UKSC 49.

³ *Van Kück c. Alemania*, de 12 de junio de 2003, pág. 82.

sobre la que los Estados gozaban de un margen de apreciación y, por lo tanto, la negativa del Estado a alterar el registro de nacimientos o a emitir actas de nacimiento cuyo contenido y naturaleza difiriera de las entradas originales relativas al género del individuo no podía considerarse una injerencia en el derecho a la vida privada de los demandantes. Para el Tribunal, no había quedado demostrado que el rechazo de las autoridades a dar pleno reconocimiento a la nueva identidad de las demandantes hubiera causado a éstas un nivel de sufrimiento tan grave como para hacer prevalecer su demanda sobre el margen de apreciación del Estado. De hecho, las autoridades nacionales habían adoptado medidas para paliar las molestias que ocasionaba a las personas transexuales la falta de reconocimiento pleno de su nueva identidad, facilitándoles, por ejemplo, permisos de conducir, pasaportes y otros documentos con su nuevo nombre y género. El Tribunal advirtió, sin embargo, que las autoridades nacionales debían evaluar permanentemente la necesidad de nuevas medidas concretas en este ámbito puesto que el Convenio debía ser interpretado y aplicado de manera evolutiva, a la luz de las condiciones de cada momento⁴.

Los demandantes en el caso también se quejaban bajo el artículo 12 del Convenio de una vulneración del derecho a contraer matrimonio. La conclusión que alcanzó el Tribunal en este aspecto era deudora de la alcanzada con respecto al artículo 8. El Tribunal consideró que la imposibilidad de que los transexuales pudieran contraer matrimonio con una persona de género distinto al que se le había reasignado no constituía una violación del derecho a contraer matrimonio. El Tribunal interpretó que dicho artículo atribuía el derecho a contraer matrimonio a personas de distinto sexo biológico y que la decisión de seguir adoptando dicho criterio para determinar el sexo de los contrayentes correspondía a los Estados en el marco de su competencia para regular su ejercicio. Además, la redacción del artículo reconocía el derecho al matrimonio como fundamento de la familia y, por tanto, su disfrute podía hacerse depender legítimamente de la posibilidad de concebir hijos.

Poco tiempo después, sin embargo, en 1992, el Tribunal condenó a Francia en el caso de *B. c. Francia*, de 25 de marzo de 1992, por la

⁴ Rees, pág. 47; Cossey, pág. 42.

negativa de sus autoridades a reconocer la nueva identidad sexual de la demandante, una mujer transexual que se había sometido a un tratamiento completo de reasignación de género. El Tribunal confió en diversos factores para distinguir este caso de los de *Rees* y *Cossey*, cuya actualidad dejó intacta⁵. En este sentido, el Tribunal observó que existían diferencias importantes entre los ordenamientos francés e inglés en materia de estado civil, de cambio de nombres y de utilización de documentos y tras analizar cada uno de estos factores en detalle consideró que la demandante se encontraba en una situación que, en su conjunto, era contraria al artículo 8 del Convenio. En Francia, los transexuales se encontraban frecuentemente en la vida diaria ante la necesidad de presentar documentos de los que resultaba evidente la discrepancia entre su sexo legal y el aparente. Las autoridades francesas no habían ponderado correctamente entre el interés público y el privado y no podían, por tanto, prevalerse del margen de apreciación que el Tribunal había reconocido a los Estados en esta materia.

Con las sentencias de Gran Sala en los casos de *Christine Goodwin c. el Reino Unido* e *I. c. el Reino Unido*, de 11 de julio de 2002, el Tribunal dio un vuelco a su jurisprudencia. El Tribunal despojó a los Estados de discrecionalidad en la materia y les impuso la obligación de reconocer a todos los efectos la nueva identidad de las personas transexuales.

El Tribunal argumentó que el Convenio era primero y ante todo un sistema de protección de los derechos humanos y que por tanto el Tribunal debía prestar atención a las condiciones cambiantes en los Estados y atender a cualquier nueva convergencia en relación con los estándares de aplicación. Y tras observar que existía una tendencia continuada a nivel internacional a favor de la aceptación social de las personas transexuales y del reconocimiento jurídico de su nueva identidad, afirmó que era insostenible mantener por más tiempo a las

⁵ De hecho, la actualidad de su previa jurisprudencia quedó confirmada por el Tribunal en su sentencia de Gran Sala *Sheffield y Horsham c. el Reino Unido*, de 30 de julio de 1998, aunque con división entre sus miembros. La jurisprudencia en *Rees* y *Cossey* fue confirmada por una mayoría de 11 jueces frente a 9 en relación con el artículo 8 del Convenio. Por lo que respecta al artículo 12, la mayoría a favor de mantener la jurisprudencia era más holgada, de 18 jueces frente a 2.

personas transexuales operadas en la insatisfactoria situación en la que les situaba la falta de reconocimiento pleno de su nueva identidad sexual. “El sufrimiento y la alienación derivada de la discordancia entre la posición que una persona transexual operada asume en la sociedad y el estatuto que le impone el derecho, que se niega a reconocer su cambio de género, no puede considerarse, en opinión del Tribunal, un inconveniente menor derivado de una formalidad. Existe un conflicto entre la realidad social y el derecho que coloca a la persona transexual en una posición anómala, en la que él o ella puede experimentar sentimientos de vulnerabilidad, humillación y angustia”⁶. Y tras admitir las dificultades que el reconocimiento de la nueva identidad de género de los transexuales podía plantear en distintos ámbitos del derecho, el Tribunal concluyó que podía “exigirse razonablemente a la sociedad que acepte ciertas inconveniencias a fin de permitir a estas personas vivir con dignidad y respeto, de acuerdo con la nueva identidad que han elegido a un elevado coste personal”⁷.

Así pues, el Tribunal declaró que el no reconocimiento pleno por las autoridades británicas de la nueva identidad de género de las demandantes constituía un incumplimiento de sus obligaciones positivas en virtud de lo dispuesto en el artículo 8 del Convenio⁸.

También consideró el Tribunal en estos casos que el artículo 12 del Convenio había sido vulnerado. El Tribunal afirmó que el ejercicio del derecho a contraer matrimonio no podía hacerse depender de la posibilidad de concebir hijos y que no parecía razonable, a la luz de los avances sociales y científicos en el tema de la transexualidad, interpretar los términos hombre y mujer del artículo 12 con criterios puramente biológicos. El Tribunal rechazó que la falta de consenso en la materia entre los Estados contratantes pudiera dejar el asunto completamente en sus manos. Estos podrían establecer, dentro del margen de apreciación que el Convenio les confería en esta materia, garantías y condiciones para el ejercicio por los transexuales del derecho a con-

⁶ *Christine Goodwin*, pág. 77.

⁷ *ibid.*, pág. 91.

⁸ Sobre el reconocimiento de la nueva identidad sexual de las personas transexuales, véase también la decisión de archivo de la demanda en el caso de *P. c. Portugal*, de 6 de septiembre de 2011.

traer matrimonio, pero no existía ninguna razón para privar a estas personas por principio de ese derecho⁹.

El caso de *Grant c. el Reino Unido*, decidido por sentencia de 23 de mayo de 2006, dará al Tribunal la oportunidad de aclarar el alcance y significado de su nueva jurisprudencia. La demandante en el caso era una transexual a la que las autoridades británicas habían obligado a esperar hasta los 65 años para obtener una pensión de jubilación a pesar de que la edad ordinaria de jubilación para las mujeres era la de sesenta. El Tribunal declaró que la falta de reconocimiento legal de la nueva identidad sexual de la demandante a efectos de la pensión de jubilación constituía una vulneración de su derecho a la vida privada. La cuestión añadida era la de determinar desde cuándo la demandante podía ser considerada víctima de dicha vulneración. La solicitud de pensión de la demandante había sido rechazada en dos ocasiones, una con anterioridad al pronunciamiento de la sentencia en el caso de *Christine Goodwin* y otra con posterioridad a la misma. El Tribunal consideró a este respecto que la demandante había adquirido el estatus de víctima en la fecha en que las autoridades nacionales le habían denegado la pensión incumpliendo la jurisprudencia establecida en su sentencia *Christine Goodwin*, cuyos efectos, por tanto, eran constitutivos, y que lo había sido hasta la entrada en vigor de la *Gender Recognition Act 2004*, una ley aprobada por el Reino Unido que permitía a las personas transexuales obtener el reconocimiento jurídico de su nueva identidad también en lo relativo a pensiones y seguridad social¹⁰.

La convalidación por los tribunales nacionales de la negativa de las aseguradoras médicas a reembolsar a las personas transexuales los gastos derivados de los tratamientos de reasignación de género

⁹ Resulta interesante mencionar aquí que la demanda de *Cassar c. Malta*, interpuesta por una demandante transexual ante la negativa de las autoridades maltesas a autorizar su matrimonio con un hombre, fue archivada por el Tribunal el 9 de julio de 2013 tras constatar éste que las partes habían alcanzado un acuerdo amistoso en el que el Gobierno se comprometía a presentar antes de finalizar el año las reformas legislativas necesarias en el Parlamento para su aprobación a fin de que la demandante pudiera contraer matrimonio.

¹⁰ *Christine Goodwin*, pág. 30.

también ha sido objeto de supervisión por el Tribunal. En su sentencia en el caso de *Van Kück c. Alemania*, de 12 de junio de 2003, el Tribunal estimó la demanda de una transexual a la que su aseguradora médica privada le había denegado el reembolso de los gastos médicos derivados de su tratamiento reasignativo. El Tribunal sostuvo que las consideraciones realizadas por los tribunales nacionales según las cuales correspondía a la demandante probar la necesidad médica del tratamiento, una operación de carácter irreversible que afectaba a uno de los aspectos más íntimos de su vida privada, constituía una exigencia desproporcionada contraria al derecho a la vida privada. En su posterior sentencia de *Schlumpf c. Suiza*, de 8 de enero de 2009, el Tribunal volvió a estimar la demanda de una transexual a la que su aseguradora médica le había denegado el reembolso de los gastos derivados de su operación de reasignación de género. En este caso la denegación respondía a que la demandante no había respetado el “plazo de observación” de dos años desde la prescripción facultativa que los tribunales nacionales habían establecido en su jurisprudencia como condición general para poder obtener el reembolso de dichos gastos¹¹. El Tribunal observó que las autoridades nacionales habían aplicado dicha condición de manera mecánica, sin atender a las circunstancias personales concretas de la demandante —que tenía ya 67 años en el momento de solicitar a su aseguradora que asumiera los gastos del tratamiento y que había esperado a realizar la operación por respeto a sus hijos y a su difunta esposa— y que, al actuar de este modo, no habían ponderado correctamente los intereses en conflicto.

El caso de *L. c. Lituania*, de 11 de septiembre de 2007, planteaba un problema diferente. La demanda en este caso había sido presentada por un demandante transexual para el que la falta de desarrollo normativo de la disposición del nuevo código civil de 2000 que reconocía a los transexuales no casados el derecho a cirugía reasignativa vulneraba su derecho al respeto a la vida privada. La modificación de su número personal de identificación, en el que existía una referencia al sexo femenino, estaba condicionada a la realización de una cirugía completa de reasignación de género y, por tanto, mientras no

¹¹ Sólo tras el transcurso podía hablarse de “verdadero transexualismo” que generaba un derecho al pago del tratamiento por la respectiva aseguradora médica.

podría obtener ésta, el demandante continuaba siendo mujer a determinados efectos. Para el Tribunal, las restricciones presupuestarias no podían constituir, después de cuatro años desde la aprobación del código civil, una justificación suficiente para posponer por más tiempo el desarrollo normativo de la disposición que reconocía el derecho al tratamiento reasignativo, y condenó a las autoridades lituanas por vulneración del derecho al respeto a la vida privada del demandante. El Tribunal estimó que, como compensación pecuniaria, el Estado debía aprobar en un plazo de tres meses desde que su sentencia alcanzara firmeza la legislación de desarrollo del código civil o, en su defecto, satisfacer al demandante 40 000 euros. El Gobierno lituano optó por la segunda de las opciones¹². Resulta oportuno apuntar aquí, por lo que se verá a continuación, que la cuestión que se plantea el Tribunal en este caso no es la de analizar la posible adecuación al Convenio de la condición de someter el reconocimiento jurídico de la identidad de la persona transexual a un proceso completo de reasignación de género, sino la más limitada de determinar si el Estado puede posponer indefinidamente el desarrollo normativo de un derecho reconocido por la legislación nacional restringiendo de manera injustificada el derecho a la vida privada de las personas transexuales.

Admitido, pues, en principio, que las personas transexuales tienen el derecho a ver reconocida su identidad de género como manifestación de su vida privada, el Tribunal ha tenido que pronunciarse sobre la legitimidad desde el punto de vista del Convenio de algunas condiciones establecidas por los Estados para proceder a dicho reconocimiento. Los primeros casos que se le plantearon al Tribunal a este respecto fueron presentados por personas transexuales casadas en un matrimonio convencional a las que se les exigía para proceder a dicho reconocimiento pleno o bien la conversión de su matrimonio en una unión civil o bien la obtención del divorcio.

En sus decisiones *Parry c. el Reino Unido* y *R. y F. c. el Reino Unido*, de 28 de noviembre de 2006, el Tribunal fue meridiano y declaró inadmisibles las demandas de dos matrimonios que se quejaban de

¹² D. Jočienė, “Subsidiarity and Gender Reassignment”, en *The Conscience of Europe: 50 Years of the European Court of Human Rights*, Council of Europe, 2010, pp. 156-157.

que someter el reconocimiento de la nueva identidad de género del cónyuge transexual a la obligación de divorciarse era contraria al artículo 8 del Convenio y de que dicha imposición vulneraba el derecho al matrimonio recogido en el artículo 12. El Tribunal observó que el derecho nacional vigente en aquel momento no reconocía el matrimonio entre personas del mismo sexo, lo que no infringía el Convenio, puesto que el artículo 12 consagraba un concepto heterosexual del matrimonio, y que los demandantes tenían la posibilidad, tras su divorcio, de contraer una unión civil con casi los mismos derechos y obligaciones que si hubieran seguido casados.

Esta jurisprudencia se vio consolidada en la más reciente sentencia de Gran Sala en el caso de *Hämäläinen c. Finlandia*, de 16 de julio, de 2014, en la que el Tribunal consideró, en línea con las sentencias apenas mencionadas, que el Estado finlandés no había vulnerado el derecho a la vida privada o familiar del demandante por negarse a reconocer legalmente su nueva identidad femenina al no haber obtenido éste el consentimiento de su esposa para transformar su matrimonio en una unión civil. Las dos únicas maneras de obtener dicho reconocimiento según el derecho finlandés eran bien la conversión del matrimonio en una unión civil, conversión que debía venir precedida del consentimiento del cónyuge, bien la obtención de un divorcio. El Tribunal sostuvo que no era desproporcionado exigir la conversión del matrimonio en unión civil como condición para el reconocimiento jurídico del nuevo género adquirido: la unión civil ofrecía a las parejas formadas por personas del mismo sexo una protección jurídica sustancialmente idéntica a la ofrecida por el matrimonio. Las diferencias mínimas existentes entre ambas instituciones no permitían concluir que el sistema finlandés fuera deficiente desde el punto de vista de las obligaciones positivas derivadas del artículo 8 del Convenio. Dicha conversión, por lo demás, no tendría efecto alguno en la vida familiar del demandante pues no afectaría a su paternidad con respecto a su hija o a sus deberes de cuidado, custodia o alimentos con respecto a ésta. El Tribunal consideró asimismo que no se planteaba ninguna cuestión adicional relativa al artículo 12 del Convenio, y que no había violación del artículo 14 del Convenio en combinación con los artículos 8 y 12. Tres jueces (Sajó, Keller y Lemmens) hubieran llegado a una conclusión distinta.

El caso de *Y.Y. c. Turquía*, resuelto por sentencia de 10 de marzo de 2015, obligó al Tribunal a reflexionar sobre si la negativa de las autoridades turcas a autorizar al demandante, una persona transexual, a someterse a una cirugía de reasignación de género al no ser éste definitivamente incapaz de procrear constituía o no una violación del artículo 8 del Convenio.

En el momento de la presentación de la demanda en 2008, el demandante, un transexual masculino, estaba inscrito como mujer en el registro civil. El 30 de septiembre de 2005, a la edad de 24 años, había solicitado, de acuerdo con el derecho turco, autorización judicial para someterse a una operación de reasignación de género. Los tribunales internos, sin embargo, le habían denegado dicha solicitud porque, de los exámenes médicos que se le habían realizado, resultaba que el demandante no era permanentemente incapaz de procrear y, por tanto, no satisfacía uno de los requisitos exigidos por el derecho civil turco para poder someterse a una cirugía de reasignación de género. Ante esta negativa, el demandante presentó una demanda ante el Tribunal en la que alegaba una vulneración de su derecho al respeto a la vida privada. Tiempo después de la presentación de su demanda, en marzo de 2013, con 32 años, el demandante había presentado ante los tribunales nacionales una nueva solicitud de autorización para someterse a una cirugía reasignativa. Entretanto, el demandante se había sometido a una doble mastectomía y a una terapia hormonal. En esta ocasión, los tribunales nacionales concedieron su autorización para la operación de reasignación de género, a pesar de que el nuevo examen médico insistía en que el demandante no era permanentemente incapaz de procrear (como mujer). Afirmaba, sin embargo, que el demandante era una persona transgénero y que la resignación de género era necesaria para su salud mental.

No es de extrañar que, a la luz de la autorización concedida en este segundo procedimiento interno, el Gobierno turco solicitara que la demanda fuera declarada inadmisibile por falta de calidad de víctima del demandante. El Tribunal, sin embargo, no aceptó esta objeción: “el Tribunal no puede ignorar el hecho de que la situación que da origen a la presente demanda, esto es, la imposibilidad para el demandante de acceder a una operación de resignación de género a causa de la negativa de los tribunales, duró más de cinco años y siete meses. Es indudable en opinión del Tribunal que la vida privada del deman-

dante se vio directamente afectada por la negativa de los tribunales durante ese período (...). Resulta además evidente al Tribunal, de la lectura de la sentencia del tribunal de distrito a favor del demandante, que ésta no contiene reconocimiento expreso de la vulneración de los derechos del demandante. De igual modo, la autorización otorgada al demandante no puede interpretarse como un reconocimiento en sustancia de una vulneración de su derecho a la vida privada”¹³.

Por lo que respecta al fondo del asunto, el Tribunal concluyó que la situación en la que el Estado había colocado al demandante, al que durante tantos años había imposibilitado el acceso a una cirugía de reasignación de género por no ser definitivamente incapaz de procrear, había supuesto una vulneración de su derecho al respeto a su vida privada.

El Tribunal inició su razonamiento observando que en el presente caso el procedimiento ante los tribunales nacionales versaba sobre la libertad del demandante para definir su identidad sexual, uno de los elementos esenciales del derecho a la autodeterminación. Es en este contexto en el que el Tribunal analiza el margen de apreciación que debe dejar al Estado sin que, en opinión de lo que esto escribe, llegue a una conclusión clara. Por un lado, considera que los Estados deben gozar de un amplio margen de apreciación por lo que se refiere a los requisitos para acceder a los procedimientos de resignación de género. Por otro, sin embargo, se refiere a la “tendencia internacional continuada” en favor tanto de la aceptación social de las personas transgénero como del reconocimiento jurídico de la nueva identidad de género de las personas transgénero operadas; al hecho de que los derechos de las personas transexuales al desarrollo de su personalidad y a su seguridad física y moral en sentido pleno no pueden considerarse asunto controvertido, y, asimismo, a recomendaciones y resoluciones de los órganos del Consejo de Europa contrarias a la imposición de condiciones abusivas para el reconocimiento de la nueva identidad de género de la persona transexual o a la necesidad de que ésta tenga que pasar por procedimientos de esterilización o de infertilidad para obtener dicho reconocimiento.

¹³ Pár. 53.

En todo caso, de los razonamientos de la sentencia, no parece que para alcanzar su conclusión el Tribunal haya confiado tanto en el grado de discrecionalidad que se le quiera reconocer a los Estados en la materia, como en la paradoja encerrada en una legislación que convertía en condición para poder someterse a un proceso de reasignación de género lo que eventualmente debiera ser la consecuencia del mismo.

El Tribunal apuntó que la posibilidad para las personas transexuales de someterse a un tratamiento de resignación de género existía en números Estados del Consejo de Europa, así como el reconocimiento jurídico de su nueva identidad sexual. En ciertos Estados, dicho reconocimiento se encontraba supeditado, implícita o explícitamente, a una intervención quirúrgica de reasignación de género y/o a la incapacidad de procrear. Sin embargo, en la mayoría de estos Estados, la esterilidad o la infertilidad del individuo se determinaba después de que éste hubiera finalizado el proceso médico o quirúrgico de resignación de género. En el caso del demandante, sin embargo, la incapacidad para procrear era un requisito a satisfacer antes de poder acceder al proceso de reasignación de género y, por tanto, se constituía en condición para poder acceder a la cirugía reasignativa. En efecto, los tribunales internos habían denegado la solicitud del demandante con el argumento de que éste no era incapaz de procrear de manera permanente, a pesar de que se encontrara desde hacía años en un proceso de transición de género. En este contexto, el Tribunal no podía explicarse por qué la incapacidad de procrear de una persona que deseara someterse a una operación reasignativa debía establecerse incluso antes de que ésta hubiera iniciado el proceso físico de reasignación de género.

De manera algo contradictoria, el Gobierno turco sostenía a un tiempo que las decisiones de los tribunales internos de denegar autorización al demandante por ser capaz de procrear eran ajustadas a derecho y que la legislación o su interpretación no requería que el demandante se sometiera con carácter previo a la cirugía reasignativa ni a una esterilización médica ni a una terapia hormonal. El Tribunal no veía, por su lado, cómo el demandante hubiera podido satisfacer el requisito de infertilidad definitiva, salvo mediante una operación de esterilización, en la medida en que, desde el punto de vista biológico, disponía de la capacidad de procrear. En cualquier caso, el Tribunal no consideró necesario pronunciarse sobre la cuestión del posible ac-

ceso del demandante a tratamientos médicos que le hubieran permitido satisfacer este requisito. El respeto debido a su integridad física impediría imponerle cualquier obligación de someterse a este tipo de tratamiento.

En las circunstancias del caso, y en vista de la manera en que el demandante había formulado su queja, el Tribunal consideró suficiente constatar que el interesado había impugnado, ante las jurisdicciones internas y ante el Tribunal, la referencia contenida en la legislación turca a la incapacidad permanente de procrear como condición para obtener la autorización para someterse a un proceso de reasignación de género. En opinión del Tribunal, este requisito resultaba “absolutamente innecesario” a la vista de los argumentos avanzados por el Gobierno para justificar la regulación de las operaciones de reasignación de género, esto es, la protección del interés general y del interés individual de las personas que desearan someterse a estas operaciones, dado su carácter irreversible y los riesgos de carácter físico y psicológico para los interesados. Para el Tribunal, incluso si se considerara que la denegación de la solicitud inicial del demandante se fundaba en una razón pertinente, ésta no sería, sin embargo, una razón “suficiente”. La injerencia en el derecho del demandante al respeto a su vida privada no era “necesaria” en una sociedad democrática.

El Tribunal hubiera podido dictar una sentencia más “minimalista” en el caso. Al menos así era como lo veían los jueces Keller y Spano, quienes emitieron una opinión concurrente a la sentencia. Para estos jueces, hubiera bastado al Tribunal con constatar que el Gobierno turco no había esgrimido ante el Tribunal ningún fin legítimo que pudiera justificar el requisito en cuestión. La mayoría de la Sala no había optado, sin embargo, por esa vía y había preferido examinar el caso a la luz del principio de proporcionalidad. Con ello, se habría pronunciado, implícitamente al menos, sobre la condición de la infertilidad permanente para poder acceder a los tratamientos de reasignación de género, lo que a estos dos jueces resultaba problemático en la medida en que el Gobierno no había realizado alegaciones sobre la necesidad de dicha condición. En opinión de estos jueces, el Tribunal debería haberse pronunciado con mayor claridad sobre este punto.

La preocupación del juez Lemmens en su opinión concurrente (a la que se une el juez Kuris) iba por otros derroteros. Se preguntaba

este juez sobre el alcance que debiera otorgarse a la sentencia. El juez mostraba su sorpresa por el número de Estados que todavía exigían que la persona transexual fuera estéril con carácter permanente para reconocer jurídicamente su nueva identidad, y expresaba su curiosidad sobre los motivos que estos Estados podrían invocar para justificar dicho sistema. Fundamentalmente por esa razón, el juez estimaba que la sentencia no debería interpretarse de forma que excluyera definitivamente el requisito de la incapacidad permanente de procrear en el contexto de la reasignación de género. Era necesario esperar otra ocasión para que el Tribunal profundizara sobre la cuestión.

Y esa ocasión llegó con el caso de *A.P., Garçon y Nicot c. Francia*, resuelto por sentencia de 6 de abril de 2017. La cuestión en el caso era determinar si el respeto de la vida privada de los demandantes, tres personas transexuales, exigía que el Estado facilitara como obligación positiva derivada del artículo 8 del Convenio un procedimiento por el cual éstos vieran reconocida jurídicamente su identidad sexual sin tener que demostrar “un cambio irreversible en su apariencia”, “probar la existencia de un desorden de identidad de género” o “someterse a un examen médico”.

Por lo que respecta al requisito de demostrar un cambio irreversible de apariencia, el Tribunal, tras examinar el material jurídico a su disposición, consideró que en la práctica este requisito había sido interpretado por las autoridades francesas de manera que el reconocimiento de la identidad de género de las personas transexuales estaba condicionado al sometimiento de éstas a una cirugía esterilizadora o a un tratamiento que, por su naturaleza o intensidad, conllevaba un alta probabilidad de esterilidad, y bajo este presupuesto, procedió a analizar la adecuación de esta condición a las exigencias del artículo 8 del Convenio.

De nuevo, una de las cuestiones previas a responder por el Tribunal fue la relativa al margen de apreciación que debía reconocerse a los Estados en esta concreta materia. Esta vez, contrariamente a la ambigüedad con la que el Tribunal se había pronunciado en *Y.Y.*, éste afirmará expresamente que, por lo que respecta al requisito de la esterilización, el margen de apreciación del que gozan los Estados es limitado. Y ello porque la cuestión de la esterilización afecta directamente a la integridad física del individuo y porque la identidad

de género constituye un aspecto fundamental del respeto al derecho a la vida privada. A estos argumentos, el Tribunal añade la “tendencia” que observa emerger en Europa a favor de la eliminación de esta condición como requisito para el reconocimiento jurídico de la identidad de género; una tendencia de la que Francia constituye un claro ejemplo. De hecho, Francia había eliminado este requisito en 2016 a través de una ley que afirma expresamente que “el hecho de que el solicitante (de la rectificación de su identidad de género en el registro) no se haya sometido a tratamiento médico, cirugía o esterilización no será motivo para rechazar la solicitud”. Y también se apoya el Tribunal en las posiciones adoptadas por numerosas instituciones europeas de promoción y defensa de derechos humanos a favor de eliminar el criterio de la esterilidad como condición para el reconocimiento jurídico de la identidad de género.

Sobre esta premisa, el Tribunal procedió a una ponderación entre, por un lado, el interés público de garantizar el principio de indisponibilidad del registro civil, la garantía de fiabilidad y de coherencia de las entradas del registro y, más en general, el requisito de seguridad jurídica, y, por otro, los derechos al respeto a la vida privada y a la integridad física de las personas transexuales que no desearan someterse a una cirugía o tratamiento de esterilización. Para el Tribunal, exigir a una persona transexual someterse a una tratamiento de reasignación de género integral era enfrentar a ésta con un dilema irresoluble. O bien ésta se sometía a una operación o a un tratamiento de esterilización, renunciándose así al pleno ejercicio de su derecho al respeto a la vida privada garantizado por el artículo 8 del Convenio, o bien renunciaba al reconocimiento de su identidad sexual y por tanto al pleno ejercicio de ese mismo derecho. Esto suponía, según el Tribunal, una ruptura del justo equilibrio que los Estados estaban obligados a mantener entre el interés general y el interés de las personas interesadas.

Así pues, el Tribunal concluyó que la denegación por los tribunales nacionales de las solicitudes efectuadas por el segundo y tercer demandantes para ver rectificado su género en el registro civil fundadas en que éstas no habían presentado la prueba de la irreversibilidad de su cambio de apariencia constituía un incumplimiento por parte del Estado de su obligación positiva de garantizar el derecho de los

demandantes al respeto a la vida privada y, por ende, constituía una vulneración del artículo 8 del Convenio.

El segundo demandante también había alegado que condicionar el reconocimiento jurídico de la identidad de género de las personas transgénero a que se probara “un trastorno de identidad de género” suponía una vulneración de su derecho a la vida privada. En este caso, el Tribunal fue más indulgente con el Estado y consideró que, por lo que respecta a este requisito, los Estados gozan de un amplio margen de apreciación y que su imposición no era desproporcionada. La vasta mayoría de los cuarenta Estados parte que permitían el reconocimiento jurídico de la identidad de género de las personas transexuales —todos salvo cuatro— exigían un previo diagnóstico psiquiátrico de disforia de género. Y además, a diferencia del requisito de esterilización, éste no afectaba directamente a la integridad física de la persona transexual. Pero el Tribunal puntualiza: “En la medida en que el Gobierno (...) parece sostener que el requisito de un previo diagnóstico psiquiátrico es un medio para garantizar que las personas que no son realmente transexuales no se embarquen en un tratamiento médico reasignativo irreversible, su argumentación no es plenamente convincente por lo que se refiere a la situación de las personas que —como el segundo y tercer demandantes— rechazan someterse a un tratamiento que conduce a una esterilización irreversible. Sin embargo, el Tribunal acepta que este requisito tiene como finalidad garantizar los intereses de las personas interesadas en la medida en que, en cualquier caso, está destinado a garantizar que éstas no se embarcan erróneamente en un proceso de cambio jurídico de su identidad”¹⁴. Este objetivo enlaza, según el Tribunal, con el interés general en garantizar la indisponibilidad del registro civil.

Finalmente, el Tribunal también debió analizar si el requisito de que la persona transgénero se sometiera a un examen médico como condición para proceder a una rectificación de su género en el registro vulneraba o no su derecho a la vida privada. El primer demandante había decidido someterse a una cirugía reasignativa en Tailandia a fin de poder cambiar la indicación de su sexo en el registro civil y obtener pleno reconocimiento jurídico de su identidad de género. Presentada

¹⁴ Pár. 141.

su solicitud ante los tribunales internos, éstos habían concluido que a fin de sustanciar una solicitud para obtener una rectificación registral del sexo, el interesado debía demostrar que realmente sufría de un trastorno de identidad de género y que su apariencia había cambiado de manera irreversible. Para ello, y dado que en el caso en cuestión, los documentos presentados por el demandante resultaban insuficientes para determinar dichos extremos, los tribunales internos estaban autorizados a solicitar un examen médico como condición para proceder a la rectificación del género del demandante en el registro.

El Tribunal consideró que dicha exigencia no era contraria al artículo 8 del Convenio. “La pericia en cuestión, destinada a establecer si dicha alegación (que el demandante se había sometido a una cirugía reasignativa) era correcta, fue decidida por un juez en el marco del proceso probatorio, ámbito en el que el Tribunal ha reconocido a los Estados parte un considerable margen de maniobra siempre que éstos no actúen de manera arbitraria”¹⁵. Para el Tribunal nada hacía suponer que la decisión adoptada por los tribunales internos hubiera sido adoptada con arbitrariedad. Éste consideró que si bien la pericia ordenada implicaba un examen de los genitales del demandante, el impacto que dicho examen hubiera podido tener en el derecho al respeto a la vida privada del demandante “debía ser relativizado significativamente”¹⁶. Dicha exigencia, pues no era desproporcionada.

A quien esto escribe, esta última conclusión resulta contradictoria, al menos parcialmente, con la conclusión alcanzada por el Tribunal en esta misma sentencia con respecto al requisito de someterse a una cirugía reasignativa. Si el Tribunal ha llegado a la conclusión de que esta última condición resulta desproporcionada, no se entiende cómo pueda considerar proporcionada un pericia médica que implica un examen de los genitales de la persona transexual. Parece que dicho examen o pericia médica hubiera debido limitarse a determinar la existencia de una “disforia de género” y, por tanto, a un análisis psiquiátrico, en línea con la conclusión alcanzada sobre dicho requisito.

La sentencia va acompañada de una opinión disidente del juez Ranzoni, para quien el Tribunal hubiera debido alcanzar una decisión

¹⁵ Pár. 150.

¹⁶ Pár. 152.

de no violación también con respecto al requisito de demostrar un cambio irreversible de apariencia. El juez Ranzoni critica la metodología seguida por la mayoría del Tribunal para determinar el margen de apreciación concedido a los Estados por lo que respecta a dicho requisito. La existencia de una “tendencia”, que es “solamente reciente”, no constituía, según este juez, una justificación suficiente como para estrechar de manera tan considerable el margen de apreciación de los Estados en una materia en la que, en principio, dicho margen era amplio. “El Tribunal podría haber establecido que el Estado defensor, durante el periodo en que se habían adoptado las resoluciones internas, no había excedido su margen de apreciación o, en este mismo sentido, vulnerado el artículo 8 del Convenio. Podía, sin embargo, haber invitado a los (demás) Estados miembros a continuar atentos a la cuestión origen del presente caso y a continuar en sus esfuerzos en la dirección de la ‘tendencia’ demostrada”¹⁷. En juez Ranzoni hubiera preferido que la Sala se hubiera inhibido en favor de la Gran Sala de acuerdo con el artículo 30 del Convenio.

Más recientemente, el Tribunal ha tenido ocasión de reafirmarse en su jurisprudencia en su sentencia en el caso de *S.V. c. Italia*, de 11 de octubre de 2018. En este caso, la demandante había decidido voluntariamente someterse a una operación de resignación de género y había sido autorizada a ello judicialmente al haberse constatado que ésta había iniciado desde hacía años un proceso de transición con plena conciencia y decisión. A la espera de poder efectuar la intervención quirúrgica, la demandante había solicitado al prefecto de Roma el cambio de nombre en el registro, pero éste, en aplicación del derecho entonces en vigor, había denegado su solicitud hasta que los tribunales dictaran una nueva decisión judicial confirmando la rectificación de sexo.

Así pues, la cuestión que se le planteaba al Tribunal era la de determinar si la negativa de la autoridad administrativa a cambiar el nombre de la demandante en el registro antes de la realización de la operación de resignación de género constituía una medida desproporcionada en virtud del artículo 8 del Convenio. El Tribunal observó que tal requisito había obligado a la demandante a esperar más de dos

¹⁷ Pár. 16 de la opinión disidente.

años y medio a obtener la modificación de su nombre, y concluyó que, a la luz de la situación concreta de la demandante, que había iniciado un proceso de transición sexual desde hacía años y cuya apariencia e identidad sexual eran femeninas desde hacía largo tiempo, dicha espera no respondía a ninguna razón de interés general y había colocado a la demandante durante un periodo irrazonable en una situación de anormalidad que le provocaba sentimientos de vulnerabilidad, humillación y ansiedad. El Estado italiano había pues vulnerado el artículo 8 del Convenio.

2.2. *Transexualidad y filiación*

En su sentencia de Gran Sala X, Y y Z *c. el Reino Unido*, de 22 de abril de 1997, anterior, por tanto, a la sentencia de *Christine Goodwin*, el Tribunal consideró que la negativa de las autoridades británicas a registrar a un transexual masculino (X) como padre del hijo (Z) de su pareja femenina (Y), concebido mediante inseminación artificial anónima, no constituía una vulneración del derecho a la vida familiar de los demandantes. X e Y constituían una pareja estable, habían obtenido el permiso de las autoridades para un tratamiento de inseminación artificial por un donante anónimo y X había realizado un reconocimiento de paternidad de acuerdo con la legislación sobre inseminación artificial en vigor que establecía que “cuando un hombre, que no está casado con la madre, es parte en el tratamiento que resulta en la colocación de esperma en la mujer, será considerado padre del hijo”. Cuando X había querido registrarse como padre del hijo en el acta de nacimiento, la administración le había denegado la inscripción con el argumento de que sólo un hombre biológico podía ser registrado como tal. Desde su nacimiento el hijo vivía con X e Y y X asumía públicamente el papel de padre. El Tribunal recurrió al criterio del margen de apreciación para desestimar la queja de los demandantes. Por un lado, el Tribunal no tenía seguridad sobre el modo en que los intereses del menor quedaban mejor protegidos. Y por otro, la transexualidad era un asunto que planteaba serios problemas de carácter científico, moral y social, sobre los que no existía un consenso entre los Estados contratantes y sobre el que, por tanto, éstos debían gozar de un margen de apreciación. A ojos del Tribunal, el artículo 8 del Convenio no podía entenderse de manera que obliga-

ra al Estado a reconocer formalmente a X como padre de un menor del que no era padre biológico.

La sentencia recibió cuatro votos disidentes. Para el juez Casadevall (al que se unieron los jueces Russo y Makarczyk), el Estado debería haber asumido todas las consecuencias de la situación que él mismo había favorecido y adoptar todas las medidas necesarias para permitir a los demandantes desarrollar una vida familiar normal sin discriminación. Las opiniones disidentes de los jueces Thór Vilhjálmsson y Foighel hacían hincapié en que X había sido discriminado en relación con un hombre biológico, al que no se le habría negado la inscripción. Por su parte, el juez Gotchev reprochó a la mayoría el no haber prestado suficiente atención al bienestar del menor, criterio que, en su opinión, debería haber prevalecido sobre cualquier otra consideración.

Como se ha señalado al principio de este apartado, esta sentencia fue dictada antes de *Christine Goodwin c. el Reino Unido* por lo que es más que dudosa la vigencia actual de sus conclusiones.

2.3. El derecho de las personas transexuales a no ser discriminadas en las relaciones paterno-filiales

En su sentencia en el caso de *P. V. c. España*, de 30 de noviembre 2010, la cuestión que se le planteaba al Tribunal era determinar si las decisiones judiciales por las que se había restringido el régimen de visitas de la demandante transexual con respecto a su hijo se basaba en su transexualidad y constituía por tanto un trato discriminatorio contrario a los artículos 14 y 8 del Convenio. El Tribunal afirmó que “la transexualidad es una noción protegida, sin duda alguna, por el artículo 14 del Convenio”¹⁸, pero concluyó que en este caso la demandante no había sido sometida a un trato discriminatorio. En su opinión, la razón decisiva para la restricción temporal del régimen de visitas no había sido su transexualidad, sino el interés superior del menor. La decisión de los tribunales nacionales de restringir dicho régimen, para lo que se había tenido en cuenta la inestabilidad emocional detectada en la demandante, tenía como finalidad permitir al me-

¹⁸ *P. V.*, p. 30.

nor habituarse progresivamente a la nueva identidad de su progenitor. La prueba es que este régimen había sido ampliado posteriormente.

3. LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS HOMOSEXUALES

3.1. *El derecho a la libertad sexual*

“La realización de actos homosexuales en privado (podrá) herir, disgustar o molestar a las personas para las que la homosexualidad es inmoral, pero esta circunstancia por sí sola no autoriza el recurso a sanciones penales cuando nos encontramos ante actos consentidos entre adultos”. Así se pronunció el Tribunal en su sentencia *Dudgeon c. el Reino Unido*, de 22 de octubre de 1981, en la que el Reino Unido fue condenado por el mantenimiento en Irlanda del Norte de una legislación penal que criminalizaba los actos sexuales consentidos entre hombres adultos. El demandante en este caso era un hombre homosexual al que la policía había sometido a un intenso interrogatorio sobre sus prácticas sexuales antes de remitir un informe a la oficina del fiscal a fin de que éste considerara la posibilidad de acusarlo de un delito de “indecencia grave entre hombres”. Aunque el fiscal decidió no presentar cargos contra el demandante por estos hechos, éste, sin embargo, acudió al Tribunal ante el que alegó una vulneración de su derecho al respeto a la vida privada y de su derecho a no ser discriminado por orientación sexual en el disfrute de ese derecho. El Tribunal consideró que el mantenimiento en vigor de las disposiciones legislativas que criminalizaban las relaciones homosexuales consentidas entre adultos constituía una “injerencia continuada” en “uno de los aspectos más íntimos de la vida privada” para el que las autoridades británicas debían ofrecer “razones de peso particularmente convincentes”. Ni la protección de la moral ni de los derechos de terceros constituía, en el caso concreto, una “necesidad social imperiosa” que pudiera justificar el mantenimiento de dicha legislación. Las relaciones homosexuales consentidas entre adultos y en privado no ponían en peligro a ningún sector vulnerable de la población ni su restricción podía justificarse en el efecto que éstas pudieran causar en el público. De hecho, la mayoría de los Estados miembros del Consejo de Europa habían despenalizado dichas conductas e incluso las autoridades locales habían renuncia-

do a ejercer acciones penales contra dichas actividades sin que ello hubiera provocado la indignación de la población.

El demandante también se había quejado de una injerencia en su vida privada como consecuencia del establecimiento de una edad legal de consentimiento para mantener relaciones homosexuales más elevada que para las relaciones heterosexuales. En su sentencia, el Tribunal consideró que dicha distinción encontraba justificación en la protección contra la explotación y corrupción de aquellos que por su edad se encontraban en una posición más vulnerable y que competía al Estado fijar la edad por debajo de la cual los jóvenes debían recibir protección del derecho penal. Más tarde, como veremos, cambiará de opinión. El Tribunal considerará contrario al Convenio el establecimiento de distintas edades de consentimiento para la realización de actos sexuales.

La jurisprudencia del Tribunal en *Dudgeon* se vio confirmada algunos años después en la sentencia *Norris c. Irlanda*, de 26 de octubre de 1988, y de nuevo en la sentencia *Modinos c. Chipre*, de 22 de abril de 1993. La particularidad del primer caso reside en el hecho de que el Tribunal admitió el carácter de víctima del demandante homosexual aunque éste no había sido ni investigado ni procesado por haber mantenido relaciones homosexuales. El Tribunal advirtió que un demandante podía ser considerado víctima incluso en ausencia de una medida concreta de aplicación de una ley si éste corría el riesgo de verse afectado directamente por ella, y sostuvo que el hecho de que una ley como la cuestionada no se hubiera aplicado durante largo tiempo a una categoría de supuestos no excluía la posibilidad de que la misma pudiera ser aplicada a los mismos en el futuro si se verificaba un cambio de política. En el segundo el Tribunal rechazó el argumento del Gobierno de que el mantenimiento en su legislación de las disposiciones que criminalizaban los actos homosexuales consentidos no suponía una injerencia en la vida privada del demandante porque las mismas eran inaplicables por contravenir el artículo 8 del Convenio —en particular, la interpretación que del mismo había hecho el Tribunal en el caso *Dudgeon*— y su equivalente en la Constitución chipriota. De hecho, desde 1981 el ministerio fiscal, titular en exclusiva de la acción penal, no había ejercitado acciones penales por estos delitos. El Tribunal consideró, sin embargo, que este hecho no constituía suficiente garantía de que

dichas acciones no pudieran presentarse en el futuro, sobre todo si se atendía a las declaraciones realizadas por algunos ministros nacionales quienes, contrariamente a lo que sostenía el Gobierno ante el Tribunal, habían defendido la vigencia de la legislación en cuestión¹⁹.

El caso de *A.D.T. c. el Reino Unido*, de 31 de julio de 2000, difiere de los anteriores en que los hechos de este caso atañen a actos homosexuales realizados en grupo. El demandante había sido condenado por un delito de indecencia grave porque las relaciones homosexuales que había mantenido en su casa se habían realizado en presencia de más de dos hombres. El Tribunal admitió que, en ciertas circunstancias, las actividades sexuales podían llevarse a cabo de tal manera que la injerencia del Estado en la vida privada de los participantes encontrara justificación en la protección de la salud o de la moral, pero que los hechos en el caso concreto no indicaban que se estuviera ante un supuesto de ese tipo. Los actos sexuales habían tenido lugar en privado y no habían sido difundidos de ninguna manera por lo que no concurrían razones de peso suficientemente convincentes que pudieran justificar la injerencia del Estado en uno de los aspectos más íntimos de la vida privada de las personas.

Los casos *Smith y Grady c. el Reino Unido* y *Lustig-Prean y Beckett c. el Reino Unido*, ambos de 27 de septiembre de 1999, permitieron al Tribunal extender los principios elaborados en *Dudgeon* al ámbito militar, en concreto, frente a la política del ministerio de defensa del Reino Unido que hacía de la homosexualidad motivo de expulsión del ejército. En el caso concreto, el Tribunal declaró que tanto la investigación realizada por las autoridades en la vida sexual de los demandantes como su posterior expulsión del ejército por razón de su orientación sexual constituían una injerencia grave²⁰ en su derecho al respeto a la vida privada para la que el Gobierno no había ofrecido

¹⁹ Tras la sentencia *Modinos*, las autoridades chipriotas adoptaron diversas medidas para evitar que un asunto como aquél pudiera reproducirse y finalmente en el año 2000 el código penal chipriota fue reformado para suprimir este delito. Véase la Resolución del Comité de Ministros ResDH(2001)152.

²⁰ Y ello por tres razones: por la dureza e intensidad de las investigaciones sobre la orientación sexual de los demandantes; por las serias consecuencias que la expulsión tenía en su vida y expectativas profesionales, y porque su

una “justificación especialmente seria”²¹ como exigía su jurisprudencia cuando la injerencia afectaba a la esfera más íntima de la vida de las personas. No existían datos empíricos que acreditaran que la presencia de homosexuales en el ejército redujera su eficacia operativa o afectara a su buen funcionamiento. Para el Tribunal, la política de exclusión de los homosexuales del ejército no servía a ningún objetivo legítimo, a pesar de los argumentos invocados por el Gobierno relativos a la seguridad nacional y al mantenimiento de la moral de las fuerzas armadas, sino a prejuicios de la mayoría homosexual contra la minoría homosexual que, por sí solos, no podían considerarse justificación suficiente para la injerencia del Estado en una de las esferas más íntimas de la vida privada²².

La criminalización de los actos homosexuales volvió a ser objeto de control por parte del Tribunal en los casos de *L. y V. c. Austria* y *S.L. c. Austria*, ambos de 9 de enero de 2003, pero esta vez desde la perspectiva del derecho a la no discriminación²³. Este caso le permitió

expulsión del ejército era ajena a su conducta personal sino consecuencia de una característica innata.

²¹ *Smith y Grady*, pág. 90.

²² Esta jurisprudencia fue confirmada en las sentencias *Beck y otros c. el Reino Unido* y *Perkins y R. v. el Reino Unido*, ambas de 22 de octubre de 2002. En ejecución de dicha jurisprudencia el Reino Unido eliminó expresamente la prohibición de homosexuales en el ejército. Véanse, en este sentido, las Resoluciones del Comité de Ministros ResDH(2002)34, ResDH(2002)35 y ResDH(2003)128.

²³ La demanda de *Sutherland v. el Reino Unido*, presentada con anterioridad a las demandas contra Austria y archivada el 27 de marzo de 2001, planteaba un supuesto similar. El demandante invocaba los artículos 14 y 8 del Convenio para quejarse de que la legislación penal británica era discriminatoria porque establecía la edad de consentimiento para mantener relaciones homosexuales en 18 años mientras que para las relaciones heterosexuales la establecía en 16. La Comisión había considerado que esta diferencia constituía un tratamiento discriminatorio contrario a los artículos 14 y 8 del Convenio. La demanda fue archivada a petición de ambas partes tras una reforma legislativa de 2000 que igualaba la edad de consentimiento para ambas situaciones. El Tribunal, sin embargo, tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre esta legislación en el caso *B.B. c. el Reino Unido*, de 10 de febrero de 2004, al que aplicó automáticamente su jurisprudencia en *S. L. y L. y V.* En el caso, el demandante no había sido finalmente acusado y el

al Tribunal revisar, como ya se ha adelantado más arriba, las conclusiones alcanzadas en *Dudgeon* con respecto al establecimiento de una distinta edad de consentimiento para las relaciones homosexuales y heterosexuales. Los demandantes eran hombres homosexuales que se quejaban de que según la legislación austriaca las relaciones heterosexuales o lésbicas consentidas entre personas adultas y mujeres adolescentes mayores de 14 años no eran objeto de persecución penal mientras que el artículo 209 del código penal castigaba con una pena de entre seis meses y cinco años las relaciones homosexuales consentidas entre un hombre adulto y un adolescente de entre 14 y 18 años. El Tribunal analizó los casos bajo los artículos 14 y 8 del Convenio y concluyó que éstos habían sido vulnerados^{24y25}.

Gobierno británico había reconocido que la legislación en causa, modificada entretanto, era contraria al Convenio.

²⁴ El Tribunal confirmó esta jurisprudencia en sus sentencias *Woditschka y Wilfling c. Austria*, de 21 de octubre de 2004; *Ladner c. Austria*, de 3 de febrero de 2005; *H.G. y G.B. c. Austria*, de 2 de junio de 2005; *Wolfmeyer c. Austria*, de 26 de mayo de 2005, y *R.H. c. Austria*, de 19 de enero de 2006. En estos casos los demandantes habían sido castigados con una multa (*Woditschka*) o, como en *L. y V. y S.L.*, habían obtenido la suspensión de la ejecución de su condena (*Wilfling, H.G. y G.B.; Ladner y R.H.*). En *Wolfmeyer* el Tribunal consideró que el demandante no había perdido la condición de víctima tras su absolución en 2002 porque el Estado no había reconocido la violación del Convenio y no había dado al demandante suficiente satisfacción. El artículo 209 del código penal austriaco había sido declarado inconstitucional por el Tribunal constitucional austriaco el 21 de junio de 2002 y derogado por el parlamento el 10 de julio de 2002. Una reforma legislativa entro en vigor el 14 de agosto de 2002. El nuevo artículo 207b del código penal castigaba los actos sexuales consentidos entre adultos y adolescentes en determinados supuestos y se aplicaba con independencia de que los mismos fueran de carácter hetero- u homosexual. Véanse las Resoluciones del Comité de Ministros ResDH(2007)111 y ResDH(2009)146. Otro caso en el que el demandante planteaba una discriminación en el tratamiento penal de los actos homosexuales es *Santos Couto c. Portugal*, de 21 de septiembre de 2010, en el que el demandante había sido condenado por mantener relaciones homosexuales con adolescentes. El demandante se quejaba de que según el código penal luso las relaciones heterosexuales con adolescentes sólo constituían delito si quedaba acreditado que el adulto había abusado de la inexperiencia de la menor mientras que dicho requisito no exigía en el caso de relaciones homosexuales. El Tribunal atendió a las circunstancias del caso concreto y observó que los tribunales portugueses habían constatado la concurrencia del

requisito de abuso de inexperiencia en el caso concreto y que, por lo tanto, la aplicación de la legislación al caso concreto no había resultado contraria a los artículos 14 y 8 del Convenio.

- ²⁵ En su sentencia en el caso de *E.B. y otros c. Austria*, de 7 de noviembre de 2013, el Tribunal declaró que el Estado austriaco había vulnerado el artículo 14 en combinación con el 8 del Convenio por la negativa de sus autoridades a borrar de los expedientes penales de los demandados las condenas que se les habían impuesto en aplicación del artículo 209 del código penal a pesar de que el Tribunal había considerado dicho precepto discriminatorio y el Tribunal constitucional austriaco lo había anulado. Por decisión de 25 de marzo de 2014, el Tribunal declaró inadmisibles las demandas de *F.J. y E.B. c. Austria*. Los demandantes se quejaban de que la policía conservara expedientes que contenían información relativa a actos considerados delictivos conforme al artículo 209 del Código penal austriaco que había sido declarado contrario al Convenio en *L y V. c. Austria* y *S. L. c. Austria* y anulado por el Tribunal constitucional austriaco por discriminatorio. Para los demandantes, el almacenamiento de dichos datos constituía una discriminación en violación del artículo 14 en combinación con 8 del Convenio. El Tribunal consideró que la esencia de la queja de los demandantes no era una cuestión de discriminación por orientación sexual sino si el almacenamiento continuado de ciertos datos relacionados con las investigaciones a las que se había sometido a los demandantes constituía una injerencia justificada en su derecho al respeto a la vida privada garantizado por el artículo 8 del Convenio y, por tanto, decidió examinar la queja solo bajo dicho artículo. El Tribunal señaló que tras la eliminación del artículo 209 del Código penal, las autoridades austriacas habían restringido sustancialmente, a petición de los demandantes, el acceso a los documentos en los expedientes mediante la eliminación de referencias cruzadas a dichos expedientes en los archivos y en las fichas policiales, lo que impedía que los expedientes fueran localizables mediante las herramientas habituales de búsqueda. A estas medidas de carácter práctico se añadían las normas generales de uso y consulta de datos de la Ley de seguridad policial. Por lo tanto, el almacenamiento de datos en expedientes de papel se había limitado a la documentación y archivos sistemáticos de los actos de las autoridades policiales en aras de una buena administración sin mayores consecuencias para los demandantes. Es más, como resultaba evidente de la normativa en vigor el almacenamiento de dicha información era por tiempo limitado: las copias de los expedientes podían almacenarse por cinco años y las fichas policiales y los archivos durante veinte años. Así pues, a la luz de las circunstancias de los casos, el Tribunal consideró que las autoridades habían ponderado correctamente

El Tribunal reiteró su jurisprudencia en *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, de 21 de diciembre de 1999, a la que nos referiremos más adelante, según la cual la orientación sexual era un criterio incluido en el ámbito de aplicación del artículo 14 del Convenio y sostuvo, por primera vez en su jurisprudencia, que para ser consideradas legítimas, las diferencias basadas en la orientación sexual exigían igual que las distinciones basadas en el sexo “razones especialmente serias como justificación”²⁶. El Tribunal ya había requerido desde *Dudgeon*, como hemos visto, una justificación de este tipo en los casos que afectaran a vida sexual de las personas homosexuales. Pues bien, en estas sentencias el Tribunal extiende el test establecido en *Dudgeon* al ámbito de las discriminaciones basadas en la orientación sexual. Para lograr superar este test, la distinción debía encontrar justificación en “razones especialmente sólidas” o, en otras palabras, en un “interés social apremiante”, si se atendía al significado otorgado a ese estándar en *Dudgeon*. Aplicándolo a este caso, el Tribunal consideró que el Gobierno austriaco no había ofrecido razones objetivas y razonables que explicaran porqué los hombres de entre 14 y 18 años necesitaban protección contra las relaciones homosexuales mientras que las mujeres en la misma franja etaria no la necesitaban en sus relaciones heterosexuales o lésbicas. El artículo 209 del código penal austriaco era expresión de los prejuicios de la mayoría heterosexual contra la minoría homosexual que, por sí solos, como había ocurrido en el caso de *Smith y Grady*, no podían considerarse justificación suficiente para la diferencia de trato. El Tribunal, sin embargo, no se limitó a aplicar este test. Confió además en el creciente consenso entre los Estados miembros del Consejo de Europa en el establecimiento de una edad única de consentimiento para restringir el margen de apreciación del Estado en la materia.

los intereses en juego y que, por tanto, las demandas eran inadmisibles al no existir apariencia de violación del artículo 8 del Convenio.

²⁶ En *Salgueiro da Silva Mouta* el Tribunal se había limitado a exigir una “justificación objetiva y razonable”, pág. 29.

3.2. *El derecho de las personas homosexuales a no ser discriminadas en las relaciones paterno-filiales*

En la sentencia de *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, de 21 de diciembre de 1999, el Tribunal consideró que la denegación al demandante de la custodia de su hija a causa de su orientación sexual constituía una discriminación en el derecho a la vida familiar²⁷ contraria al Convenio. El Tribunal afirmó por primera vez en su jurisprudencia que la homosexualidad debía considerarse una categoría incluida en el artículo 14 del Convenio²⁸ y razonó que aunque el objetivo perseguido por las autoridades nacionales era legítimo, esto es, la protección de la menor, la decisión adoptada era desproporcionada en la medida en que ésta se había basado en consideraciones sobre la orientación sexual del demandante, una distinción prohibida por el Convenio.

3.3. *El matrimonio como límite a la equiparación en derechos entre las parejas homosexuales y heterosexuales*

En este apartado se va a exponer la jurisprudencia elaborada por el Tribunal a partir de demandas en las que, invocando su derecho a la no discriminación, los demandantes homosexuales le pedían que obligara al Estado a reconocer a sus relaciones homosexuales efectos jurídicos análogos, al menos con respecto a determinados derechos, a los que reconocía a las relaciones heterosexuales. Como veremos, has-

²⁷ Conviene señalar aquí que según una jurisprudencia del Tribunal ya consolidada en el momento del pronunciamiento de *Salgueiro da Silva Mouta* el disfrute mutuo de la compañía de un padre y un hijo constituía un componente esencial de la vida familiar, incluso si la relación entre los progenitores se había roto, y que las medidas internas que impidieran ese disfrute constituían una injerencia en el derecho protegido por el artículo 8 del Convenio. Véanse, en este sentido, *Johansen c. Noruega*, de 7 de agosto de 1996, y *Bronda c. Italia*, de 9 de junio de 1998.

²⁸ El Tribunal dijo expresamente en el párrafo 28 de la sentencia que se trataba de un concepto “indudablemente cubierto por el artículo 14 del Convenio”, reiterando que la lista contenida en dicho artículo “es ilustrativa y no exhaustiva, como lo demuestra la expresión “especialmente” (*any ground such as* en inglés; *notamment* en francés).

ta la sentencia *Taddeucci y McCall c. Italia*, de 30 de junio de 2016, la jurisprudencia del Tribunal había sido constante en equiparar en derechos a las parejas homosexuales con las parejas de hecho heterosexuales, pero no a ampliar a las primeras derechos que los ordenamientos internos reservaban al matrimonio. Parejas homosexuales y matrimonio no habían sido para el Tribunal, hasta entonces, realidades comparables.

En el caso de *Mata Estevez c. España*, de 10 de mayo de 2001, el demandante, un hombre supérstite de una relación homosexual estable, pedía al Tribunal que condenara al Estado español por su negativa a reconocerle una pensión de viudedad tras el fallecimiento de su compañero. La legislación española entonces en vigor reservaba dicho derecho al cónyuge supérstite de un matrimonio, institución que en el momento de los hechos era inaccesible en España para las parejas homosexuales. El Tribunal declaró la demanda inadmisibile. Razonó que, a diferencia de las relaciones heterosexuales, las relaciones afectivas y sexuales de las parejas formadas por personas del mismo sexo no constituían “vida familiar” a efectos del artículo 8 del Convenio sino, en todo caso, “vida privada”. Y concluyó que la legislación española sobre prestaciones de viudedad tenía el objetivo legítimo de proteger el modelo de familia tradicional fundada en el matrimonio y, en este sentido, que el trato diferenciado dispensado a las relaciones homosexuales entraba dentro del margen de apreciación del Estado.

En su posterior sentencia en el caso de *Karner c. Austria*, de 24 de julio de 2003, y, más recientemente en el caso de *Kozak c. Polonia*, de 2 de marzo de 2010, el Tribunal declaró contrarias al Convenio las legislaciones arrendaticias austriaca y polaca en la medida en que éstas discriminaban a los supérstites de parejas homosexuales en el ejercicio del derecho de subrogación arrendaticia. En efecto, ambas legislaciones permitían suceder en el contrato de arrendamiento de la vivienda común al superviviente de una pareja de hecho heterosexual mientras que no sucedía lo mismo en el caso de una pareja homosexual. El Tribunal examinó ambos casos bajo la noción de “domicilio”²⁹.

²⁹ *Karner*, pág. 33, *Kozak*, pág. 84. En *Karner* el Tribunal dejó explícitamente abierta la cuestión de si el caso también implicaba el derecho a la “vida privada y familiar” de los demandantes.

En ambos casos el Tribunal recordó que la orientación sexual era un concepto protegido por el artículo 14 y que cuando una distinción se producía en el ámbito de la vida privada debían existir razones de peso que justificaran la medida. Cuando la diferencia de trato se basaba en el sexo o en la orientación sexual el margen de apreciación otorgado a los Estados era limitado y el principio de proporcionalidad no exigía solamente que la medida adoptada fuera apta para realizar el fin perseguido sino que además debía demostrarse su necesidad en atención a las circunstancias del caso. Aplicando estos principios el Tribunal concluyó en sendas sentencias que el Estado demandado no había demostrado por qué la protección de la familia tradicional exigía excluir a las personas que convivían en una relación homosexual del derecho a sucederse en el contrato de arrendamiento³⁰. En *Kozak* el Tribunal afirmó rotundamente que si las únicas razones avanzadas para justificar una diferencia de trato se basaban en la orientación sexual del demandante, esa diferencia constituía una discriminación prohibida por el Convenio³¹.

En *Courten c. el Reino Unido*, de 4 de noviembre de 2008, el Tribunal declaró inadmisibile la demanda de un hombre homosexual que se quejaba de que la negativa de las autoridades británicas a declararle exento del impuesto sobre la herencia que su compañero le había dejado al fallecer constituía una discriminación contraria a los artículos 14 del Convenio y 1 del Protocolo n.º 1 al Convenio. Los hechos habían ocurrido antes de la entrada en vigor de la Ley británica de uniones civiles de 2004, con la que se extendía a las uniones homosexuales formalizadas muchos de los beneficios que hasta el momento habían estado reservados al matrimonio. El Tribunal reiteró que a pesar de los cambios sociales que se habían producido seguía siendo ampliamente aceptado que el matrimonio era una institución que otorgaba un estatuto especial a sus miembros y, por lo tanto, no podía considerarse que el demandante se encontrara en una situación aná-

³⁰ Resulta oportuno señalar que el legislador polaco había modificado la legislación en 2001 para poner solución a esta discriminación. Véase *Kozak*, pár. 40-41.

³¹ *Kozak*, pár. 92.

loga a la del supérstite de un matrimonio³². Frente al argumento del demandante de que en el momento de los hechos él y su compañero no habían podido formalizar su relación por no existir una ley que se lo permitiera, el Tribunal argumentó que en el área de los derechos sociales en evolución sobre los que no existe un consenso, los Estados deben gozar de un margen de apreciación a la hora de decidir sobre el momento de introducir los correspondientes cambios legislativos. No podía criticarse al Gobierno británico por no haber introducido antes las reformas legislativas que hubieran permitido al demandante formalizar su relación y obtener de ese modo la exención fiscal solicitada.

La misma conclusión alcanzó el Tribunal en su decisión de inadmisión *M. W. c. el Reino Unido*, de 23 de junio de 2009, en la que consideró que las autoridades británicas no habían vulnerado los artículos 14 del Convenio y 1 del Protocolo n.º. 1 al denegar al demandante homosexual una prestación de pago único que, según la legislación vigente en el momento de los hechos, estaba reservada a las viudas de un matrimonio. El Tribunal señaló que para que surgiera un problema bajo el artículo 14 del Convenio debería producirse una diferencia de trato entre personas en situaciones análogas, lo que no sucedía en el caso. El matrimonio continuaba siendo considerado una institución que otorgaba a sus miembros un estatuto particular. La situación del demandante no era por tanto comparable a la de una viuda. Sobre la queja de que durante la vida de su compañero no habían tenido posibilidad de formalizar su compromiso por no permitirlo la legislación vigente, el Tribunal reiteró su conclusión en *Courten*: el Gobierno no podía ser criticado por no haber introducido la ley de uniones civiles en una fecha anterior que hubiera permitido al demandante acceder a dicho derecho. Y añadió que la aprobación de la ley de uniones civiles no podía ser entendida como una admisión por las autoridades

³² Entre otras, *Shackell c. el Reino Unido* (dec.), de 27 de abril de 2000, donde el Tribunal consideró que las situaciones de las parejas heterosexuales casadas y las no casadas no eran análogas a efectos de la pensión de viudedad en la medida en que “es aceptado ampliamente que el matrimonio concede un estatuto particular a las personas que lo contraen”. La Gran Sala del Tribunal confirmó esta jurisprudencia en *Burden c. el Reino Unido*, 29 de abril de 2008, pág. 63.

nacionales de que el no reconocimiento de las parejas homosexuales y su exclusión de muchos derechos y beneficios accesibles a las parejas casadas era incompatible con el Convenio. El Reino Unido había actuado dentro de su margen de apreciación adoptando una ley de uniones civiles con la que permitía a las parejas homosexuales acceder a muchos derechos y beneficios reservados hasta su aprobación a los matrimonios (heterosexuales).

Escasamente un mes después de la adopción por el Tribunal de su sentencia *Schalk y Kopf c. Austria*, de 24 de junio de 2010, en la que, como veremos, el Tribunal reconoció por vez primera que las parejas homosexuales tienen “vida familiar” a efectos del artículo 8 del Convenio, el Tribunal condenó a Austria en el caso *P.B. y J.S. c. Austria*, de 22 de julio de 2010, por haber discriminado a los demandantes homosexuales en el disfrute de su derecho al respeto a la “vida familiar”. Los demandantes eran un funcionario y su compañero que se quejaban de que la negativa de las autoridades austriacas a incluir al segundo en el seguro médico del primero constituía una discriminación por orientación sexual. De hecho, la solicitud hubiera sido acogida favorablemente en el caso de que la pareja del demandante hubiera sido de distinto sexo. Pues bien, ante la ausencia de razones sólidas que justificaran la exclusión de los demandantes³³, el Tribunal llegó a la conclusión de que el Gobierno austriaco había vulnerado los artículos 14 y 8 del Convenio. Y lo había hecho desde la presentación de la solicitud por los demandantes hasta la fecha de entrada en vigor de una modificación legislativa que suprimía el requisito de que el compañero del titular del seguro fuera de distinto sexo. Aunque los demandantes no pudieran beneficiarse de la medida al no tener menores a cargo, tal y como la ley exigía, sin embargo, la nueva redacción del precepto era neutral con respecto al sexo del compañero.

En su sentencia *J. M. c. el Reino Unido*, de 28 de septiembre 2010, el Tribunal condenó al Reino Unido por haber discriminado a la demandante por razón de su orientación sexual. Tras su divorcio, la custodia de los hijos de la demandante había sido atribuida al padre, al que debía satisfacer una pensión alimenticia para el mantenimiento de aquéllos. En 1998, la demandante comenzó a

³³ De hecho, el Gobierno no había adelantado razón alguna.

convivir en una relación afectiva estable con otra mujer con la que adquirió una vivienda. La normativa entonces vigente, previa a la entrada en vigor de la Ley de uniones civiles en 2004, permitía a los progenitores no custodios que hubieran iniciado una nueva relación estable heterosexual, de hecho o matrimonial, reducir la pensión alimenticia en favor de sus hijos en atención a los nuevos gastos que le provocaba su nueva situación. La ley, sin embargo, no preveía el caso de relaciones homosexuales. Pues bien, para el Tribunal, la situación de la demandante era comparable a la de un progenitor que hubiera decidido establecer una nueva relación con una persona de distinto sexo. Y consideró que dicha diferencia constituía una discriminación contraria al Convenio. Si la finalidad de la legislación era evitar la asfixia económica de los progenitores no custodios a la luz de sus nuevas circunstancias personales, el Tribunal no alcanzaba a discernir ninguna razón de peso que justificara la exclusión de la demandante de dicha medida.

En su sentencia en el caso de *Aldeguer Tomás c. España*, de 14 de junio de 2016, el Tribunal debió pronunciarse sobre el derecho del demandante a obtener una pensión de viudedad tras el fallecimiento de su compañero, con el que no pudo contraer matrimonio al no permitir entonces la ley el matrimonio entre personas del mismo sexo. El caso hubiera podido ser declarado inadmisibile, y ello en virtud de la jurisprudencia que ofrece al Estado amplia discrecionalidad en la extensión del derecho al matrimonio a las parejas homosexuales, si no hubiera sido por la existencia de una norma en el ordenamiento español que, adoptada en otro contexto, hubiera podido, sin embargo, aplicarse en éste, como así lo había hecho el juez de lo social en una sentencia anulada posteriormente en apelación. En 1981 el legislador español había aprobado la ley de divorcio y con ella una disposición por la que se reconocía el derecho a una pensión de viudedad a los supervivientes de parejas que no hubieran podido contraer matrimonio a causa de la legislación que hasta entonces impedía el divorcio. El demandante confiaba en que dicha disposición podía ser de aplicación a su caso porque su situación era análoga a la de las parejas heterosexuales que no habían podido contraer matrimonio por dicha causa: en ambos casos la legislación impedía el matrimonio; los miembros de la unión de hecho habían convivido juntos como pareja durante años, y el compañero del demandante había fallecido antes de la entrada

en vigor de la nueva legislación que había eliminado el impedimento para contraer matrimonio.

El Tribunal, sin embargo, consideró que estas similitudes no eran suficientes para poder asimilar la situación del demandante en 2005 con la del superviviente de una pareja heterosexual en 1981. El Tribunal justificó su decisión en la diferencia del contexto y de la naturaleza del impedimento para contraer matrimonio existentes en cada caso. Así, si bien desde un punto de vista lógico la disposición de 1981 podría aplicarse en casos como el del demandante, la génesis de aquella norma respondía a un problema distinto y bien específico: el de ofrecer una solución provisional y extraordinaria a los supervivientes, en su mayoría mujeres, de parejas que no habían podido contraer matrimonio por inexistencia del derecho al divorcio y que cumplían ciertas condiciones. Por lo que se refiere al argumento de la diferente naturaleza del impedimento, el Tribunal señaló que mientras que el impedimento existente hasta 1981 era para contraer nuevo matrimonio, el impedimento existente hasta 2005 era, sin más, para acceder a la institución del matrimonio. Ambas situaciones, por tanto, no eran asimilables: “la situación de hecho y de derecho a la que responde la legislación de 1981 no puede genuinamente compararse con la situación de una pareja del mismo sexo que hasta entonces carecía del derecho a contraer matrimonio en términos absolutos, con independencia del estado marital en que se encontraran sus miembros”³⁴. Así pues, el Tribunal concluyó que no había existido vulneración del artículo 14 del Convenio en combinación con los artículos 8 del Convenio y 1 del Protocolo no. 1 del Convenio.

En el caso resuelto por la sentencia *Pajic c. Croacia*, de 23 de febrero de 2016, el Tribunal tuvo que dar respuesta a la demanda de una mujer de nacionalidad bosnia que alegaba ser víctima de una discriminación por orientación sexual por la negativa de las autoridades croatas a concederle un permiso de residencia por reunificación familiar con el fin de establecerse en Croacia con su compañera de nacionalidad croata y residente en ese país, a diferencia de lo que ocurría con parejas heterosexuales no casadas. La legislación croata permitía la obtención de un permiso de residencia por reunificación

³⁴ Pár. 87.

familiar a las parejas heterosexuales no casadas y, sin embargo, excluía a las parejas homosexuales al no estar cubierta su relación por los términos de “miembro de la familia” u “otro familiar” recogidos en su legislación de extranjería.

Resulta interesante destacar el análisis realizado por el Tribunal sobre si la relación de estas mujeres podría incluirse en el ámbito de aplicación del artículo 8 del Convenio, y, en concreto, bajo el concepto de vida familiar, pues su convivencia era esporádica y por breves periodos de tiempo. Pues bien, el Tribunal señaló que no existía fundamento para diferenciar entre una pareja homosexual que vive junta y otra que, por razones profesionales o sociales, no lo hace, puesto que la falta de convivencia no priva necesariamente a las parejas de la estabilidad que las coloca en el ámbito de aplicación del derecho al respeto a la vida familiar del artículo 8. En el caso concreto, el Estado no había puesto en duda que la demandante estuviera manteniendo una relación estable con su compañera desde 2009. Los constantes viajes de la señora Pajic a Croacia, sus estancias con su compañera por periodos de tres meses, única posibilidad abierta a la demandante dada la legislación croata de extranjería, las declaraciones de ambas mujeres expresando su intención determinada de vivir juntas y de iniciar un negocio en común, para lo cual habían realizado las formalidades necesarias, demostraban a todas luces la estabilidad de su relación.

El Tribunal rechazó expresamente en la sentencia examinar si la demandante se encontraba en una situación significativamente similar a la de un cónyuge en un matrimonio heterosexual que solicitara una reunificación familiar, pero consideró probado que existía una diferencia de trato en relación con las parejas heterosexuales no casadas. El Tribunal observó que las disposiciones de la ley de extranjería reservaban expresamente la posibilidad de solicitar un permiso de residencia por reunificación familiar a las parejas heterosexuales, casadas o en una relación extramarital, excluyendo tácitamente a las parejas homosexuales, lo que introducía una disparidad de trato basada en la orientación sexual. Y concluyó finalmente que existía discriminación por orientación sexual y, por tanto, vulneración del artículo 8 del Convenio en combinación con el 14.

El Tribunal reiteró su jurisprudencia según la cual el artículo 8 no incluye un derecho a establecerse en un país determinado o un dere-

cho a obtener un permiso de residencia, pero los Estados deben en todo caso ejercer sus políticas migratorias de manera compatible con los derechos humanos de los nacionales extranjeros, particularmente el derecho al respeto a su vida privada y familiar y el derecho a no ser discriminado. Aunque el Estado haya ido más allá de sus obligaciones en virtud del artículo 8 del Convenio con la creación de derechos, posibilidad que le concede el artículo 53 del Convenio, éste no puede, en la aplicación de ese derecho, adoptar medidas discriminatorias contrarias al artículo 14. Así pues, determinada la existencia de una diferencia de trato por el Tribunal, como en el caso la señora Pajic, correspondía al Estado ofrecer una justificación objetiva y razonable si quería salvar la legislación. El Tribunal observó que las autoridades nacionales no habían avanzado ningún argumento o razón para justificar el tratamiento diferenciado entre parejas heterosexuales y homosexuales en la obtención del permiso de residencia por reunificación familiar y, por tal motivo, habían discriminado a la demandante por su orientación sexual.

La sentencia *Taddeucci y McCall c. Italia* de 30 de junio de 2016, como ya se ha anunciado, abre una brecha en la jurisprudencia del Tribunal de acuerdo con la cual no hay discriminación cuando la legislación trata de manera diferente a las parejas no casadas de las casadas, con independencia de la orientación sexual de sus miembros y de la posibilidad de obtener o no reconocimiento jurídico³⁵. Los señores Taddeucci y McCall son una pareja homosexual, el primero de nacionalidad italiana y el segundo neozelandesa, que se habían establecido conjuntamente en Italia tras vivir en Nueva Zelanda. El segundo había podido establecerse en Italia en virtud de un permiso de residencia temporal para estudiantes y posteriormente había solicitado un permiso de residencia por razones familiares que las autoridades italianas le habían denegado con el argumento de que el

³⁵ Para el juez Sicilianos esta sentencia de Sala supone un ruptura con una consolidada jurisprudencia del Tribunal según la cual existe una distinción clara entre la situación de una pareja casada y la de una pareja homosexual no casada y supone aceptar que la situación de una pareja homosexual no casada es equivalente a la de un matrimonio heterosexual. El juez Sicilianos rechaza la conclusión de la mayoría y señala que hubiera merecido la pena analizar el caso a la luz del artículo 8 exclusivamente.

concepto de “miembro de la familia” en la legislación italiana de extranjería no incluía el caso de los convivientes. La consecuencia directa de la denegación de dicho permiso era la obligación para el señor McCall de abandonar el territorio nacional. Tras el agotamiento de los recursos internos sin obtener dicho permiso, acudieron al Tribunal argumentando una vulneración a su derecho a no ser discriminado en razón de su orientación sexual. El Tribunal falló a su favor declarando una vulneración del artículo 14 del Convenio en combinación con el artículo 8.

El Tribunal comenzó observando que la legislación italiana trataba del mismo modo a las parejas no casadas, con independencia de su orientación sexual. Ni las parejas heterosexuales ni las homosexuales podían beneficiarse del permiso de residencia por razones familiares, pues éste quedaba restringido a los “cónyuges”. Sin embargo, y en esto radica la novedad del caso, el Tribunal consideró que la situación de los demandantes no podía ser considerada análoga a la de una pareja heterosexual no casada, pues, a diferencia de estas últimas, los demandantes carecían de la posibilidad de contraer matrimonio en Italia. Como consecuencia de la interpretación restrictiva dada por las autoridades italianas al concepto de “miembro de la familia” solo las parejas homosexuales enfrentaban el obstáculo insuperable de obtener un permiso de residencia por razones familiares. Tampoco podían obtener ningún otro estatuto distinto al matrimonio puesto que el ordenamiento italiano no preveía ninguna forma de unión civil análoga a éste. En este sentido, los demandantes habían sido tratados de igual manera que otros sujetos que se encontraban en una situación sensiblemente diferente a la suya, esto es, como una pareja heterosexual que hubiera decidido no formalizar su relación³⁶. La interpretación restrictiva aplicada al señor McCall del concepto de “miembro de la familia” no había tenido debidamente en cuenta la situación personal de los demandantes y, en particular, su imposibilidad de obtener en Italia ninguna forma de reconocimiento de su relación. Para el Tri-

³⁶ Cabe señalar que el Tribunal toma en consideración el hecho de que los demandantes habían contraído matrimonio en los Países Bajos tras haberse denegado al señor McCall el permiso de residencia en Italia. El juez Sicilianos critica que este hecho, posterior a los hechos analizados en este caso, pueda ser tenido en cuenta.

bunal, el objetivo de proteger la familia tradicional no constituía justificación suficiente para impedir a los demandantes desarrollar una “vida familiar”.

El Tribunal también argumentó que existía una “tendencia significativa” generalizada a reconocer el estatuto de “miembro de la familia” a los miembros de parejas del mismo sexo y su derecho a vivir juntos, y se refirió a las conclusiones del estudio de derecho comparado preparado por la Comisión Europea sobre Derecho de Orientación Sexual (ECSOL por sus siglas en inglés) que apuntaban a un creciente consenso europeo a reconocer, en materia de inmigración, las relaciones entre personas del mismo sexo como “vida familiar”. Así mismo, subrayó que tanto el Parlamento Europeo como la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa habían considerado problemática una interpretación restrictiva, por sus Estados miembros, del concepto de “miembro de la familia” en el ámbito de la inmigración.

El tiempo dirá si esta sentencia es una semilla que fructifica y se expande a otros ámbitos o, por el contrario, queda restringida al limitado ámbito de la inmigración. Es quizá el alcance limitado de esta jurisprudencia el que explique el hecho de que la Sala no considerara necesario inhibirse en favor de la Gran Sala³⁷.

³⁷ En un contexto jurídico y fáctico distinto, el TJUE se ha visto obligado a analizar el alcance del derecho a libre circulación y residencia reconocido a los ciudadanos de la Unión en el artículo 21.1 TFUE y ha concluido en su sentencia de la Gran Sala de 5 de junio de 2018 en el caso C-673/16 (caso “Coman y otros c. Rumanía”) que el concepto de “cónyuge” utilizado en la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros es neutro en cuanto al género y por tanto también incluye al cónyuge del mismo sexo de un ciudadano de la Unión. De ahí se deriva una obligación para el Estado del que es nacional uno de los cónyuges de reconocer el matrimonio celebrado por éste en otro Estado miembro con una persona del mismo sexo originaria de un tercer Estado, a los efectos de conceder a esta última un derecho derivado de residencia. La excepción de orden público no puede aplicarse porque el reconocimiento de de estos matrimonios a los solos efectos de residencia no constituye una amenaza real y suficientemente seria a un interés fundamental de la sociedad. Este reconocimiento no implica exigir a ningún Estado miembro que prevea en su ordenamiento el matrimonio homosexual. Esta sentencia se refiere exclu-

La decisión del Tribunal en el caso de *Hallier y otros c. Francia*, de 12 de diciembre de 2017, aborda el posible carácter discriminatorio de los permisos de paternidad por nacimiento de hijo cuando su disfrute no se concede a la compañera de la madre del recién nacido en una pareja homosexual.

El Tribunal consideró que el objetivo que perseguía el permiso de paternidad avanzado por el Estado francés en sus alegaciones era legítimo: la medida perseguía reforzar el papel del padre en la educación de los hijos a través de una implicación precoz en su crianza y fomentar la corresponsabilidad de los padres en las tareas domésticas. Observó asimismo que esta diferencia de trato no se fundaba ni sobre el sexo, ni sobre la orientación sexual, puesto que en el marco de una pareja heterosexual, el compañero o pareja de la madre que no

sivamente al concepto de “cónyuge” por lo que resulta legítimo preguntarse sobre su aplicación en virtud del artículo 3.2.b) de la Directiva al miembro de una pareja homosexual no nacional de un Estado miembro. El artículo 3 de la Directiva referido a los beneficiarios dice lo siguiente:

“1. La presente Directiva se aplicará a cualquier ciudadano de la Unión que se traslade a, o resida en, un Estado miembro distinto del Estado del que tenga la nacionalidad, así como a los miembros de su familia, tal como se definen en el punto 2 del artículo 2, que le acompañen o se reúnan con él.

2. Sin perjuicio del derecho personal de los interesados a la libre circulación y a la residencia, el Estado miembro de acogida facilitará, de conformidad con su legislación nacional, la entrada y la residencia de las siguientes personas:

a) cualquier otro miembro de la familia, sea cual fuere su nacionalidad, que no entre en la definición del punto 2 del artículo 2 que, en el país de procedencia, esté a cargo o viva con el ciudadano de la Unión beneficiario del derecho de residencia con carácter principal, o en caso de que, por motivos graves de salud, sea estrictamente necesario que el ciudadano de la Unión se haga cargo del cuidado personal del miembro de la familia;

b) la pareja con la que el ciudadano de la Unión mantiene una relación estable, debidamente probada. El Estado miembro de acogida estudiará detenidamente las circunstancias personales y justificará toda denegación de entrada o residencia a dichas personas”.

Desde mi punto de vista, con independencia y a pesar de la referencia a la legislación nacional del párrafo segundo, no parece posible llegar a otra conclusión, a la luz de la sentencia en el caso *Taddeucci* y de los artículos 52 y 53 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de que una solución análoga debiera aplicarse a los miembros de hecho o de derecho de una pareja homosexual siempre y cuando su relación estable quedara acreditada.

fuera el padre biológico del niño no se podía beneficiar tampoco del permiso de paternidad. En esas condiciones, el Tribunal estimó que el medio empleado —la institución de un permiso de once días remunerados— era proporcionado al objetivo perseguido y consideró por lo demás que el hecho de hacer depender el disfrute de este permiso de un vínculo de filiación con el menor podía, en la época de los hechos, esto es, julio de 2004, inscribirse en el marco de apreciación reconocido al Estado en la materia. De ahí que el Tribunal no detectara ninguna apariencia de violación de los artículos 14 y 8 del Convenio combinados y, por tanto, declarara la demanda inadmisibles. Merece la pena apuntar que el Tribunal también menciona en su decisión el hecho de que con posterioridad a los hechos litigiosos la legislación francesa había sido modificada en virtud de una ley de 17 de diciembre de 2012 según la cual el compañero o compañera de la madre que no fuera padre biológico del menor podría disfrutar de un “permiso por acogimiento de menor” (*congé d'accueil de l'enfant*) idéntico al permiso de paternidad.

3.4. *Parejas homosexuales y derecho al matrimonio*

El Tribunal se pronunció sobre el matrimonio homosexual en su significativa sentencia *Schalk y Kopf c. Austria*, de 24 de junio de 2010 cuya jurisprudencia ha quedado por el momento inalterada.

Los demandantes en *Schalk and Kopf* eran dos hombres a los que las autoridades nacionales les habían denegado la autorización para casarse. En su demanda se quejaban de que esta negativa vulneraba sus derechos a contraer matrimonio reconocido en el artículo 12 del Convenio y a no ser discriminados en su derecho al respeto a la vida privada y familiar reconocido en los artículos 14 y 8 del Convenio. El Tribunal desestimó sus quejas, pero no cerró las puertas a un futuro cambio de jurisprudencia. En este sentido, la sentencia matizaba previos pronunciamientos sobre el tipo de matrimonio protegido por el artículo 12 del Convenio³⁸. Así, el Tribunal razonó, atendiendo a

³⁸ Así, el Tribunal, en sus sentencias relativas al matrimonio de personas transsexuales había afirmado, como ya se ha tenido oportunidad de señalar, que el matrimonio al que se refería el artículo 12 del Convenio era el formado por un hombre y una mujer, con independencia de que dichas categorías no

la omisión deliberada de toda referencia al hombre y a la mujer en el artículo 9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea³⁹, que no podía sostenerse por más tiempo que el derecho a contraer matrimonio reconocido en el artículo 12 del Convenio estuviera restringido en cualquier circunstancia al matrimonio heterosexual y que, por tanto, contrariamente a lo argumentado por el Gobierno defensor, dicho artículo era aplicable a la queja de los demandantes. Sin embargo, ante la falta de consenso en la materia entre los Estados miembros del Consejo de Europa⁴⁰, la decisión de permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo debía continuar correspondiendo a éstos, cuyas autoridades se encontraban en mejor posición que el Tribunal para valorar y responder a las necesidades de sus sociedades. El artículo 12 no imponía a los Estados reconocer el derecho al matrimonio a las parejas homosexuales.

En lo referente al argumento de los demandantes según el cual si su derecho a contraer matrimonio no estaba garantizado en el artículo 12 del Convenio, éste derivaba de una lectura conjunta de los artículos 14 y 8, el Tribunal sostuvo de forma categórica que una interpretación sistemática del Convenio impedía llegar a través de estos dos artículos a una conclusión distinta a la alcanzada bajo el artículo 12 del Convenio.

podieran definirse exclusivamente con criterios biológicos. En su posterior decisión de inadmisión en *Parry c. el Reino Unido*, el Tribunal señaló que el artículo 12 del Convenio recogía el concepto tradicional de matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer y que si bien era cierto que algunos Estados contratantes habían extendido el matrimonio a parejas homosexuales, esto reflejaba su propia visión del papel del matrimonio en sus sociedades y no derivaba de una interpretación del derecho fundamental establecido por los Estados contratantes en el Convenio en 1950.

³⁹ El artículo 9 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea dice así: Derecho a contraer matrimonio y derecho a fundar una familia: Se garantizan el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio. Véanse las Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales, publicadas en OJ C 303, 14.12.2007, p. 17–35, especialmente la explicación relativa al artículo 9.

⁴⁰ Sólo seis de los cuarenta y siete Estados miembros permitía el matrimonio homosexual.

3.5. *El derecho de las parejas homosexuales a la vida familiar. El derecho de las parejas homosexuales a su reconocimiento jurídico*

Los demandantes en *Schalk y Kopf* también se quejaban bajo los artículos 14 y 8 del Convenio de una discriminación por orientación sexual porque a diferencia de las personas heterosexuales ellos carecían de cualquier posibilidad de ver su relación reconocida legalmente. En efecto, en el momento de introducción de la demanda no existía en el derecho austriaco ninguna institución o mecanismo alternativo al matrimonio que otorgara efectos jurídicos a una unión homosexual.

El Tribunal comenzó el análisis de esta queja recordando su decisión en el caso de *Mata Estevez c. España*, de 10 de mayo de 2001, a la que ya hemos hecho referencia, en la que había concluido que la relaciones afectivas y sexuales de las parejas homosexuales, aunque fueran estables, no podían considerarse “vida familiar” a los efectos del Convenio. Se trataría a lo sumo de una manifestación de la “vida privada”⁴¹ y ⁴². Pues bien, en *Schalk y Kopf* el Tribunal cambiará de criterio, y lo va a hacer tras observar la rápida evolución de las actitudes sociales hacia las parejas homosexuales desde *Mata Estevez*. Desde entonces, al menos diecinueve Estados habían reconocido a las parejas homosexuales bien el derecho a casarse (seis de entre ellos) bien a constituir una unión civil, y algunas disposiciones de derecho comunitario reflejaban una tendencia creciente a incluir a las parejas homosexuales en el concepto de “familia”. A la vista de dicha evolución, el Tribunal consideró que resultaba artificial sostener que las parejas homosexuales no pudieran tener “vida familiar” a efectos del artículo 8 y que, por tanto, debía reconocerse que la relación entre

⁴¹ Esto contrastaba con el tratamiento que recibían las relaciones heterosexuales, que el Tribunal consideraba “vida familiar” incluso si eran de hecho. Véanse, en este sentido, *Elsholz c. Alemania* [GC], de 13 de julio de 2000; *Keegan c. Irlanda*, de 26 de mayo de 1994; y *Johnston y otros c. Irlanda*, de 18 de diciembre de 1986.

⁴² El Tribunal había llegado a esa conclusión tras apreciar que, no obstante la tendencia creciente entre los Estados europeos a reconocer las uniones de hecho formadas por personas del mismo sexo, no existía un consenso europeo al respecto y, por tanto, se estaba ante una materia en la que debía reconocerse a los Estados un amplio margen de apreciación.

dos personas del mismo sexo en una unión de hecho estable constituía “vida familiar” del mismo modo que la de una pareja heterosexual en las mismas circunstancias⁴³. En uno de los pasajes con mayor carga simbólica de los pronunciados por el Tribunal en la materia, éste vino a afirmar su convencimiento de que las parejas homosexuales eran igualmente capaces que las parejas heterosexuales de establecer relaciones afectivas estables y que, en consecuencia, éstas se encontraban en una situación análoga en lo relativo a su necesidad de reconocimiento legal y de protección de su relación⁴⁴.

El Tribunal observó entonces que tras la introducción de la demanda el legislador austriaco había aprobado en 2010 una ley que permitía el reconocimiento legal de las uniones homosexuales. A partir de la entrada en vigor de esta ley, los demandantes habían podido formalizar su unión. El Tribunal consideró que este hecho le liberaba de tener que decidir si la ausencia en derecho austriaco de un meca-

⁴³ Esa evolución jurisprudencial venía precedida de la sentencia de Gran Sala *Burden c. el Reino Unido*, de 29 de abril de 2008, en la que el Tribunal equiparó uniones civiles homosexuales y matrimonios heterosexuales a efectos de diferenciar estos modelos de convivencia de la relación entre dos hermanas que compartían vivienda y que invocando los artículos 14 del Convenio y 1 del Protocolo n.º. 1 al Convenio se quejaban de una discriminación al no poder beneficiarse de determinada exención fiscal reconocida a los primeros. El Tribunal afirmó que de igual manera a como sucede con el matrimonio, las consecuencias jurídicas de las uniones civiles homosexuales, a las que sus miembros se someten expresa y voluntariamente, distinguía éstas de otras formas de convivencia. Más que la duración o la relación de mutua dependencia entre sus miembros, el aspecto determinante era la existencia de un compromiso público que implicaba para las partes la asunción de un conjunto de derechos y obligaciones de carácter contractual. Anunciaban también un cambio en la jurisprudencia algunos razonamientos del Tribunal en su sentencia *Kozak c. Polonia*, de 2 de marzo de 2010. Allí el Tribunal sostuvo que “dado que el Convenio es un instrumento vivo cuya interpretación debe realizarse a la luz de las circunstancias actuales (...), el Estado, cuando elige los medios para proteger a la familia y para garantizar, como lo exige el artículo 8, el respecto de la vida familiar debe necesariamente tomar en consideración la evolución de la sociedad y los cambios producidos en la percepción de los temas sociales, de estado civil y de modelos de relación, incluido el hecho de que no existe una sola manera o una única opción sobre cómo debe conducirse y vivirse la vida familiar o privada” (pár. 98).

⁴⁴ *Schalk y Kopf*, pár. 99.

nismo de reconocimiento jurídico de las parejas homosexuales habría conllevado una violación de los artículos 14 y 8 del Convenio. Sin embargo, juzgó necesario, en atención al modo en que los demandantes habían planteado su queja, examinar si el Estado defensor hubiera debido facilitarles este instrumento con anterioridad al momento en que lo había hecho y si las constantes diferencias entre el matrimonio heterosexual y la unión civil homosexual a nivel de derechos debían considerarse una vulneración de tales derechos. El Tribunal contestó con una negativa a ambas cuestiones. Si bien debía admitirse la existencia a nivel europeo de un creciente consenso hacia el reconocimiento jurídico de las relaciones homosexuales, la mayoría de los Estados no habían establecido todavía mecanismos de reconocimiento de las parejas formadas por personas del mismo sexo y, por lo tanto, debía concederse a éstos un margen de apreciación sobre el momento de introducir dichos cambios legislativos. En relación con el hecho de que la legislación austriaca no hubiera otorgado a las uniones homosexuales exactamente los mismos derechos de los que disfrutaban los matrimonios heterosexuales, el Tribunal observó que las diferencias en derechos económicos entre ambas instituciones eran mínimas y que las principales se circunscribían al ámbito de los derechos parentales, lo que se correspondía con la tendencia en otros países miembros y que, en este sentido, no podía afirmarse que el Estado austriaco hubiera excedido su margen de apreciación en la materia⁴⁵.

La sentencia recibió un voto concurrente⁴⁶ y otro disidente. Merece la pena detenerse en este segundo, suscrito por los jueces Rozakis, Spielmann y Jebens. Para estos jueces la ausencia antes de 2010 de un marco jurídico que, al menos en cierta medida, hubiera concedido a las parejas homosexuales los mismos derechos o beneficios que los vinculados con el matrimonio planteaba un serio problema en atención a los artículos 14 y 8 del Convenio. Para estos jueces, el Gobierno austriaco no había ofrecido ninguna razón convincente para justificar

⁴⁵ El Tribunal no consideró pertinente examinar cada una de estas diferencias en detalle, como las relativas al acceso a la inseminación artificial o a la adopción, dado que los demandantes no habían planteado que estas restricciones les afectaran directamente.

⁴⁶ Los jueces Malinverni y Kovler consideraban que el artículo 12 era inaplicable al caso.

dicha ausencia, lo que resultaba tanto más llamativo si se atendía a la tendencia creciente entre los Estados europeos a establecer mecanismos de reconocimiento de las parejas homosexuales. De hecho, el Gobierno austriaco no había propuesto razón alguna para justificar el diferente trato dispensado a las parejas homosexuales, sino que se había limitado a invocar su margen de apreciación. En estas circunstancias, el recurso de la mayoría al criterio del margen de apreciación para considerar justificada la ausencia de regulación resultaba inadecuado. Sólo en el supuesto en que las autoridades nacionales hubieran ofrecido justificaciones, el Tribunal podría haberse declarado convencido, atendiendo a la existencia o ausencia de un enfoque común entre los Estados miembros, de que aquéllas se hallaban en mejor posición que la suya para tratar eficazmente el asunto.

El tema de las uniones civiles regresó a la mesa del Tribunal con el asunto *Vallianatos y otros c. Grecia*, decidido por la Gran Sala el 7 de noviembre de 2013. El legislador griego había adoptado una legislación que permitía exclusivamente a las parejas formadas por personas de distinto sexo acceder a una unión civil como alternativa al matrimonio. Los demandantes en el caso, parejas homosexuales, interpusieron demandas ante el Tribunal invocando una vulneración del artículo 8 del Convenio en combinación con el artículo 14. La Gran Sala rechazó por una abrumadora mayoría de dieciséis jueces los argumentos del Estado griego y declaró una violación del Convenio⁴⁷.

Por lo que respecta a la objeción de no agotamiento de los recursos internos esgrimida por el Estado griego, el Tribunal consideró que un recurso judicial que ofrece una posibilidad remota de compensación económica tras una declaración incidental de inconstitucionalidad de la ley por discriminatoria, sin que de ello se derivara una obligación para el Estado de extender inmediatamente la legislación a las parejas homosexuales, no constituía un remedio judicial efectivo en virtud del artículo 35 del Convenio.

⁴⁷ Solo el juez Pinto de Albuquerque, asiduo de extensos votos particulares, discrepó de la mayoría y lo hizo por una cuestión de procedimiento. En su opinión, los demandantes no habían agotado los recursos internos. El juez griego Sicilianos, en la formación de Gran Sala, no pareció verlo del mismo modo y votó con la mayoría.

En cuanto al fondo, el Tribunal no consideró que las razones esgrimidas por el Estado pudieran justificar un tratamiento diferenciado de las parejas formadas por personas del mismo sexo. Incluso asumiendo que la intención del legislador griego hubiera sido la de reforzar la protección jurídica de los menores nacidos fuera del matrimonio e indirectamente fortalecer la institución del matrimonio, la ley había creado una nueva forma de convivencia llamada unión civil de la que se excluía a las parejas formadas por personas del mismo sexo mientras que a las parejas heterosexuales les permitía, con independencia de tener o no hijos, regular numerosos aspectos de su relación. Ni una ni otra razón constituía una justificación de suficiente peso para excluir a las parejas homosexuales. Junto a estos argumentos de orden lógico, el Tribunal se refirió como colofón de su razonamiento a la tendencia emergente en los Estados miembros del Consejo de Europa de extender el derecho de formar uniones civiles a las parejas homosexuales cuando estos introducían dicha institución en su ordenamiento. El Tribunal señaló que de los diecinueve Estados que autorizaban en aquel momento alguna forma de unión civil distinta al matrimonio, solo Lituania y Grecia la habían restringido a parejas heterosexuales. Estamos, en este ámbito, como en muchos otros, en una Europa a dos velocidades.

En el caso de *Oliari y otros c. Italia*, decidido por sentencia de 21 de julio de 2015, los demandantes, tres parejas homosexuales, interpusieron sendas demandas ante el Tribunal alegando que la legislación italiana no les permitía contraer matrimonio o, alternativamente, acceder a otro tipo de unión civil y que, por tal motivo, estaban siendo tratados de manera discriminatoria a causa de su orientación sexual. Los demandantes invocaron los artículos 8, 12 y 14 del Convenio.

El Tribunal analizó el caso bajo el artículo 8 del Convenio y concluyó que el Estado italiano había vulnerado el derecho a la vida familiar de los demandantes al no haber previsto en su ordenamiento una institución que pudiera ofrecer reconocimiento y protección a las parejas formadas por personas del mismo sexo. El Tribunal no consideró necesario comparar la situación de los demandantes con la de una pareja heterosexual y, de hecho, tras declarar la existencia de una vulneración en virtud del artículo 8 del Convenio consideró innecesario analizar la queja de los demandantes bajo el prisma de la discriminación. Dicho ejercicio hubiera resultado, en principio, in-

fructuoso en aquel momento, en la medida en que la jurisprudencia del Tribunal era constante en señalar que, a efectos del reconocimiento de una pareja homosexual, el término de comparación válido no era el matrimonio, sino la pareja heterosexual. El Tribunal abandona en este caso su tendencia a analizar los asuntos relativos a las parejas homosexuales bajo el prisma de la discriminación y opta en su lugar por hacerlo bajo el del derecho al respeto a la vida familiar. El Tribunal afirmará en su sentencia que del artículo 8 del Convenio deriva una obligación positiva para el Estado de establecer una fórmula de reconocimiento jurídico de las parejas homosexuales.

El Tribunal fundamentó su sentencia en distintos argumentos. Señaló, en primer lugar, que los mecanismos de orden administrativo o contractual existentes en derecho italiano no cumplían con los requisitos necesarios para poder satisfacer la necesidad de reconocimiento de las parejas homosexuales. El Tribunal se refirió asimismo a la situación de inseguridad jurídica en la que vivían las parejas homosexuales en Italia como consecuencia de una multitud de sentencias contradictorias sobre sus derechos y obligaciones, lo que obligaba a los interesados a acudir repetidamente a los tribunales con el fin de exigir la equiparación de tratamiento en relación con estos derechos y obligaciones. Esta dificultad que enfrentaban las parejas homosexuales para ver reconocidos sus derechos a la vida privada y familiar, que no era de por sí insignificante, se veía agravada por la sobrecarga y lentitud del sistema italiano de justicia, así como por la actitud beligerante acogida por el Estado que con mucha frecuencia se oponía ante los tribunales al reconocimiento de los derechos de las personas homosexuales.

Por lo que respecta al “margen de apreciación”, principal argumento del Estado ante el Tribunal, éste consideró que el margen era muy limitado cuando se trataba, como en el caso de marras, de la necesidad, en términos generales, de reconocimiento jurídico y de protección básica de las parejas homosexuales; que existía una tendencia que se había extendido rápidamente entre los países del Consejo de Europa a favor del reconocimiento de las parejas homosexuales y, ya para Italia, que el legislador italiano parecía no haberle dado la merecida importancia a la opinión de la población italiana y de sus más altas autoridades jurisdiccionales. La Corte Constitucional y la Corte de Casación italianas ya se habían pronunciado a favor del

reconocimiento jurídico de las parejas homosexuales. En concreto, la Corte Constitucional italiana, en su sentencia 138/10 y en posteriores pronunciamientos, había apelado al legislador a establecer un mecanismo de reconocimiento jurídico de los derechos y deberes de las uniones homosexuales. Este llamamiento coincidía con estadísticas que demostraban el apoyo de la población italiana al reconocimiento y protección de las parejas homosexuales.

Determinar el alcance de esta sentencia resulta tarea compleja, y ello por sus numerosas referencias a la situación italiana, en especial a la jurisprudencia de sus más altos tribunales y a encuestas de opinión, lo que podría permitir una lectura restrictiva de la sentencia a ese país. Así argumenta el voto concurrente de los jueces Mahoney, Tsotsoria y Vehabovic⁴⁸. Estos jueces, sin negar la mayor, esto es, que del artículo 8 es posible derivar una obligación positiva para el Estado de reconocimiento de las parejas homosexuales, hubieran preferido concluir en una vulneración del Convenio mediante un razonamiento de menor alcance (*narrower reasoning*): declarar que el Estado habría vulnerado el derecho al respeto a la vida privada y familiar de los demandantes a causa de una intervención defectuosa en la esfera de estos derechos en virtud del párrafo 2 del artículo 8 del Convenio y no por incumplimiento de una obligación positiva^{49 y 50}.

En su sentencia en el caso *Chapin y Charpentier c. Francia*, de 9 de junio de 2016, el Tribunal reiteró su voluntad, expresada ya en el caso de *Schalk y Kopf*, de no pronunciarse de manera detallada sobre las eventuales diferencias en derechos y obligaciones entre el

⁴⁸ Está pendiente ante el Tribunal el caso de *Fedotova y Shipitko c. Rusia* y otras dos demandas más contra Rusia, demandas nos. 40792/10, 30538/14 y 43439/14, sobre este mismo asunto. Los demandantes, parejas formadas por personas del mismo sexo, se quejan de una discriminación por razón de su orientación sexual porque se les ha denegado la posibilidad de contraer matrimonio y carecen de mecanismos jurídicos que permitan el reconocimiento y protección de su relación.

⁴⁹ Véase párrafo 10 de la opinión particular.

⁵⁰ La ley no. 76 de 20 de mayo de 2016 introdujo en Italia la unión civil también entre personas de mismo sexo. La ley crea la “formación social específica” (*sic*) para las parejas homosexuales. Véase, en este mismo libro, A. Lorenzetti, “Los derechos fundamentales de las personas LGBTI desde la perspectiva comparada: Italia, Francia, Alemania”, pp. 198-199.

matrimonio heterosexual y las uniones civiles homosexuales, y declaró que el derecho de los demandantes a disfrutar de la vida privada y familiar sin discriminación no había sido menoscabado. En concreto, los demandantes se quejaban de que el pacto civil de solidaridad no ofrecía igual protección jurídica que el matrimonio. Los demandantes enumeraban las diferencias existentes entre ambas instituciones; diferencias que afectaban al derecho de estancia, de adquisición de nacionalidad, de pensión de viudedad o al régimen de los bienes adquiridos durante la unión. El Tribunal señaló que, “en todo caso (...), estas diferencias corresponden, en términos generales, a la tendencia observada en otros Estados miembros y no encuentra indicio alguno de que el Estado defensor haya excedido el margen de apreciación en su decisión sobre los derechos y obligaciones conferidas por el pacto civil de solidaridad”⁵¹.

Poco tiempo después, en el caso de *Orlandi y otros c. Italia*, de 14 de diciembre de 2017, el Tribunal declaró una vulneración del artículo 8 del Convenio en la medida en que los demandantes, seis parejas homosexuales compuestas todas ellas por nacionales italianos salvo una entre un nacional italiano y otro canadiense, no habían podido registrar en Italia, bajo ninguna forma, sus matrimonios contraídos en el extranjero, privándoles de ese modo de todo reconocimiento jurídico y de los derechos asociados al mismo.

El Tribunal recordó que, en virtud de su jurisprudencia, los Estados eran libres de abrir o no la institución del matrimonio a las parejas homosexuales pero que, con independencia de ello, éstas tenían necesidad de reconocimiento y protección jurídicas. El Tribunal apuntó que con la adopción en Italia en 2016 de la nueva legislación sobre uniones civiles homosexuales y de otras normas posteriores, algunas de las parejas de la demanda habían podido ver reconocida su relación en Italia. Sin embargo, las quejas de los demandantes se remontaban a 2012, antes de la entrada en vigor de la reforma. La cuestión esencial era pues la de determinar si, antes de la adopción de la legislación italiana sobre uniones civiles, se había realizado un justo equilibrio entre los intereses del Estado y los de los demandantes.

⁵¹ Pár. 51.

El Tribunal reconoció que la decisión del Estado italiano de no permitir los matrimonios homosexuales no era condenable en virtud del Convenio pero constató que el elemento determinante en este caso era la imposibilidad para los matrimonios demandantes de obtener algún tipo de reconocimiento jurídico en Italia. El Tribunal constató la rápida evolución en este ámbito, en el que veintisiete de los 47 Estados miembros del Consejo de Europa disponían de una legislación por la que se reconocía a las parejas homosexuales ya fuera como matrimonio, como unión civil o como asociación civil. Por el contrario, el consenso era mucho menor en lo relativo a la inscripción de los matrimonios homosexuales contraídos en el extranjero, lo que implicaba que los Estados gozaran de amplia discrecionalidad para decidir sobre si inscribir o no dichos matrimonios como matrimonios de derecho interno.

Con independencia de lo anterior, la ausencia de todo reconocimiento de la relación de los demandantes provocaba un vacío jurídico que desconocía su realidad social y les generaba dificultades en su vida cotidiana. El Estado no había adelantado ningún argumento convincente fundado en el interés general que justificara una situación que dejaba las relaciones de los demandantes sin ningún tipo de reconocimiento y protección. Para el Tribunal, Italia no hubiera debido ignorar que la relación de los demandantes estaba protegida por el derecho a la vida familiar y debía haberles ofrecido un mecanismo de protección. Hasta recientemente, dicho mecanismo no existía. El Tribunal concluyó que el Estado no había establecido un justo equilibrio entre los intereses en conflicto y que, por tanto, los demandantes habían visto lesionados sus derechos. Alcanzada esta conclusión en virtud del artículo 8, el Tribunal consideró que no había lugar a examinar las quejas bajo el prisma de la discriminación.

La sentencia va acompañada de un voto concurrente de la juez Koskelo según la cual la vulneración de los derechos de los demandantes no derivaba de la falta de un marco normativo que permitiera la inscripción de los matrimonios de los demandantes ya como matrimonios ya como una unión civil o similar, sino por la falta de un marco jurídico que garantizara los derechos de estos matrimonios, que debiera contener, entre otras cosas, su reconocimiento. Sin embargo, para quien esto escribe, la aceptación por la Sala de este razonamiento hubiera supuesto en la práctica reprochar al Estado italiano el no

haber legislado previamente en la materia y, por tanto, contradecir la jurisprudencia del Tribunal en el caso *Schalk y Kopf c. Austria*.

La sentencia también va acompañada de un voto disidente firmado por los jueces Pejchal y Wojtyczek, que presentan una enmienda a la totalidad del aparato doctrinal elaborado por el Tribunal sobre el modo de interpretación del Convenio al que ha definido como “instrumento vivo” necesitado de adaptación a la realidad social, también y concretamente por lo que se refiere al contenido del derecho a la vida familiar y su disfrute por las parejas del mismo sexo. Estos dos jueces concluyen su voto disidente con cierto dramatismo, parafraseando a los revolucionarios norteamericanos: “desde nuestro punto de vista la mayoría se ha alejado de las reglas aplicables para la interpretación del Convenio y ha impuesto obligaciones positivas que no se derivan del tratado. La adaptación del Convenio corresponde exclusivamente de las Altas Partes Contratantes. Suscribimos el principio: ‘ninguna transformación social sin representación’”⁵².

3.6. *El derecho de las personas homosexuales a adoptar*

El derecho de los homosexuales a no ser discriminados en los procesos de adopción ha sido objeto de varios pronunciamientos del Tribunal. El mismo Tribunal⁵³ ha señalado las tres situaciones que pueden darse en el contexto de la adopción por personas homosexuales. En primer lugar, una persona puede decidirse a adoptar por sí misma (adopción individual). En segundo lugar, el compañero de una persona homosexual puede querer adoptar al hijo de ésta con el fin de compartir la responsabilidad parental sobre el menor (adopción coparental). Y finalmente, una pareja homosexual puede decidir adoptar conjuntamente (adopción conjunta). Por el momento, al Tribunal se le han planteado casos relativos a las dos primeras situaciones. Por cuestiones cronológicas y sistemáticas, se expondrán en primer lugar las sentencias relativas a los procesos de adopción individual y después las relacionadas con adopciones coparentales.

⁵² Pár. 14 de la opinión disidente.

⁵³ En *E.B. c. Francia*, 22 enero 2008, pár. 33, y en *X y otros c. Austria*, 19 febrero 2013, pár. 32.

En el caso de *Fretté c. Francia*, de 26 de febrero de 2002, el Tribunal desestimó la demanda presentada por un homosexual soltero al que las autoridades francesas le habían denegado un permiso para adoptar a causa de su homosexualidad. El Tribunal consideró que los artículos 14 y 8 eran aplicables al caso porque aunque el Convenio no garantizaba el derecho a adoptar ni protegía el deseo de fundar una familia, sin embargo, el derecho francés permitía solicitar una adopción a las personas solteras que hubieran recibido una autorización a estos efectos y, por tanto, los hechos entraban dentro del “ámbito” de aplicación del artículo 8 y, por ende, del artículo 14. Sin embargo, el Tribunal concluyó que la falta de consenso entre los Estados miembros del Consejo de Europa y en la comunidad científica sobre las consecuencias que la adopción por una persona homosexual pudiera tener sobre el menor adoptado concedía a los Estados un amplio margen de apreciación en la materia y que, por tanto, el Estado francés no había vulnerado el Convenio.

La sentencia recibió dos votos particulares cuyo contenido permite entender mejor las dificultades de carácter metodológico con las que el Tribunal se enfrentó en este caso y la evolución jurisprudencial posterior. Una de estas dificultades se refería a la determinación del campo de aplicación material del Convenio. La otra, al estándar de control a aplicar en el caso. Ambos votos⁵⁴, que daban respuesta distinta a la primera de las dificultades⁵⁵, sin embargo, coincidían en cuestionar el recurso en este caso a un margen de apreciación tan amplio que, de hecho, había excluido cualquier análisis de las circunstancias concretas del demandante. Así, los firmantes del segundo de dichos votos —los jueces Bratza, Fuhrmann y Tulkens— hubieran condenado a Francia aplicando un test de proporcionalidad.

⁵⁴ El voto del juez Costa, al que se adhirieron los jueces Jungwiert y Traja, era parcialmente concurrente con la sentencia; el de los jueces Bratza, Fuhrmann y Tulkens, era, por el contrario, parcialmente disidente.

⁵⁵ El juez Costa hubiera desestimado el caso por inaplicabilidad al mismo de los artículos 14 y 8 del Convenio. Ni el Convenio ni ningún otro instrumento internacional que hubiera podido servir al Tribunal a efectos interpretativos reconocía un derecho a adoptar o protegía el deseo de fundar una familia.

El voto de estos tres jueces contenía ya los argumentos que la mayoría de la Gran Sala del Tribunal hará suyos en su sentencia *E. B. c. Francia*, de 22 de febrero de 2008, con la que la jurisprudencia de *Fretté c. Francia* quedará revocada. El demandante en *E. B.* era una mujer soltera a la que las autoridades francesas le había denegado un permiso para adoptar por dos motivos: por un lado, por su “estilo de vida”, que impedía al menor tener una “referencia paterna” y, por otro, por el desinterés de su pareja, con la que la demandante convivía en una relación estable, en el proceso adoptivo. El Tribunal analizó el asunto nuevamente bajo los artículos 14 y 8 del Convenio. Para el Tribunal, si bien el segundo de los argumentos ofrecidos por las autoridades nacionales podía considerarse lícito en sí mismo, el primero, que se relacionaba directamente con su orientación sexual, había sido un factor decisivo para la denegación del permiso que contaminaba toda la decisión. El Gobierno defensor no había ofrecido “razones de peso especialmente convincentes” para denegar a los homosexuales el derecho a adoptar a título individual y, por tanto, el rechazo de las autoridades francesas de la solicitud de autorización presentada por la demandante basado en su orientación sexual constituía una violación del Convenio.

El caso de *Gas y Dubois c. Francia*, de 15 de marzo de 2012, versaba sobre una adopción coparental⁵⁶. En el caso, las demandantes, que habían celebrado un contrato de unión civil de acuerdo con el

⁵⁶ Resulta interesante con el fin de tener una visión más completa de la evolución de la jurisprudencia en este ámbito la lectura de la decisión de inadmisibilidad de la antigua Comisión en el caso de *Kerkhoven y Hinke c. los Países Bajos*, de 19 de mayo de 1992. El caso no es sobre adopción en sentido propio sino sobre el otorgamiento de derechos paterno-filiales a la compañera de la madre biológica sobre el hijo de ésta. Las demandantes eran dos mujeres en una relación estable y el hijo de la segunda. El problema en el caso era la imposibilidad para la primera demandante de establecer vínculos jurídicos con el hijo de la segunda lo que podría tener efectos prácticos en el caso de que la madre muriera o la relación entre las dos mujeres finalizara de alguna otra manera. La Comisión afirmó que la relación de dos mujeres en una relación estable no constituía vida familiar a efectos del Convenio y que las obligaciones positivas del Estado bajo el artículo 8 no exigían que se reconociera a la primera demandante derechos paterno-filiales sobre el hijo de la segunda.

derecho francés, alegaban que la negativa de las autoridades francesas a permitir que la primera adoptara al hijo de la segunda, concebido en Bélgica mediante inseminación artificial anónima, constituía un tratamiento discriminatorio en el disfrute de su derecho al respeto a la vida familiar en la medida en que esas mismas autoridades no hubieran planteado ninguna objeción si la solicitud de adopción la hubiera presentado un hombre casado con respecto al hijo de su esposa. Las demandantes admitían que la adopción coparental también estaba vedada a las parejas de hecho heterosexuales, pero éstas podían siempre, a diferencia de ellas, salvar dicho impedimento mediante el matrimonio. La exposición del caso quedaría incompleta si no se mencionara que, según la legislación francesa entonces vigente, la adopción de un menor por una persona del mismo sexo al de su progenitor biológico tenía el efecto de suprimir todo vínculo jurídico entre este último y el primero, esto es, desplazaba toda autoridad parental del progenitor biológico al adoptante de su mismo sexo.

Pues bien, la primera dificultad que tuvo que afrontar el Tribunal fue la de decidir si los artículos 14 y 8 del Convenio eran aplicables al caso⁵⁷. El Gobierno francés había alegado que dichos artículos eran inaplicables porque, a diferencia de *E.B.*, este caso no versaba sobre el derecho a obtener un permiso para adoptar, sino sobre el derecho a adoptar en sí mismo. El Tribunal razonó, por el contrario, que dichos artículos eran aplicables al caso porque la relación entre las demandantes, que había sido formalizada mediante un contrato de unión civil, y la de éstas con el menor, una, su madre biológica, y la otra, partícipe activa en su crianza y educación, permitía hablar de vida familiar a efectos del artículo 8 del Convenio. En relación con el fondo, sin embargo, el Tribunal consideró que las demandantes no habían sido sometidas a un trato discriminatorio. Por un lado, su situación jurídica no era comparable a la de una pareja casada, pues el matrimonio confería un estatuto especial a las personas que lo celebraban dando lugar a consecuencias sociales, personales y jurídicas. Y, por otro, cualquier otro modelo de convivencia comparable al de las demandantes, en concreto, una pareja de hecho heterosexual o una

⁵⁷ El Tribunal se pronunció sobre la admisibilidad de la demanda en una decisión de fecha 31 de agosto de 2010.

pareja heterosexual que hubiera suscrito un contrato de unión civil, hubiera visto su solicitud rechazada igualmente. Ante el argumento de que estas últimas podían siempre casarse mientras que ellas carecían de dicha posibilidad, lo que, en la práctica, constituía en opinión de las demandantes una discriminación indirecta, el Tribunal reiteró, citando el caso de *Schalk c. Kopf*, al que ya nos hemos referido, que el Convenio no exigía a los Estados regular el matrimonio homosexual y que si éstos se decidían a establecer un medio alternativo de reconocimiento de las parejas homosexuales, en dicho caso, gozaban de un cierto margen de apreciación en la determinación del estatuto concreto a otorgar a las mismas.

La sentencia recibió tres votos particulares, dos concurrentes⁵⁸ y uno disidente. Este último estaba suscrito por el juez Villiger, que hubiera condenado a Francia por vulnerar los artículos 14 y 8 del Convenio. Para este juez la mayoría del Tribunal no había prestado suficiente atención al interés superior del menor, que exigía, en su opinión, una autoridad parental compartida. El juez no alcanzaba a entender por qué ciertos menores —los nacidos de un progenitor en una relación homosexual— y no otros eran privados de aquello que garantizaba su interés superior. La raíz del problema radicaba, según él, en la prohibición general de una autoridad parental compartida en el caso de menores cuyo progenitor conviviera en una relación homosexual. El voto concurrente del juez Spielmann consideraba, a diferencia de la mayoría, que en materia de adopción coparental la situación de las demandantes era comparable a la de una pareja matrimonial, pero había votado con la mayoría porque en su opinión la inexistencia de un vínculo jurídico entre la compañera de la madre biológica del menor y este último no impedía el desarrollo normal de una vida familiar. En caso de crisis, la madre biológica tenía la posibilidad, según el derecho interno, de delegar en interés del menor la autoridad parental en su compañera y en caso de fallecimiento de aquélla, esta última podría asumir la tutela del niño. En todo caso, el juez Spielmann coincidía con el juez Costa, autor del otro voto concurrente, en subrayar la importancia de que el Tribunal ejerciera su función de

⁵⁸ El primero suscrito por el juez Costa, al que se unió el juez Spielmann; el segundo, por el juez Spielmann, al que se unió la juez Berro-Lefèvre.

supervisión con prudencia y con autocontrol en un ámbito que era objeto de debate democrático en la mayoría de los Estados europeos entre los que era todavía difícil apreciar la existencia de un consenso.

Menos de un año después de *Gas y Dubois* la Gran Sala del Tribunal abordará un caso similar en su sentencia de *X y otros c. Austria*, de 19 de febrero de 2013, en la que por mayoría de diez votos contra siete el Tribunal el Tribunal consideró que la legislación austriaca que impedía la adopción coparental en el caso de los demandantes vulneraba los artículos 8 y 14 del Convenio. La sentencia confirma que el término de comparación de las parejas homosexuales (no casadas y sin posibilidad de hacerlo) no lo constituye el matrimonio heterosexual sino las parejas de hecho heterosexuales y consolida como estándar de control de las distinciones de trato basadas en la orientación sexual un test estricto de proporcionalidad.

Los demandantes en el caso eran una pareja de mujeres lesbianas y el hijo de una de ellas que se quejaban de una discriminación en relación con las parejas heterosexuales porque el derecho austriaco impedía en cualquier circunstancia la adopción coparental por una pareja homosexual. El caso difería del de *Gas y Dubois* fundamentalmente en dos aspectos. Por un lado, en que el ordenamiento austriaco, a diferencia del francés, permitía la adopción coparental de parejas heterosexuales no casadas. Por otro, en que el menor en este caso no había sido concebido por inseminación artificial anónima, sino que tenía un padre biológico con el que mantenía una relación. Para que la adopción coparental pudiera prosperar la legislación austriaca exigía, de estar vivo y ser conocido, como ocurría en el caso, la autorización del otro progenitor biológico salvo que, atendidas las circunstancias del caso, los tribunales consideraran que el interés superior del menor reclamaba acordar la adopción a pesar de su negativa. Sin embargo, al igual que el ordenamiento francés, la legislación austriaca hacía imposible de hecho la adopción coparental en el seno de una pareja formada por dos personas del mismo sexo ya que, de verificarse, el adoptante reemplazaba al progenitor biológico a todos los efectos. Aunque neutral a primera vista, la legislación austriaca impedía la adopción coparental por parejas homosexuales, estableciendo por tanto en este concreto aspecto un trato diferenciado entre éstas y las parejas heterosexuales. Como señalaba el Tribunal, el artículo 8 del Convenio no obligaba a extender el derecho de adopción coparental

a las parejas no casadas, pero la legislación austriaca lo había hecho a las parejas heterosexuales sin hacer lo propio con las homosexuales.

El Tribunal consideró oportuno para evitar malentendidos aclarar desde el principio que la cuestión que se le planteaba no era determinar si la concreta solicitud de adopción coparental presentada por la compañera de la madre biológica del menor debía o no ser estimada, una decisión que competiría adoptar, en su caso, a las autoridades nacionales. A éstas correspondería decidir si, en el caso concreto, el interés superior del menor exigía acordar la adopción a pesar de la negativa del padre. Tampoco lo era decidir sobre el derecho a la adopción coparental de parejas homosexuales en cuanto tal, ni menos todavía sobre el derecho a la adopción por parejas homosexuales en general. La cuestión a la que el Tribunal debía dar respuesta era muy específica. Consistía en determinar si la exclusión absoluta de las parejas homosexuales del derecho a la adopción coparental convertía a los demandantes en víctimas de una discriminación con respecto a una pareja heterosexual no casada.

El Tribunal contestó a esta pregunta afirmativamente. Comenzó reiterando que, tal y como había decidido en *Gas y Dubois*, una pareja homosexual no era comparable a un matrimonio. Sin embargo, en su opinión, sí era comparable con una pareja de hecho heterosexual. Ninguna de las partes había argumentado la existencia de un estatuto jurídico especial que distinguiera a las parejas heterosexuales de hecho de las parejas homosexuales y, además, el Gobierno defensor había admitido que en principio y a nivel personal una pareja homosexual podía ser igualmente apta para la adopción que una pareja heterosexual. Y aplicando un test estricto de proporcionalidad el Tribunal determinó que el Estado austriaco no había ofrecido razones suficientemente convincentes para justificar la exclusión absoluta de las parejas homosexuales del derecho a la adopción coparental. Para el Tribunal el Gobierno defensor no había logrado demostrar que para proteger el modelo de familia tradicional o, todavía más importante, para garantizar el interés superior del menor, fuera necesario excluir en toda circunstancia a las parejas homosexuales de la adopción coparental. Ningún argumento preciso ni prueba científica se había presentado en apoyo de la tesis de que las familias homoparentales no podían por principio ocuparse convenientemente de un menor. Más bien existían razones sólidas que suscitaban dudas sobre la propor-

cionalidad de la medida. Por un lado, el Gobierno austriaco había admitido en sus alegaciones, como ya se ha señalado, que una pareja homosexual podía en principio ser igualmente apta a nivel personal que una pareja heterosexual para la adopción⁵⁹. Por otro, a diferencia de la adopción monoparental o conjunta, que generalmente servían para establecer un vínculo entre una pareja y un menor entre los que éste no existía previamente, la adopción coparental tenía por finalidad conferir al compañero del progenitor del menor derechos parentales sobre este último, esto es, reconocer y formalizar la existencia de una relación familiar preexistente. Para el Tribunal, el conjunto de estas consideraciones inclinaba la balanza, en ausencia de otras razones sólidas y convincentes que justificaran dicha prohibición absoluta, a favor de que los tribunales nacionales pudieran tomar decisiones individualizadas en cada caso. Esta forma de proceder parecía también más conforme con el interés superior del menor, una noción clave en los instrumentos internacionales pertinentes. Y esto era justamente lo que los tribunales austriacos no habían podido hacer en el caso de los demandantes. La prohibición absoluta para la adopción coparental por parejas homosexuales no había permitido a los tribunales examinar si en el caso de los demandantes concurrían las circunstancias que hubieran permitido ignorar la negativa del padre biológico a la solicitud de adopción coparental. La distinción operada por el derecho austriaco entre parejas homosexuales y heterosexuales era para la mayoría del Tribunal incompatible con los artículos 14 y 8 del Convenio.

A sus argumentos de orden sustantivo, el Gobierno austriaco había añadido un argumento de orden institucional en relación con el artículo 8 del Convenio: el Tribunal debía reconocer un amplio margen de apreciación a los Estados en el sensible ámbito de la adopción, en el que la búsqueda de un correcto equilibrio entre los intereses de

⁵⁹ Y en este sentido, el Tribunal apuntó lo que parecía una contradicción en el derecho austriaco. Según la legislación austriaca un menor no podía tener dos padres o dos madres en ningún caso. Sin embargo, para autorizar la adopción individual de un menor por una persona homosexual se exigía el consentimiento de su compañero estable, si éste existía, con lo que indirectamente se estaba admitiendo que la convivencia de un menor con una pareja homosexual no era perjudicial para su desarrollo.

todas las personas implicadas constituía una delicada tarea. Dicho margen debía ser incluso más amplio en el ámbito de la adopción coparental por parejas homosexuales, sobre el que no existía un consenso entre los Estados europeos. Pues bien, aunque el Tribunal reiteró como respuesta que en el ámbito de las discriminaciones por razón de orientación sexual el margen de apreciación de los Estados era estrecho, la mayoría se sintió, sin embargo, obligada a examinar el nivel de consenso europeo en la materia y sus implicaciones para el caso. Y es que el voto de los siete jueces disidentes había hecho caballo de batalla de la falta de consenso europeo y, por tanto, de la necesidad de reconocer a los Estados un amplio margen de apreciación en materia de adopciones coparentales. Mayoría y minoría disentían sobre la metodología a aplicar en el caso.

La mayoría había confiado —y echado el sello— en un estándar de control que, como hemos visto, se había ido progresivamente consolidando en el ámbito de las discriminaciones por orientación sexual. Por su parte, la minoría consideraba que si bien la aplicación automática de este estándar podía dar lugar a decisiones técnicamente impecables lo hacía, sin embargo, a fuerza de hacer abstracción en supuestos como el presente de la realidad del estado de la cuestión en el plano paneuropeo. Para la minoría, el Tribunal debería haber prestado mayor atención a una tendencia clara en los Estados parte en el Convenio que en su mayoría privaban por el momento del derecho a la adopción a las parejas no casadas en general, y en consecuencia a las parejas no casadas del mismo sexo. Una opción que, a ojos de la minoría, era perfectamente legítima a la luz de los instrumentos internacionales pertinentes que al Tribunal incumbía consultar a fin de determinar el nivel de consenso europeo sobre la materia. Tanto el Convenio Europeo en materia de Adopción de Menores revisado en 2008 como la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 31 de marzo de 2010 sobre medidas para combatir la discriminación basada en la orientación sexual o en la identidad de género dejaban, desde el punto de vista de la minoría, plena libertad a los Estados para ampliar o no el derecho a la adopción a las parejas homosexuales. Interpretar, como lo había hecho la mayoría, que esos instrumentos no dejaban libertad a los Estados para tratar de manera diferente a efectos del derecho de adopción a parejas de hecho heterosexuales y homosexuales resultaba incorrecto. A esta objeción

la mayoría ya había respondido: con independencia de cual fuera la interpretación correcta de estos instrumentos, los Estados continuaban siendo responsables a la luz del Convenio por los compromisos asumidos en virtud de tratados posteriores a su entrada en vigor. La mayoría reivindicaba aquí la autonomía del Tribunal y su autoridad última en la interpretación del Convenio.

Aunque el caso de *Bonnaud y Lecoq c. Francia*, resuelto por decisión del Tribunal de 6 de febrero de 2018, no versa exactamente sobre la adopción, he decidido incluirlo en este apartado por la naturaleza de la institución de la “delegación de autoridad parental” que permite a los progenitores de un menor, conjunta o separadamente, cuando las circunstancias así lo requieren, acudir al juez con el objetivo de delegar toda o parte del ejercicio de su autoridad parental a un tercero. En este caso, el Tribunal analizó el posible carácter discriminatorio por orientación sexual de las decisiones dictadas por los tribunales franceses denegando la “delegación de autoridad parental” cruzada solicitada por las demandantes, dos mujeres unidas mediante un pacto civil de solidaridad celebrado de acuerdo con el ordenamiento francés, con respecto a sus hijos. Durante su unión civil, cada una de las componentes de la pareja había tenido un hijo mediante procreación médicamente asistida y en un momento dado se decidieron a solicitar cada una una “delegación de autoridad parental” con respecto al hijo de la otra. Los tribunales franceses habían denegado dichas delegaciones.

El Tribunal consideró que las demandantes se encontraban en una situación comparable a la de una pareja heterosexual en el marco de una familia recompuesta en la que la pareja del progenitor vive con el menor con el que no tiene vínculo biológico pero en cuya crianza participa para concluir que en el presente caso no existía ninguna apariencia de violación de los artículos 14 y 8 del Convenio. El examen de la jurisprudencia revelaba que las decisiones de concesión o denegación de delegación de autoridad parental se tomaban a la luz de las circunstancias fácticas de cada caso concreto, fundamentalmente del estado de salud de la madre o del menor, los desplazamientos o las obligaciones profesionales y estimó, en el caso concreto de las demandantes, que la valoración realizada por los tribunales nacionales para rechazar su petición de delegación de autoridad parental no dejaba traslucir una diferencia de trato por orientación sexual.

3.7. *Parejas homosexuales y filiación*⁶⁰

Acabamos este capítulo refiriéndonos al caso de *Boeckel and Gessner-Boeckel c. Alemania*, de 7 de mayo de 2013, en el que las demandantes, una pareja lesbiana, se quejaban de que la negativa de las autoridades alemanas a inscribir a la primera demandante como segundo progenitor en el acta de nacimiento del hijo biológico de la primera, nacido durante su unión civil, constituía una vulneración de los artículos 14 y 8 del Convenio. Las autoridades habían rechazado dicha inscripción argumentando que la finalidad del acta de nacimiento era probar la ascendencia de las personas y que la no inscripción de la primera demandante no interfería en absoluto en su derecho al respeto a la vida familiar. En otro procedimiento, las autoridades habían acogido favorablemente la solicitud de adopción presentada por la primera demandante en aplicación de la legislación sobre uniones civiles, que preveía específicamente esta posibilidad. Así pues, ambas mujeres habían obtenido la condición de progenitores respecto del menor.

El Tribunal declaró la demanda inadmisibile. Consideró que la situación de las demandantes, que vivían juntas en una unión civil en el momento del nacimiento del menor, no era análoga a la de un matrimonio heterosexual en el que la mujer hubiera dado a luz un niño. El Tribunal observó que el código civil alemán establecía una presunción *iuris tantum* de que el hombre casado con la madre de un menor en el momento del nacimiento de éste era su padre biológico. Este principio no quedaba desvirtuado por el hecho de que esta presunción no reflejara siempre la realidad. En este sentido, el Tribunal observó que el caso no versaba sobre la paternidad de persona transexual o sobre una paternidad por subrogación. En el caso de que un miembro de una pareja homosexual diera luz a un niño, podía razonablemente excluirse sobre fundamentos de orden biológico que el otro miembro de la pareja fuera el padre biológico del menor. No existía, por tanto,

⁶⁰ Remito al estudio de P. Benavente, Registro y filiación en parejas LGBT, pp. 313 y ss., en el que se analiza la jurisprudencia del TEDH en esta materia, fundamentalmente por lo que se refiere a la determinación de la filiación y registro en supuestos de recurso a TRHA por personas LGBT.

fundamento para presumir que el menor fuera hijo biológico del segundo progenitor.

4. EL DERECHO DEL COLECTIVO LGBT A MANIFESTARSE

El Tribunal ha sostenido reiteradamente que las personas homosexuales tienen el derecho a manifestarse pacíficamente con el fin de expresar su identidad sexual, mostrar su orgullo y luchar por sus derechos y que dichas manifestaciones no pueden ser prohibidas por las autoridades públicas por motivos discriminatorios. En este sentido, el Tribunal parece estar dispuesto a ir más allá de las apariencias y, en este sentido, a indagar si tras los motivos aparentemente neutrales alegados por las autoridades nacionales para la prohibición de manifestaciones organizadas por colectivos LGBT se oculta un ánimo discriminatorio por orientación sexual.

Así, en su sentencia de *Bączkowski y otros c. Polonia*, de 3 de mayo de 2007, en la que los demandantes homosexuales se quejaban de la negativa de la alcaldía de Varsovia a autorizar una manifestación en defensa de los derechos de las minorías, el Tribunal tomó en cuenta las declaraciones vertidas por el alcalde días antes de la fecha prevista para la manifestación y concluyó que los derechos de los demandantes a manifestarse y a la no discriminación habían sido vulnerados. Ningún ánimo discriminatorio podía colegirse de las decisiones administrativas que habían prohibido la manifestación, pero el Tribunal consideró que no podía hacerse abstracción de las declaraciones del alcalde abiertamente contrarias a su autorización. El alcalde había utilizado expresiones como “no habrá propaganda pública a favor de la homosexualidad”; “no les prohibo que se manifiesten mientras que lo quieran hacer como ciudadanos y no como homosexuales”; “en mi opinión, hacer propaganda en favor de la homosexualidad no es la misma cosa que ejercer la libertad de reunión”. El Tribunal razonó que a determinados cargos electos podía exigírseles un cierto nivel de autocontrol en el ejercicio de la libertad de expresión cuando sus opiniones pudieran ser entendidas como instrucciones por funcionarios cuyo empleo y promoción dependían de su aprobación. En este caso, la decisión de prohibir la manifestación había sido adoptada

por las autoridades municipales en nombre del alcalde después de que éste hubiera compartido con la prensa su intención de evitar la manifestación solicitada por los demandantes. En estas circunstancias podía sospecharse razonablemente que las declaraciones del alcalde podían haber influido en el proceso de decisión y, por tanto, afectar de manera discriminatoria al derecho de los demandantes a la libertad de reunión.

Algo similar ocurrió en el caso de *Genderdoc-M c. Moldova*, de 12 de junio de 2012. El demandante era una organización no gubernamental defensora de los derechos de la comunidad LGBT cuya solicitud para llevar a cabo una manifestación había sido rechazada por el ayuntamiento. El Gobierno moldavo reconoció que en este caso se había producido una vulneración del artículo 11 del Convenio. Sin embargo, argumentó que no se había vulnerado el derecho a la no discriminación por orientación sexual. La denegación de la autorización respondía según el Gobierno al hecho de que durante el período comprendido entre los años 2002 y 2006 se había producido un problema sistémico en Moldova con respecto al derecho de reunión a causa de una intolerancia general hacia las manifestaciones. El Tribunal no consideró este argumento convincente. Observó que otras manifestaciones habían sido autorizadas durante dicho período y que el Gobierno no había ofrecido ninguna explicación sobre esa diferencia de trato. Y concluyó que la razón de la prohibición era que las autoridades desaprobaban las manifestaciones que, en su opinión, promovían la homosexualidad. Para llegar a esta conclusión el Tribunal tomó en consideración el hecho de que, ante el tribunal de apelación, la alcaldía había insistido hasta dos veces en que la manifestación organizada por la demandante debía ser prohibida a causa de la oposición de una gran parte de la ciudadanía moldava a la homosexualidad y a que su celebración podía poner en peligro el orden público y la moral⁶¹.

⁶¹ La sentencia recibió dos votos particulares, uno concurrente del juez Myjer y otro disidente firmado por los jueces Gyulumyan y Ziemele. El primero hubiera explicado más, a la luz del íter del caso en la vía interna, los razonamientos lógicos seguidos por el Tribunal para concluir que detrás de la prohibición de la manifestación había un móvil discriminatorio por orientación sexual. Para las segundas ese móvil discriminatorio no había quedado suficientemente demostrado.

En la significativa sentencia de *Alekseyev c. Rusia*, de 21 de octubre de 2010, el Tribunal reconoció expresamente el derecho de las personas homosexuales a identificarse como tales en la esfera pública y a promover el reconocimiento y la defensa de sus derechos a través de reuniones públicas y manifestaciones.

El demandante en el caso era uno de los promotores de tres *gay pride* que debían haberse celebrado en Moscú en los años 2006, 2007 y 2008 pero que no habían podido finalmente realizarse al no haber sido autorizadas por el alcalde. El Tribunal consideró que la prohibición de dichas marchas era contraria a los derechos de reunión pacífica y a la no discriminación reconocidos en los artículos 11 y 14 del Convenio.

Por lo que respecta al derecho de manifestación, el Tribunal llevó a cabo un examen de proporcionalidad y concluyó que la prohibición de la *gay pride* era innecesaria en una sociedad democrática. Para el Tribunal las dos razones con las que el Gobierno ruso intentaba justificar la prohibición, esto es, el mantenimiento del orden público y la desaprobación moral de la homosexualidad, no podían ser acogidas.

En cuanto a la primera de las razones, el Gobierno había argumentado que las numerosas cartas de protesta contra la manifestación recibidas por las autoridades moscovitas les habían hecho tomar conciencia de la gran controversia que podría causar el evento entre los grupos opositores a los manifestantes y estos últimos. Pues bien, para el Tribunal estas cartas de protesta no podían ser consideradas como indicador de que la *gay pride* pudiera ser foco de desórdenes públicos. Algunas de estas cartas eran de simple protesta y no planteaban problema alguno desde el punto de vista de la seguridad. Otras, que recogían la intención de sus autores de llevar a cabo actos de protesta contra los manifestantes, deberían haber sido evaluadas cuidadosamente con el fin de adoptar la oportunas medidas de seguridad. Como regla general, dijo el Tribunal, cuando exista una seria amenaza de contramanifestaciones, los Estados gozan de amplia discreción en la elección de los medios para permitir que las manifestaciones se celebren sin disturbios. Pero la mera probabilidad de un riesgo no constituye *per se* un motivo para prohibir el evento. Antes de adoptar una decisión tan drástica las autoridades hubieran debido llevar a cabo una evaluación de los posibles riesgos y, en el caso de que efectivamente se

hubiera previsto un riesgo de contramanifestaciones, debieran haber valorado la posibilidad de medidas alternativas menos drásticas a la prohibición con el fin de asegurar que ambas partes, partidarios y detractores, pudieran expresar sus ideas sin enfrentamientos violentos. En otras palabras, la mera probabilidad de tensiones e intercambio acalorado de ideas entre grupos opositores durante una manifestación no era suficiente justificación para prohibir una manifestación.

En lo referente a los llamamientos al uso de la violencia contra los manifestantes que un clérigo musulmán u otras personas aisladamente habían realizado, las autoridades debieran haber abordado adecuadamente el asunto persiguiendo penalmente a los responsables, y no utilizar éstos como excusa para prohibir la manifestación. “Confianza en tales llamamientos patentemente ilegales como fundamento para la prohibición —dijo el Tribunal— las autoridades dieron de hecho su aprobación a las intenciones de personas y organizaciones que clara y deliberadamente intentaban alterar una manifestación pacífica e infringir así la ley y el orden público”⁶².

Pero según el Tribunal las verdaderas razones de las autoridades moscovitas para prohibir la marcha eran de índole moral, esto es, la desaprobación de la homosexualidad. Así resultaba de las manifestaciones realizadas por el alcalde de Moscú, quien en numerosas ocasiones había expresado su determinación de impedir la celebración en la ciudad de una *gay pride* o de otros eventos similares porque los consideraba inadecuados. Y así también se desprendía de los argumentos presentados por el Gobierno ruso ante el Tribunal. El Gobierno había apuntado en sus alegaciones que dichos eventos deberían estar prohibidos por principio porque la propaganda en favor de la homosexualidad era incompatible con las doctrinas religiosas y con los valores morales de la mayoría, y podía ser perjudicial para los niños y los adultos vulnerables⁶³.

⁶² *Alekseyev*, p. 76.

⁶³ El Gobierno invocó la Convención Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, que garantizan a los individuos el respeto y la protección de sus creencias religiosas y morales y el derecho de educar a sus hijos de acuerdo con ellas. En su opinión, el Estado debía tomar en consideración las exigencias de las asociaciones religiosas más importantes ya que el Estado

El Tribunal reiteró su jurisprudencia según la cual las garantías del artículo 11 del Convenio se aplican también a las manifestaciones que no son percibidas positivamente por la mayoría y señaló asimismo que sería incompatible con los valores subyacentes al Convenio condicionar el ejercicio por una minoría de los derechos reconocidos en el Convenio a la aprobación por la mayoría. El propósito de las marchas era promover el respeto por los derechos humanos y las libertades y hacer un llamamiento a la tolerancia hacia las minorías sexuales. Nunca se había sugerido que en la marcha fueran a producirse manifestaciones gráficas obscenas o que fuera intención de los participantes exhibirse desnudos, mostrar un comportamiento sexualmente provocativo o criticar la moral pública o los puntos de vista religiosos. En todo caso, no era esto lo que el alcalde o el Gobierno consideraban objetable sino el hecho en sí mismo de que los participantes quisieran identificarse abiertamente como homosexuales o lesbianas, individualmente o como grupo. El Gobierno había admitido expresamente que el límite de tolerancia de las autoridades nacionales hacía el comportamiento homosexual lo marcaba la línea que dividía el espacio privado y el espacio público. En este sentido, el Gobierno consideraba que el Tribunal debía reconocerle un amplio margen de apreciación a la hora de conceder derechos civiles a las personas que se identifican a sí mismas como homosexuales o lesbianas en la medida en que no existía un consenso europeo sobre el tratamiento que debía otorgarse a esta minoría.

El Tribunal discrepó de dicho argumento. El desacuerdo sobre el trato a conferir a los homosexuales en determinados ámbitos, como en los del matrimonio o la adopción, carecía de relevancia en este caso puesto que “conferir derechos sustantivos a personas homosexuales es una cuestión distinta a reconocerles su derecho a manifestarse por dichos derechos”⁶⁴. En este sentido, el Tribunal subrayó que los de-

democrático debía proteger a la sociedad de una influencia destructiva de sus fundamentos morales y proteger la dignidad humana de todos los ciudadanos, incluidos los creyentes. Las ideas de los promotores del evento no eran acogidas con neutralidad por el resto de la sociedad, sino que habían vulnerado los derechos, intereses legítimos y la dignidad humana de los creyentes (*Alekseyev*, pág. 60).

⁶⁴ *Ibid.*, pág. 84.

más Estados europeos reconocían el derecho de los individuos a identificarse como homosexuales, lesbianas o como miembros de cualquier otra minoría, y a promover el reconocimiento de sus derechos mediante, entre otras cosas, el ejercicio del derecho a manifestarse pacíficamente. De hecho, manifestaciones como las prohibidas en este caso eran lugar común en la mayoría de los países europeos.

Así pues, el Tribunal no podía otorgar en este caso al Estado un margen de apreciación amplio. Muy al contrario, cualquier decisión de restringir el ejercicio del derecho de manifestación debería encontrar fundamento en un examen aceptable de los hechos pertinentes (*acceptable assessment of the relevant facts*). El único factor tomado en consideración por las autoridades moscovitas había sido la oposición pública al evento y los puntos de vista morales de sus principales responsables políticos que consideraban que toda mención a la homosexualidad debería estar confinada a la esfera privada y que homosexuales y lesbianas deberían desaparecer de la esfera pública porque la homosexualidad era fruto de una opción consciente y anti-social. Sin embargo, no se había podido ofrecer ninguna prueba que justificara dicha exclusión. No había pruebas de que la mención de la homosexualidad o un debate abierto y sincero sobre el estatus social de las minorías sexuales pudieran afectar negativamente a los menores o a los calificados por el Gobierno defensor como adultos vulnerables. Justamente lo contrario. Sólo a través de una discusión pública y abierta la sociedad podía abordar adecuadamente el tema de la homosexualidad. Este era exactamente el tipo de debate que el demandante quería lanzar y que no podía ser reemplazado por las afirmaciones espontáneas y uniformes de los representantes políticos. Así pues, la decisión de prohibir las manifestaciones no se había tomado a partir de un examen adecuado de los hechos pertinentes, vulnerando de este modo el artículo 11 del Convenio.

Sobre la vulneración del derecho del demandante a no ser discriminado en el ejercicio de su derecho a manifestarse, el Tribunal se refirió a su entonces reciente sentencia en *Kozak c. Polonia*, de 2 de marzo de 2010 en la que, como se ha visto, había expresamente formulado que un tratamiento diferenciado sin otra justificación que la orientación sexual del demandante infringía el artículo 14 del Convenio, para concluir que este derecho había sido vulnerado. Había quedado establecido que la principal razón para la prohibición de los

eventos organizados por el demandante era la desaprobación por las autoridades de manifestaciones que eran consideradas promoción de la homosexualidad. En particular, el Tribunal no podía ignorar las fuertes opiniones personales expresadas públicamente por el alcalde de Moscú contra las manifestaciones homosexuales y la innegable relación de dichas opiniones con su prohibición⁶⁵.

La sentencia del Tribunal en el caso *Identoba y otros c. Georgia*, de 12 de mayo de 2015, tenía su origen en la interrupción violenta por parte de un grupo de contra-manifestantes de una manifestación pacífica convocada en Tiflis por una ONG para celebrar el Día contra la Homofobia. El grupo de contra-manifestantes superaba en número al de los manifestantes. Los demandantes alegaban concretamente que las autoridades georgianas no les habían protegido de los ataques violentos de los contra-manifestantes y que la investigación del incidente no había sido efectiva ni había tenido en cuenta el ánimo discriminatorio de las agresiones.

El caso es destacable porque el Tribunal se extiende en las obligaciones de carácter positivo que derivan para los Estados de los artículos 3 y 11 del Convenio en combinación con el 14 cuando el caso concierne manifestaciones a favor de los derechos del colectivo LGBT. El Tribunal sostuvo que Georgia había violado el artículo 3 del Convenio en combinación con el artículo 14 con respecto a los trece demandantes que habían participado en la manifestación.

⁶⁵ El artículo 11 del Convenio también protege el derecho de asociación. En este sentido debe reseñarse que actualmente pende ante el Tribunal la demanda de *Zhdanov y Rainbow House c. Rusia*, en la que los demandantes, una asociación para la protección de las minorías sexuales y su presidente, invocan los artículos 11 y 14 del Convenio para quejarse de la negativa de las autoridades de una determinada región rusa a inscribir su asociación. Según el resumen de los hechos preparado por la Secretaría del Tribunal, dichas autoridades parecen haber justificado la negativa a inscribirla en que sus actividades eran extremistas al atentar contra la moral y los sentimientos nacionales y religiosos de los ciudadanos. Véanse, entre otras, en relación con la negativa a inscribir asociaciones en general las sentencias del Tribunal en los casos de *Sidiropoulos y otros c. Grecia*, de 10 de julio de 1998, y *United Macedonian Organisation Ilinden y otros c. Bulgaria*, de 19 de enero de 2006.

El Tribunal consideró que los ataques de carácter claramente homofóbico sufridos por los manifestantes, consistentes fundamentalmente en amenazas, insultos, y esporádicamente golpes, habían sido de suficiente entidad como para alcanzar el umbral de severidad necesario para la aplicación del artículo 3 del Convenio, en este caso en combinación con el artículo 14. Observó, en este contexto, que a pesar de que las autoridades municipales y policiales habían sido informadas con suficiente antelación por la ONG de su intención de llevar a cabo una marcha en el centro de Tiflis contra la homofobia, que se les había solicitado además expresamente protección frente a posibles contra-manifestantes, y que era evidente, por toda una serie de informes y de documentación, que existían antecedentes de hostilidad contra la comunidad LGBT en Georgia, éstas habían desatendido su obligación de ofrecer “protección reforzada”⁶⁶ a los manifestantes frente a las agresiones de las que habían sido víctimas. Asimismo, observó que las autoridades nacionales no habían llevado a cabo una adecuada investigación de los hechos; en concreto, no habían realizado una investigación significativa sobre el móvil discriminatorio de los ataques contra la manifestación, lo que hubiera sido indispensable a la vista de la hostilidad existente en Georgia contra la comunidad LGBT y de las expresiones de odio de carácter homofóbico pronunciadas por los agresores durante el incidente. De no hacerlo así, “los delitos motivados por prejuicios serían tratados inevitablemente de igual manera que los casos ordinarios en los que dicho elemento no estuviera presente, y la indiferencia resultante sería equiparable a una aquiescencia oficial e incluso a una connivencia con dichos delitos”⁶⁷.

Por lo que respecta a la queja presentada en virtud del artículo 11 del Convenio, el Tribunal consideró que dado el trasfondo o los tintes discriminatorios del caso, ésta debía analizarse conjuntamente con el artículo 14, y llegó a la conclusión de que ambos preceptos también habían sido vulnerados. Las autoridades no habían asegurado la celebración pacífica de la marcha mediante un control suficiente de los contra-manifestantes. En concreto, aunque se les había notificado con al menos nueve días de anticipación la intención de

⁶⁶ Pár. 72.

⁶⁷ Pár. 77.

celebrar una manifestación contra la homofobia, las autoridades habían dejado pasar dicho tiempo sin prepararse cuidadosamente. De hecho, dados los antecedentes de hostilidad de parte de la sociedad georgiana hacia las minorías sexuales, las autoridades no podían escudarse en el desconocimiento. Estas conocían o debían haber sospechado el riesgo de tensiones asociado con la manifestación. Así pues, estaban obligadas a adoptar toda medida a su alcance con el fin de asegurar la celebración pacífica de la manifestación, verbigracia pronunciarse previamente a la celebración de la manifestación para exigir, sin ambigüedad alguna, una actitud tolerante y conciliadora, y advertir a los posibles infractores de las posibles sanciones. Es más, según el Tribunal, el número de agentes de policía desplegado no había sido suficiente, y hubiera resultado prudente que las autoridades, ante la probabilidad de enfrentamientos callejeros, hubieran asegurado más presencia policial movilizándolo, por ejemplo, a una escuadra de agentes antidisturbios.

En su sentencia en el caso de *Lashmankin y otros c. Rusia*, de 7 de febrero de 2017, el Tribunal analizó nueve demandas presentadas por 23 demandantes de diferentes partes de Rusia que alegaban que las autoridades locales les habían impuesto injustificadamente serias restricciones a su derecho a manifestarse pacíficamente. Por lo que interesa a efectos de este artículo, cuatro de esos demandantes (*Yefremenkova y otros c. Rusia*, demanda no. 19700/11) eran activistas LGBT que habían comunicado a las autoridades de San Petersburgo su intención de celebrar las siguientes manifestaciones: una marcha gay y un mitin el 26 de junio de 2010 en el centro de la ciudad al que se esperaba atendieran entre unas 500 y 600 personas; para la misma fecha, y ante las dificultades de obtener autorización para la marcha, los organizadores habían comunicado su intención de celebrar piquetes en cuatro distritos administrativos de la ciudad; al año siguiente, los demandantes habían comunicado su intención de celebrar una marcha gay y un mitin el 25 de junio de 2011.

Las autoridades de San Petersburgo habían denegado su autorización a la celebración de todos los eventos propuestos a pesar de las alternativas presentadas por los organizadores relativas al lugar de celebración. Las razones esgrimidas para la denegación eran las molestias que dichos eventos podrían ocasionar al tráfico y a los vecinos de las zonas afectadas y la realización de otros eventos previstos en

esas mismas zonas o en zonas adyacentes. En algunos casos, las autoridades habían propuesto lugares alternativos para la celebración de los eventos organizados por los demandantes. Se trataba de zonas industriales o remotas que los organizadores consideraron inapropiadas. Los demandantes interpusieron sin éxito recursos frente a las decisiones administrativas. En cualquier caso, el 26 de junio de 2010, las juventudes del partido progubernamental Rusia Unida celebró un mitin en apoyo de la “familia y de los valores familiares tradicionales”, que había sido autorizada por las autoridades y que se celebró en uno de los lugares que cuando propuesto por los demandantes para su marcha del orgullo gay había sido rechazado por las autoridades locales por inadecuado. Por lo que respecta a la manifestación de 25 de junio de 2011, ésta se celebró en el centro de San Petersburgo con la participación de los demandantes, que fueron detenidos y acusados de una falta administrativa por incumplimiento de la normativa relativa a la celebración de eventos públicos.

En términos generales, la sentencia del Tribunal pone en evidencia las numerosas y enormes deficiencias de la regulación del derecho de reunión y de manifestación en Rusia en el momento de las demandas, e intenta poner remedio a éstas mediante una serie de directrices desarrolladas en la sentencia con el fin de que el legislador ruso y los órganos administrativos y judiciales encargados de la aplicación de la legislación tomaran nota a efectos de la modificación y aplicación de ésta.

Por lo que respecta concretamente a la demanda que nos interesa, el Tribunal sostuvo que se había producido una vulneración del artículo 11 del Convenio. El Tribunal consideró que existía un “riesgo evidente” de arbitrariedad en el poder ofrecido por la legislación a las autoridades administrativas para proponer cambios de lugar, tiempo y forma de la reunión o manifestación propuesta. De hecho, no existía obligación para los jueces de pronunciarse sobre esos cambios con anterioridad a la fecha de celebración del evento ni dicho control iba más allá del examen de la legalidad de los cambios propuestos, sin entrar a valorar si éstos respondían a los principios de necesidad y proporcionalidad. En este contexto, el Tribunal consideró que existía el riesgo de que esa discrecionalidad tan amplia ofrecida a la administración pudiera usarse contra los organizadores o los participantes en manifestaciones públicas. Efec-

tivamente, los supuestos analizados en la sentencia mostraban que la administración utilizaba con frecuencia dicha discrecionalidad de modo arbitrario y discriminatorio.

Así, eran frecuentes las situaciones en que a grupos opositores, defensores de derechos humanos y activistas LGBT no se les había permitido reunirse en lugares céntricos y a los que se les había expulsado a las afueras de la ciudad con el argumento de que sus reuniones hubieran podido interrumpir el tráfico, interferir en la vida cotidiana de los ciudadanos, o presentar riesgos a la seguridad, y éstos habían sido dispersados o arrestados al negarse a obedecer, mientras que a grupos favorables al gobierno se les había permitido manifestarse en el mismo lugar a pesar de que podrían plantear los mismos problemas para el tráfico, la vida cotidiana y la seguridad. El Tribunal subrayó que el caso más sobresaliente en este sentido era el de los activistas LGBT que habían propuesto hasta diez lugares distintos en el centro de la ciudad a los que las autoridades habían respondido negativamente con diversos argumentos, mientras que la celebración de un evento público antigay había sido autorizado para tener lugar en uno de esos lugares en la misma fecha⁶⁸.

5. EL DERECHO A NO SER AGREDIDO POR LA CONDICIÓN SEXUAL LGBT

El título de este apartado puede desconcertar a primera vista, pues en principio el derecho a no ser agredido se predica de cualquier individuo, con independencia de su condición sexual. Sin embargo, el Tribunal ha recurrido a una lectura combinada de los artículos 3 y

⁶⁸ En su más reciente sentencia en el caso de *Alekseyev y otros c. Rusia*, de 27 de noviembre de 2018, el Tribunal se reitera en su jurisprudencia sobre las reuniones y manifestaciones LGBT. Los demandantes en el caso se quejaban de la prohibición de celebrar eventos públicos de carácter LGBT impuesta por las autoridades domésticas y de un trato discriminatorio. En los años de 2009 a 2014 los demandantes habían anunciado la celebración de asambleas LGBT, fundamentalmente en Moscú, que habían sido prohibidas por las autoridades locales. Las decisiones de estas últimas habían sido confirmadas judicialmente y habían sido adoptadas con posterioridad a las fechas propuestas originalmente para su celebración.

14 para condenar de manera expresa y con mayor severidad la pasividad de las autoridades en la investigación de agresiones con un móvil discriminatorio. Así, ya hemos hecho referencia en el apartado anterior a la condena de Georgia en el caso *Identoba y otros*, en el que el Tribunal consideró que las autoridades georgianas hubieran debido considerar especialmente en sus investigaciones el móvil discriminatorio de las agresiones sufridas por los demandantes durante su participación en una manifestación LGBT y que, al no hacerlo hecho, su indiferencia ante este particular dato pudiera ser interpretada como aquiescencia e incluso como connivencia con el comportamiento delictivo de los contra-manifestantes en dicho caso.

En este mismo sentido se pronunció el Tribunal en su posterior sentencia en el caso de *M.C. y C.A. c. Rumania*, de 12 de abril de 2016. Diez años antes del dictado de la sentencia, en junio de 2006, los demandantes habían sido agredidos por un grupo de personas en el metro de Bucarest tras haber participado en una manifestación LGBT. Los agresores habrían golpeado y pateado a los demandantes al tiempo que les habrían insultado usando expresiones homófobas. Los demandantes presentaron varias quejas sobre la base de diversos derechos del Convenio. El Tribunal decidió analizar el caso a la luz de los artículos 3 y 14 del Convenio dado que, en sus alegaciones, los demandantes se quejaban fundamentalmente de que las autoridades encargadas de la investigación penal habían ignorado completamente el carácter homóforo de las agresiones de las que habían sido objeto.

El Tribunal determinó, en primer lugar, a la luz del material presentado, que las agresiones sufridas por los demandantes eran de suficiente severidad como para entrar dentro del campo de aplicación del artículo 3 del Convenio y recordó que de este artículo derivan obligaciones positivas para el Estado. En concreto, el artículo 3 exige que las autoridades lleven a cabo una investigación oficial efectiva para determinar la verdad de las denuncias de malos tratos, incluso si los malos tratos han sido infligidos por particulares. Señaló, en este sentido, que las autoridades investigadoras de estos actos violentos tienen el deber de adoptar todas las medidas necesarias para destapar cualquier posible motivo discriminatorio; deben realizar todo lo que resulte razonable en las circunstancias concretas para recopilar y asegurar la prueba, explorar todos los instrumentos para descubrir

la verdad, y dictar decisiones debidamente razonadas, imparciales y objetivas, sin omitir hechos sospechosos que pudieran ser indicativos de que la violencia ejercida pudiera haberlo sido por intolerancia racial o religiosa, o por una discriminación basada en el género. Para el Tribunal, tratar la violencia y brutalidad motivada por actitudes discriminatorias de la misma manera que aquellas que carecen de dicha característica sería cerrar los ojos a la naturaleza específica de actos que son especialmente destructivos de los derechos fundamentales. No distinguir en el modo de tratar situaciones esencialmente diferentes puede llegar a constituir un tratamiento injustificado irreconciliable con el artículo 14 del Convenio.

En este contexto, el Tribunal consideró que las autoridades rumanas no habían adoptado medidas razonables con el fin de determinar el papel que podría haber jugado una motivación homófoba en las agresiones sufridas por los demandantes. Para el Tribunal, la necesidad de llevar a cabo una investigación profunda sobre la posible motivación discriminatoria de las agresiones era indispensable, dada la hostilidad hacia el colectivo LGBT existente en Rumanía y los testimonios de los demandantes de que habían sido víctimas de expresiones de odio de claro contenido homóforo. Y ello con independencia de que la incitación al odio fuera o no punible en el momento de los hechos, puesto que los hechos podrían haber quedado subsumidos en algún tipo penal que hubiera podido permitir una adecuada administración de justicia. El Tribunal reiteró lo sostenido en *Identoba y otros*, de que sin ese enfoque riguroso por parte de las autoridades ejecutivas, los delitos motivados por prejuicios serían tratados inevitablemente de igual manera que los casos que carecieran de dicha característica, y la indiferencia resultante sería equiparable a una aquiescencia oficial o incluso a una connivencia con los delitos de odio. Además, añadió el Tribunal, sin una investigación profunda en este tipo de hechos, resultaría difícil al Estado defensor desarrollar medidas dirigidas a mejorar la vigilancia de reuniones y manifestaciones similares a las de este caso en el futuro, socavando la confianza pública en la política antidiscriminatoria del Estado. Sobre dichas consideraciones, el Tribunal concluyó que la investigación de las alegaciones de malos tratos referidas por los demandantes habían sido inefectivas en la medida en que habían durado demasiado, estaban empañadas por numerosas

irregularidades y habían dejado de tener en cuenta posibles motivos discriminatorios⁶⁹.

6. LIBERTAD DE EXPRESIÓN SOBRE TEMAS LGBT

En su sentencia de 22 de noviembre de 2016 en el caso *Kaos GL c. Turquía*, el Tribunal tuvo que determinar si el secuestro por mandato judicial de todos los ejemplares de un número de una revista publicada para la promoción de la cultura homosexual constituía una vulneración a la libertad de expresión. El número de la revista en cuestión estaba consagrado al tema “Imágenes de la sexualidad, sexualidad en imágenes: pornografía” y contenía algunas imágenes de contenido sexual explícito, especialmente una pintura reproducida en una de sus páginas que ilustraba un acto sexual entre dos hombres. El secuestro de la publicación había durado cinco años y siete meses. Según el Tribunal, la injerencia litigiosa estaba prevista por la ley y perseguía el fin legítimo de proteger la moral pública. Sin embargo, dicha injerencia no podía considerarse proporcionada en una sociedad democrática.

En este sentido, el Tribunal comenzó recordando que para determinar si una limitación a la libertad de expresión era necesaria, su análisis debía realizarse esencialmente a partir de la motivación ofrecida por el juez nacional. Sin embargo, en el caso concreto, los tribunales nacionales no habían realizado examen alguno sobre los motivos por los que determinadas imágenes o contenidos de la revista eran contra-

⁶⁹ El juez Wojtyczek presentó un voto concurrente a la sentencia en la que expresó su desacuerdo con conectar la necesidad de llevar a cabo una investigación significativa de la posible motivación discriminatoria de un acto violento con la prevalencia de la hostilidad contra personas LGBT en un determinado país. Esto podría hacer creer que el Tribunal adopta una posición diferente en atención a cual sea el Estado defensor. Para este juez, con independencia de la situación general en un país concreto, si el artículo 3 es aplicable, entonces las autoridades están obligadas a establecer todas las circunstancias relevantes para determinar la responsabilidad penal de los posibles delincuentes, incluyendo su motivación. En mi opinión, el Tribunal se sirve de dichos estudios que muestran una hostilidad generalizada hacia el colectivo LGBT con la finalidad de impedir que el Estado pueda victimizar doblemente a las víctimas LGBT de actos violentos, para evitar que éste pueda escudarse en la incredulidad o el desconocimiento, y para poder exigirle un especial celo en la protección de este colectivo.

rios a la moral pública. En ausencia de tal motivación, el Tribunal no podía asumir la tesis de que el juez nacional había considerado con la debida atención los criterios pertinentes antes de limitar la libertad de expresión del demandante. El Tribunal consideró que la invocación con carácter general y sin mayor análisis de la moral pública no era argumento suficiente que pudiera justificar el secuestro de todos los ejemplares de una publicación durante más de cinco años. Sin embargo, el Tribunal no se conformó con ofrecer esta argumentación “minimalista” y decidió, por el contrario, proceder por sí mismo a un análisis de la publicación litigiosa. Según el Tribunal, las imágenes de contenido sexual explícito publicadas en la revista, pese a su carácter artístico, podían herir la sensibilidad de un público inadvertido, especialmente de los menores, lo que podría justificar la adopción de medidas para impedir que éstos accedieran a la misma. Sin embargo, la medida adoptada por el Estado había sido excesiva. La protección de la moral pública no justificaba la adopción de una medida que impedía a todo el público el acceso al número litigioso. Las autoridades nacionales podían haber aplicado medidas menos restrictivas que el secuestro de la publicación por un período tan largo. Podían haber prohibido su venta a menores de dieciocho años o haber obligado a que la publicación fuera vendida dentro de un embalaje especial y con una advertencia destinada al público menor de dieciocho años e, incluso, como mucho, haber ordenado la retirada de la publicación de los quioscos, lo que hubiera permitido a los clientes abonados a la publicación recibir su ejemplar del número litigioso.

Una sentencia de especial interés por su gran repercusión mediática y jurídica es la recaída en el caso de *Bayev y otros c. Rusia*, de 20 de junio de 2017, en la que el Tribunal declaró que diferentes leyes aprobadas en Rusia, conocidas como “leyes contra la propaganda de la homosexualidad”, eran contrarias al artículo 10 del Convenio y al artículo 10 en combinación con el artículo 14 del Convenio.

Los demandantes en el caso eran tres activistas gay a los que se les habían impuesto sanciones pecuniarias por la comisión de sendas faltas administrativas de “actividades públicas destinadas a la promoción entre menores de la homosexualidad”. El primer demandante se había manifestado frente a una escuela secundaria sosteniendo dos pancartas con los textos “La homosexualidad es normal” y “Estoy orgulloso de mi homosexualidad”. El segundo y tercer demandantes se

habían también apostado frente a una biblioteca escolar sosteniendo pancartas con el texto “Rusia tiene la tasa del mundo más alta de suicidio entre adolescentes. Muchos de ellos son homosexuales. Toman esa decisión por falta de información sobre su naturaleza. Los diputados son asesinos de niños. La homosexualidad es buena” y “Los niños tienen el derecho a ser informados. Ha habido grandes personajes homosexuales; los homosexuales también podemos ser grandes personajes. La homosexualidad es natural y normal”. El primer y tercer demandantes habían interpuesto demandas de amparo constitucional invocando su derecho a la libertad de expresión contra las sanciones que les habían sido impuestas, pero no habían obtenido reparación de sus derechos.

La cuestión determinante del caso era, según observó el propio Tribunal, la de establecer si el Convenio permitía la existencia misma de una ley que prohibía cualquier actividad dirigida a la promoción entre los menores de la homosexualidad o de las relaciones sexuales no tradicionales, que los demandantes consideraban esencialmente incompatible con el Convenio. Los demandantes se quejaban del impacto general de este tipo de leyes en sus vidas, pues no solo les impedían hacer campaña por los derechos LGBT, sino que también les exigían estar permanentemente atentos en sus actividades diarias a la presencia de menores para poder adaptar su comportamiento a fin de ocultar su orientación sexual. Los demandantes protestaban de que habían sido sancionados por mostrar pancartas con un contenido de la más trivial e inofensiva naturaleza.

El Tribunal observó que no existía controversia entre las partes en que las autoridades nacionales habían aplicado la ley. La cuestión sobre la legalidad de la medida surgía en relación con la alegación de los demandantes relativa a la vaguedad de la ley y a su impredecible ámbito de aplicación. El Tribunal consideró, sin embargo, que la cuestión sobre la “calidad de la ley” era secundaria con respecto a la de si tales leyes de carácter general eran necesarias en una sociedad democrática. Por consiguiente, optó por analizar el caso desde el prisma de la “necesidad” de tales leyes. Advirtió, en todo caso, que el enfoque adoptado debía ser distinguido de un control en abstracto de la legislación nacional. El que esto escribe no logra discernir exactamente en qué consista dicha diferencia a la luz de la metodología seguida por el Tribunal y las conclusiones alcanzadas, salvo por lo que se refiere

al marco en que dicho control se produce, esto es, con ocasión de casos concretos, y los efectos de la sentencia, que no consisten en la expulsión de la norma del ordenamiento. Sea lo que fuere, el Tribunal procedió a analizar cada una de las razones adelantadas por el Estado ruso para justificar la adopción de las “leyes anti-propaganda gay”, esto es: (i) la protección de la moral; (ii) la protección de la salud, y (iii) la protección de los derechos de terceros, para rechazarlas una tras otra y concluir en que el artículo 10 del Convenio había sido vulnerado.

Por lo que respecta a la protección de la moral, el Tribunal recordó que, según su jurisprudencia, el margen de apreciación otorgado a los Estados, en ausencia de consenso europeo, en temas especialmente sensibles desde el punto moral o ético, era amplio. Sin embargo, consideró que existía un consenso europeo “claro” en reconocer a los individuos el derecho a identificarse abiertamente como homosexuales y a promover sus derechos. Señaló que no veía incompatibilidad alguna entre el mantenimiento de los valores familiares como fundamento de la sociedad y reconocer a un tiempo la aceptación social de la homosexualidad, especialmente a la luz de la tendencia creciente de incluir las relaciones homosexuales en el concepto de “vida familiar” y la aceptación de la necesidad de reconocimiento y protección para dichas relaciones. De hecho, según el Tribunal, lejos de oponerse a los valores familiares, el número creciente de demandas planteadas por personas LGBT ante el Tribunal para acceder al matrimonio, a la paternidad o a la adopción, demostraba la adhesión de éstas a dichas instituciones. Por otro lado, el Estado no había logrado demostrar en qué modo la libertad de expresión en asuntos LGBT podría devaluar o impactar negativamente en las “familiares tradicionales” o comprometer su futuro.

El Tribunal recordó, asimismo, que era una “constante” en su jurisprudencia negarse a respaldar cualquier política o decisión basada en predisposiciones negativas, esto es, en prejuicios, de una mayoría heterosexual sobre la minoría homosexual. Para el Tribunal “la legislación en cuestión [era] un ejemplo de dichos prejuicios, puestos claramente en evidencia por la interpretación y aplicación dada a la misma por las autoridades nacionales, y plasmada en fórmulas como “generar una imagen equivocada de la equivalencia social entre relaciones sexuales tradicionales y no tradicionales” [...] y las referencias a los daños potenciales que podría provocar “crear una impresión

equivocada de la equivalencia social entre relaciones maritales tradicionales y no tradicionales” [...]. Incluso más inaceptables [eran] los intentos de establecer paralelismos entre homosexualidad y pedofilia [...]”⁷⁰.

El Tribunal también se refirió a la alegación del Estado según la cual la mayoría de la población rusa era contraria a la homosexualidad y aclaró, a estos efectos, que existía “una gran diferencia entre ceder frente a la opinión popular a favor de extender el alcance de las garantías recogidas en el Convenio, y las situaciones en que se confía en dicha opinión para reducir el alcance de una garantía sustantiva”⁷¹. El Tribunal reiteró que es incompatible con los valores subyacentes al Convenio condicionar el ejercicio por una minoría de los derechos convencionales a su aceptación por la mayoría. “Si así se hiciera — señaló el Tribunal—, los derechos de un colectivo minoritario a la libertad religiosa, de expresión y de reunión serían más teóricos que prácticos y efectivos como lo exige el Convenio”⁷².

Por lo que se refiere a la justificación del Estado de que la prohibición respondía al objetivo de proteger la salud, el Tribunal expresó su perplejidad ante este argumento: “El Tribunal considera inverosímil que una restricción sobre un potencial ejercicio de la libertad de expresión en asuntos LGBT pueda ser conducente a una reducción de riesgos para la salud. Por el contrario, diseminar información sobre sexo e identidad de género y concienciar de los riesgos asociados al mismo y de los métodos de protección contra esos riesgos, presentados objetiva y científicamente, debe considerarse como parte indispensable de una campaña de prevención y de una política general de salud pública”⁷³. También le resultaba difícil al Tribunal discernir cómo una ley que prohibía la promoción entre menores de la homosexualidad o de las relaciones sexuales no tradicionales podría repercutir en la demografía. “Impedir la información sobre relaciones entre personas del mismo sexo no es un método mediante el que las tendencias demográficas negativas puedan revertirse”⁷⁴y, no sin cierto

⁷⁰ Pár. 69.

⁷¹ Pár. 70.

⁷² Pár. 70.

⁷³ Pár. 72.

⁷⁴ Pár. 73.

humor, apuntó: “Es suficiente con observar que la aprobación social de las parejas heterosexuales no condiciona su intención o habilidad para tener hijos”⁷⁵.

Finalmente, el Tribunal examinó la tercera línea de defensa del Estado ruso, esto es, que la ley servía para proteger los derechos de terceros, en particular, de los menores. El Tribunal reconoció que el principal objetivo perseguido por estas leyes era el de proteger a los menores, tal y como lo entendía el Estado defensor. El Tribunal observó que la mera posibilidad de que un menor pudiera ver un acto de defensa de la homosexualidad podría implicar la aplicación de sanciones en virtud de las leyes “anti-propaganda homosexual”. Según el Tribunal Constitucional ruso la prohibición no afectaba a la información presentada de maneja neutra y desprovista de caracteres promocionales, esto es, si no estaba dirigida a la generación de preferencias vinculadas con la elección de formas o identidades sexuales no tradicionales. “En la práctica, sin embargo – señaló el Tribunal -, la exigencia de neutralidad puede demostrarse inalcanzable en relación con la expresión de opiniones, e incluso de descripciones de hechos, en la medida en que la ausencia de una connotación negativa puede ser percibida sin más como la transmisión de una actitud positiva. De hecho, las frases “La homosexualidad no es una perversión” y “La homosexualidad es natural” no habían sido estimadas suficientemente neutras y fueron consideradas “promoción”⁷⁶.

El Tribunal consideró que la definición de propaganda o promoción de la homosexualidad ofrecida por el Estado – “la diseminación activa de información destinada a inducir a otros a suscribir un determinado conjunto de valores” – era excesivamente vaga y permitía una aplicación extensiva e impredecible, lo que debía tenerse en cuenta a la hora del examen de la justificación ofrecida por el Estado defensor. En este contexto, el Tribunal consideró que el Estado defensor no había logrado ofrecer ninguna explicación convincente sobre el mecanismo por el que un menor podría ser incitado a un “estilo de vida homosexual”, ni presentado evidencia científica alguna que demostrara que la orientación o identidad sexual era susceptible de ser

⁷⁵ Pár. 73.

⁷⁶ Pár. 75.

alterada por influencias externas. El Tribunal, por tanto, rechazó estos argumentos al carecer de fundamentación.

En relación a los riesgos de explotación o corrupción de menores, el Estado no había ofrecido razón alguna sobre por qué debía considerarse a los menores más vulnerables a abusos en el contexto de relaciones homosexuales. Dicha suposición no era, a ojos del Tribunal, más que la manifestación de un prejuicio. Por lo que respecta al argumento de la posible intrusión de los demandantes en las funciones educativas y en la elección de los padres sobre la educación sexual de sus hijos, el Tribunal consideró que, a parte del hecho de no existir evidencia alguna en dicho sentido, “sería poco realista suponer que debiera darse siempre prioridad a las creencias religiosas o filosóficas de los padres en toda situación, especialmente fuera de la escuela”⁷⁷. El Tribunal reiteró en este contexto que “el Convenio no garantiza el derecho a no ser confrontado con opiniones contrarias a las propias convicciones”⁷⁸. El Tribunal observó que los mensajes de los demandantes no eran inexactos, sexualmente explícitos o agresivos. Los demandantes tampoco habían intentado defender ningún comportamiento sexual concreto. Nada en las acciones de los demandantes había afectado al derecho de los padres a informar y aconsejar a sus hijos, a ejercer sobre ellos su función natural de educadores o a guiarles en consonancia con sus propias convicciones religiosas o filosóficas. Es más, según el Tribunal, “en la medida en que los menores que presenciaron la campaña de los demandantes se vieron expuestos a ideas de diversidad, igualdad y tolerancia, la adopción por éstos de dichos valores conduciría con seguridad a mayor cohesión social”⁷⁹.

A la luz de todas estas consideraciones, el Tribunal concluyó que las leyes “anti-propaganda gay” rusas no sólo no servían a la protección de la moral, sino que además eran contraproducentes para la protección de la salud y de los derechos de terceros. También concluyó que la vaguedad de la terminología utilizada y el alcance potencialmente ilimitado de su aplicación hacían de dichas normas una fuente potencial de aplicaciones abusivas, como las realizadas en los casos origen

⁷⁷ Pár. 81.

⁷⁸ Pár. 81.

⁷⁹ Pár. 82.

de la demanda. Pero, sobre todo, “con la adopción de dichas leyes las autoridades [reforzaban] el estigma y el prejuicio y [fomentaban] la homofobia, lo que [era] incompatible con las nociones de igualdad, pluralismo y tolerancia inherentes a una sociedad democrática”⁸⁰. Así pues, las leyes eran contrarias al artículo 10 del Convenio tanto *on its face* como *as applied*.

Junto a la vulneración del artículo 10, el Tribunal también declaró que las leyes rusas constituían una vulneración del artículo 10 del Convenio en combinación con el 14. En efecto, la legislación en cuestión era el producto del prejuicio de la mayoría heterosexual hacia la minoría homosexual, que tenía plasmación explícita en el Código de faltas administrativas. Así, este código prohibía específicamente toda acción que permitiera generar una idea de equivalencia entre las relaciones sexuales no tradicionales y las tradicionales, y consagraba de este modo legislativamente la inferioridad de las relaciones que pudieran existir entre personas del mismo sexo.

7. OBJECCIÓN DE CONCIENCIA CONTRA PERSONAS LGBT

En su sentencia *Eweida y otros c. el Reino Unido*, de 15 de enero de 2013, el Tribunal analizó, a los efectos que ahora nos interesan⁸¹, si la negativa de dos empleados fundada en sus convicciones o escrúpulos religiosos a prestar un determinado servicio a personas homosexuales podía considerarse protegida por el derecho a manifestar las creencias religiosas reconocido en el artículo 9 del Convenio y, por tanto, sus empleadores estaban obligados a adoptar medidas para acomodarlas. El Tribunal respondió negativamente en ambos casos.

La señora Ladele era empleada de un ayuntamiento con funciones de registradora de nacimientos, matrimonios y defunciones a la que tras la entrada en vigor en 2004 de la ley de uniones civiles entre personas homosexuales se le atribuyó, como al resto de registrado-

⁸⁰ Pág. 83.

⁸¹ El caso concierne a cuatro demandantes. A los efectos de este artículo, solo las demandas del tercer demandante, la señora Ladele, y del cuarto, el señor McFarlane, resultan relevantes.

res, la función de oficiar e inscribir estas uniones en el registro. De acuerdo con sus convicciones cristianas el matrimonio era la unión indisoluble entre un hombre y una mujer. En sus opinión las uniones homosexuales eran contrarias a la voluntad divina y hubiera sido equivocado para ella participar de cualquier modo en su formalización. Su negativa a llevar a cabo dicha función le supuso la apertura de un expediente disciplinario y finalmente su despido tras negarse a firmar un documento por el que se comprometía a inscribir uniones homosexuales aunque se le eximía de tener que oficiarlas. La señora Ladele presentó una demanda ante Tribunal invocando su derecho a no ser discriminada por motivos religiosos. Consideraba que la medida del ayuntamiento suponía una discriminación indirecta basada en sus creencias religiosas y que éste estaba obligado a acomodarlas y a eximirla de inscribir uniones homosexuales. El Tribunal desestimó su demanda. Consideró que el fin perseguido por el ayuntamiento era legítimo. Se trataba de garantizar el derecho a no ser discriminado. Y que el despido era una medida proporcionada. No excedía del margen de apreciación que el Tribunal generalmente concedía a las autoridades nacionales a la hora de ponderar entre derechos protegidos por el Convenio.

Los jueces Vučinić y De Gaetano disintieron de este razonamiento. Para estos jueces el caso planteaba una cuestión de objeción de conciencia que debía haberse resuelto a favor de la demandante. En el momento en que ésta había comenzado a trabajar como registradora su trabajo no incluía el de oficiar uniones homosexuales y nada hacía sospechar que estos registradores tendrían que oficiarlas en un futuro. Por otro lado, su objeción de conciencia a inscribir uniones homosexuales alcanzaba un nivel de seriedad, solidez e importancia que la hacían merecedora de protección. Tanto la ley de uniones civiles de 2004 como la práctica en otras administraciones locales demostraban la posibilidad de compromisos que, sin afectar al servicio, no hubieran obligado a la demandante a actuar contra su conciencia. Para estos dos jueces el margen de apreciación del Estado, fuera éste amplio o estrecho, no entraba en juego en cuestiones de conciencia moral individual que alcanzaran un nivel de seriedad análogo al alcanzado en el caso de la demandante.

El otro demandante, el señor McFarlene, trabajaba en una organización privada cuyo fin social era ofrecer servicios de asesoramiento

de pareja y de terapia sexual. El código ético por el que se regía esta organización establecía como principio organizativo y de actuación la no discriminación y había adoptado una política de igualdad de oportunidades que impedía la distribución de clientes entre los terapeutas por orientación sexual. El señor McFarlene era cristiano practicante contrario a llevar a cabo cualquier actividad que pudiera entenderse como aprobación de la homosexualidad y se había negado a asumir el compromiso de ofrecer asesoramiento sexual a parejas del mismo sexo. Esta negativa le valió el despido. Tras agotar los recursos internos, el demandante se dirigió al Tribunal alegando una vulneración de sus derechos a la libertad religiosa y a no ser discriminado. El Tribunal la desestimó. Las autoridades estatales tenían un amplio margen de apreciación en el juicio de ponderación entre el derecho del demandante a manifestar sus creencias religiosas y el interés del empleador en asegurar los derechos de terceras personas. En el caso concreto, el Tribunal consideró que dicho margen de apreciación no había sido excedido por el Estado.

8. LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DIGNIDAD DE LAS PERSONAS LGBT

En el caso de *Vejdeland y otros c. Suecia*, de 9 de febrero de 2012, el Tribunal se pronunció por primera vez sobre la legitimidad a la luz del artículo 10.2 del Convenio de la criminalización del discurso homófobo⁸². El caso se enmarca en un continuado esfuerzo del Tribunal

⁸² Sobre el discurso del odio en general, véase, aunque ya algo antiguo, el libro de A. Weber, *Manual on Hate Speech*, Consejo de Europa, 2009. En relación con el discurso homófobo, la autora señalaba que “aunque el Tribunal no haya tratado todavía este aspecto, el discurso homófobo puede considerarse una categoría de “hate speech” no protegida por el artículo 10”. La Recomendación CM/Rec(2010)5 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre medidas para combatir la discriminación por orientación sexual e identidad de género recomienda a los Estados miembros que adopten medidas para combatir toda forma de expresión tendente “a incitar, difundir o promover el odio u otras formas de discriminación contra las personas lesbianas, homosexuales, bisexuales y transexuales”, especificando que “todas las medidas deben respetar el derecho a la libertad de expresión de acuerdo

por encontrar el justo equilibrio entre el derecho a la libertad de expresión y el interés legítimo de una sociedad democrática en proteger a las personas y a los colectivos en que éstas se integran, incluido el LGBT, frente a discursos que incitan y propagan el odio y la discriminación contra ellos.

Los demandantes en el caso eran cuatro jóvenes adultos que habían entrado a un centro educativo y distribuido en las taquillas de los estudiantes aproximadamente cien folletos que contenían afirmaciones tales como que la homosexualidad era una “desviación sexual”, una “tendencia sexual desviada” con “efectos morales destructivos de la esencia misma de la sociedad”, que “el VIH y el SIDA habían aparecido primeramente en los homosexuales y que su estilo de vida promiscuo era una de las mayores razones de que esta plaga moderna continuara existiendo” y que “los lobbies homosexuales estaban intentando quitar importancia a la pedofilia”. Por la distribución de tales folletos los demandantes fueron acusados del delito de agitación contra un grupo nacional o étnico. En su defensa, los demandantes argumentaron que su intención no había sido la de expresar desprecio hacia los homosexuales como colectivo sino la de dar inicio a un debate sobre la falta de objetividad en la educación ofrecida en las escuelas suecas. Los demandantes fueron finalmente condenados. El Tribunal Supremo sueco consideró que si bien la finalidad perseguida por los demandantes podía considerarse legítima, éstos habían utilizado expresiones injustificadamente ofensivas (*statements unwarrantably offensive*) hacia otras personas vulnerando de este modo sus derechos y sin contribuir de ninguna manera a un debate público que pudiera ayudar a un mejor entendimiento mutuo. Las penas impuestas fueron mínimas. De hecho, ninguno de los demandantes fue a prisión. Los demandantes acudieron al Tribunal invocando el artículo 10 del Convenio.

con el artículo 10 del Convenio y la jurisprudencia del Tribunal”. A partir de las sentencias de *Identoba y otros c. Georgia* y *M.C. y C.A. c. Rumania* sí parece que los insultos homófobos pueden considerarse como “hate speech” capaz de atraer la aplicación del artículo 3 y 14, al menos si vienen acompañados de alguna intimidación física, con independencia de la gravedad de las secuelas.

Los esfuerzos del Tribunal se centraron en determinar si la injerencia en la libertad de expresión de los demandantes era necesaria para proteger la reputación y los derechos de terceros (artículo 10.2).

El Tribunal recordó que la libertad de expresión era aplicable no sólo a informaciones o ideas bien recibidas o consideradas inofensivas o inocuas, sino también a aquellas que podían “ofender, molestar o desagradar”. El Tribunal también observó que la finalidad de iniciar un debate sobre la falta de objetividad en la educación en las escuelas suecas era aceptable, pero atendiendo al contenido de los folletos razonó que si bien los mismos no recomendaban directamente la comisión de actos de odio, constituían “alegaciones serias y perjudiciales” (*serious and prejudicial allegations*). En este sentido, el Tribunal invocó su sentencia de *Féret c. Bélgica*, de 16 de julio de 2009⁸³ y reiteró que la incitación al odio no requería necesariamente una invitación a realizar un acto de violencia u otros actos criminales, sino que los ataques a personas cometidos mediante insultos o actos de humillación o difamación de grupos específicos de población podían ser suficiente para que las autoridades privilegiasen la lucha contra los discursos racistas frente a la libertad de expresión ejercida de manera irresponsable. Y extendió dicha jurisprudencia al discurso homófobo señalando que “la discriminación basada en la orientación sexual [era] igualmente grave que la discriminación basada en la raza, el origen o el color”⁸⁴.

El Tribunal expuso a continuación el conjunto de elementos que consideraba relevantes para la solución del caso: (i) los folletos habían sido distribuidos en un centro educativo, en las taquillas de gente joven en una edad delicada en la que eran fácilmente impresionables

⁸³ El demandante en aquel caso era un miembro del Parlamento belga y presidente del partido político Front National-Nationaal Front en Bélgica que durante la campaña electoral había repartido diversos folletos en los que se invitaba, entre otras cosas, a oponerse a la islamización de Bélgica, a interrumpir las políticas de pseudointegración y a expulsar a los parados no europeos. El demandante fue condenado por incitación a la discriminación racial a servicios en favor de la comunidad y fue incapacitado para el cargo de parlamentario durante diez años. El Tribunal consideró que no había habido vulneración del artículo 10 del Convenio. La sentencia recibió un voto disidente del juez Sajó al que se unieron los jueces Zagrebelsky y Tsotsoria.

⁸⁴ *Vejdeland y otros*, párr. 55.

y a los que no se les había dado la oportunidad de aceptarlos o rechazarlos; (ii) la distribución de los mismos se había producido en una escuela de la que los demandantes no eran alumnos y a la que no tenían libertad de acceso; y (iii) las sanciones impuestas no habían sido graves.

A la vista de todas estas circunstancias, el Tribunal consideró que el Estado sueco no había vulnerado el derecho de los demandantes a la libertad de expresión.

La sentencia recibió tres votos concurrentes. Los autores de dos de ellos, el juez Spielmann (al que se unió la jueza Nussberger) y el juez Zupančič, comenzaban expresando sus dudas a la hora de votar a favor de la desestimación de la demanda y coincidían en expresar su acuerdo con el fallo de la sentencia siempre y cuando éste se considerara fundamentado en las circunstancias concretas en que se había producido la distribución de los folletos. Para el juez Spielmann, en concreto, el hecho de que los folletos se hubieran distribuido en un centro educativo al que los demandantes no tenían libertad de acceso y que hubieran sido depositados en las taquillas de estudiantes jóvenes que no habían tenido la posibilidad de aceptarlos o rechazarlos era relevante a efectos de conceder un margen de apreciación al Estado. En este sentido, el juez advertía que los miembros de la comunidad LGBT se enfrentaban a prejuicios profundamente enraizados, hostilidad y discriminación generalizada en toda Europa, incluida Suecia, y se refirió a diversas resoluciones e informes de los organismos del Consejo de Europa que ponían en evidencia algunos problemas de homofobia detectados en los currículos educativos y en los mismos centros escolares, en los que los estudiantes LGBT eran objeto de acoso por parte de sus compañeros y profesores⁸⁵.

⁸⁵ En concreto, el juez Spielmann citaba la Resolución del Comité de Ministros CM/ResChS(2009)7 relativa a la queja colectiva n.º. 45/2007 en la que el Comité Europeo de los Derechos Sociales había considerado discriminatorios algunos contenidos del material educativo facilitado por Croacia en la medida en que estigmatizaban al colectivo homosexual. La Resolución del Comité de Ministros puede consultarse en la página web http://lib.obchr.org/HRBodies/UPR/Documents/session9/HR/CE_CouncilofEurope_Resolution.pdf (consultada por última vez el 12 de agosto de 2013), y al informe del Comisario de Derechos Humanos Thomas Hammarberg, *Discrimina-*

A diferencia de estos dos votos concurrentes, la jueza Yudkivska, a la que se unió el juez Villiger, no encontraba dificultad alguna en considerar que el artículo 10 del Convenio no había sido vulnerado. De hecho, hubiera excluido de toda protección del artículo 10 a las expresiones utilizadas por los demandantes, como el Tribunal había hecho en el caso de *Norwood c. el Reino Unido*, de 16 de noviembre de 2004⁸⁶, con las expresiones contenidas en un póster en el que se identificaba a todos los musulmanes con los actos terroristas del 11 de septiembre de 2001. “Vincular a todo el colectivo en este caso con la ‘plaga del siglo veintiuno’ no debería recibir la protección del artículo 10”. Para la jueza, era difícil ver en las expresiones contenidas en los folletos el inicio de un debate sobre un asunto de interés público. El caso no debía ser visto meramente como un ejercicio de ponderación entre los derechos a la libertad de expresión de los demandantes y el derecho a la protección de la reputación de los homosexuales. El discurso del odio era destructivo para la sociedad democrática en su conjunto. Por eso, según ella, no era necesario esperar a que este discurso produjera un peligro inminente y real para que la sociedad pudiera actuar. “Nuestra trágica experiencia [europea] en el pasado siglo demuestra que las opiniones racistas o extremistas pueden provocar

tion on grounds of sexual orientation and gender identity in Europe, Strasbourg, Council of Europe, 2011, p. 114 y ss.

⁸⁶ En aquel caso el Tribunal declaró inadmisibile la demanda bajo el artículo 17 del Convenio que prohíbe el abuso de derecho en los siguientes términos: “Ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de implicar para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo”. En el caso de *Norwood* el demandante había sido condenado por hostilidad agravada contra un grupo religioso por haber expuesto un póster de contenido virulento en el que se vinculaba a todos los musulmanes con los atentados del 11 de septiembre de 2001. El Tribunal consideró que un ataque general y vehemente contra un grupo religioso, vinculándolo en su totalidad con un acto tan grave de terrorismo, era incompatible con los valores proclamados y garantizados por el Convenio, especialmente la tolerancia, la paz social y la no discriminación, y que por ello el demandante no podía invocar la protección del artículo 10 del Convenio. Véanse también las decisiones de inadmisibilidad del Tribunal en el caso de *Garaudy c. Francia*, de 24 de junio de 2003, sobre negacionismo del Holocausto, y *Pavel Ivanov c. Rusia*, de 20 de febrero de 2007, relativo a expresiones antisemitas.

mucho más daño que las restricciones a la libertad de expresión. Las estadísticas sobre crimen de odio muestran que la propaganda de odio siempre produce daño, sea de manera inmediata o potencial”.

En el caso de *Sousa Goucha c. Portugal*, decidido por sentencia de 22 de marzo de 2016, el Tribunal consideró que las autoridades portuguesas no habían vulnerado el derecho a la reputación del señor Sousa Goucha, presentador de televisión en Portugal, por haber procedido al archivo de su denuncia penal por difamación contra un programa satírico de la televisión portuguesa. En dicho programa se había realizado un chiste a cuenta del señor Sousa Goucha en el que se le definía como “la mejor presentadora mujer de la televisión portuguesa”. El demandante alegaba que su reputación y dignidad habían sido menoscabadas por la inclusión de su nombre en una lista de posibles respuestas a la cuestión planteada durante el programa sobre quién constituía la mejor presentadora mujer de la televisión portuguesa.

Las autoridades judiciales portuguesas habían decidido el archivo de la denuncia del señor Sousa Goucha sobre una serie de argumentos: por un lado, consideraron que de las declaraciones de los denunciados resultaba claro que el ánimo de éstos no había sido el de atacar el honor del denunciante, ni habían considerado esto como posible, por lo que el elemento subjetivo del delito no quedaba sustanciado; también consideraron que el denunciante era un personaje público y que, por tanto, debía estar habituado a que sus características fueran utilizadas por cómicos para hacer humor, puesto que era de público conocimiento que sus características reflejaban un comportamiento atribuido al género femenino, como el modo en que se expresaba, sus vestidos coloridos y femeninos, y el hecho de que había vivido siempre en un mundo femenino, como, por ejemplo, los programas de televisión que había presentado durante su carrera. Finalmente, apuntaban, el denunciante había hecho pública su homosexualidad recientemente y no había estado en el ánimo de los denunciados criticar su orientación sexual.

El Tribunal decidió analizar la demanda presentada por el señor Sousa Goucha a la luz del artículo 8 del Convenio y del artículo 14 en combinación con el artículo 8. Tras establecer meridianamente que cualquier confusión entre género y orientación sexual constituye un ataque a la reputación personal con suficiente entidad como para im-

plicar la aplicación del artículo 8 del Convenio, el Tribunal procedió a analizar si el archivo de la denuncia por el Estado había sido resultado de una ponderación adecuada entre el derecho del demandante a la protección de su reputación, que es un elemento de la “vida privada”, y que, por tanto, debía ser protegido por el Estado en virtud de las obligaciones positivas que emanan del artículo 8 del Convenio, y el derecho de la otra parte a la libertad de expresión reconocida en el artículo 10 del Convenio.

El Tribunal llegó a la conclusión de que la decisión de archivar la denuncia no había supuesto vulneración del artículo 8 del Convenio. El Tribunal señaló, en primer lugar, que el carácter público o conocido de la persona puede influir en la protección que pueda ofrecérsela a su vida privada. Señaló asimismo que el “chiste” origen del litigio se había pronunciado durante la emisión de un programa cómico nocturno de televisión. Apuntó además que la sátira es una forma de expresión artística y comentario social y que sus características inherentes de exageración y distorsión de la realidad tenía como finalidad natural provocar y agitar y, que, consecuentemente, cualquier interferencia con el derecho de un artista a tal forma de expresión debía examinarse con particular atención. Reiteró el criterio de “lector razonable” introducido en su jurisprudencia para analizar asuntos relacionados con material satírico y mencionó como fuente de autoridad la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para establecer que en el ámbito de la parodia debía darse un amplio margen de apreciación. Reconoció, sin embargo, que en el caso presente el “chiste” no se había realizado en el contexto de un debate de interés público y que, en consecuencia, no concernía ningún asunto de interés general.

En este contexto, el Tribunal consideró que “la obligación del Estado en virtud del artículo 8 de proteger la reputación del demandante puede surgir cuando las declaraciones exceden los límites de lo que se considera aceptable en virtud del artículo 10 del Convenio”⁸⁷. El Tribunal observó que en el procedimiento por difamación iniciado por el demandante, los tribunales nacionales habían tenido que determinar si el chiste recogía los elementos del delito de difamación. Las alega-

⁸⁷ Pár. 52.

ciones del demandante sobre el carácter difamatorio del chiste habían sido analizadas por los tribunales que habían llegado a la conclusión de que éste no había producido daño a su reputación. Los tribunales portugueses habían considerado que una persona razonable no habría percibido el chiste litigioso como difamación porque se refería a las características del demandante, su comportamiento y el modo de expresarse. Las mismas autoridades habían tenido en cuenta el contexto en el que el chiste se había hecho, y en particular el estilo jocoso e irreverente de la emisión televisiva y su humor habitual. Adicionalmente, también habían considerado el hecho de que el demandante fuera un personaje público. El Tribunal también observó que para archivar la denuncia las autoridades nacionales habían considerado que no era la intención de los denunciados criticar la orientación sexual del demandante.

Por todas estas razones, y teniendo en cuenta el margen de apreciación concedido al Estado en este ámbito, el Tribunal consideró que los tribunales nacionales habían ponderado adecuadamente los derechos en conflicto en favor de la libertad de expresión y que, por tanto, no cabía atribuir al Estado portugués una vulneración del artículo 8 del Convenio. El Tribunal observó, “especialmente, que (los tribunales nacionales) habían tomado en consideración la inexistencia en los denunciados de ánimo de atacar la reputación del demandante y que habían evaluado el modo en que un espectador razonable de la emisión cómica en cuestión habría percibido el chiste litigioso, en vez de considerar solamente lo que el demandante hubiera podido sentir o pensar con motivo del chiste”⁸⁸.

El Tribunal también analizó si la decisión de los tribunales nacionales de archivar la causa penal pudo estar basada en razones discriminatorias, esto es, en la orientación sexual del demandante, y llegó a la conclusión de que no había sido éste el caso. Para el Tribunal, las expresiones contenidas en la decisión de archivo podían resultar “discutibles” y “haber sido evitadas”⁸⁹, pero no tenían ánimo discriminatorio. Los tribunales nacionales habían enmarcado el chiste litigioso atendiendo al comportamiento externo del demandante y al estilo de

⁸⁸ Pár. 55.

⁸⁹ Pár. 66.

la emisión televisiva, y en ausencia de evidencia firme sobre un ánimo discriminatorio, no era posible especular si la orientación sexual del demandante había tenido alguna influencia en las decisiones de los tribunales nacionales. Por tanto, no había habido vulneración de los derechos 14 y 8 del Convenio.

A mi parecer, el Tribunal no parece prestar en sus razonamientos suficiente atención al impacto que las expresiones proferidas en el programa hubieran podido tener sobre el autoconcepto y la dignidad del demandante y, más en general, de todo individuo que no responde a un patrón convencional de masculinidad y feminidad. Además el Tribunal recurre a un concepto jurídico, el de “espectador razonable”, que erige como parámetro de valoración, pero sin explicar su contenido o en qué consista concretamente. El concepto de espectador razonable, que puede resultar útil en numerosas ocasiones, pierde, sin embargo, utilidad en contextos de desacuerdo razonable, como podría caracterizarse el presente. Espectadores igualmente razonables pueden perfectamente discrepar sobre el carácter ofensivo o no de las expresiones utilizadas en el programa, esto es, si constituyen un chiste inofensivo o si, por el contrario, son un comentario homóforo inadmisibles. Finalmente, el Tribunal admite en su sentencia que la sátira no era ni carácter político ni versaba sobre cualquier otro tema de interés general y, sin embargo, no extrae ninguna consecuencia de dicho argumento, limitándose a señalar que en el ámbito de la parodia debe existir un amplio margen de apreciación.

Con independencia del resultado alcanzado, en mi opinión, el Tribunal debería haber hecho uso de la oportunidad que le ofrecía este caso para profundizar en el análisis de las expresiones proferidas y otras análogas que pueden tener como consecuencia alienar al que es diferente ridiculizándole y valorar su uso, todavía muy generalizado en algunas sociedades, y sus efectos en la consecución de ese “pluralismo, tolerancia y apertura de miras” que, según el Tribunal, implica y requiere la democracia.

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS LGBTI DESDE LA PERSPECTIVA COMPARADA: ITALIA, FRANCIA, ALEMANIA

ANNA LORENZETTI

*Investigadora de Derecho constitucional,
Universidad de Bergamo*

1. INTRODUCCIÓN

Tratar el tema de los derechos fundamentales de las personas LGBTI en términos comparados impone realizar diversas puntualizaciones, entre las cuales, en primer lugar, se encuentra la obligación de hacer referencia a la copiosa doctrina que se ha ocupado de la expresión “derechos fundamentales” acerca de la cual, como se sabe, se ha desarrollado un amplio debate¹.

En segundo lugar, es preciso destacar que la misma expresión “personas LGBTI” requeriría una serie de especificaciones, ya que cada vez más recientemente se pone en duda su actualidad y exactitud². Por

¹ Como se sabe, el tema —de la misma dicción para utilizarse (derechos humanos o derechos fundamentales)— fue tratado tanto por la doctrina internacionalista y de derecho de la Unión Europea como por la doctrina constitucionalista y por la comparatista.

² Por ejemplo, después de la declaración de Yogyakarta, cada vez más se debate la expresión SOGIE, acrónimo de *Sexual Orientation and Gender Identity Expression*. Además, habría que preguntarse con qué modalidades se puede definir una persona LGBTI, no tanto porque las mismas nociones de lesbiana, gay, bisexual, transexual e intersexual hayan sido cuestionadas desde hace algún tiempo a la luz del efecto de esencialización que transmiten, sino porque existe un activo debate acerca de cuáles son los parámetros con base en los que se puede más o menos ser considerados LGBTI. Baste con pensar, por ejemplo, en cómo pueden alternativamente (o acumulativamente) considerarse los comportamientos, la identificación o los deseos y las ambiciones personales para definir una persona como homo o bisexual. Lo mismo ocurre con respecto a la condición transgénero, sobre la cual no hay acuerdo en absoluto.

último, se debe puntualizar que el presente estudio no tiene el objetivo de proponer un análisis de los ordenamientos jurídicos extranjeros, dado que semejante trabajo requeriría otro enfoque y otras profundizaciones³. Más bien, se pretende plantear una visión de conjunto, a fin de ofrecer un encuadramiento que muestre las direcciones emprendidas por los ordenamientos examinados (Italia, Francia, Alemania), con vistas a lograr unas hipótesis de comparación con los sistemas jurídicos que aseguran mayores garantías.

Dirigiendo el análisis principalmente al contexto continental, en concreto a los ordenamientos de Italia, Francia y Alemania, y con el conocimiento de las limitaciones que conllevan las simplificaciones, para facilitar la lectura, se ha optado por una exposición desglosada temáticamente, a fin de ofrecer un cuadro de conjunto sobre cuestiones clave, como las garantías en ámbito familiar, en los términos de reconocimiento de las parejas homosexuales y de la homoparentalidad, las garantías antidiscriminatorias en el contexto laboral y en el mercado de bienes y servicios. A continuación, se ofrecerá un mapa de las previsiones que garantizan contra los *hate speech* y los *hate crimes*.

³ Para un análisis comparado véase C. Stuart (ed.) *The Greenwood Encyclopedia of LGBT Issues Worldwide*, vol. I, II, III, Santa Barbara, California, Greenwood Press, 2010 e F. Bilotta, *Transsexualismo*, (voz), en *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, diretto da R. Sacco, Torino, Utet, 2013, 739-753. Con respecto a los ordenamientos español y alemán, v. L. Ferraro, *Transsexualismo e Costituzione: i diritti fondamentali in una lettura comparata*, en *www.federalismi.it*. La *Revista General de Derecho Constitucional* ha publicado un número monográfico (nr. 17 del 2013) en el que han sido analizados incluso los ordenamientos extra-UE; v. en concreto, H. Alcaraz, *Las personas LGBT desde la perspectiva constitucional - Francia*, R. Raupp Rios, *Derechos sexuales: orientación sexual e identidad de género en el derecho brasileño*; M. Herrera, Natalia De La Torre, *De identidades y familias. Aportes al debate sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo en el derecho argentino*; J. Von Stritzky, *El desarrollo de la protección jurídica de las personas homosexuales, bisexuales, transexuales e intersexuales (LGBT) en Alemania*.

2. EL RECONOCIMIENTO LEGAL DE LOS DERECHOS EN EL ÁMBITO FAMILIAR (UNIONES Y/O MATRIMONIOS) Y PARENTALIDAD

2.1. *Las garantías de las parejas homosexuales, entre equiparación al matrimonio y “doble binario”*

Dada su indudable inclusión entre los derechos fundamentales, un primer tema de interés concierne al reconocimiento de los derechos en el ámbito familiar, en concreto con respecto al reconocimiento jurídico de las parejas del mismo sexo. En términos generales, puede destacarse cómo en casi todos los países de la Unión Europea durante los últimos años se ha asistido a una evolución general de las garantías dirigidas a reconocer a las parejas de personas del mismo sexo. Sin embargo, es posible señalar algunas diferencias en relación con las modalidades del reconocimiento, con el camino emprendido y por último con la extensión de los derechos otorgados⁴.

De hecho, en algunos países el reconocimiento jurídico ocurrió por medio de una equiparación *tout-court* al matrimonio, asimilando a la institución matrimonial las parejas independientemente del sexo⁵. En otros contextos, se produjo un primer reconocimiento de una institución jurídica diferente y con distintos derechos y obligaciones para las parejas del mismo sexo, para luego alcanzar, en una segunda fase, el acceso al matrimonio⁶. En otros, sigue habiendo una total anomia legislativa⁷, aunque han sido numerosos los pronunciamientos de los Tribunales europeos, que han evaluado el reconocimiento de las parejas del mismo sexo, como derecho incluido entre las garantías de la Carta de Niza y de la CEDH⁸.

⁴ R. Wintemute, M. Andenas, *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships A Study of National, European and International Law*, London, Hart Publishing, 2001; K. Waldijk, *More and more together: Legal family formats for same-sex and different-sex couples in European countries Comparative analysis of data in the Laws and Families Database, Families and Societies*, 2017, 75.

⁵ De esta manera, por ejemplo, en España, con la reforma de la Constitución.

⁶ Este es el caso del Reino Unido.

⁷ Polonia, Bulgaria, Rumania.

⁸ V. ECHR, *Oliari y otros c. Italia*, decisión de 21 de julio de 2015 (rec. nn. 18766/11 y 36030/11); *Kozak c. Polonia*, decisión de 2 de marzo de 2010; *Schalk e Kopf c. Austria*, decisión de 24 de junio de 2010; *Taddeucci & McCall c. Italia*,

Actualmente, sólo algunos países han equiparado casi totalmente las parejas del mismo sexo al matrimonio⁹, limitando solamente el acceso a la adopción y a la reproducción asistida¹⁰.

En cuanto a Italia, sólo recientemente se ha alcanzado el reconocimiento jurídico de las parejas del mismo sexo, mediante la introducción de una institución jurídica *ad hoc*, denominada uniones civiles¹¹. El turbulento camino de aprobación de la ley llamada “Cirinná” se ha traducido en la aprobación de un texto minimalista en cuanto a garantías jurídicas y con numerosos perfiles de discutible compatibilidad constitucional. La ley 76 de 2016 reproduce al pie de la letra las disposiciones contenidas en el código civil sobre el matrimonio, pero con unas modificaciones “quirúrgicas” que, ciertamente, no pueden definirse casuales. Baste con pensar que la ley, desde el principio, puntualiza que las parejas de personas del mismo sexo son algo distinto a la familia, definiéndolas como “formación social específica”¹², trazando un doble binario, que por otra parte parece autorizado o quizás incluso podría decirse “impulsado” por el Tribunal Constitucional¹³, que mantuvo distintos el concepto de familia como “sociedad natural

ECtHR, 30 June 2016, App. No. 51362/09, par. 83 and 95, en que el Tribunal se ha referido a “*droits essentiels*”. Con respecto al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, v. Grande Sección, *Römer c. City of Hamburg*, sentencia de 10 de mayo de 2011; Grande Sala, sentencia de 1 de abril de 2008, caso C-267/06, *Tadao Maruko c. Versorgungsanstalt der Deutschen Bühnen*.

⁹ Austria, Finlandia, Alemania, Irlanda, Malta, donde el matrimonio se ha convertido en *gender-neutral*, con el *Marriage Act and Other Laws (Amendment Act)*, *Commencement Notice*, L.N. 212 of 2017.

¹⁰ Para un cuadro de conjunto, v. R. Ibrido, A. Romano, A. Schillaci, *Same sex marriage e riconoscimento delle unioni fra persone dello stesso sesso: materiale di diritto comparato*, en Observatorio AIC, www.osservatorioaic.it, 2013, mayo.

¹¹ L. 20 de mayo 2016, n. 76, llamada Ley Cirinnà, desde el nombre de la Senadora Monica Cirinnà primera firmante del texto desde el cual sucesivamente surgió la ley sobre las uniones civiles. Los trabajos de comentario son numerosos; entre ellos se destaca, sin ánimo de exhaustividad, G. Buffone, M. Gattuso, M. Winkler, *Unione civile e convivenza. Commento alla l. 20 maggio 2016, n. 76 aggiornato ai dd.lgs. 19 gennaio 2017, nn. 5,6,7 e al d.m. 27 febbraio 2017*, Milano, 2017. Desde la perspectiva privatista, v. T. Auletta, *Disciplina delle unioni civili non fondate sul matrimonio, evoluzione o morte della famiglia?*, en *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, pp. 378 ss.

¹² Así, art. 1, párrafo 1, l. 76/2016.

¹³ Con las sentencias n.138 de 2010 y n. 170 de 2014.

fundada sobre el matrimonio” y garantizada por el art. 29 Const.¹⁴ y el caso de las parejas formadas por personas del mismo sexo garantizadas *ex art. 2 Const*¹⁵.

Aparte del alcance simbólico que esta diferencia lexical y lingüística acarrea, es preciso aclarar que las distancias entre el matrimonio y la unión civil son muy profundas, por ejemplo con respecto a la ausencia de la disposición que impone la obligación de fidelidad¹⁶; a la falta de acceso a la filiación, mediante adopción o acceso a las técnicas de reproducción asistida¹⁷; a la falta de la fase de separación —paso necesario para las parejas de sexo opuesto que quieran divorciarse—; al diferente trato de la pareja extranjera a quien no se le requiere la habilitación en caso de matrimonio; a la supresión de cada disposición en que se haga una referencia al término “familiar”¹⁸. Además, debemos señalar la reciente condena en el caso *Oliari v. Italia* que ha reconocido, en violación del Art. 8 CEDH, la falta de reconocimiento o de registración de las uniones de personas regularmente casadas en el extranjero. A la luz de la complejidad surgida para encontrar una convergencia política sobre un texto compartido y del carácter considerado “divisivo” del tema, no parece inmediata la perspectiva del reconocimiento del acceso al matrimonio, institución jurídica que equipararía las parejas homosexuales a las heterosexuales, quedando muy cristalizado el que ha sido definido como paradigma heterosexual del matrimonio¹⁹.

¹⁴ Se trata de la disposición constitucional en que se afirma que “La República reconoce la familia como sociedad natural basada en el matrimonio”.

¹⁵ Se trata del precepto que reconoce a la persona como individualidad o como sujeto de una realidad social en la que se desarrolla su propia personalidad.

¹⁶ Pese a que se trata de una disposición anacrónica y en fase de superación —en vía jurisprudencial— también para las parejas *opposite-sex*, algunos han destacado su valor simbólico estigmatizador, puesto que parece transmitir la idea de la pareja homosexual como promiscua, reacia a la estabilidad y a la fidelidad.

¹⁷ Con respecto al cual v. *infra*, par. 2.2.

¹⁸ Por ejemplo, la disposición acerca la elección de la “vivienda familiar” en el código civil se introdujo como “casa común”, justamente para alejar la idea de que las uniones civiles sean una familia, así incluso con respecto al apellido familiar denominado “apellido común”.

¹⁹ Esta expresión que se refiere al carácter exclusivamente heterosexual del matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer, fue “troquelada” por Bárbara Pezzini (*Matrimonio e convivenze stabili omosessuali. Resistenza del*

En cuanto a Francia, a partir de 1999, fue introducida la institución jurídica de los PACS (*Pacte civil de solidarité*, es decir pactos de solidaridad civil), a los cuales pueden acceder tanto las parejas del mismo sexo como las parejas de sexo diferente y que preveía derechos en muchos aspectos asimilables a los del matrimonio, excepto el acceso a la adopción y a la reproducción médicamente asistida²⁰. Los PACS representan un contrato de naturaleza privada concluido entre los componentes de una pareja (independientemente del género de ambos), que deciden de esta manera disciplinar su propia vida común regulando unos aspectos de esta. Desde 2013, sin embargo, fue introducido el matrimonio así llamado “igualitario”, accesible independientemente del sexo de los cónyuges, que no prevé diferencias en cuanto al acceso a la filiación mediante adopción, mientras que permanece la prohibición de acceso a las técnicas de reproducción médicamente asistida²¹.

En el ordenamiento alemán, el primer acto de reconocimiento jurídico de las parejas del mismo sexo ocurrió en 2001, en la forma de uniones de vida registradas, institución jurídica que reconocía derechos y obligaciones análogos al matrimonio. La inicial diferencia entre *Lebenspartnerschaft* (pareja conviviente) y matrimonio se redujo progresivamente por vía jurisprudencial, hasta una sustancial equiparación en 2017²².

paradigma eterosessuale nel diritto comunitario e difficoltà del dialogo con le legislazioni nazionali (nonostante la Carta dei diritti fondamentali), en DPCE, 2001, 1519-1522) en un trabajo de comentario a la sentencia de la Corte de Justicia D. Y Suecia c. Consiglio (ECJ, C-122/99 P e C-125/99 P) y entró frecuentemente en uso después del Seminario “preventivo” *Amicus curiae* organizado por la Universidad de Ferrara en febrero 2010 titulado *La “sociedad natural” y sus “enemigos”*. Sobre el paradigma heterosexual del matrimonio.

²⁰ E. Sorda, *Le unioni civili del progetto Cirinnà in prospettiva comparata. Note sulla proposta italiana a confronto con i Pacs francesi e la civil partnership inglese*, *Genius*, 2014/2, 67.

²¹ L. 404 de 17 de mayo de 2013. Acuérdesse la sentencia del *Conseil Constitutionnel* de 28 de enero de 2011, que reconoció que la Constitución no impone el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo, elección que es del legislador, en el ejercicio de su discrecionalidad.

²² *Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts*, 20 July 2017. A. Sanders, *Marriage, Same-Sex Partnership and the German Constitution*, in *German Law Journal*, disponible en www.germanlawjournal.com, 2012, XIII, 8, pp. 911 ss.

2.2. *La parentalidad homosexual: entre el reconocimiento y el rechazo de un “hecho”*

El tema del reconocimiento jurídico de la parentalidad de las personas homosexuales ha experimentado una rápida aceleración en los últimos años, con una evolución léxica a través del uso de neologismos como biparentalidad o parentalidad social, en ocasiones tomados del inglés (*step-child adoption* o *co-parent adoption*). No obstante un camino de progresivo reconocimiento en algunos países, en los que los padres del mismo sexo tienen sustancialmente los mismos derechos que las parejas de sexo opuesto²³, existen otros países donde no hay ninguna posibilidad de dar forma jurídica a un proyecto parental, siendo imposible tanto adoptar (mediante adopción co-parental o del hijo de la pareja) como acceder a técnicas de reproducción asistida²⁴; las razones a menudo se reconducen al supuesto mejor interés del menor a crecer en una familia con dos padres de sexo diferente, o a razones (*rectius*, estigmas) socio-culturales, más que jurídicas²⁵.

En algunos países, no está permitida la doble parentalidad de una pareja de mujeres, ni se prevé una presunción de parentalidad para la mujer (o pareja) de la madre de un hijo concebido con técnicas de fecundación in vitro, a diferencia de los casos en que todo lo descrito ocurre en el contexto de una pareja *opposite-sex*²⁶. Por lo general se admite el reconocimiento como segunda madre, a veces sin tener que acceder a la adopción del hijo de la pareja. Más complicado es el cuadro de la parentalidad de las parejas de hombres, debido a la existencia en unos países (en Italia, por ejemplo) del delito de las prácticas de subrogación. Sólo en algunos ordenamientos jurídicos la parentalidad de las parejas del mismo sexo es equiparada a la de las parejas de sexo diferente, siguiendo también algunas decisiones del Tribunal de Es-

²³ Bélgica, Holanda, Portugal y Suecia.

²⁴ Bulgaria, Polonia, República Checa, Rumanía y Hungría.

²⁵ K. Waldijk, *More and more together*, cit., 102 ss. El *favor* general hacía las parejas cuya relación está formalizada en un vínculo jurídico parece por otro lado razonable, debido a la mayor propensión a reconocer contextos familiares estables, por lo que este intento de formalizarlos representa, en todo caso, un índice significativo.

²⁶ De esta manera, por ejemplo, Holanda y Portugal.

trasburgo²⁷. La adopción conjunta empezó a admitirse desde el final de los años 90 si bien muchos ordenamientos no la admiten todavía, con un desarrollo que tendencialmente vio la *co-parent adoption* seguir la *step-child adoption*, considerada menos problemática, siendo que se han de reconocer vínculos paternofiliales ya existentes y no de crear otros nuevos²⁸.

La responsabilidad parental asume caracteres diferentes, pudiendo esta coincidir con la parentalidad legal cuando esta se reconoce a ambos padres (como en Bélgica); en otros casos, la responsabilidad parental tiene elementos de mayor fuerza, pudiendo sin embargo reconocerse en casos excepcionales a quien no es progenitor jurídico (Holanda, por ejemplo); por último, se dan unos casos en los que, en términos jurídicos, la parentalidad y la responsabilidad parental son distintas coincidiendo, sin embargo, *de facto*. Incluso es posible tener responsabilidad parental sin ser padres y viceversa (así, por ejemplo, en UK)²⁹.

En cuanto a la relación creada con el progenitor, en estos dos últimos años puede verse el reconocimiento de derechos parentales a personas que no son progenitores legales³⁰. Respecto a esta cuestión, se señala el rechazo del Tribunal de Estrasburgo de Derechos Humanos a aceptar las decisiones de los jueces nacionales que niegan la autoridad parental debido a la orientación sexual del progenitor³¹.

²⁷ Así, por ejemplo, véase el caso ECtHR, 19 February 2013, *X y otros c. Austria*, App. No. 19010/07, en que el Tribunal EDH condenó a Austria por violación del art. 8 CEDH, en nombre de la diferencia de trato entre parejas de sexo opuesto como del mismo sexo, puesto que a estas últimas no había sido reconocido el acceso a la *second-parent adoption*.

²⁸ De esta manera, por ejemplo, Bélgica y Portugal. K. Waldijk, *More and more together*, cit., 102 ss. Por otro lado, están vigentes reglas más restrictivas en Italia, Polonia, Rumanía y Eslovenia.

²⁹ Para un cuadro completo, v. K. Waldijk, *More and more together*, cit., 107 ss.

³⁰ Por ejemplo, en Holanda, la autoridad parental para la pareja de una pareja del mismo sexo fue reconocida años antes que la introducción de la *second-parent and joint adoption*.

³¹ ECtHR, 21 December 1999, *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, App. No. 33290/96.

En Italia, la cuestión de la homoparentalidad, realidad relativamente frecuente tanto jurídicamente como socialmente³², conoció recientemente un vivo interés en el contexto interno, en concreto a través de la jurisprudencia por cuanto afecta a más de cien mil niños (según algunas estimaciones), No obstante, es preciso observar cómo aún hoy se considera un tabú.

Las resoluciones de los jueces ordinarios se han orientado hacia la construcción de un tejido interpretativo dirigido, en parte, a compensar el poder legislativo que ha mantenido su silencio sobre la cuestión. En efecto, el texto normativo que introdujo en el ordenamiento italiano la institución jurídica de las uniones civiles —reservado para las parejas del mismo sexo— no ha modificado el marco de referencia, al seguir confinando la homoparentalidad con la anomía legislativa. Quizá precisamente debido a la ausencia de un marco jurídico de referencia, fue el poder judicial el que tuvo que solucionar las cuestiones planteadas en la vida cotidiana en las familias homoparentales. Además, por el efecto del fenómeno de la extensión de los modelos y de las experiencias jurídicas³³, de hecho la jurisprudencia tuvo que confrontarse con instituciones jurídicas prohibidas o no disciplinadas en Italia, destacando una consolidación de posiciones que, en las sentencias hasta ahora emitidas, parecían oscilantes. Las decisiones se han movido en concreto en torno a tres directrices, concerniendo la custodia de un “menor”³⁴ a parejas del mismo sexo; la transcripción

³² C. Lalli, *Buoni genitori. Storie di mamme e papà gay*, Milano, 2009; C. Cavina, D. Danna (a cargo de), *Crescere in famiglie omogenitoriali*, Milano, 2009; R. Bosisio, P. Ronfani, *Le famiglie omogenitoriali. Responsabilità, regole e diritti*, Roma, 2015; M. Bottino, D. Danna, *La gaia famiglia. Che cos'è l'omogenitorialità*, Trieste, 2005. Para un cuadro de conjunto respecto a las cuestiones jurídicas, v. A. Schuster (a cargo de), *Omogenitorialità. Filiazione, orientamento sessuale e diritto*, Milano-Udine, 2011.

³³ R. Sacco, *Circolazione e mutazione dei modelli giuridici*, en *Dig. civ.*, II, Torino, 1998, pp. 365 ss.; L. Busato, *Could a common EU standard of access to MAR techniques be possible also for LGBT couples?*, en C. Casonato, A. Schuster (ed.), *Rights On The Move. Rainbow Families in Europe*, Proceedings of the Conference, Trento, 16-17 October 2014, Trento, 2014, pp. 217-231.

³⁴ En el contexto italiano, esta expresión es usada para indicar las personas de edad inferior a los 18 años, cuya capacidad legal es limitada por la ley. Sin embargo, se ha destacado el potencial estigmatizador de tal término, sugiriendo sustituirlo con otras expresiones (menores, niños y jóvenes adultos, según el léxico de las

y el reconocimiento jurídico de actos formalizados en el extranjero, constitutivos de un vínculo jurídico de filiación (como por ejemplo el certificado de nacimiento de un menor nacido en el extranjero a través de técnicas de fecundación asistida o de la adopción perfeccionada en contextos en los cuales está admitida) y, por último, la adopción, en casos excepcionales, del hijo de la pareja nacido también gracias a técnicas de fecundación asistida realizadas en el extranjero (así llamada *co-parent adoption*)³⁵.

En cuanto a la primera tipología de decisiones, los jueces han confirmado —con resoluciones que se caracterizan por la rapidez de las motivaciones y la sencillez de su argumentación— completamente basada en el hecho concreto y en la necesidad de hacer predominar el interés del menor involucrado —la posibilidad de otorgar la custodia de un menor a una pareja homosexual, considerando un mero prejuicio la convicción de que el hecho de vivir en una familia constituida por una pareja del mismo sexo es dañino para un equilibrado desarrollo del niño³⁶. También, en casos particulares, la adopción del hijo de la pareja nacido como consecuencia de técnicas de reproducción asistida practicadas en el extranjero (la así llamada *step-child adoption*) recientemente ha encontrado un cada vez más firme reconocimiento por parte de los jueces de primera instancia³⁷, hasta el punto de que puede considerarse consolidada la orientación destinada a admitir la

instituciones internacionales). Respeto al tema, véanse las reflexiones presentadas por M.F. Moscati, *Bambini e adolescenti LGBTI: un approccio definitorio e le ragioni di un'indagine giuridica*, en la relación de apertura del Convenio realizado por la asociación Abogacía para los derechos LGBTI-Rete Lenford, *La tutela giuridica dei bambini e degli adolescenti LGBTI: una prospettiva multidisciplinare*, Venezia, 7-8 de octubre de 2016.

³⁵ Para un resumen en detalle de las diferentes decisiones, intentando trazar unas reflexiones de conjunto, me remito a mi trabajo titulado *La recente giurisprudenza in materia di omogenitorialità tra mutamenti di paradigmi e nuove prospettive di politica legislativa*, en www.costituzionalismo.it, 2018, 2.

³⁶ T. cautelar Parma, 3.7.2013 y Trib. Min. Bologna, 31.10.2013, ambas en www.articolo29.it.

³⁷ *Ex arts. 44-57, l. 184/83 (mod. con l. 149/2001)*. Trib. Min. Milano, 17.10.2016, n. 261. Como establecido por Cass. Civile, sez. I, 15.6.2017, n. 14878 —consultable en la página web de Articolo29.it— la letra d) ha sufrido una interpretación extensiva, por lo que la imposibilidad de custodia preadoptiva “conciérne también la imposibilidad jurídica, además de la de hecho (en caso de que, por ejemplo, no hayan adoptantes disponibles), y puede pues prescindir del abando-

adopción del hijo de la pareja del mismo sexo, en nombre del bienestar del menor como se deduce del caso concreto³⁸.

En esta misma tendencia se destacan unos fallos que han admitido la transcripción en los registros del estado civil de resoluciones extranjeras constituyentes de vínculos de filiación y que han reconocido la validez de vínculos jurídicos de homoparentalidad formados en el extranjero mediante el uso de la institución jurídica de la adopción, incluso plena³⁹ o así llamada legitimante⁴⁰, o mediante el reconoci-

no”. Recientemente, v. App. Napoli, 4.7.2018, 145, consultable en la página web de *Articolo29.it*.

³⁸ Trib. Min. Roma, 30.7.2014, consultable en la página web de *Articolo29.it*; sin embargo se señala el carácter de heteronormatividad en las referencias realizadas por los jueces, donde acuerdan que las niñas podían, en todo caso, apoyarse en figuras masculinas para su propio crecimiento, aun teniendo dos madres, S. Niccolai, *Diamo alla maternità quel che le spetta*, en S. Niccolai, E. Olivito (a cargo de), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Napoli, 2017, p. 203; Cass., sez. I civ., de 26 de mayo de 2016, n. 12962, consultable en la página web de *Articolo29.it*; V. App. Roma, 23.12.2015, consultable en la página web de *Articolo29.it*; App. Milano, 9.2.2017, en la página web de *Articolo29.it*. V. el comentario de M. Gattuso, *Anche da Milano, dopo la Cassazione, Roma e Torino, semaforo verde per l'adozione coparentale*, consultable en la página web de *Articolo29.it*; Trib. Min. Roma, 23.12.2015, consultable en la página web de *Articolo29.it*; Trib. Min. Palermo, 30.7.2017 e Trib. Min. Bologna, 20.7.2017, consultable en la página web de *Articolo29.it*. S. Niccolai, *Diritto delle persone omosessuali alla genitorialità a spese della relazione materna?*, en *Giur. Cost.*, 2016, 3, p. 1171, ha mencionado, sobre este punto, una “utilización activista” del interés del menor. Respecto a esta cuestión se ha pronunciado también el Tribunal Constitucional 76/2016.

³⁹ El Tribunal de los menores de Florencia ha ordenado la transcripción de dos resoluciones extranjeras de adopción conjunta de menores residentes en Reino Unido y en Estados Unidos, por parte de dos parejas de hombres, de nacionalidad italiana y allá residentes desde hace tiempo. Trib. Min. Firenze, 7.3.2017, consultable en la página web de *Articolo29.it*, en relación con el asunto originado adentro del ordenamiento inglés; Trib. Min. Firenze, 7.3.2017, consultable en la página web de *Articolo29.it*, para el caso ocurrido en el ordenamiento estadounidense.

⁴⁰ App. Milano, 16.10.2015, consultable en la página web de *Articolo29.it*; App. Milano, 5.10.2016, consultable en la página web de *Articolo29.it*; App. Milano, 5.10.2016 (dep. junio 2017), consultable en la página web de *Articolo29.it*, con un comentario de M. Winkler, *Riconoscimento e trascrizione di un'adozione straniera da parte di una coppia same-sex: la pronuncia della Corte d'Appello di Milano*.

miento del certificado de nacimiento extranjero de un menor nacido en el extranjero gracias a técnicas de reproducción asistida⁴¹ y que pone la indicación de dos madres⁴² o dos padres en los casos de gestación por otros⁴³.

Como han afirmado los jueces en varias ocasiones, la posibilidad de reconocer la validez de la resolución extranjera constitutiva de un vínculo homoparental debe evaluarse basándose en su compatibilidad con los “los derechos fundamentales que se regulan en el Estado, el derecho de familia y de los menores”⁴⁴, sin espacio para afirmaciones apodícticas y no motivadas, sino poniendo en el centro del discurso argumentativo el interés del menor involucrado en el asunto concreto⁴⁵.

Las posibles perspectivas de desarrollo, que imaginamos que la realidad concreta no tardará en poner de relieve, llevarán a la jurisprudencia a pronunciarse sobre nuevos terrenos no experimentados. No podrá ser considerado suficiente apelar a criterios generales y abstractos, como por ejemplo el orden público o al carácter tradicionalmente heterosexual del matrimonio, para justificar, razonablemente, una vulneración del principio de igualdad.

En cuanto a Francia, la posibilidad de delegar a terceros la responsabilidad parental se ha extendido a las parejas del mismo sexo⁴⁶. Aunque el acceso a la adopción para las parejas del mismo sexo fue

⁴¹ App. Torino, 29.10.2014, publicada en *www.articolo29.it*; Trib. Perugia, decr. 28.3.2018, nr. 190754, confirmado por App. Perugia, 22.8.2018, nr. 221, consultables en la página web de *Articolo29.it*.

⁴² Cass., sez. I civ., 30.9.2016, nr. 19599, consultable en la página web de *Articolo29.it*; Trib. Napoli, 11.11.2016; App. Genova, 26.7.2017, cit.; Trib. Perugia, decr. 26 marzo 2018, cit.

⁴³ App. Trento, ord. 23.2.2017, consultable en la página web de *Articolo29.it*.

⁴⁴ Art. 35, co. 3, l. 184/1983.

⁴⁵ V. sobre la cuestión, Cass. Civ. 11.1.2013 n. 601, con respecto a las supuestas repercusiones negativas sobre el menor (se hace referencia a “certidumbres científicas o datos de experiencia”), a falta de las cuales se configura un mero prejuicio contra la orientación sexual homosexual.

⁴⁶ De esta manera, v. ley de 4 de marzo de 2002, n. 2002-305, relativa a la autoridad parental. V. G. Oberto, *Problemi di coppia, omosessualità e filiazione*, en *La famiglia omogenitoriale in Europa. Diritti di cittadinanza e libera circolazione*, disponible en https://www.researchgate.net/publication/299367288_La_famiglia_omogenitoriale_in_Europa_Diritti_di_cittadinanza_e_libera_circolazione;

reconocido en 2013, sin embargo, no se reconoce el acceso a la reproducción médicamente asistida. El tema del acceso a la adopción vio unos significativos pronunciamientos del TEDH, tanto con respecto a la adopción⁴⁷, incluso por parte de una persona de orientación sexual homosexual⁴⁸, como con respecto a la adopción del hijo biológico de la pareja⁴⁹.

En el ordenamiento alemán, el acceso a la reproducción asistida no está prohibido expresamente, aunque no sea considerado como un derecho subjetivo. Sin embargo, desde 2005, ha sido admitida la *step-child adoption*, con respecto al cual intervino el Tribunal Constitucional Federal⁵⁰. La *ratio* que condujo al reconocimiento de la bi-

M.G. Stanzone, *Rapporti di filiazione e "terzo genitore": le esperienze francese e italiana*, in *Fam. dir.*, 2012, p. 201 ss.

⁴⁷ En *Fretté c. France*, de 26 de febrero de 2002, el Tribunal de Estrasburgo estableció que el rechazo de la idoneidad a la adopción no integraba un trato injustificadamente discriminatorio, aunque basado en su homosexualidad, porque estaba dirigido a proteger el bienestar y los derechos de los menores adoptados; en ausencia de una orientación común entre los ordenamientos jurídicos europeos, se había reconocido a los Estados contratantes un cierto margen de apreciación.

⁴⁸ *E.B. c. Francia* [GC], n. 43546/02, de 22 de enero de 2008 (con respecto a la situación de un adoptante *single*), *révirement* de la Gran Sala respecto al precedente de la sección tercera en *Fretté c. Francia*, n. 36515/97, CEDH 2002-I, que condenó a Francia por violar el Convenio al denegar la idoneidad para la adopción, decidida por las autoridades de un Estado miembro que otorga por ley al particular el derecho de adoptar, si esta denegación se motiva en la falta de una referencia parental del sexo opuesto al sexo del progenitor/a soltero/a que desea adoptar.

⁴⁹ En *Gas e Dubois c. Francia*, n. 25951/07, CEDU, de 2012, en que la quinta sección estimó que la imposibilidad de adoptar al hijo biológico por parte de lapareja en régimen de PACS no era discriminatoria debido a la orientación sexual, porque incluso la pareja "pacsado" de género opuesto respecto al progenitor se hubiera encontrado en la misma situación, a la luz de la diferencia entre Pacs y matrimonio que justifica el diferente trato. V. también, *X y otros c. Austria* [GC], n. 19010/07, CEDH 2013, según la cual hasta cuando el matrimonio no constituya un presupuesto para el acceso a la parentalidad, no es posible una discriminación entre parejas por razón de la orientación sexual.

⁵⁰ En 2009, fue desestimada la cuestión de constitucionalidad planteada por un tribunal respecto a la ley que admite este tipo de adopción, en razón del hecho de que la parentalidad social debe considerarse del mismo modo que la biológica (BverfG, 10 de agosto de 2009), llegando, en 2013, a establecer que la prohibición de "adopción posterior" del hijo adoptivo de l a pareja homosexual viola el interés del menor, así como el derecho a la igualdad del conviviente (BverfG, 19

parentalidad es el interés del menor a que el progenitor biológico sea apoyado en el cuidado del menor por su pareja (independientemente del sexo)⁵¹.

En general, en el contexto continental, puede reconocerse una amplia heterogeneidad de las soluciones normativas adoptadas en diferentes países que, sin embargo, perpetúa una visión de alguna manera jerarquizada y jerarquizadora de los modelos familiares y de las modalidades a través de las cuales la parentalidad puede tomar forma.

3. LAS GARANTÍAS ANTIDISCRIMINATORIAS POR RAZÓN DE ORIENTACIÓN SEXUAL EN EL ÁMBITO LABORAL Y EN EL CONTEXTO DEL MERCADO DE LOS SERVICIOS

A nivel europeo, el asunto de las garantías antidiscriminatorias por razón de orientación sexual presenta una tendencial uniformidad en el ámbito laboral, dado que —a partir de 2000— intervino la Directiva n. 78⁵². Posteriormente a la aprobación de este acto que se dirigía a imponer una disciplina homogénea para prohibir las discriminaciones fundadas en algunas características personales, entre cuales se encuentra la orientación sexual⁵³, se introdujeron algunas nociones de discriminación —que puede ocurrir directa o indirectamente, o como molestias y molestias sexuales, e incluso como obligación de discriminar— y reglas procesales *ad hoc*.

de febrero de 2013). V. F. Brunetta d'Usseaux, *Adozione del figlio adottivo: un nuovo tassello nell'equiparazione tra coppie etero e coppie dello stesso sesso in Germania*, en *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, p. 375 ss.

⁵¹ A. Schuster, M.G. Toniollo (a cargo de), *La famiglia omogenitoriale in Europa. Diritti di cittadinanza e libera circolazione*, Roma, Ediesse, 2015, disponible en https://www.researchgate.net/publication/299367288_La_famiglia_omogenitoriale_in_Europa_Diritti_di_cittadinanza_e_libera_circolazione.

⁵² Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

⁵³ Además de la religión y de las convicciones personales, de la discapacidad, de la edad (Directiva 2000/78), así como de la “raza” y origen étnico (Directiva 2000/43) y del género (Directivas 2004/113 y 2006/54).

Entre estas últimas se encuentra, en concreto, la inversión (o aligeramiento) de la carga de la prueba, la posibilidad de actuar para el contraste a la discriminación de forma colectiva por parte de asociaciones representativas de la categoría objeto del trato deteriorador y sanciones de varia naturaleza. Las garantías están extendidas a cada ámbito laboral, y al acceso, y a las condiciones laborales y a los procedimientos de cese de la relación laboral.

Por lo que se refiere a la transposición de la Directiva denominada “marco” (derivado del nombre del acto, *Framework Directive*) los Estados miembros introdujeron disciplinas sustancialmente análogas, parece interesante centrar la atención en algunos aspectos peculiares de cada ordenamiento, incluso relativos a algunos aspectos aplicativos.

Italia traspuso la Directiva n. 78 con un sustancial “copiar y pegar” del texto original, sin ninguna coordinación con la previa disciplina, como el *Estatuto de los trabajadores*, la ley general que tutela los trabajadores⁵⁴, ni con las otras normativas de transposición de las Directivas antidiscriminatorias⁵⁵, generando de esta forma duplicaciones e incoherencias acentuadas⁵⁶.

En relación con la problemática dimensión que las discriminaciones por razón de orientación sexual asumen en ámbito laboral⁵⁷, en Italia puede reconocerse una escasez de pronunciamientos sobre el tema. Por otra parte, los específicos medios normativos previstos para la tutela de las personas homosexuales en ámbito laboral se utilizaron poco en sede judicial. La razón ha sido identificada por la doctrina en el efecto disuasorio del recurso a tal medio de garantía que dimana de la articulación y la distribución de las cargas probatorias a cargo

⁵⁴ Ley de 20 de mayo de 1970, n. 300.

⁵⁵ Así, el d. lgs. 215/2003 transpone la Directiva 2000/43; el d. lgs. 216/2003 transpone la Directiva 2000/78; en el d. lgs. 198/2006 han confluído las trasposiciones de las Directivas 2004/113 y 2006/54.

⁵⁶ Baste con pensar, por ejemplo, a la contemporánea presencia de definiciones análogas en los tres diferentes actos de transposición de las Directivas antidiscriminatorias (d. lgs. 215 y 216 de 2003 y d. lgs. 198/2006).

⁵⁷ Véase, por ejemplo, la investigación conducida por la asociación “Arcigay” titulada “Io sono, io lavoro” (2001); A. Lorenzetti, G. Viggiani, *Hard Work. LGBTI Persons in the Workplace in Italy*, Pisa, ETS, 2016.

de las partes⁵⁸, vigente hasta las recientes modificaciones⁵⁹, pero que además procede de un texto de trasposición que había traicionado el espíritu y había vaciado la eficacia de la normativa comunitaria. Además, parecen tener un peso considerable la “debilidad”⁶⁰ de los destinatarios de las garantías y el insuficiente conocimiento de los instrumentos previstos.

Los pronunciamientos conocidos son escasos; uno de ellos concierne a la discriminación realizada contra una trabajadora lesbiana a la cual no se le había renovado por su supuesta homosexualidad el contrato de trabajo en una escuela católica, que invocaba un estatus especial por ser una organización de “tendencia” (que realiza una actividad de carácter religioso o de culto)⁶¹.

La sentencia más conocida, sin embargo, se relaciona con el caso concerniente Carlo Taormina, conocido abogado y político, que, en 2013, durante un programa de radio muy popular, afirmó que nunca hubiera contratado un abogado o un empleado homosexual. El

⁵⁸ A. Lorenzetti, G. Viggiani, *Hard Work*, cit.; C. D’Ippoliti, A. Schuster, *Disorientamenti. Discriminazione ed esclusione sociale delle persone LGBT in Italia*, Roma, Armando Editore, 2011; B. Gusmano, A. Lorenzetti, *Lavoro, orientamento sessuale e identità di genere*, Roma, Armando Editore, 2014.

⁵⁹ D. lgs. n. 150/2011, rubricado “Disposiciones complementarias a la Ley de Enjuiciamiento civil en materia de reducción y simplificación de procedimientos civiles de cognición, con arreglo al artículo 54 de la ley de 18 de junio de 2009, n. 69”.

⁶⁰ Este término es utilizado pese al conocimiento de su potencial desvalor simbólico y estigmatizador, siendo que la debilidad se construye preferentemente con base en parámetros y criterios de referencia compartidos y propios de la mayoría de los individuos.

L. Azzena, *Divieto di discriminazione e posizione dei soggetti “deboli”*. *Spunti per una teoria della “debolezza”*, en C. Calvieri (a cargo de), *Divieto di discriminazione e giurisprudenza costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2006, 35-86 ss.; la autora reconoce que existe un ulterior elemento de matriz extrajurídica que caracteriza la noción de debilidad, es decir el carácter ético, moral, ideológico, histórico, social, filosófico, pero sobre todo político. Sobre el tema, v. P. Cendon, *Quali sono i soggetti deboli? Appunti per un incontro di studi*, en *Pol. Dir.*, 1996, 485 ss.; M. Ainis, *I soggetti deboli nella giurisprudenza costituzionale*, en *Pol. Dir.*, 1999, 25 ss.; P. Cendon, S. Rossi, *I nuovi danni alla persona. I soggetti deboli*, I, II, Roma, Aracne, 2013.

⁶¹ Ap. Trento, 7.3.2017, contra el “Istituto delle Figlie del Sacro Cuore di Gesù” de Trento.

recurso de una asociación para la salvaguardia de los derechos de las personas LGBTI⁶², condujo a dos condenas en primera y segunda instancia⁶³, por discriminación directa, en forma de discriminación hipotética y potencial, supuesto acuñado por el Tribunal de Justicia⁶⁴. El subsiguiente recurso a la “Corte di Cassazione” (Tribunal Supremo), sin embargo, condujo a la remisión prejudicial al Tribunal de Justicia en relación con dos perfiles que de hecho no parecían cuestionables, es decir la legitimación activa por parte de una asociación de abogados que se ocupaban de la salvaguardia de las condiciones relacionadas con la orientación sexual y la identidad de género —que sin embargo parece aclarada por ser dicha asociación un sujeto inscrito en el registro nacional y que por tanto puede impulsar demandas colectivas⁶⁵— y la aplicabilidad de la disciplina antidiscriminatoria en ámbito laboral a la manifestación del pensamiento, puesto que Taormina habría “solo” expresado una opinión y no se discutía ninguna selección en ese momento.

Por otro lado, no existe una normativa que expresamente proteja contra las discriminaciones por razón de orientación sexual, en el ámbito del acceso y del suministro de bienes y servicios, siendo que el Estado italiano no amplió el margen objetivo de operatividad de la prohibición introducida con la trasposición de la Directiva n. 78 de 2000, aunque los casos destacados por la crónica sean numerosos.

En cuanto a Francia, la primera legislación para el contraste a las discriminaciones por razón de orientación sexual data del 1985 y ya se refería a la materia laboral, al acceso a la vivienda y a fondos públicos y privados, y en general al mercado de bienes y servicios. Con la transposición de la Directiva 2000/78⁶⁶, se introdujeron nociones

⁶² Se trata de la “Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI - Rete Lenford” (www.retelenford.it).

⁶³ Trib. Bergamo, ord. 6 de agosto de 2014; Ap. Brescia, 11 de diciembre de 2014.

⁶⁴ Véanse los casos así llamados *Feryn*, C-54/07, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding*, 10 de julio de 2008 y C-81/82, *Asociația Accept contro Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării*, 25 de abril de 2013.

⁶⁵ Se trata de un registro nacional ante el Unar (*Ufficio nazionale contro le discriminazioni*), el Ente nacional contra las discriminaciones.

⁶⁶ *V. Loi relative à la lutte contre les discriminations* n° 2001-1066 du 16/11/2001, que modificó el código civil; *Loi no. 2008-496 du 27 mai 2008, portant diverses*

e instrumentos judiciales antidiscriminatorios (por ejemplo, la acción colectiva, aligeramiento de la carga de la prueba) en línea con los requisitos mínimos establecidos.

El legislador alemán transpuso todas las directivas antidiscriminatorias de la segunda generación en un acto único⁶⁷, es decir el *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*, en sigla AGG⁶⁸, concerniente tanto el ámbito laboral cuanto el acceso a bienes y servicios. Esta modalidad de trasposición permitió no duplicar definiciones, nociones e instrumentos judiciales ofreciendo una lectura sistémica de la materia⁶⁹, pese a las críticas planteadas respecto a un lenguaje considerado como no correcto⁷⁰. Además, el ámbito objetivo de la operatividad de la

dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations.

⁶⁷ Es decir, las Directivas 43 y 78 de 2000; 113/2004; 73/2002. Por otro lado, ha sido transpuesta sucesivamente la Directiva Refundición, 2006/54.

⁶⁸ Se trata de la “Ley de transposición de las directivas europeas para la actuación del principio de igualdad de trato <*Gesetz zur Umsetzung Europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*, sobre el cual la literatura es amplísima. *Inter alia*, Adomeit, J. Mohr, *KommAGG, Kommentar zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz*, Richard Boorbergverlagsgesellschaft, Stuttgart, München, Hannover, Berlin, Weimar, Dresden, 2007; J.H. Bauer, B. Göpfert, S. Krieger, *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz Kommentar*, Verlag C. H. Beck oHG, Monaco, 2008; S. Busch, *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*, Bund-Verlag, Frankfurt am Main, 2007; W. Däubler, M. Bertzbach, *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz Handkommentar*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2008; R. Gaier, Holger Wendtland, *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz - AGG*, Verlag C. H. Beck oHG, München, 2006; G. Meinel, J. Heyn, S. Herms, *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz Kommentar*, Verlag C. H. Beck oHG, München, 2007.

⁶⁹ En efecto, el AGG está dividida en siete partes (*Abschnitt*), de las cuales la primera relativa a las disposiciones generales comunes a cada diferente ámbito reglamentado en ella (*Allgemeiner Teil*); en este punto se explicitan las finalidades de la ley, es decir impedir o remover las situaciones de desventaja causadas por raza, origen étnico, sexo, religión u opiniones filosóficas, condición de discapacidad, edad o identidad sexual de un individuo (§ 1 - *Ziel des Gesetzes*).

⁷⁰ Es interesante señalar las diferencias terminológicas a través de las cuales unas expresiones han sido traducidas y han sido leídas como un desfavor o en todo caso una escasa sensibilidad, por parte del legislador alemán, hacia la salvaguardia antidiscriminatoria. Nos referimos al caso de la orientación sexual (*sexual orientation*), que en la versión alemana se volvió “identidad sexual” (*Ziel des Gesetzes ist, Benachteiligungen aus Gründen ... der sexuellen Identität zu verhindern oder zu beseitigen*). Esta opción fue destacada en términos negativos,

prohibición ha sido ampliado también, incluyendo entre las garantías para salvaguardar la orientación sexual el ámbito del mercado de bienes y servicios, de protección y asistencia social y de la instrucción, no establecidos por la normativa comunitaria⁷¹.

3.1. *El reconocimiento de las condiciones trans e intersex*

Al tratar de transexualidad e intersexualidad, es preciso en primer lugar señalar la relación tendencialmente conflictiva con el derecho propio de la *Western Legal Tradition* históricamente construida sobre el rígido dualismo H/hombre - M/mujer y necesitado de reglas ciertas acerca de la asignación de cada persona a un sexo, femenino o masculino, a menudo con la necesaria coincidencia entre sexo y nombre⁷². Semejante aspecto, junto con otras instituciones jurídicas por ejemplo pertenecientes al derecho de familia, pone a las personas transgénero e intersexuales en una condición de “inferioridad jurídica”, puesto que el sistema muestra la incapacidad de “tratar” la persona de una manera adecuada a la peculiaridad del caso concreto⁷³.

subrayando su carácter de marca indeleble, si bien podría ser entendida positivamente, interpretando la *sexuellen Identität* como una de las expresiones de la identidad personal, “naturalmente” variable en el tiempo.

⁷¹ Además, la ampliación de la prohibición de discriminación al ámbito contractual había suscitado desde el primer momento una fuerte oposición y críticas, por miedo a impactar la libertad negocial.

⁷² Constituyen una excepción los ordenamientos que admiten una tercera posibilidad con respecto a la asignación del sexo femenino o del masculino, entre cuales el ordenamiento alemán, sobre el cual véase *infra*. En Australia, una interesante sentencia de la High Court del 2 de abril de 2014 (caso *NSW Registrar of Births, Deaths and Marriages v. Norrie*) reconoció la posibilidad de ser clasificados como “*non-specific*”: el Gobierno australiano había aprobado un documento en relación con la cuestión —las *Guidelines on the Recognition of Sex and Gender*— ya en julio de 2013. Por otro lado, numerosos son los sistemas jurídicos en los cuales no se requiere una unívoca coincidencia entre nombre y sexo.

⁷³ L. Bernini, *Maschio e Femmina Dio li creò!? Il sabotaggio transmodernista del binarismo sessuale*, Il Dito e la Luna, Milano 2010 “las personas intersexuales son consideradas ‘intratables’ por nuestro sistema jurídico y simbólico, y por esta razón son ‘tratadas’ por el sistema sanitario”.

El reconocimiento y la salvaguardia de la condición transgénero⁷⁴, es decir de la condición de los que sienten una desalineación entre *psiche* y *soma* y que quieren recomponer la unidad mediante un camino llamado de transición o tránsito desde un sexo al otro⁷⁵, muestran una considerable diversidad en el panorama comparado. Las maneras de actuar del *se* y del *quomodo* permitir el cambio de sexo recientemente han sufrido una rápida evolución, tanto debido a la cada vez mayor visibilidad social de las personas transgénero que, durante años, modificaron sus propias reivindicaciones, obligando los ordenamientos a hacerse preguntas sobre los posible límites a las garantías, en parte debido al impulso de los Tribunales Europeos, que incluso introdujeron nuevos temas, hasta extenderse, más recientemente, a las tutelas laborales, a las previsiones en materia de familia y a la lucha contra la transfobia.

En Italia, el legislador intervino en 1982, con una normativa que permite —en gran parte a título gratuito bajo la cobertura del Servicio sanitario nacional— la modificación de sexo anatómico y registral⁷⁶,

⁷⁴ Dicho término ha sido definido “paraguas”, en cuanto incluye los que se sometieron a un tratamiento médico (hormonal) y quirúrgico (re-atribución quirúrgica del sexo, en sigla RCS) para adecuar el propio cuerpo al género percibido, modificando el nombre y el sexo indicado en el registro al final del camino, pero también aquellos que están en transición, es decir que están recurriendo al tránsito, o que no quieren completar el camino en absoluto. V. P. Currah, *Gender Pluralisms under the Transgender Umbrella*, in P. Currah, R.M. Juang, S. Price Minter (eds.), *Transgender Rights*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 2006, 3-31; S. Whittle, *Respect and equality, Transsexual and Transgender Rights*, London, Cavendish, 2002.

⁷⁵ Dicha condición es médicamente definida “Disforia de género” o “Incongruencia de género” y aún hoy es considerada una psicopatología por los principales protocolos médicos, entre “Trastornos sexuales y de la identidad de género”. En extrema síntesis, dos son los sistemas de clasificación de las patologías de naturaleza mental, el DSM, *American Psychiatric Association, Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*, es decir el Manual de Diagnóstico y Estadístico de los trastornos mentales redactado por el APA, *American Psychiatric Association*, que ha alcanzado su quinta edición (2013), y el *International classification of mental and behavioural disorders* del *International classification of diseases and related problems* (ICD), elaborado en el seno de la Organización Mundial de la Salud en 1992.

⁷⁶ La ley 14 de abril de 1982, n. 164, rubricada “Normas en materia de rectificación de atribución de sexo” pone Italia como tercer Estado europeo, después Suecia (1972) y Alemania (1980), al ofrecer una respuesta a las cuestiones jurídicas

previando una vía trazada solo en parte legislativamente e integrada por la praxis. Por ejemplo, por la praxis se prevé una serie de pasajes intermedios —entrevistas con operadores, inclusión en un programa de apoyo y soporte médico (hormonal) y psicológico durante al menos cuatro/seis meses, suministro de terapias hormonales, *real Life Test*⁷⁷, verificaciones intermedias acerca la evolución del mismo cambio realizadas por el personal sanitario que asiste la persona— mientras que la ley hace referencia a dos fases judiciales, encaminadas respetivamente: la primera a obtener la autorización por parte del juez a la intervención quirúrgica cuando sea necesario⁷⁸ y que provoca la conversión del matrimonio en unión civil⁷⁹, y la segunda (subsiguiente, tal vez coincidente con la primera) en aras de la conclusión del camino y de la modificación del sexo en el registro civil y en los documentos de identidad y en el certificado de nacimiento, de modo que las sucesivas atestaciones de estado civil serán emitidas con la sola indicación del nuevo sexo y nombre⁸⁰. Varias veces sometida a juicio de legitimidad constitucional⁸¹, la ley 164 ha sido modificada con ocasión de la reforma de los ritos procesales (D.lgs. 150/2011) que no han alterado la situación jurídica y simbólica preexistentes, ni por otra parte ha contribuido a deshacer los nudos problemáticos que

emergentes en torno a la identidad de género. B. Pezzini, *Transsexualismo, salute e identità sessuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1984, 465. A. Lorenzetti, *Diritti in transito. La condizione giuridica delle persone transessuali*, Milano, FrancoAngeli, 2013; F. Bilotta, *Transsexualismo*, in *Dig. Disc. Priv.*, Agg., Torino, Utet, 2013, 733; G. Sciancalepore, P. Stanzione, *Transsexualismo e tutela della persona*, Assago, Ipsoa, 2002; P.M. Vecchi, *Transsexualismo* (voce), in *Enc. Giur. Treccani*, XXXI, Roma, Utet, 1994; P. D'Addino Serravalle, P. Perlinger, P. Stanzione, *Problemi giuridici del transsexualismo*, Camerino, Università di Camerino, 1981; A. Marchiori, N. Coco, *Il transessuale e la norma*, Roma, Ed. Kappa, 1992, 73 ss.

⁷⁷ Se trata de una fase central en el camino de transición; durante el “test de la vida real”, normalmente contenido entre ocho y doce meses (aunque en ocasiones se prolonga por muchos años), la persona transexual es requerida a vivir y experimentar de acuerdo con el sexo de “elección”, es decir el hacia el cual se está “transitando”.

⁷⁸ Necesaria para escapar del encuadramiento entre los actos lesivos del propio cuerpo, removiendo los límites de indisponibilidad fundados en el Art. 5 c.c.

⁷⁹ Art. 31, co. 6, D. Lgs. 150/2011 e l. 76/2016.

⁸⁰ Art. 1, co. 1, 2, 5, L. 164/1982, modificados (y en parte derogados por d. lgs. 1 septiembre 2011, n. 150 de reforma de los ritos procesales).

⁸¹ Tribunal cost. 98/79; 161/1985; 170/2014; 221/2015; 180 e 185/2017.

presentaba; ciertamente, la reforma no parecía haber simplificado, sino más bien cargado las formas procedimentales, los tiempos y los costes y añadido confusión sobre todo a nivel operativo⁸².

Sin embargo, recientemente la evolución jurisprudencial ha superado la (supuesta) necesidad de intervención quirúrgica de la modificación de los caracteres sexuales primarios para la conclusión del camino de transición —determinada por la falta de claridad normativa⁸³— y de la modificación del nombre. De hecho, la normativa no explicitaba el significado preciso del requisito de la “necesidad” de la intervención, ni qué parámetros asumir para evaluarla, como tampoco el contenido del acertamiento judicial relativo al tipo de tratamiento médico-quirúrgico mencionado por la ley. Superando las posiciones precedentes, la reciente jurisprudencia constitucional y de legitimidad ha reconocido un peso determinante a la componente psicológica de la persona involucrada, remitiendo a la autoridad judicial, con el soporte de médicos y psicólogos, la evaluación del mérito⁸⁴.

⁸² F. Bilotta, *Transsexualismo, cit.*, 757 ss.

⁸³ Conforme a la ley de referencia, para la modificación del sexo, es necesaria la autorización del tribunal (con sentencia) “cuando [solo *si*] resulta necesaria una adecuación de los caracteres sexuales que debe realizarse mediante el tratamiento médico-quirúrgico” mientras que el juez, “acertada la efectucción del trato autorizado”, establece la modificación de los datos del registro civil. La incertidumbre no ha sido aclarada tampoco por la reforma de 2011 que sustancialmente ha reproducido el texto previo. Art. 31, co. 4, D.Lgs. n. 150/2011. En concreto, dicha incertidumbre concernía a los criterios subjetivos y objetivos mediante los cuales evaluar la mencionada “necesidad” de la intervención, es decir si, por un lado, en relación con la persona involucrada, con sus necesidades y sus aspiraciones, o si, por otro lado, en relación con otros principios y valores, como por ejemplo la certidumbre del ordenamiento, con las relaciones jurídicas y los *status*, la asignación definitiva de una persona a uno de los dos sexos y la existencia de dos sexos, la garantía de los terceros que entren en contacto con quien se somete a la rectificación de los datos de registro. La modificación de la ley tampoco ha aclarado cual sea el tratamiento médico-quirúrgico requerido, aspecto que merece ser considerado a la luz de la diversidad de las orientaciones médico-quirúrgicas potencialmente aplicables y de la posibilidad que para integrar el requisito de “tratamiento médico-quirúrgico” se considere suficiente la sola administración de hormonas, pues sin la intervención quirúrgica sobre los caracteres sexuales primarios.

⁸⁴ En este sentido, Corte cass. 15138/2015, Corte cost. 221/2015, 180 e 185/2017.

En cuanto a la elección del nombre, en Italia por lo general esta es admitida solo a la conclusión del “tránsito”, vista la “necesidad” de una inquebrantable coincidencia entre el sexo indicado en el registro civil y nombre⁸⁵, y por lo tanto, una vez realizada la intervención quirúrgica, aunque la ley esté silente sobre las modalidades, se remite a la praxis la determinación de las concretas formas de actuación⁸⁶, admitiendo recientemente la modificación del nombre también antes e independiente de la modificación anatómica. En cuanto a la edad para iniciar el camino de modificación del sexo anatómico y registral, en el silencio de la ley, la jurisprudencia italiana ha mostrado vacilaciones acerca de la admisión a la intervención de personas de menores de edad⁸⁷, por cuanto prohibirlo significaría implícitamente introducir un requisito no requerido por ley.

En cuanto a las garantías antidiscriminatorias en el ámbito laboral, realidad altamente problemática, como han mostrado las investigaciones⁸⁸, no existe en el ordenamiento italiano un ámbito autónomo protegido, dejando así las tutelas en un limbo que requiere una confrontación continua con los principios generales de garantía de las personas humanas y con los instrumentos generales, al contrastar las discriminaciones de acuerdo con características personales⁸⁹. Por lo demás, pese a que hubiera podido ser más valorado el potencial de la Directiva denominada “Refundición” que ha incluido las discrimina-

⁸⁵ Art. 35, D.P.R. de 3 de noviembre de 2000, n. 396.

⁸⁶ A. Lorenzetti, *Diritti in transito*, cit., 70-75.

⁸⁷ Es sentido desestimatorio, v. Trib. Catania, 17.03.2004, en Dir. fam., 2004, 455 ss.; en sentido estimatorio, Trib. Roma, 11.03.2011, en Fam. dir., 2012, 500 ss.; Trib. Frosinone, 25.07.2017, en Foro it., 2018, 144.

⁸⁸ A nivel nacional, no son muchas las investigaciones: C. D’Ippoliti, A. Schuster, *Disorientamenti*, Roma, Armando editore, 2011; el informe de Arcigay titulado *Io sono, io lavoro* (<http://www.arcigay.it/io-sono-io-lavoro/>) y A. Lorenzetti, G. Viggiani, *Hard Work. LGBTI Persons in the Workplace in Italy*, Pisa, ETS, 2016. V. los datos fornidos por la Agencia de la Unión Europea para los Derechos Fundamentales; v. *Homofobia y Discriminación por razón de orientación sexual y de identidad de género en los Estados Miembros de la Unión Europea; Parte II - La situación social*”.

⁸⁹ En el contexto italiano, sin embargo, se destacan algunas normativas regionales que tratan el contraste a las discriminaciones por razón de identidad de género, por ejemplo L.R. Toscana 15.11.2004, n. 63; L.R. Liguria 10.11.2009, n. 52; L.R. Marche 11.02.2010, n. 8.

ciones por razón del cambio de sexo como entrantes entre las salvaguardias previstas para las discriminaciones entre hombre y mujer⁹⁰. Ni siquiera en este ámbito el contencioso parece adecuado a la problemática⁹¹, puede suponerse que por la dificultad de probar el trato discriminatorio y el escaso conocimiento de los instrumentos normativos por parte de las víctimas y de los operadores del derecho⁹².

Incluso a la vista de lo problemático de la cuestión, la materia laboral no incluye disposiciones expresas ni en la ley sobre la modificación del sexo (l. 164/1982), ni en otras fuentes de nivel estatal. Existen dos excepciones, de las cuales la primera es el texto normativo que ha modificado las medidas dirigidas a garantizar la igualdad de oportunidades y el bienestar laboral⁹³ que impone a las públicas administraciones el deber de garantizar igualdad e igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres y la ausencia de cada tipo de discriminación incluso por razón de género⁹⁴. Además, existe la normativa que, tratando la salvaguardia de la salud y de la seguridad de los lugares de trabajo, incluye entre sus finalidades “el respeto de los niveles esenciales de las prestaciones concernientes a los derechos civiles y sociales”, incluso en relación con las diferencias de género⁹⁵. Sin duda, semejantes normativas denotan una creciente sensibilidad por parte del legislador y, en general, una evolución hacia un lenguaje más adecuado a los términos de la cuestión⁹⁶, en cuanto la referencia

⁹⁰ Directiva 2006/54, y en concreto el Considerando 3.

⁹¹ Acuérdense algunas resoluciones de tribunales administrativos en materia de despido por motivos de identidad de género del trabajador, empleado de la Policía postal que, fuera del horario de servicio, había sido visto en ropa de mujer. Dichos tribunales establecieron la irrogación de la sanción disciplinar del despido, cuya legitimidad ha sido confirmada por los jueces administrativos. T.A.R. Veneto, 6.12.2006, n. 4261; Cons. Stato 19.6.2007, n. 5461, su cui v. F. Bilotta, *La prospettiva antidiscriminatoria e il diritto amministrativo: riflessioni intorno alla sentenza del TAR Veneto n. 4261/2006*, en L. Calafà, D. Gottardi (a cargo de), *Il diritto antidiscriminatorio fra teoria e prassi applicativa*, Roma, Ediesse, 2009, 286-300.

⁹² A. Lorenzetti, G. Viggiani, *Hard Work*, cit.

⁹³ Relacionado con el contexto laboral, l. de 4 de noviembre de 2010, n. 183.

⁹⁴ Art. 21, co. 1, pt. b), l. 183/2010, n. 183, mod. art. 7, co. 1, d.lgs. 165/2001.

⁹⁵ D. lgs. de 9 de abril de 2008, n. 81.

⁹⁶ Por ejemplo, sustituyendo “género” por “sexo” que parece denotar una mayor exactitud de lenguaje.

se hace al género, y no a la identidad de género, dirigiéndose pues al dato social y cultural asociado con ser hombre o mujer y no específicamente a la condición transgénero.

En todo caso, aparte de tales excepciones, no se establecieron prohibiciones de discriminación, ni sanciones e instrumentos de garantía procesal *ad hoc*, puesto que a diferencia que otros ordenamientos no se acuñó ninguna condición de discriminación autónoma para la identidad de género, ni, en el momento de transponer las Directivas en materia de igualdad de género (2006/54 y 2004/113), la identidad de género fue incluida entre las condiciones salvaguardadas. Sin embargo, es cierto que, para tutelar a las personas transexuales, se podría hacer referencia a las normativas generales que prohíben las discriminaciones por razón de sexo también; siguiendo las indicaciones derivadas de la jurisprudencia (ej. K.B. de 2004) y de la normativa europea (Directiva 2006/54, Considerando 3), en efecto, los instrumentos de salvaguardia establecidos para el contraste de las discriminaciones por razón de sexo se extienden también a los casos de reasignación del sexo⁹⁷.

Puesto que la noción jurídica de familia aún se asienta rígidamente en la diversidad de sexo de la pareja, la condición trans pone en cuestión en particular el estado del matrimonio después del cambio de sexo. Algunas importantes reflexiones han sido ofrecidas también a nivel interno en relación con el “Caso Bernaroli”⁹⁸, en que intervinieron tanto el Tribunal Supremo⁹⁹ como el Tribunal Constitucional¹⁰⁰, puesto que después del cambio de sexo la pareja no pensaba divorciarse, resultó sin embargo que se suponía era algo obligado, dada la ausencia de cualquier tipo de reconocimiento jurídico para parejas formadas por personas del mismo sexo. La cuestión ha sido superada en parte mediante la introducción de una institución jurídica de reglamentación de parejas formadas de personas del mismo sexo; las uniones civiles¹⁰¹, aunque no se pueda explicar la “degradación” desde régimen matrimonial, a lo establecido para las parejas del mismo sexo.

⁹⁷ A. Lorenzetti, *Diritti in transito*, 179 ss.

⁹⁸ A. Lorenzetti, *Diritti in transito*, *cit.*, 105 ss.

⁹⁹ Cass. 14329/2013; 8097/2015.

¹⁰⁰ Tribunal cost. 170/2014.

¹⁰¹ Art. 31, co. 6, D. Lgs. 150/2011 y l. 76/2016.

Resulta igualmente portadora de cuestiones controvertidas la trans-parentalidad, o sea la parentalidad de personas transexuales, que puede perfilarse sustancialmente de dos maneras; en primer lugar, si una persona con hijos recibe una intervención de modificación del sexo y, en segundo lugar, si después de la reasignación del sexo quiere crear un vínculo de filiación. Este último no muestra aspectos problemáticos, pudiendo la pareja o la persona acceder a técnicas de fecundación asistida o a la adopción conforme a las reglas usuales.

En el caso de modificación del sexo de una persona con hijos, la jurisprudencia parece por lo general atenta al principio que regula todas relaciones que implican menores, es decir la evaluación de forma prioritaria del superior interés del menor, a veces dejando emerger el implícito presupuesto de que el menor no pueda comprender la inusual circunstancia del progenitor y la convicción de que el progenitor transexual no pueda desempeñar su propio papel¹⁰².

Salvo raras excepciones, de todos modos la transición ha sido considerada un límite al acceso a la parentalidad, aunque las pocas investigaciones sobre el tema hayan mostrado que la idea de un trauma como efecto directo y automático de la condición transexual de un progenitor es infundada, más bien se ha verificado que cuanto más estables sean las relaciones entre progenitores y entre progenitores e hijos durante el lapso de tiempo que precede la transición, tanto más permanecen tales a largo plazo una vez concluido el camino. Además, es preciso aclarar que la reforma sobre la custodia compartida considera de todos modos como excepcional la hipótesis de exclusión de uno de los progenitores de la vida del menor (l. 54/2006)¹⁰³, por lo que debería motivarse atentamente la razón que induce a recurrir semejante camino. En concreto, parece cierto que el cambio psíquico y físico sufrido por la persona transexual no podría perjudicar la relación parental, ni desde el punto de vista emocional, ni material.

En efecto, deben considerarse inalteradas las obligaciones y los deberes civiles, patrimoniales y asistenciales previos, que sobreviven

¹⁰² J. Long, *Genitori LGBTI*, in A. Schuster (a cargo de), *Equality and Justice*, Udine, Forum, 2011, 127-136.

¹⁰³ Para más amplias argumentaciones y la bibliografía referenciada v. A. Lorenzetti, *Diritti in transito*, 129 ss.

a título de continuidad, incluso considerando que el *status filiationis* tiene carácter relacional y sufriría un deterioro si no se conservase el vínculo en línea vertical.

En cuanto a Francia, el ordenamiento permite el cambio de sexo a las personas tanto mayores como menores de edad¹⁰⁴. Pueden presentarse como “prueba” para acceder al camino de rectificación, el vivir, públicamente, en el contexto familiar, afectivo o profesional, en el sexo de elección, así mismo el haber obtenido el cambio del nombre correspondiendo al sexo de elección, indicios acerca el papel social desempeñado, dirigidos a constituir un “suficiente conjunto de hechos”. La vía consiste en un procedimiento judicial ante el *Tribunal de Grand Instance*, sin que el no haberse sometido a la intervención quirúrgica o a la esterilización pueda constituir una razón de desestimación de la demanda¹⁰⁵.

Una vez que haya comprobado el cumplimiento de las condiciones requeridas, el juez ordena la modificación de la adscripción sexual y del nombre en los documentos y en los certificados de estado civil¹⁰⁶. Desde 2017, además se previó la posibilidad de modificar el género indicado en el registro civil sin la intervención quirúrgica. Como en la mayoría de los ordenamientos, se reconoce la posibilidad de acceder al matrimonio con una persona de sexo opuesto al adquirido al final del camino de transición¹⁰⁷, tema que ha originado un notable contencioso, llegado incluso ante los Tribunales europeos¹⁰⁸. Sin embargo,

¹⁰⁴ Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 *de modernisation de la justice du XXIe siècle*, ha reformado el Code civil, Article 61-5.

¹⁰⁵ Sobre la cuestión, hubo una sentencia del Tribunal EDH, *A.P. c. Francia*.

¹⁰⁶ *Article 61-6*.

¹⁰⁷ Austria, Bélgica, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Alemania, Italia, Letonia, Luxemburgo, Holanda, Polonia, Reino Unido, Eslovaquia, Suecia y España. Para este último ordenamiento, v. P. Benavente Moreda, *Orientación sexual e identidad de género y relaciones jurídico-privadas*, in *Revista General de Derecho Constitucional*, 17, 2013, 36 y 46. Por otro lado, no se permite lo mismo en Irlanda, Portugal, Bulgaria, Chipre, Lituania, Malta, República Checa, Rumania, Eslovenia y Hungría.

¹⁰⁸ Solo un caso, además desestimado, había concernido la posibilidad de casarse con una persona del género opuesto pero que lleve la misma indicación del sexo en el registro civil. ECHR, *Eriksson e Goldschmidt c. Suecia*, no. 14573/89 [1989]. Una mujer transgénero que resultaba en el registro con su género psicológico, pero sin que se hubiera sometido a intervención quirúrgica alguna,

es preciso destacar algunas decisiones contradictorias —previas a las modificaciones que introdujeron el matrimonio independientemente de la adscripción sexual— en materia de derecho de familia; baste con pensar, por ejemplo, al rechazo a proceder a las publicaciones de matrimonio requeridas por una pareja formada de una mujer transexual *MtF* (que había realizado la intervención quirúrgica de reasignación de sexo y de nombre) y de una persona transexual *MtF* que, ante el estado civil, resultaba todavía ser un hombre; pese a que se trataba de dos personas cuya indicación del sexo en el registro era diferente, pues conforme al paradigma heterosexual del matrimonio, el rechazo se motivó basándose en la coincidencia de género que lo convertiría en simulado¹⁰⁹.

En relación con la legislación antidiscriminatoria, la identidad de género (o mejor dicho la identidad sexual) fue incluida entre las condiciones salvaguardadas por las normas en materia laboral.

En el ordenamiento alemán, la entrada del reconocimiento jurídico de la condición sexual ocurrió en 1980, como consecuencia de la acción de la jurisprudencia constitucional¹¹⁰. La ley alemana, primera ley del continente europeo¹¹¹, establece la así llamada “solución pequeña” que “exige” solo el cambio de los caracteres sexuales secundarios para la modificación del nombre¹¹², mientras que, por otro lado, para la así llamada “gran solución” (*die große Lösung*) e incluso para

deseaba casarse con su pareja. El Tribunal estableció que el Art. 12 CEDH no garantizaba la diversidad de sexo biológico de los recurrentes, porque conforme a la ley sueca, la pareja es formada por personas “jurídicamente pertenecientes al mismo sexo”.

¹⁰⁹ Dos instancias judiciales (Trib. Nancy, 10.7.2009 y Ap. Versailles, 8.7.2011) han desestimado el recurso impulsado por la pareja contra la oposición del procurador de Nanterre. A. Schuster, *Le unioni fra persone dello stesso genere nel diritto comparato ed europeo*, en B. Pezzini, A. Lorenzetti (a cargo de), *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138/2010*, Jovene, Napoli, 255-295.

¹¹⁰ En 1978, el Tribunal constitucional (BVG), sentencia de 11 de octubre de 1978, había reconocido la ilegitimidad constitucional de la ausencia de una disciplina tal para permitir la modificación del sexo (en *Foro italiano*, 1979, 272).

¹¹¹ *Transsexuellengesetz* de 1980, *Gesetz über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen (Transsexuellengesetz - TSG)*.

¹¹² Traducción de *kleine Lösung*, solución que permite, independientemente de la intervención quirúrgica, modificar el nombre conforme al género percibido.

la rectificación ante el registro se requieren intervenciones quirúrgicas de modificación de los caracteres sexuales tales que vuelven la persona estéril.

La modificación anatómica y registral es posible al cumplirse unos (más o menos complicados) procedimientos médico-quirúrgicos y legales¹¹³ requeridos en parte por la ley, en parte por la praxis que se ha consolidado durante los años, así como se requieren pruebas psicológicas, psiquiátricas y físicas, con examen de los genitales por parte de expertos y autorizaciones por parte de autoridades judiciales o administrativas, tratamientos hormonales y/o quirúrgicos¹¹⁴. Aunque en la estructura original, a fin de la re-atribución registral del sexo se requería una serie de condiciones —identificación en el otro sexo y un *real-life test* de al menos tres años, una elevada probabilidad de no querer volver al otro sexo, así como condiciones concernientes la ciudadanía de la persona, no estar casados, ser permanentemente estéril, someterse a intervenciones quirúrgicas sobre los órganos sexuales externos, de manera que se haya realizado un significativo acercamiento a las apariencias del otro sexo— hoy en día el cuadro se ha modificado profundamente, como resultado de una serie de pronunciamientos del Tribunal Constitucional que ha conducido a modificar la ley¹¹⁵.

En un primer momento, pese a que esta circunstancia había suscitado el interés público para evitar que dos personas del mismo sexo pudieran casarse, el Tribunal Constitucional ha declarado inconstitucional la parte de la ley sobre el transexualismo que imponía la pérdida del nombre del nuevo género para la persona transexual no intervenida quirúrgicamente que hubiese cambiado la identidad (con

¹¹³ V. el *Informe de la Agencia de la Unión Europea para los Derechos Fundamentales (FRA) sobre Homofobia y discriminación por razón de la orientación sexual en los Estados miembros de la Unión Europea*, Parte I, Análisis Legal, 20 (de ahora en adelante, “Informe”).

¹¹⁴ Además, análogamente a muchos Estados de la UE, entre los cuales, Austria, Bélgica, Dinamarca, Estonia, Francia, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Holanda, Polonia, Portugal, República Checa, Eslovaquia, España, V. *Informe*, 7.

¹¹⁵ V. BVerfGE v. 16.3.1982 I 619 - 1 BvR 938/81; BVerfGE v. 11.1.2011 I 224 - 1 BvR 3295/07; BVerfGE v. 27.5.2008 121 - 1 BvL 10/05 - 121, 175; v. también el *Gesetz zur Änderung des Transsexuellengesetzes vom 17. Juli 2009*.

la *kleine Lösung*) y contraído matrimonio¹¹⁶. Sucesivamente, declaró inconstitucional la disposición legislativa que prohibía al transexual cambiar el sexo registral si estaba casado. Pese a que se dejó amplio margen sobre cómo acoger la decisión, el *BVerfG* impuso al legislador “relajar” el paradigma heterosexual admitiendo que un matrimonio pueda continuar entre personas (que se han vuelto) del mismo sexo. Pese a que la *Grundgesetz* (art. 6, ap. 1) hace expresa referencia al matrimonio entre personas de sexo diferente —se lee en el pronunciamiento— el interés del legislador en mantener la institución jurídica cual unión de hombre y mujer no puede prevalecer sobre la voluntad de una pareja de mantenerse unida aún después de un cambio de sexo de uno de los cónyuges, de otra forma se verían comprometidos derechos y valores constitucionalmente garantizados. La decisión de cambiar sexo, precisamente porque es consustancial a la realización personal de uno de los cónyuges, es una contingencia que forma parte de la vida de la pareja y en la que esta última tiene que compartir aún más las dificultades del momento. Por lo tanto, crear una alternativa neta entre la decisión de cambiar sexo y la de permanecer casados significa pretender graduar (e inevitablemente jerarquizar) dos derechos que, en cuanto fundamentales, están dotados de la misma relevancia constitucional¹¹⁷. En enero de 2011, el Tribunal constitucional alemán volvió nuevamente al tema. En el caso de una mujer transexual *MtF* que había elegido la así llamada “solución pequeña”, declaró inconstitucional la *Transsexuellengesetz* en la medida en que de hecho imponía la intervención quirúrgica para poder registrar la unión entre dos personas del mismo sexo registral y reconoció la posibilidad de que esta institución jurídica pueda utilizarse incluso entre personas de sexo biológico y registral diferente¹¹⁸. Según el Tribunal constitucional alemán, esta disposición es lesiva de los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad y a la inviolabilidad física, que evocan el principio de la dignidad

¹¹⁶ *BVerfG*, 1 BvL 3/03 de 6.12.2005.

¹¹⁷ *BVerfG*, 1 BvL 10/05 de 27.5.2008. M. Gattuso, *Matrimonio, identità e dignità personale: il caso del mutamento di sesso di uno dei coniugi*, en *Dir. fam. pers.*, 3, 2012, 1076 ss.; S. Patti, *Il divorzio della persona transessuale in Europa*, en *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2, 2012, 174.

¹¹⁸ *BVerfG*, 1 BvR 3295/07.

humana¹¹⁹. El acceso a las terapias psicológicas y hormonales está permitido incluso a las personas menores de edad¹²⁰, garantizando las necesarias informaciones con vistas al consentimiento informado y con respecto a la asistencia sanitaria. Además, los importes de la intervención quirúrgica están cubiertos por el servicio sanitario, como consecuencia de un pronunciamiento del TEDH que ha señalado que la falta de reconocimiento de hecho suponía un obstáculo al acceso a dichos tratamientos debido a su elevado coste¹²¹.

Por lo que concierne las garantías antidiscriminatorias, al transponer las Directivas de segunda generación, Alemania consideró la identidad sexual (*Die sexuelle Identität*) como autónoma condición de salvaguardia contra las discriminaciones. Sin embargo, el hecho de haber introducido en el texto de referencia sobre la igualdad y la antidiscriminación (*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*, AGG¹²²) la noción de *sexuelle Identität* sin ninguna otra definición, ha sido objeto de críticas, en cuanto se ha señalado su carácter potencialmente estigmatizador.

¹¹⁹ F. Saitto, *La giurisprudenza tedesca in materia di eingetragene Lebenspartnerschaft tra garanzie d'istituto e Abstandsgebot. Spunti di comparazione con la sent. n. 138 del 2010 della Corte costituzionale italiana*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2011, 1-9; Id., "Particolare tutela" del matrimonio, principio di uguaglianza e garanzia di istituto: le unioni civili davanti al tribunale costituzionale federale tedesco, in *Ianus*, 2011, 4, 109-137; L. Ferraro, *Transessualismo e Costituzione*, cit.

¹²⁰ Bélgica, Alemania, Holanda.

¹²¹ Específicamente sobre la elección del tratamiento médico y el derecho al reembolso de los gastos sufragados para las curas, v. ECHR, *van Kuck v. Germany*, no. 35968/97 [2003] (la compañía aseguradora se negaba a reconocer el reembolso de los gastos sufridos por la señora Van Kuck por la intervención quirúrgica, considerándola como no necesaria y sustituible con terapias hormonales y de soporte psicológico), *L. c. Lituania* de 11 de septiembre de 2007. Por otro lado, concernía al plazo dentro del cual la persona que obtuvo la autorización tenía que someterse a la intervención; ECHR, *Schlumpf v. Switzerland*, no. 29002/06 [2009]. Sobre la duración del proceso, v. ECHR, *D.P. c. Francia*, no. 24109/94 [1995], en que no se estimó la violación por la complejidad de los hechos, ECHR, *Juchault v. France*, no. 25202/94 [1996].

¹²² En relación con lo cual, v. nota n. 68 del presente estudio.

3.2. *La condición intersexual y la seguridad jurídica*

En relación con la condición intersexual, es preciso destacar que, en casi todos los ordenamientos, el sistema jurídico se basa en el binarismo que impone la adscripción de cada persona al sexo masculino o al sexo femenino, operación en absoluto problemática para la mayoría de las personas, pero que genera dudas cuando, como en el caso de las personas intersexuales, esto no es posible en términos unívocos. Italia está incluida en este tipo de ordenamientos, siendo al momento del nacimiento cuando se establece la adscripción del niño a uno de los dos sexos registrales¹²³ y la asignación de un nombre que le corresponda¹²⁴.

La praxis muestra que por lo general la “solución” a la dificultad de atribuir a una persona al sexo masculino o femenino, en Italia también, como en muchos países, se reconduce a una intervención quirúrgica de modificación de los caracteres sexuales que reconduzca el cuerpo del niño entre los cánones considerados de “normalidad” y por lo tanto ponga fin a la dificultad de asignación del sexo registral. Semejante praxis es aún hoy bastante frecuente, pese a la aprobación por parte del Comité Nacional de Bioética de Directrices para seguir en el momento de tratar a sujetos médicamente considerados como afectados por “trastornos de la diferenciación sexual”. Aunque este documento recomienda que cada intervención sobre el cuerpo tenga que ser guiada por el principio del mejor interés del menor, evitando pues mutilaciones que no sean médicamente necesarias y urgentes e informando adecuadamente la familia, sin embargo, es preciso señalar su carácter problemático, por ejemplo, con respecto a la persistente petición (o implícito supuesto) de armonizar el cuerpo mediante

¹²³ El D.P.R. de 3 de noviembre de 2000 n. 396 (art. 30) requiere que la declaración de nacimiento se efectúe dentro del plazo de tres días después del parto, ante la Dirección Sanitaria del Hospital o casa de cura donde ocurrió el parto, o alternativamente adentro de diez días ante el Oficial de Estado Civil de Común donde el niño ha nacido o del común de residencia de los progenitores. En la declaración se requiere expresamente también la indicación del “sexo del niño” (art. 29).

¹²⁴ En efecto, conforme al art. 35, D.P.R. de 3 de noviembre de 2000, n. 396, “el nombre puesto al niño deberá coincidir con el sexo”.

intervenciones quirúrgicas¹²⁵. El tema muestra un carácter ampliamente problemático tanto con respecto a la lesión de los derechos y de las libertades de la persona involucrada que sufre tratamientos que violan la integridad del cuerpo, a menudo incluso sin el consentimiento informado acerca sus consecuencias¹²⁶. Si en otros contextos se han desarrollado protocolos que reconozcan la centralidad del menor en las elecciones, invasivas e irreversibles, que conciernen su propio cuerpo una vez que se alcance la mayoría de edad, en Italia, hay todavía una débil la conciencia de tal aspecto y los casos que han llegado hasta los tribunales son muy escasos.

El cuadro aparece sustancialmente análogo en el contexto francés, allá donde se manifiestan similares lagunas en la protección contra las intervenciones quirúrgicas no necesarias y realizadas durante una edad en la que el menor involucrado no puede expresar su propio consentimiento. En consecuencia, una acción judicial impulsada por un activista para obtener la condición de “sexo neutro en los certificados”, introdujo esta posibilidad, con la aclaración por parte de los jueces de que no se trataba de la introducción del así llamado “tercer sexo”, sino de reconocer la imposibilidad de asignar la persona a uno u otro sexo.

En el ordenamiento alemán, desde noviembre de 2013, para los niños nacidos con anatomía sexual atípica es posible omitir la mención del sexo¹²⁷. Además, esta solución legislativa ha sido considerada estigmatizadora y fuertemente criticada, porque la persona es considerada “otra cosa” respecto a la “norma” representada por el binarismo sexual según lo cual cada individuo es femenino o masculino, e

¹²⁵ Comité nacional de Bioética, *Los trastornos de la diferenciación sexual*, dictamen de 25.2.2010, disponible en www.governo.it/bioetica/pareri.html (último acceso: 12.11.2018).

¹²⁶ S. Rossi, *Consenso informato (II)*, en *Digesto delle discipline privatistiche*, Sez. Civ., Agg. VII, Utet, Torino 2012, pp. 177 ss.

¹²⁷ *Gesetz zur Änderung perso-nenstandsrechtlicher Vorschriften - Personenstandsrecht- Änderungsgesetz - PStRÄndG*, que modificó también el Art. 22 de la Ley sobre el estado civil de las personas, *PStG - Personenstandsgesetz*. Para el texto de la ley: www.bgbl.de/banzxaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBl&jumpTo=bgbl113s1122.pdf (último acceso: 12.11.2018), en cambio para el texto del PStG, reformado: www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/pstg/gesamt.pdf (último acceso: 12.11.2018).

implícitamente “dirigida” hacia una normalización. Sobre el tema intervino un ulterior pronunciamiento del Tribunal Constitucional que ha declarado inconstitucional la ley sobre el estado civil en la medida que no permite inscribir en los registros la pertenencia a un “tercer sexo”¹²⁸. El caso se originó en virtud de la solicitud por la persona que quería modificar la propia inscripción registral en “inter/diferente” o “diferente”, no reconociéndose como perteneciente ni al sexo femenino ni al sexo masculino, debido a una modificación cromosómica. Dicha persona había asistido a la desestimación de la solicitud tanto por el oficial del estado civil como por el juez de primera instancia¹²⁹, el de la apelación¹³⁰ y del Tribunal Supremo¹³¹, debido a la ausencia de una reglamentación legislativa. El Tribunal Constitucional —al cual se dirigió la persona¹³², afectada por el síndrome de Turner, es decir una condición *intersex*— argumentó que el derecho al pleno desarrollo de la personalidad garantizado por la Constitución¹³³ incluye la tutela de la identidad sexual incluso de la de aquellos que no se identifican ni al sexo masculino ni al femenino. “La posibilidad de poder reconectarse a un género determinado es un paso clave en la reconstrucción de la propia personalidad, desde el punto de vista tanto personal, como social; en efecto, las inscripciones registrales están dirigidas a permitir a la persona de tener su propia posición adentro del ordenamiento. Sin embargo, si luego la misma ley por un lado impone el registro del sexo, y por el otro lado no permite alguna indicación positiva que verdaderamente corresponda a la identidad sexual de todos aquellos sujetos que no se reconocen en un sistema binario, de esta manera impidiendo aparentar en el exterior la forma correspondiente al sentir íntimo de la persona, esta realiza un sistema que tiene repercusiones fuertemente negativas sobre el desarrollo de la personalidad. La mera posibilidad de omitir la indicación no toma en cuenta las profundas exigencias de las personas intersexuales, que sienten tener una iden-

¹²⁸ Bundesverfassungsgericht, 10 de octubre de 2017.

¹²⁹ AG Hannover 13 de octubre de 2014 -85III 105/14.

¹³⁰ OLG Celle, sentencia de 21.1.2015 - 17 W 28/14.

¹³¹ Tribunal Supremo Federal (BGH), con sentencia de 22 de junio de 2016 (XII ZB 52/15).

¹³² Se trata del recurso admitido cuando se considere violado un derecho fundamental (*Verfassungsbeschwerde*).

¹³³ Art. 2, ap. 1 juntamente con el Art. 1, ap. 1 Grundgesetz.

idad sexual, que simplemente no puede reconducirse a ‘masculino’ o ‘femenino’”¹³⁴.

Al precisar que el sistema binario no está establecido por la Constitución, no pudiéndose excluir la posibilidad de reconocimiento de una ulterior identidad sexual, el Tribunal lo ha considerado como causa de una injustificada interferencia en los derechos de quienes, aunque no se identifiquen en ninguna de las dos categorías, se ven obligados por la ley a elegir un género de pertenencia. Por otro lado, no puede evaluarse como idónea la solución relativa a la posible omisión de la indicación del sexo, porque no salvaguarda el derecho a la identidad sexual, que está constitucionalmente garantizado. Al contrario, la previsión de una tercera categoría no perjudicaría ni los derechos de terceras personas, ni el interés del Estado a la seguridad jurídica, dado que no plantearía problemas diferentes de aquellos que ya surgen en los casos de omisión del dato. Además, los costes iniciales que el ordenamiento debería sufragar para adecuar el sistema no pueden justificar la lesión de un derecho constitucional. El Tribunal destaca también un efecto discriminatorio de la asignación binaria¹³⁵, dado que genera una desigualdad de trato entre las personas que no son de sexo femenino o masculino y que, por otro lado, se reconocen verdaderamente en otro sexo. “El fin de la disposición es precisamente evitar que personas pertenecientes a un grupo en riesgo de discriminación puedan encontrarse perjudicadas. Sin embargo, esto es exactamente lo que sucede con el conjunto de las disposiciones legislativas sobre el estado civil; las personas intersexuales, a diferencia de hombres y mujeres, no pueden ser registradas conforme a su propio sexo y esto es seguramente un perjuicio, mejor dicho, un tratamiento diferenciado no justificable”¹³⁶. Como resultado, fue declarada la inconstitucionalidad de la norma sobre el estado civil, por violación de las normas constitucionales de salvaguardia de la identidad personal, de la dignidad y la prohibición de discriminación por razón de sexo,

¹³⁴ F. Brunetta d’Usseaux, *La Corte Costituzionale tedesca dichiara l’illegittimità costituzionale della legge sullo stato civile*, en www.articolo29.it.

¹³⁵ Siendo violado el art. 3, ap. 3 GG.

¹³⁶ F. Brunetta d’Usseaux, *La Corte Costituzionale tedesca dichiara l’illegittimità costituzionale*, mencionado.

al no permitir la inscripción registral de un “tercer sexo”¹³⁷. Se indicó un plazo al legislador para aprobar una disciplina respetuosa de los derechos vulnerados (31 de diciembre de 2018), eligiendo entre la total renuncia a la inscripción del sexo en los registros de estado civil y la previsión de otro sexo diferente del masculino o femenino, cuando esta “indicación positiva” coincida con la efectiva percepción subjetiva del género, pidiendo a jueces y autoridades administrativas inaplicar las normas examinadas¹³⁸. Habiendo reconocido que los Constituyentes ciertamente no tenían en mente la superación del binarismo, según la opinión del Tribunal esto no impide una interpretación constitucional tal para incluir a estas personas en la tutela contra las discriminaciones.

4. LAS GARANTÍAS PENALES: HOMO-BI-TRANS-INTER-FOBIA Y CRÍMENES DE ODIO

El tema de las garantías penales contra la homo-bi-trans-interfobia representa una reciente novedad adentro del panorama europeo¹³⁹ y debe tener en cuenta la posible fricción en relación con la libertad de expresión y a la libre manifestación del pensamiento.

Sólo en algunos países se prevén sanciones penales por los así llamados delitos de odio o sanciones agravadas cuando estos sean

¹³⁷ La resolución de inconstitucionalidad afectó el conjunto de los §§ 21, ap. 1, numero 3 y § 22, ap. 3 del Personenstandgesetz.

¹³⁸ F. Brunetta d’Usseaux, *La Corte Costituzionale tedesca dichiara l’illegittimità costituzionale*, men.

¹³⁹ El primer Estado que promulgó una legislación contra los *hate speeches* de matriz homofóbica fue Dinamarca (1987), mientras que Luxemburgo fue el primer Estado que introdujo mayores sanciones para los delitos de violencia por razón de orientación sexual. V. P. Godzisz, G. Viggiani (eds.), *Running through Hurdles: Obstacles in the Access to Justice for Victims of Anti-LGBTI Hate Crimes*, Warsaw, Lambda Warsaw Association, 2018, disponible en <http://www.lgbthatecrime.eu/researchbook/2018%20Running%20through%20hurdles.pdf> y especialmente J.A. Langarita, N. Sadurní, A. Dorado Caballero, P. Albertín Carbó, *From Zero to Hero: A Transnational Perspective on Countering Anti-LGBT Hate Crime in Europe* pp. 291 ss.

realizados por razón de identidad de género y orientación sexual¹⁴⁰, mientras que en un número mucho más limitado de ordenamientos se establece expresamente en relación con la condición *intersex*¹⁴¹.

En términos generales, pueden individuarse dos enfoques diferentes con respecto a los *hate crimes*, de los cuales el primero establece que algunos comportamientos, como violencia o amenazas, sean específicamente sancionados cuando sean cometidos a causa de un perjuicio¹⁴². Por otro lado, en otros Estados, en los casos que el delito se basa en la discriminación se prevé una circunstancia agravante y por lo tanto se aplica a cualquier supuesto¹⁴³.

Los países que prevén sanciones presentan una gran variedad de formas y modalidades¹⁴⁴, con unas particularidades cuando las normativas son de nivel subestatal, como en el caso de la ley escocesa, en la que se mencionan expresamente los delitos de odio transfóbicos¹⁴⁵.

De acuerdo con la OCDE, dichos *hate crimes* a menudo no se reconocen como tales, resultando ampliamente infravalorados y subestimados¹⁴⁶. Las pocas excepciones que contemplan una atenta docu-

¹⁴⁰ Actualmente, 18 Estados consideran una circunstancia agravante de un delito el hecho de haber sido impulsado por un perjuicio fundado en la orientación sexual (Austria, Bélgica, Croacia, Dinamarca, Finlandia, Francia, Grecia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Holanda, Portugal, Reino Unido, Rumania, Eslovaquia, España, Suecia, Hungría), algunos de los cuales tipifican también los *hate crimes* contra las personas trans (Bélgica, Croacia, Finlandia, Francia, Grecia, Malta, Portugal, Reino Unido, España, Hungría). V. P. Godzisz, G. Viggiani (eds.), *Running through Hurdles*, citado.

¹⁴¹ Bélgica, Grecia, Malta, Reino Unido, España.

¹⁴² Bulgaria, Cyprus, Czech Republic, Hungary, Poland, Portugal, Romania, Slovakia, Slovenia, Sweden and the United Kingdom.

¹⁴³ Austria, Croacia, Chipre, República Checa, Dinamarca, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Italia, Letonia, Lituania, Países Bajos, Rumanía, Eslovaquia, España, Suecia y el Reino Unido.

¹⁴⁴ P. Godzisz, G. Viggiani (eds.), *Running through Hurdles*, mencionado.

¹⁴⁵ V. *Offences (Aggravation by Prejudice)* (Scotland) Act 2009, disponible en <http://www.legislation.gov.uk/asp/2009/8/contents>. Incluso Portugal recientemente ha aprobado la l. 19/2013 que ha introducido en el código penal el delito de discriminaciones y crímenes de odio contra las personas transgénder.

¹⁴⁶ Se hace referencia a los conocidos problemas de *underreporting* y de *underrecording* en materia.

mentación de los delitos contra las personas transgénero¹⁴⁷ permiten destacar, y no es poca cosa, la emersión de un fenómeno escondido y a menudo combinado unívocamente con ambientes criminales relacionados con la prostitución. La débil visibilidad debe reconducirse a la imposibilidad de registrarlo como tal, lo que no es posible en los sistemas de calificación interna de los delitos, a menudo clasificados según el tipo de delito y considerando que la clasificación de la víctima del delito ocurre conforme al sexo registral, pues a menudo las personas transgénero no son consideradas conforme al sexo de elección.

En el debate italiano, la cuestión es relativamente actual, a la luz de algunas propuestas de ley dirigidas a introducir la agravante específica para los *hate speeches* y para los delitos motivados por homofobia y transfobia¹⁴⁸, como ya ocurría para otras condiciones personales. En ausencia de una legislación que reprima penalmente algunas conductas discriminatorias en perjuicio de las personas homosexuales o que castiguen más severamente el delito si son cometidas porque la víctima era homosexual, es preciso dar cuenta de una sentencia aislada en la cual el agravante previsto por la “ley Mancino” para delitos cometidos por motivaciones que se refieren a la raza, al origen étnico y a la religión¹⁴⁹ se consideró extensible por analogía a los comportamientos homofóbicos también¹⁵⁰.

En cuanto a Francia, desde 2004, se establecieron sanciones por manifestaciones verbales de homofobia, sexismo, racismo y xenofobia e incluso se creó una Alta Autoridad contra la discriminación y para la igualdad (*Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité*). Además, se prevén delitos específicos, entre los cuales,

¹⁴⁷ Reino Unido. El *Crime Prosecution Service* en Inglaterra y en Gales ha desarrollado la política y la práctica por las cuales se investiga cada crimen de carácter transfóbico; <http://www.cps.gov.uk/Publications/prosecution/homophobia.html> (26.10.2008). En Irlanda del Norte los crímenes de odio aparecen en las estadísticas anuales de los delitos (Estadísticas PSNI (2008), *Annual Statistical Report, Statistical Report Nr. 3; Hate Incidents & Crimes*; 1 de abril de 2007 - 31 de marzo de 2008; Belfast: PSNI; 2008).

¹⁴⁸ A. Lorenzetti, *Diritti in transito*, 213 ss.

¹⁴⁹ Trib. Palermo, sez. gup., 27 junio 2007

¹⁵⁰ Trib. Catania, 2 julio 2008, n. 2997, RCP, 2008, 12, 2536, confirmado por App. Catania, 12 octubre 2010, n. 1131, www.studiocataldi.it, que redujo la entidad del importe de 100.000 € a 5.000 €.

lesiones, difamación, insulto, incitación al odio o a la violencia, o de discriminación contra una persona o grupo de personas por razón de género o de orientación sexual. Asimismo, se incluyen agravantes, en relación con las agresiones físicas o al asesinato por razones de sexo, de orientación sexual o de identidad de género de la víctima (art. 132-77 del código penal). Incluso se consideran delitos las violaciones de la prohibición de discriminación en el ámbito del acceso a bienes y servicios y de las actividades económicas.

En el ordenamiento alemán, son las normas sub-federales las que en algunos casos prevén unas garantías específicas en ámbito penal, siendo ausente una normativa determinada. Sin embargo, se prevé la posibilidad de evaluar las finalidades de una conducta criminal dirigida a violar la dignidad humana¹⁵¹.

5. CONCLUSIONES

Pese a que analizar la tutela de los derechos de las personas LGBTI desde una perspectiva comparada requiere una serie de especificaciones a las cuales el presente estudio solo ha podido hacer una breve referencia, el examen de los ordenamientos de Italia, Francia y Alemania permite observar la pluralidad de tendencias seguidas dentro de la Unión europea.

Si bien, en todo caso, el cuadro de las garantías de la orientación sexual, de la identidad de género y de la condición *intersex* ha alcanzado un nivel de reconocimiento adecuado en el ámbito afectivo-relacional, mediante la introducción de instituciones jurídicas *ad hoc* o el acceso al matrimonio para las parejas del mismo sexo, sin embargo, se identifican ámbitos en los que el nivel de protección sufre carencias, como por ejemplo con respecto a la homoparentalidad. Además, es preciso destacar que, aunque existan legislaciones que impongan una igualdad de trato por razón de orientación sexual, de identidad de género y de intersexualidad, la situación actual parece muy lejana de un estándar aceptable y constituye una condición de inferioridad social

¹⁵¹ Sección 46, Código penal alemán; § 46 *Strafgesetzbuch, Grundsätze der Strafzumessung*.

incluso más que jurídica, la cual requeriría una serie de iniciativas de sensibilización y una adecuación normativa.

La Unión europea, sin embargo, parece firme en no intervenir en ámbitos que quedan fuera de las propias competencias, como también en valorar el potencial expansivo que una prohibición de discriminación podría tener incluso fuera del ámbito laboral. Desde 2006, por otro lado, se paralizó esa dimensión expansiva de las garantías anti-discriminatorias que parecía imparable en aquel momento.

En un cuadro en claroscuro, en la mayoría de las veces la obra de la jurisprudencia parece actuar para colmar las lagunas que la vida cotidiana saca a la luz, por otro lado debiéndose señalar la necesaria discrecionalidad del legislador, incluso cuando se expresa en términos de abstención, y el carácter ocasional de las decisiones de primera instancia.

ESTUDIOS DE DERECHO ESPAÑOL

LOS DERECHOS DEL COLECTIVO HOMOSEXUAL EN ESPAÑA: DE LA DESPENALIZACIÓN DE LA HOMOSEXUALIDAD AL RESPETO DE LA DIVERSIDAD AFECTIVO SEXUAL

MARÍA DÍAZ CREGO
Universidad de Alcalá

1. INTRODUCCIÓN

Setenta años han transcurrido ya desde que los primeros movimientos en defensa de los derechos del colectivo homosexual comenzaran su actividad en los Estados Unidos¹, precedidos por corrientes europeas que cuestionaron y reaccionaron contra la represión moral y legal del colectivo desde finales del s. XIX² y adquirieron una fuerza notable en algunos países, significativamente Alemania, en los años veinte del s. XX³. El activismo del colectivo LGTBI se ha visto enriquecido en momentos ulteriores por múltiples corrientes, desde los

¹ Estos grupos recibirían el nombre de “*homophile organizations*” y la primera de ellas (Mattachine Society) sería creada en Los Ángeles en 1951. Ver, RICHARDS, JACOB: “From One to Windsor: Sixty Years of the Movement for LGBT Rights”. En *GPSolo* 35 (2014), pp. 35 y ss.

² Ejemplos de estos movimientos tempranos serían los Neo-paganos en Inglaterra, nacidos antes de la I Guerra Mundial, y sobre todo las organizaciones alemanas *Wissenschaftlich-humanitäre Komitee*, fundada en 1897, y *Gemeinschaft der Eigenen*, fundada en 1903, que lucharían por la despenalización de la homosexualidad en el país ya desde finales del s. XIX. Sobre estos movimientos, ver: TAMAGNE, FLORENCE: *A History of homosexuality in Europe*. 2 volúmenes. Algora Publishing, 2006, pp. 13 y ss.

³ Sobre el notable movimiento alemán y los movimientos en Francia e Inglaterra, ver: TAMAGNE, FLORENCE: *op. cit.*, pp. 59 y ss. Sobre los primeros movimientos en España, ver: ALVENTOSA DEL RIO, JOSEFINA: *Discriminación por orientación sexual e identidad de género en Derecho español*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Gobierno de España, 2008, pp. 164 y ss.

movimientos de liberación gay, pasando por las corrientes feministas que incorporaran algunas organizaciones de lesbianas, hasta la expansión del movimiento transgénero y pro derechos del colectivo bisexual, y al más reciente movimiento *queer*, que rechaza claramente las identidades binarias (hombre/mujer, homosexual/heterosexual) y propone un entendimiento más abierto de la sexualidad y el género⁴.

Oscilando entre posturas “asimilacionistas”, que preconizan la “normalización” del colectivo y buscan recibir un tratamiento igual a quienes no forman parte del mismo, y aquellas que rechazan la homonormatividad imperante, defienden la diversidad afectiva y sexual y buscan visibilizarla y transformar la sociedad desde sus raíces cuestionando los patrones de conducta mayoritarios⁵, este plural movimiento ha puesto en su agenda transformadora grandes batallas, véase, por lo que al colectivo homosexual se refiere, la despenalización de las conductas homosexuales, la adopción de normas penales que sancionen los delitos de odio por razón de orientación sexual, la lucha contra la discriminación en el ámbito laboral o el reconocimiento de idénticos derechos para las parejas homosexuales y las heterosexuales⁶.

Con mayor o menor éxito, esa lucha ha dado sus frutos tanto a nivel internacional como a nivel nacional. En el ámbito internacional, los frutos son relativamente recientes. Recuérdese que los principales textos internacionales en materia de derechos humanos adoptados en el ámbito de la Organización de Naciones Unidas no hacen referencia expresa a la discriminación por razón de orientación sexual, de

⁴ Sobre las transformaciones sufridas por estos movimientos, ver: RICHARDS, JACOB: *op. cit.*, pp. 37 y ss.; RUPP, LEILA J., ROTH, BENITA and TAYLOR, VERTA: “Women in the Lesbian, Gay, Bisexual, and Transgender Movement”. En MCCAMMON, HOLLY J., TAYLOR, VERTA, REGER, JO AND EINWOHNER, RACHEL L., *The Oxford Handbook of U.S. Women’s Social Movement Activism*. Oxford University Press, 2018, pp. 1-24.

⁵ Sobre la pluralidad de posturas dentro del movimiento, ver: RUPP, LEILA J., ROTH, BENITA and TAYLOR, VERTA: *op. cit.*, pp. 12 y ss.; SALAZAR BENÍTEZ, OCTAVIO: “El reconocimiento jurídico constitucional de la diversidad afectiva y sexual”. En *Revista de Estudios Políticos (nueva época)* 157 (2012), pp. 67 y ss.

⁶ En relación con la agenda reformadora del colectivo, ver: RICHARDS, JACOB: *op. cit.*, pp. 37 y ss.; CUNNINGHAM-PARMETER, KEITH: “Marriage Equality, Workplace Inequality: The Next Gay Rights Battle”. En *Florida Law Review* 1099 (2015), pp. 1107 y ss.

modo que han sido los intérpretes de los mismos los que han incluido esa causa en los motivos prohibidos de discriminación⁷. Tan sólo a comienzos del presente siglo, la Organización parece prestar mayor atención a la defensa de los derechos del colectivo a través, primero, de la elaboración de los Principios de Yogyakarta⁸ (2006), después, de la presentación de la Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género en la Asamblea General de Naciones Unidas (2008) y tras ella de la aprobación de una serie de Resoluciones por parte del Consejo de Derechos Humanos en 2011⁹, 2014¹⁰ y 2016¹¹, en las que el órgano muestra su preocupación por los actos de violencia y discriminación que sufre el colectivo y decide nombrar un Experto Independiente con el ánimo de seguir trabajando sobre la cuestión¹².

En el ámbito regional, la situación no es excesivamente diferente. En el seno del Consejo de Europa, ni el Convenio Europeo de Derechos Humanos ni la Carta Social Europea hacen expresa referencia a la orientación sexual en su texto, aunque ese reconocimiento se ha

⁷ Ver, por ejemplo, el caso *Tonnen v. Australia*, resuelto por el Comité de Derechos Humanos el 31 de marzo de 1994 (comunicación n° 488/1992), y en el que el Comité condenó al país por penalizar los actos sexuales consentidos entre varones adultos.

⁸ Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, adoptados por el Panel Internacional de Especialistas en Legislación Internacional de Derechos Humanos y en orientación sexual e identidad de género, el 6-9 de noviembre de 2006, y discutidos en el seno del Consejo de Derechos Humanos.

⁹ Resolución 17/19, sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, Consejo de Derechos Humanos, 14 de julio de 2011.

¹⁰ Resolución 27/32, sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, Consejo de Derechos Humanos, 2 de octubre de 2014.

¹¹ Resolución 32/2, de protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género, de 15 de julio de 2016.

¹² Para un estudio detallado de los avances a nivel ONU, ver: SYMONS, J., AND ALTMAN, D.: "International Norm Polarization: Sexuality as a Subject of Human Rights Protection". En *International Theory* 7 (2015), pp. 61-95; ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, IGNACIO: "La Organización de las Naciones Unidas y el derecho a la no discriminación por motivo de orientación sexual e identidad de género. Apuntes para un debate". En *Revista General de Derecho Constitucional* 17 (2013), pp. 1-34.

producido vía jurisprudencial, especialmente a través de la emblemática jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que incluye asuntos tan reseñados como *Dudgeon c. Reino Unido* (despenalización) o *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal* (relaciones paterno-filiales)¹³. Igualmente, aunque la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa ha aprobado varias resoluciones y recomendaciones relevantes desde la perspectiva del reconocimiento de derechos al colectivo LGTBI desde comienzos de los años 80¹⁴, tenemos que esperar a 2010 para que el Comité de Ministros del Consejo de Europa adopte la Recomendación sobre las medidas para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género¹⁵, que aun sin ser vinculante constituye el principal texto del Consejo en la materia. En el ámbito de la Unión Europea, el reconocimiento ha sido quizás más nítido, aunque también muy reciente, comenzando con la Resolución sobre la igualdad de derechos de las personas homosexuales, aprobada por el Parlamento Europeo en 1994¹⁶, y plasmandose hoy en los arts. 21 de la Carta de derechos fundamentales y 10 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea, así como en varios textos de Derecho derivado¹⁷, que hacen expresa referencia a la prohibición de discriminación por razón de orientación sexual.

¹³ Para una análisis más detallado de esta jurisprudencia, ver el trabajo de RUIZ-RISUEÑO incluido en este mismo monográfico, así como: RUIZ-RISUEÑO, FRANCISCO: “Los derechos de las personas LGBT en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. En *Revista General de Derecho Constitucional* 17 (2013), pp. 1-39.

¹⁴ Ver, Recomendación 924 (1981) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, Discriminación de los homosexuales, de 1 de octubre de 1981; Recomendación 1117 (1989) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, La situación de los transexuales, 29 de septiembre de 1989. Para el listado completo, ver: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDC TMContent?documentId=090000168047f2a6>

¹⁵ Recomendación CM/Rec (2010)5 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre las medidas para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, de 31 de marzo de 2010.

¹⁶ Resolución sobre la igualdad de derechos de las personas homosexuales en la CE, Parlamento Europeo, de 8 de febrero de 1994, núm. No A3-0028/94.

¹⁷ Ver especialmente la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Para un estudio detallado de la UE, ver: SHREEVES, ROSAMUND: *The rights of LGBTI people in the European Union*. European

El impacto que estos avances han tenido a nivel nacional ha sido muy desigual. En 2018, el Informe presentado ante el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas por el Experto independiente especializado en la materia muestra un panorama desolador, en el que la violencia y la discriminación aparece como el compañero diario contra el que ha de luchar el colectivo LGTBI en muchas partes del mundo. Violencia en forma de asesinatos, malos tratos, violaciones, vejaciones, arrestos policiales, exámenes anales para comprobar la homosexualidad, delitos de odio o ataques verbales en forma de *bate speech*, en muchas ocasiones alentados por posiciones políticas ultraconservadoras, se acreditan en muchas partes del globo¹⁸. A pesar de ello, en su último Informe anual sobre la homofobia en el mundo, la Asociación Internacional de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex (ILGA) aportaba algún atisbo de esperanza, indicando que el número de Estados que criminalizan la homosexualidad decrece lentamente (124 Estados hasta mayo de 2017), y el número de Estados que protegen al colectivo frente a toda forma de discriminación y reconocen sus necesidades afectivas y sexuales aumenta lenta, pero progresivamente, con 72 Estados que han adoptado normas antidiscriminatorias en el lugar de trabajo, 63 que han adoptado normas antidiscriminatorias de alcance diverso, 43 que penalizan los delitos de odio contra el colectivo, 22 que reconocen el matrimonio igualitario y 28 que proveen fórmulas semejantes al mismo para las parejas del mismo sexo¹⁹.

Teniendo en cuenta este panorama, el objetivo del presente trabajo es modesto. Centrándose en nuestro país, este trabajo pretende hacer un poco de Historia y recordar los hitos más relevantes alcanzados por el colectivo homosexual en su lucha contra la discriminación desde el restablecimiento de la democracia constitucional. La finalidad es

Parliamentary Research Service, 2017, accesible en [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/603928/EPRS_BRI\(2017\)603928_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/603928/EPRS_BRI(2017)603928_EN.pdf)

¹⁸ *Report of the Independent Expert on protection against violence and discrimination based on sexual orientation and gender identity*, presentado ante el Consejo de Derechos Humanos de la ONU el 11 de mayo de 2018.

¹⁹ Los datos están actualizados a fecha de Mayo de 2017. Ver ILGA: *State-Sponsored Homophobia 2017: A world survey of sexual orientation laws: criminalisation, protection and recognition*. Geneva; ILGA, May 2017, accesible en <https://ilga.org/state-sponsored-homophobia-report>

clara: valorar los logros alcanzados y apuntar los retos más relevantes que todavía nos quedan por andar.

2. EL FIN DE UNA ETAPA: DE LA CRIMINALIZACIÓN DE LA HOMOSEXUALIDAD A LA PROTECCIÓN DEL COLECTIVO EN EL ÁMBITO PENAL Y LABORAL

Cualquier aproximación a los avances en materia de derechos del colectivo homosexual en España en tiempos recientes ha de comenzar subrayando las importantes consecuencias que tuvo el restablecimiento de la democracia y la adopción del actual texto constitucional español, que expresamente reconoce el derecho a la igualdad y a no ser discriminado (art. 14 CE). A partir de ese reconocimiento, el ordenamiento jurídico español comenzó un lento proceso de transformación en pos de la erradicación de toda forma de discriminación, inclusive por razón de orientación sexual, y ello a pesar de que la Constitución no vetaba expresamente la discriminación por ese motivo y que nuestro Tribunal Constitucional tardaría años en incluir la “orientación sexual” entre los motivos prohibidos de discriminación *ex* art. 14 CE.

2.1. *La transformación del Derecho penal español: de la penalización de la homosexualidad a la introducción de tipos penales anti-discriminatorios*

Los primeros cambios en el ordenamiento jurídico español, recién estrenada la Constitución, vendrían de la mano del Derecho penal, con la modificación de la Ley 16/1970, de 4 de agosto, de Peligrosidad y Rehabilitación Social, que consideraba un “estado peligroso”, susceptible de ser sancionado con una medida de seguridad y rehabilitación, la realización de “actos de homosexualidad” (art. 2, tercero)²⁰. Aunque la norma estaría vigente hasta su derogación total en 1996²¹,

²⁰ Sobre el tratamiento de la homosexualidad durante el franquismo, ver: Víctor Mora Gaspar, *Al margen de la naturaleza: la persecución de la homosexualidad durante el franquismo: leyes, terapias y condenas*, Barcelona: Debate, 2016.

²¹ La Ley fue derogada por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

el 11 de enero de 1979 entraba en vigor una modificación parcial del texto que eliminaba la consideración de la homosexualidad como un acto peligroso²².

El cambio no afectó al Código Penal ni al Código Penal Militar vigentes en ese momento. El primero mantuvo el delito de escándalo público como aquel aplicable a quien “ofendiere el pudor o las buenas costumbres con hechos de grave escándalo o trascendencia”²³, véase como aquel aplicable a quienes practicaran la homosexualidad entre adultos sin respetar determinadas condiciones que el Tribunal Supremo español perfilaba en su jurisprudencia (“recato, sigilo y sin atisbo de exhibicionismo, difusión o divulgación”)²⁴. El segundo mantuvo el castigo al militar que cometiera “actos deshonestos con individuos del mismo sexo”²⁵, contemplando una pena de prisión militar que podía oscilar entre seis meses y un día y seis años, a la que había que añadir la pena accesoria de separación del servicio.

El delito de escándalo público mantuvo su redacción hasta 1988²⁶ y su constitucionalidad fue confirmada por el propio Tribunal Supremo, que subrayó su plena adecuación al art. 14 CE justificándolo por su aplicación indistinta a actos con individuos del mismo sexo y de distinto sexo²⁷. El segundo estuvo vigente hasta su derogación en 1985²⁸ y su constitucionalidad fue confirmada por el muy criticable Auto del Tribunal Constitucional 446/1984, de 11 de julio, en el que nuestro TC subrayaba que tal precepto no podía considerarse contrario al art. 14 CE al no poderse equiparar las relaciones homosexuales,

²² Ley 77/1978, de 26 de diciembre de modificación de la Ley 16/1970, de 4 de agosto, de Peligrosidad y Rehabilitación Social.

²³ Art. 431 del Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal.

²⁴ STS de 13 de mayo de 1985, RJ Ar. 1985/2476.

²⁵ Art. 352 del Código de Justicia Militar, de 17 de julio de 1945.

²⁶ Ley Orgánica 5/1988, de 9 de junio, sobre modificación de los artículos 431 y 432 y derogación de los artículos 239, 566.5º, 567. 1º y 3º y 577.1º del Código Penal.

²⁷ STS de 13 de mayo de 1985, RJ Ar. 1985/2476.

²⁸ Ley 13/1985, de 9 de diciembre, del Código Penal Militar.

que éste proscibía, a las relaciones heterosexuales y al justificarse la proscripción de las primeras en el muy específico contexto militar²⁹.

Hay que señalar que tras la derogación del delito del Código Penal Militar se planteó la posibilidad de sancionar esas conductas como infracción administrativa, en concreto, en aplicación de lo previsto en el entonces art. 59.3 de la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, que permitía la imposición de sanciones disciplinarias a los militares que observaran “conductas gravemente contrarias a la disciplina, servicio o dignidad militar, que no constituyan delito”. El Tribunal Supremo llegó a una conclusión afirmativa, pero subrayó que lo relevante para la determinación de la infracción correspondiente no era tanto que un militar desarrollara conductas homosexuales, sino que lo hiciera prevaliéndose de su posición jerárquica o que lo hiciera en dependencias militares o con ocasión del servicio³⁰.

Más allá de estos tímidos, aunque relevantes, primeros pasos, tenemos que esperar hasta la adopción del vigente Código Penal en 1995 para que se produzca un auténtico cambio en el tratamiento penal de la homosexualidad en nuestro país³¹. Gracias a ese texto, nuestro Derecho penal caminó de forma definitiva de la criminalización de la homosexualidad a la introducción de tipos penales dirigidos a proteger al colectivo homosexual de prácticas discriminatorias, en el entendimiento de que ese colectivo es susceptible de sufrir tratos discriminatorios y debe ser protegido también a través de las herramientas

²⁹ Tras el Auto indicado, la cuestión volvió a ser planteada ante el TC, que resolvió el recurso de amparo correspondiente centrándose en cuestiones estrictamente procesales y, por tanto, sin pronunciarse siquiera sobre la eventual vulneración de la prohibición de discriminación por razón de orientación sexual que implicaba el castigo de relaciones homosexuales: STC 33/1985, de 7 de marzo. Sobre esta jurisprudencia, ver: DÍAZ CREGO, MARÍA: “Administraciones Públicas españolas y derechos del colectivo LGTBI”. En *Revista General de Derecho Constitucional* 17 (2013), pp. 2 y ss.; y REY MARTÍNEZ, FERNANDO: “Homosexualidad y Constitución”. En *Revista Española de Derecho Constitucional* 73 (2005), pp. 113 y ss.

³⁰ STS 6382/1988, de 21 de septiembre, Sala de lo Militar, Sección 1ª. Sobre esta cuestión, ver: DÍAZ CREGO, MARÍA: *op. cit.*, pp. 2-4.

³¹ En este sentido, ver: TAPIA BALLESTEROS, PATRICIA: “Orientación sexual, identidad de género y Derecho Penal”. En *Revista General de Derecho Constitucional* 17 (2013), pp. 5 y ss.

proporcionadas por el Derecho penal. Se introdujeron así una serie de tipos anti-discriminatorios relevantes desde el punto de vista del objeto de estudio, véase: la tortura por motivos discriminatorios (art. 174 CP)³²; la grave discriminación en el empleo, público o privado (art. 314 CP); la provocación a la discriminación, al odio o la violencia por motivos antidiscriminatorios (art. 510.1 CP); la difusión de informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones en relación con su orientación sexual, entre otros motivos (art. 510.2 CP); la denegación de prestación de servicios públicos (art. 511 CP) o servicios privados (art. 512 CP) por distintos motivos, entre ellos, la orientación sexual del usuario; las asociaciones que promueven la discriminación, el odio o la violencia por motivos antidiscriminatorios (art. 515 CP); las prácticas segregadoras con ocasión de un conflicto armado (art. 611.6º CP) y los delitos de lesa humanidad (art. 607 bis)³³.

Adicionalmente, se introdujo una referencia a la orientación sexual de la víctima en la agravante genérica discriminatoria prevista en el art. 22.4 del Código Penal, además de crearse una serie de tipos agravados dirigidos a proteger especialmente a determinados colectivos considerados vulnerables por el legislador, inclusive el colectivo homosexual. En concreto, en el delito de amenazas, se previó la agravación de la pena cuando se pretendiere atemorizar a determinados grupos de personas (art. 170 CP); y en el de revelación de secretos, cuando afectara a datos de carácter personal que revelen, entre otros, la vida sexual de la víctima (art. 197.5 CP).

Más allá de las críticas doctrinales referidas a las deficiencias técnicas que pudieran plantear estas normas, su virtualidad práctica como instrumento para erradicar la discriminación por razón de orientación sexual debe ser cuestionada. A pesar de que, en el momento en que se adoptaron estas normas, no existían estadísticas oficiales que indicaran cuantos delitos discriminatorios se producían en nuestro país y cuantas sanciones se impusieron, la doctrina especializada ha recogido datos reveladores sobre la aplicación de alguna de estas mo-

³² La redacción de este tipo se modificó a través de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, a fin de introducir una referencia expresa a la motivación discriminatoria del acto de tortura. La redacción original no contenía esa referencia.

³³ Este tipo se introdujo también a través de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre. La redacción original del CP no lo contenía.

dificaciones. Por ejemplo, según García Añón, entre 1996 y 2005, la agravante genérica del art. 22.4 CP se aplicó tan sólo en 6 casos³⁴, y entre 2005 y 2010, según la información proporcionada por el propio Gobierno español a la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, ese mismo precepto se aplicó tan sólo en una decena de casos³⁵. Los motivos que provocan esa falta de aplicación práctica son múltiples, habiéndose apuntado al escaso número de denuncias, las deficiencias en la investigación de estos delitos por las fuerzas policiales y judiciales, o los problemas procesales que provoca su aplicación, por ejemplo, en relación con la prueba de la motivación³⁶. Independientemente de ello, no puede negarse el potencial simbólico de estas modificaciones normativas³⁷, aunque su contribución práctica a la eliminación de la discriminación por razón de orientación sexual en nuestro país haya sido dudosa.

2.2. *La tutela antidiscriminatoria en el ámbito laboral: primeros cambios impulsados desde la Unión Europea*

En el ámbito laboral, el primer gran cambio normativo que buscaba luchar contra la discriminación, entre otros motivos, por razón de orientación sexual, llegó en 2003 de manos de la Unión Europea, en concreto, de la transposición de la Directiva 2000/78/CE, de 27 de

³⁴ GARCÍA AÑÓN, JOSÉ: “Aproximación a la aplicación de las garantías frente a la discriminación racial y étnica en España: 1996-2006”. En *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho* 14 (2006), pp. 65 y ss.

³⁵ Cuarto Informe de la ECRI sobre España, de 8 de febrero de 2011, p. 15.

³⁶ Entre otros, ver: SALAZAR BENÍTEZ, OCTAVIO y GIACOMELLI, LUCA: “Homofobia, Derecho penal y libertad de expresión: Un estudio comparado de los ordenamientos italiano y español”. En *Revista de Derecho Constitucional Europeo* 26 (2016); SANTANA VEGA, DULCE MARÍA: “El tratamiento penal de la discriminación por razón de orientación e identidad sexual”. En CUESTA LÓPEZ, VÍCTOR MANUEL, SANTANA VEGA, DULCE MARÍA y LÓPEZ AGUILAR, JUAN FERNANDO (coords.), *Estado de Derecho y discriminación por razón de género, orientación e identidad sexual*. Aranzadi, Universidad de las Palmas de Gran Canaria, 2014, pp. 383-420; DÍAZ LÓPEZ, JUAN ALBERTO, *El odio discriminatorio como circunstancia agravante de la responsabilidad penal*. Tesis doctoral presentada en la Universidad Autónoma de Madrid, 2012 (accesible en https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/11312/56391_diaz_lopez_juan_alberto.pdf?sequence=1&isAllowed=y), pp. 449 y ss.

³⁷ En este sentido, SANTANA VEGA, DULCE MARÍA: *op. cit.*, p. 401.

noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. La Directiva obligaba a los Estados miembros a adoptar una serie de medidas antidiscriminatorias en el ámbito del acceso al empleo, el acceso a la orientación y formación profesional, las condiciones de empleo, incluidas el despido y la remuneración, y la afiliación y participación en sindicatos y organizaciones empresariales, y fue transpuesta a través de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre. La Ley prohibía toda discriminación directa o indirecta en los ámbitos mencionados por distintos motivos, inclusive la orientación sexual, a la par que señalaba que una diferencia de trato basada en esas características no se consideraría discriminatoria cuando, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se tratara o al contexto en que se llevara a cabo, dicha característica constituyera un requisito profesional esencial y determinante, siempre que el objetivo fuera legítimo y el requisito proporcionado (art. 34), una previsión que la doctrina consideraba sólo relevante para el caso de las llamadas empresas de tendencia³⁸. Además, la ley introdujo relevantes cambios en el Estatuto de los Trabajadores entonces vigente³⁹, en la Ley de Procedimiento Laboral de 1995, y en la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

En lo que al acceso al empleo se refiere, el art. 4.2.c) del Estatuto de los Trabajadores entonces vigente pasó a recoger el derecho de los trabajadores a no ser discriminados para el empleo, inclusive por motivos de su orientación sexual, impidiendo así todo acto discriminatorio en la fase previa a la contratación laboral. Igualmente, el art. 16.2 del Estatuto de los Trabajadores pasó a prever expresamente que las agencias de colocación habían de garantizar el principio de igualdad en el ámbito de su actividad, vedando así toda actividad que pudiera constituir una discriminación, inclusive por razón de orientación sexual, en el ámbito del acceso al empleo. En idéntica línea, la Ley

³⁸ En este sentido, SUAREZ CORUJO, BORJA: “Derecho laboral y LGBT”. En *Revista General de Derecho Constitucional* 17 (2013), p. 6; GÓMEZ FERNÁNDEZ, ITZIAR: “La diversidad sexual como causa (prohibida) de discriminación laboral”. En *Revista Aranzadi Doctrinal* 3 (2018), pp. 21 y ss.

³⁹ Los arts. 4, 17, 54 y 90 del actual Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, no introducen modificaciones significativas en el ámbito objeto de estudio.

62/2003 modificaba también el art. 16.2 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, incluyendo entre las infracciones graves el establecimiento de condiciones discriminatorias para el acceso al empleo por distintos motivos, entre los que pasaba a incluirse expresamente la orientación sexual.

En lo que a las condiciones de empleo se refería, la Ley 62/2003 extendía la prohibición de discriminación contenida en el art. 4.2.c) del Estatuto de los Trabajadores también a cualquier discriminación directa o indirecta que se produjera una vez iniciada la relación laboral, y ese mismo precepto, en su inciso e), pasaba a reconocer el derecho de los trabajadores a su intimidad y a la protección de su dignidad, comprendiendo la protección frente al acoso, inclusive por razón de la orientación sexual del empleado. El art. 17.1 del Estatuto de los Trabajadores pasó también a contemplar la sanción que se asociaba al carácter discriminatorio de una medida en el ámbito laboral, subrayando que cualquier precepto reglamentario, cláusula de convenio colectivo, pacto individual o decisión unilateral del empleador que fuera discriminatoria, entre otros motivos, por razón de orientación sexual, era nula y quedaba sin efecto. Además, se introducía una modificación relevante en materia de prueba en la entonces vigente Ley de Procedimiento Laboral (art. 96), al preverse que si de las alegaciones de la parte actora se desprendía la existencia de indicios fundados de discriminación, entre otros motivos, por razón de orientación sexual, correspondía al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad. Se preveía así una distribución de la carga de la prueba que beneficiaba normalmente al empleado (parte actora), imponiendo al empleador (demandado) la obligación de probar el carácter no discriminatorio de las medidas adoptadas⁴⁰.

En el plano sancionador, la Ley 62/2003 también modificaba el art. 8 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social incluyendo entre las infracciones muy graves las decisiones empresariales que constituyeran una discriminación por distintos motivos, entre

⁴⁰ El art. 96 de la actual Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social mantiene el texto de la antigua norma. Sobre la interpretación de esta previsión, ver: GÓMEZ FERNÁNDEZ, ITZIAR: *op. cit.*, pp. 19 y ss.

ellos la orientación sexual, así como el acoso por distintos motivos, entre ellos la orientación sexual, independientemente de quien fuere el sujeto activo del mismo si el empresario lo conocía y no adoptaba medidas para impedirlo. Años más tarde, en 2010, se reformaría nuevamente esta Ley a fin de incluir entre las infracciones muy graves la solicitud de datos de carácter personal en los procesos de selección (art. 16.1.c)⁴¹. En el plano de la protección frente al acoso por razón de orientación sexual, además de la consideración del acoso como una infracción muy grave (art. 8.13 bis de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social), la Ley 62/2003 modificó también el art. 54.2 g) del entonces vigente Estatuto de los Trabajadores a fin de considerar un incumplimiento contractual, que abría la puerta a un despido disciplinario, el acoso laboral por varios motivos, inclusive la orientación sexual, facilitando así el despido del empleado acosador.

En lo que al empleo público se refiere, la Ley 62/2003 también introdujo modificaciones en el art. 31 de la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública, recogiendo como falta muy grave la actuación del empleado público que suponga una discriminación o acoso, entre otros motivos, por razón de orientación sexual, así como en el entonces art. 63 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado que reconocía el derecho de los funcionarios al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de orientación sexual, entre otros motivos.

Con la aprobación de la Ley 62/2003, España dio un paso más en pos de la lucha contra la discriminación por razón de orientación sexual. Gracias al reconocimiento constitucional del Derecho a la igualdad y a no ser discriminado y la actividad del legislador, nuestro país pasó de criminalizar la homosexualidad a adoptar medidas de protección frente a la discriminación por razón de orientación sexual en el ámbito penal y luego en el laboral. A pesar de ello, el ordenamiento jurídico español todavía ubicaba al colectivo en una situación de clara desventaja, provocada por la falta de reconocimiento del derecho a contraer matrimonio, la ausencia de un regulación nacional global referida a las parejas de hecho y la jurisprudencia del Tribu-

⁴¹ La modificación fue introducida a través de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.

nal Constitucional, que permitía al legislador mantener diferencias de trato relevantes entre matrimonios y parejas de hecho. Esa realidad tenía consecuencias en casi todas las esferas de la vida del colectivo, de modo que no era de extrañar, por ejemplo, que tras la adopción de la Ley 62/2003 algunos autores subrayaran que la igualación total de derechos laborales del colectivo homosexual no se produciría hasta que no se avanzara en la equiparación de derechos en el marco del Derecho de familia y no se introdujeran medidas de discriminación positiva específicas destinadas a prevenir o compensar la situación de desventaja en la que se hallan los miembros del colectivo⁴². Las últimas tardarán en llegar, pero las primeras constituirían el siguiente gran avance en materia de derechos que daría el colectivo homosexual en nuestro país.

3. DE LA LEY DEL MATRIMONIO IGUALITARIO A LA STC 198/2012 QUE DECLARÓ SU CONSTITUCIONALIDAD

3.1. *La adopción de la Ley 13/2005: hacia la equiparación en derechos en el ámbito del Derecho de familia*

Antes de la entrada en vigor de la ley del matrimonio igualitario (Ley 13/2005), el Tribunal Constitucional español no había todavía identificado la orientación sexual como uno de los motivos prohibidos de discriminación *ex art. 14* de nuestro texto constitucional⁴³, y sostenía una jurisprudencia que permitía al legislador establecer diferencias de trato entre matrimonios y parejas de hecho, subrayando que el derecho a contraer matrimonio era un derecho constitucional

⁴² Ver, GÓMEZ FERNÁNDEZ, ITZIAR: *op. cit.*, pp. 23 y ss.

⁴³ El TC identifica expresamente la orientación sexual como cláusula prohibida de discriminación por primera vez en la STC 41/2006, de 13 de febrero (despido). Posteriormente, la STC 176/2008 (régimen de visitas de un progenitor transexual) vuelve a recuperar ese concepto, pero realmente la diferencia de trato analizada es por razón de la identidad sexual y no la orientación sexual del recurrente en amparo. Sobre la STC 41/2006, ver el comentario de: ELVIRA PERALES, ASCENSION: “La interdicción de discriminación por razón de orientación sexual. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 41/2006”. En *Teoría y Realidad Constitucional* 20 (2007), pp. 655-661.

y una institución garantizada por el art. 32 CE, a la que el legislador podía vincular una serie de consecuencias jurídicas, mientras que la convivencia *more uxorio* no podía considerarse una institución jurídicamente garantizada, ni podía entenderse reconocido un derecho constitucional que obligara a su establecimiento⁴⁴. El TC trasladó esa jurisprudencia al caso de las parejas formadas por personas del mismo sexo, obviando la diferente situación de estas últimas, a las que el ordenamiento entonces vigente impedía contraer matrimonio y que quedaban, por tanto, condenadas a vivir en una situación de desventaja frente a las parejas heterosexuales⁴⁵.

Esa jurisprudencia, unida a la ausencia de una normativa estatal que regulara las parejas de hecho⁴⁶, reconociéndoles derechos asimilables a un matrimonio, y al fragmentario reconocimiento de ciertos derechos a las parejas de hecho en algunas Comunidades Autónomas, permitió la subsistencia de diferencias de trato relevantes que afectaban en mayor medida al colectivo homosexual, al que el matrimonio quedaba vedado. Es cierto que el legislador nacional equiparó las parejas de hecho al matrimonio en algunas materias y que esa extensión parecía equiparar al colectivo homosexual al heterosexual, al menos

⁴⁴ Entre otras sentencias, ver: STC 184/1990, de 15 de noviembre; SSTC 29, 30, 31, 35 y 38/1991, de 14 de febrero; STC 77/1991, de 11 de abril; STC 29/1992, de 9 de marzo.

⁴⁵ Ver ATC 222/1994, de 11 de julio, en el que el TC se pronunciaba sobre la negativa de las autoridades públicas españolas a reconocer a uno de los miembros de una pareja de hecho homosexual el acceso a la pensión de viudedad establecida dentro del régimen de Seguridad Social, inadmitiendo el recurso de amparo presentado utilizando los mismos argumentos que ya había empleado para rechazar idénticas alegaciones provenientes de parejas de hecho heterosexuales. Sobre el impacto de esta jurisprudencia y el deficitario tratamiento legislativo de la cuestión en los derechos del colectivo, ver: SÁNCHEZ MARTÍNEZ, OLGA M.: “Constitución y parejas de hecho. El matrimonio y la pluralidad de estructuras familiares”. En *Revista Española de Derecho Constitucional* 20 (2000), pp. 45-69; PÉREZ CÁNOVAS, NICOLÁS: *Homosexualidad, homosexuales y uniones homosexuales en Derecho español*. Comares, Granadas, 1996.

⁴⁶ En el Parlamento nacional se presentaron distintas iniciativas dirigidas a regular el fenómeno a nivel nacional. Mata de Antonio contabilizaba entre 1994 y 2000, hasta un total de 10 iniciativas legislativas presentadas en las Cortes con miras a regular la cuestión. Ver: MATA DE ANTONIO, JOSÉ MARÍA: “Parejas de hecho ¿equiparación o discriminación?: Análisis de la normativa autonómica”. En *Acciones e investigaciones sociales* 14(2002), pp. 192 y ss.

en algunos supuestos. Así, por ejemplo, la derogada Ley 5/1984, reguladora del derecho de asilo y la condición de refugiado, preveía la extensión del asilo no solo al cónyuge, sino también a la pareja de hecho de quien se viera reconocer el derecho de asilo (art. 10); la Resolución de la Secretaría General de la Seguridad Social, de 29 de diciembre de 1984, desarrollada por la Circular del Instituto Nacional de la Seguridad Social, de 18 de febrero de 1985, extendió el derecho a la asistencia sanitaria a quienes convivieran maritalmente con el titular del derecho, siempre y cuando se acreditará un mínimo de un año de convivencia ininterrumpida⁴⁷; la Ley 29/1994, de arrendamientos urbanos, extendía el derecho a subrogarse en el contrato de arrendamiento también a la pareja de hecho del arrendatario fallecido, siempre que hubieran convivido por un período de dos años anterior al fallecimiento o hubieran tenido convivencia en común, especificando que la orientación sexual era indiferente (art. 16); y la Ley 26/1999, de medidas de apoyo a la movilidad geográfica de los miembros de las Fuerzas Armadas, reconocía un derecho semejante en relación con los contratos de cesión de uso de viviendas militares (art. 6).

Sin embargo, al carácter fragmentario de esta regulación, que excluía la equiparación en ámbitos tan relevantes como el tributario⁴⁸, el Derecho de familia o de la Seguridad Social, había que añadir que,

⁴⁷ Sobre el contenido de esta Resolución, ver: CACHÓN VILLAR, PABLO: "Las uniones de hecho en el ámbito de las relaciones laborales y de seguridad social". En *Consecuencias Jurídicas de las Uniones de Hecho*. Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1998, pp. 403 y ss.; PÉREZ CÁNOVAS, NICOLÁS: *op. cit.*, págs. 199 y ss. Hay que subrayar, no obstante, que no siempre se reconoció ese derecho a las parejas del mismo sexo, como atestiguan algunas resoluciones judiciales: STSJ de Cataluña 4415/2005, de 11 de abril de 2005, Sala de lo Social, Sección 1ª; STSJ de Cataluña 5754/2004, de 6 de mayo de 2004, Sala de lo Social, Sección 1ª; STSJ de Navarra 2301/2000, de 30 de noviembre de 2000, Sala de lo Social, Sección 1ª.

⁴⁸ Sobre la diferencia de trato entre parejas de hecho y matrimonios en materia tributaria, ver: VILLAVERDE GÓMEZ, MARÍA BEGOÑA: "Parejas de hecho, la inexistente regulación estatal de su régimen tributario: un análisis del IRPF". En *Guía práctica sobre el régimen jurídico de las parejas de hecho*, Aranzadi: Cizur Menor, 2012, pp. 79 y ss.; NÚÑEZ GRAÑÓN, MERCEDES: "Régimen tributario de las uniones de hecho". En *Derecho Privado y Constitución* 12 (1998), pp. 189 y ss.; BAYONA GIMÉNEZ, JUAN JOSÉ: "Las uniones de hecho en el impuesto sobre sucesiones y donaciones". En *Revista española de Derecho financiero* 93 (1997), pp. 129 y ss.

en ocasiones, el legislador estatal asimiló la regulación de las parejas de hecho al matrimonio excluyendo al colectivo homosexual. Así ocurrió en relación con la adopción, en la medida en que la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, extendió la adopción conjunta a las parejas de hecho (Disposición adicional tercera), pero la referencia “al hombre y a la mujer” contenida en la norma fue mayoritariamente interpretada en el sentido de excluir a las parejas de hecho homosexuales de la adopción conjunta, abriéndoles únicamente la vía de la adopción individual, por parte de uno de los miembros de la pareja, con las consecuencias que ello provocaba en cuanto a la falta de reconocimiento de vínculo legal entre el miembro de la pareja no adoptante y el menor adoptado⁴⁹. Algo semejante ocurrió con la archiconocida Disposición Adicional Décima de la Ley 30/1981, que contemplaba la extensión del derecho a acceder a las prestaciones de la seguridad social y, entre ellas, a las pensiones de viudedad, a los miembros supervivientes de parejas de hecho que no hubieren podido contraer matrimonio antes del momento en que la norma entró en vigor por impedírsele la inexistente regulación del divorcio en nuestro país hasta 1981. Puesto que la norma establecía un vínculo claro entre la extensión de derechos a los miembros supérstites de parejas de hecho y la imposibilidad de contraer matrimonio por estar vinculado por un matrimonio anterior, parecía evidente que los únicos beneficiados eran parejas heterosexuales, ya que las homosexuales no podían en ningún caso contraer matrimonio⁵⁰.

⁴⁹ Sobre la cuestión ver: GILBAJA CABRERO, ESTELA: “Orientación sexual y filiación. Especial referencia a la adopción”. En *Revista General de Derecho Constitucional* 17 (2013), pp. 13 y ss.

⁵⁰ Si cabe esta exclusión ha quedado todavía más clara con la jurisprudencia constitucional posterior que ha analizado la posible equiparación en derechos de las parejas homosexuales que no hubieren podido contraer matrimonio por las previsiones legales anteriores a la adopción de la Ley 13/2005. Aunque los demandantes alegaban, entre otros motivos, la desigualdad de trato respecto de las parejas heterosexuales a las que se dirigía la Disposición adicional décima, al no prever la Ley 13/2005 una disposición semejante, el TC rechazaba tales alegaciones señalando que no suponían ninguna vulneración del derecho a no ser discriminado por razón de orientación sexual (art 14 CE) y que el legislador podía legítimamente establecer diferencias de trato en materia de acceso a prestaciones de seguridad social entre distintos colectivos. El TC se pronunció en este sentido primero, al hilo de una autocuestión de inconstitucionalidad, resuelta a

Como ya apuntaba antes, las Comunidades Autónomas trataron de paliar las consecuencias de esta fragmentaria regulación a nivel estatal, adoptando su propia normativa en materia de parejas de hecho. En 1998, Cataluña fue la primera Comunidad Autónoma que reguló el fenómeno⁵¹, aunque estableciendo una clara distinción entre parejas homosexuales y heterosexuales y, tras ella, otras Comunidades Autónomas adoptaron su propia normativa en materia de parejas de hecho⁵², en ocasiones estableciendo claras diferencias entre

través de la STC 92/2014, de 10 de junio, y después en varios recursos de amparo (SSTC 93/2014, de 12 de junio; 98/2014, de 23 de junio, entre otros), que serán analizados en el apartado posterior de este trabajo.

⁵¹ Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja (derogada por la Ley 25/2010, de 29 de julio).

⁵² Muchas Comunidades Autónomas optaron por establecer un régimen jurídico diferenciado del matrimonio para las parejas de hecho. Ver: Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas, Aragón (derogada por el actual Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de “Código del Derecho Foral de Aragón”, el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas); Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables, Navarra; Ley 1/2001, de 6 de abril, por la que se regulan las uniones de hecho, Comunidad Valenciana (derogada por la actual Ley 5/2012, de 15 de octubre, de Uniones de Hecho Formalizadas de la Comunitat Valenciana); Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid; Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables, Islas Baleares; Ley 4/2002, de 23 de mayo, de Parejas Estables, Principado de Asturias; Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho, Andalucía; Ley 5/2003, de 6 de marzo, para la regulación de las parejas de hecho en la Comunidad Autónoma de Canarias; Ley 5/2003, de 20 de marzo, de parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura; Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho, País Vasco; Ley 1/2005, de 16 de mayo, de parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de Cantabria; Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia (Disposición adicional tercera); Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia; Ley 7/2018, de 3 de julio, de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia. En otras Comunidades Autónomas, se optó por crear un registro de parejas de hecho y prever los requisitos y efectos de la inscripción, remitiendo al legislador estatal y autonómico en lo que al concreto reconocimiento de derechos asociados a la inscripción se refería. Véase, por ejemplo: Decreto 124/2000, de 11 de julio, por el que se regula la creación y el régimen de funcionamiento del Registro de parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha (modificado por Decreto 139/2012, de 25 de octubre, y Decreto 43/2018, de 19 de junio); y Decreto 117/2002, de 24 de octubre, por el que se crea el Registro de Uniones de Hecho en Castilla-León.

las parejas de hecho homosexuales y heterosexuales⁵³, en ocasiones distinguiéndolas en relación con algunos elementos⁵⁴, en ocasiones equiparándolas totalmente⁵⁵. No obstante, la regulación autonómica no podía paliar la persistencia de determinadas diferencias de trato entre matrimonios y parejas de hecho, en la medida en que las normas autonómicas no podían invadir competencias estatales, como por ejemplo, la regulación del sistema de prestaciones de la Seguridad Social, y provocó además una problemática diversidad de regímenes jurídicos aplicables a las parejas de hecho en función de la vecindad civil de sus miembros⁵⁶. En fin, el camino hacia la eliminación de toda diferencia de trato por razón de orientación sexual parecía exigir una clara intervención del legislador nacional, bien para adoptar una regulación uniforme en materia de parejas de hecho, asimilándolas al matrimonio, bien para extender el matrimonio a parejas del mismo sexo, opción que fue la preferida por el legislador español, probable-

La literatura sobre la regulación jurídica de las parejas de hecho en nuestro país es extensa, véase, entre otros: SERRANO CHAMORRO, MARÍA EUGENIA: *Las parejas de hecho y su marco legal*. Reus: Madrid, 2014; MESA MARRERO, CAROLINA, *Las uniones de hecho: análisis de las relaciones económicas y sus efectos*. Thomson: Aranzadi: Cizur Menor, 2006.

⁵³ El ejemplo más claro es, sin lugar a dudas, el de la Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja de Cataluña, hoy derogada (Ley 25/2010, de 29 de julio), que regulaba de forma diferenciada las parejas estables heterosexuales y homosexuales, justificando la diferencia de trato expresamente en su Exposición de motivos por dos discutibles motivos: “La pareja heterosexual que vive maritalmente, si no se casa, es por voluntad propia. La pareja homosexual no se puede casar aunque lo desee. La primera es capaz de engendrar descendencia biológica, la segunda no”.

⁵⁴ Por ejemplo, la dicción original del artículo 10 de la Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas de Aragón, establecía una diferencia entre parejas estables heterosexuales y homosexuales en lo que se refería a la adopción conjunta, excluyendo a las segundas de tal posibilidad. El precepto fue modificado por la Ley 2/2004, de 3 de mayo.

⁵⁵ Entre otras, ver la reciente: Ley 7/2018, de 3 de julio, de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia

⁵⁶ Sobre la materia, ver: ROCA I TRIAS, ENCARNA (dir.): *Estudio comparado de la regulación autonómica de las parejas de hecho: soluciones armonizadoras*. Consejo General del Poder Judicial: Madrid, 2004.

mente como consecuencia del claro discurso construido por el colectivo LGTBI español a favor de esa primera opción⁵⁷.

En este contexto, y tras la victoria en las elecciones generales del año 2004, el gobierno español presentó un proyecto de ley dirigido a cumplir uno de los compromisos electorales que había asumido durante la campaña electoral⁵⁸. El proyecto de ley fue presentado el 12 de enero de 2005, siguiendo la estela dejada por una serie de proposiciones de ley de grupos minoritarios de la oposición que tenían idéntica finalidad⁵⁹. El proyecto parecía contar con amplio apoyo social: apenas unos meses antes de su presentación, el barómetro del Centro de Investigaciones Sociológicas mostraba un apoyo del 66,2% de la población española al reconocimiento del derecho a contraer matrimonio de las personas del mismo sexo⁶⁰.

A pesar de ello la tramitación parlamentaria del texto no fue sencilla⁶¹. El anteproyecto fue valorado de forma crítica por el Consejo

⁵⁷ En ese sentido, ver: CALVO, KERMAN: “Movimientos sociales y reconocimiento de derechos civiles: la legalización del matrimonio entre personas del mismo sexo en España”. En *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, 147 (2010), pp. 137-167.

⁵⁸ PSOE, Merecemos una España mejor: soluciones ahora. Programa Electoral Elecciones Generales, 2004, p. 32 (accesible en <http://web.psoe.es/source-media/000000550500/000000550997.pdf>)

⁵⁹ Ver: Proposición de Ley de modificación del Código Civil en materia de matrimonio, presentado el 5 de abril de 2004, Grupo Parlamentario de Izquierda Verde-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds (retirado); Proposición de Ley de modificación del Código Civil para reconocer la celebración de matrimonio entre personas del mismo sexo, presentado el 5 de abril de 2004, Grupo parlamentario Mixto (retirado); Proposición de Ley de modificación parcial del Código Civil para posibilitar la celebración del matrimonio entre personas del mismo sexo, de 11 de mayo de 2004, Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana (ERC) (retirado); Proposición de Ley relativa a la modificación del Código Civil, para poner fin a la discriminación que supone la prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo, de 23 de junio de 2004 (retirado).

⁶⁰ Centro de Investigaciones Sociológicas, *Barómetro de junio de 2004, Estudio nº 2568*, pregunta 14.

⁶¹ Ver, ALVENTOSA DEL RÍO, J.: “La Ley 13/2005, de 1 de julio, de reforma del matrimonio en el Código civil. Génesis y contenido”. En *Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo*, Cuadernos de Derecho Judicial, 2005, pp. 105-194.

de Estado⁶² y el Consejo General del Poder Judicial⁶³, que sin llegar a considerar el texto inconstitucionalidad, sí cuestionaron la oportunidad del cambio legislativo que se proponía. Además, el proyecto sufrió varios avatares en su tramitación parlamentaria, al ser avocado a Pleno por el Congreso⁶⁴, y recibir el veto del Senado⁶⁵, en el que el Partido Popular, opuesto al texto, hizo valer su mayoría⁶⁶. A pesar de ello, el texto recibió un apoyo significativo en el Congreso de los Diputados, que levantó el veto del Senado con 187 votos a favor, 147 en contra y 4 abstenciones. La Ley 13/2005 fue publicada finalmente en el Boletín Oficial del Estado el día 2 de julio de 2015.

El texto normativo era relativamente sencillo, modificando varios preceptos del Código Civil y la Ley sobre el Registro Civil. La clave de bóveda de la modificación se encontraba en el art. 44 del Código Civil, que señala desde entonces, en su párrafo segundo, que el matrimonio tiene los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo. Gracias a ese sencillo cambio, España se convertía en el tercer país europeo que reconocía el derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo, tras Holanda y Bélgica, y que lo hacía equiparando totalmente en derechos a los matrimonios tradicionales y los nuevos que surgirían tras el cambio legal⁶⁷. Nuestro país avanzaba además sobre la opción inicial de Ho-

⁶² Comisión Permanente, Consejo de Estado, Dictamen de 16 de diciembre de 2004, Expediente de Anteproyecto de Ley por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, Ref. 2628/2004.

⁶³ Consejo General del Poder Judicial, Estudio sobre la reforma del Código Civil en materia de matrimonio entre personas del mismo sexo, 26 de enero de 2005.

⁶⁴ DS. Congreso de los Diputados, Pleno y Dip. Perm., núm. 79, de 05/04/2005.

⁶⁵ Ver, BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 18-11, de 28 de junio de 2005

⁶⁶ En la legislatura 2004-2008, el Grupo Parlamentario Popular tenía 123 senadores, frente a los 98 del siguiente Grupo Parlamentario (Socialista). En la votación plenaria sobre el veto al proyecto, 131 senadores votaron a favor del veto, mientras 119 se pronunciaron en contra y 2 se abstuvieron (DS. Senado, Pleno, núm. 46, de 22/06/2005). En la votación final en el Congreso de los Diputados, el Grupo Parlamentario Popular también votó en contra del proyecto, y el Grupo Parlamentario catalán (CiU) se escindió entre el voto en contra (4) y la abstención (3). El resto de formaciones votaron a favor del texto (<http://www.congreso.es/votoplenoh/L8/20050630001.pdf>)

⁶⁷ Para un análisis detallado de la situación en otros países europeos, ver: MARTÍN SÁNCHEZ, M.: "Los derechos de las parejas del mismo sexo en Europa. Estudio

landa y Bélgica, en tanto no establecía un régimen diferenciado para la adopción por los matrimonios entre personas del mismo sexo, a diferencia de lo que ocurriera inicialmente en esos dos países, en los que los nuevos matrimonios quedaron excluidos del régimen de adopción aplicable a los matrimonios tradicionales⁶⁸. La asimilación entre matrimonios entre personas de distinto sexo y del mismo sexo en España era total⁶⁹, en tanto la modificación del régimen jurídico del matrimonio se limitaba a extender la posibilidad de contraerlo a personas del mismo sexo con los mismos efectos que cuando los contrayentes fueran de sexo distinto.

3.2. *La aplicación práctica de la Ley 13/2005: algunos problemas de Derecho transitorio*

La puesta en marcha de la norma trató de ser frenada inicialmente a través de varias iniciativas⁷⁰: varios jueces responsables de Registro Civil presentaron sendas cuestiones de inconstitucional al Tribunal Constitucional, algunos jueces se negaron a celebrar matrimonios entre personas del mismo sexo alegando motivos de conciencia, el Foro español de la familia presentó una iniciativa legislativa popular dirigida a derogar la recién aprobada norma y, sobre todo, 61 diputados del Partido Popular presentaron un recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional que fue resuelto siete años después a través de la ya famosa STC 198/2012. En su sentencia, el TC rechazaría todas las alegaciones de los recurrentes y confirmaría la constitucionalidad de la ley, centrando su razonamiento en el art. 32 CE y

comparado”. En *Revista Española de Derecho Constitucional* 107 (2016), pp. 219-253.

⁶⁸ En este sentido, ver: MARTÍN SÁNCHEZ, M.: *op. cit.*, pp. 233-237; DÍEZ PICAZO, LUIS MARÍA: “En torno al matrimonio entre personas del mismo sexo”. En *InDret* 2 (2007), pp. 7 y ss.

⁶⁹ Sobre los efectos de la modificación, ver entre muchos otros: ALVENTOSA DEL RIO, JOSEFINA: *op. cit.* pp. 247 y ss.; DÍEZ PICAZO, LUIS MARÍA: *op. cit.*, pp. 8 y ss.

⁷⁰ Sobre todos estos movimientos, ver: VIVAS TESÓN, INMACULADA: “Capítulo I: España: tres años de matrimonio homosexual”. En *La Enseñanza Interdisciplinar del Derecho Matrimonial*. Santander (ESPAÑA). Mergablum Edición y Comunicación. 2008, pp. 34 y ss.

propugnando una interpretación evolutiva del mismo a la luz del Derecho comparado, los tratados internacionales en materia de derechos humanos ratificados por nuestro país, la posición de la doctrina y la aceptación social de la norma enjuiciada. Llegaba así a la conclusión de que la extensión del derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo no era una opción exigida por la Constitución nacional, pero sí constitucionalmente posible y que, por tanto, el legislador había hecho uso del margen que el texto constitucional le brindaba⁷¹, un posicionamiento que parece haberse vuelto contra los intereses del colectivo homosexual en posteriores sentencias del tribunal, tal y como veremos más adelante.

A pesar de todas estas trabas, la aplicación de la ley se produjo sin excesivos contratiempos y, según la información que proporcionó en su momento la Federación Estatal de Lesbianas, Gays y Transexuales, en su primer año de vigencia unas 4500 parejas homosexuales contrajeron matrimonio. Esas cifras se han mantenido más o menos estables, en tanto que el Instituto Nacional de Estadísticas informaba

⁷¹ La STC 128/2012 ha sido objeto de numerosos análisis. Entre otros, ver: MATIA PORTILLA, FRANCISCO JAVIER: "Interpretación evolutiva de la Constitución y legitimidad del matrimonio formado por personas del mismo sexo". En *Teoría y Realidad Constitucional* 31 (2013), pp. 535-554; PRESNO LINERA, MIGUEL ÁNGEL: "El matrimonio: ¿garantía constitucional o esfera vital? A propósito de la Sentencia 198/2012, de 6 de noviembre, sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo y la jurisprudencia comparada". En *Revista de Derecho Constitucional Europeo* 19 (2013), pp. 1-29; ARROYO GIL, ANTONIO: "De cómo por un mal camino se puede llegar a un buen sitio". En *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 17 (2013), pp. 1-10; SALAZAR BENÍTEZ, OCTAVIO: "El matrimonio igualitario como exigencia del libre desarrollo de la afectividad y sexualidad". En *Revista General de Derecho Constitucional* 17 (2013), pp. 1-27; EXPÓSITO, ENRIQUETA: "El derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo. Algunas reflexiones a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional 198/2012". En *Revista General de Derecho Constitucional* 17 (2013), pp. 1-21; MARTÍN SÁNCHEZ, MARÍA: "El vago "sí" del Tribunal Constitucional". En *Revista General de Derecho Constitucional* 17 (2013), pp. 1-12; NARANJO DE LA CRUZ, RAFAEL: "Matrimonio homosexual y categorías jurídicas". En *Revista General de Derecho Constitucional* 17 (2013), pp. 1-9.

que la cifra de matrimonios entre personas del mismo sexo en 2017 en España fue de poco más de 4600⁷².

En todo caso, más allá de estos datos estadísticos, lo que interesa desde del punto de vista de este trabajo es el concreto avance en materia de derechos para las personas homosexuales que la norma produjo. Evidentemente, al eliminar la diferencia de trato que suponía la imposibilidad de contraer matrimonio, la norma supuso un avance importantísimo en derechos no sólo en el ámbito del Derecho de familia, sino también en muchos otros, como en materia tributaria o en el ámbito de la seguridad social, en los que parejas de hecho y matrimonios no estaban equiparados. Sin embargo, la norma dejó abiertos flecos importantes: no modificó el régimen legal aplicable a las parejas de hecho homosexuales en relación con la adopción conjunta, lo que llamaba particularmente la atención a la luz del reconocimiento de la capacidad de adoptar de los matrimonios entre personas del mismo sexo⁷³; tampoco se modificó la Ley de Reproducción Humana asistida, a fin de contemplar la posibilidad de una doble maternidad en caso de utilización de alguna técnica por una pareja de mujeres⁷⁴; ni tampoco previó ningún régimen de Derecho transitorio, lo que impediría disfrutar de los beneficios de la nueva ley a las parejas homosexuales que hubieran compartido su vida juntas, pero que se hubieran roto por el fallecimiento de alguno de sus miembros antes de poder contraer matrimonio conforme a la nueva ley. Una cuestión con dimensiones muy relevantes, que ha tenido impacto en la jurisprudencia constitucional más reciente tanto en relación con el derecho a acceder a una pensión de viudedad como en el ámbito tributario.

⁷² Ver, INE, Matrimonios celebrados en España. Año 2017. Datos definitivos. La cifra total es de 4637.

⁷³ La Disposición Adicional Tercera de la Ley 21/1987, de 11 de julio, a la que ya se ha hecho referencia sólo permitía la adopción conjunta por parejas de hecho heterosexuales.

⁷⁴ Hay que esperar hasta la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registra de la mención relativa al sexo de las personas, para que se introduzca una modificación al respecto en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Sobre la misma ver, BENAVENTE MOREDA, PILAR: "Orientación sexual e identidad de género y relaciones jurídico privadas". En *Revista General de Derecho Constitucional* 17 (2013), pp. 50 y ss.

Efectivamente, en relación con el derecho a acceder a la pensión de viudedad y ante la falta de previsión de un régimen transitorio semejante al que acompañó a la Ley 30/1981, de 7 de julio⁷⁵, nuestros tribunales debieron pronunciarse pronto sobre los derechos de los miembros supervivientes de parejas de hecho homosexuales que no pudieron contraer matrimonio por impedírseles la legislación española anterior a la Ley 13/2005. Tras ciertas dudas iniciales⁷⁶, los tribunales ordinarios entendieron que no cabía aplicar de forma analógica lo previsto en la Disposición Adicional Décima de la Ley 30/1981 a las parejas de hecho homosexuales que no hubieran podido contraer matrimonio antes de la entrada en vigor de la Ley 13/2005. Se argumentó así que la Ley 13/2005, de 1 de julio, no contempló su aplicación retroactiva, ni la posibilidad de reconocer derecho alguno a aquellos que no habían podido contraer matrimonio antes de su entrada en vigor, y que, por tanto, no cabía la aplicación analógica de la Disposición Adicional Décima de la Ley 30/1981 al caso de las parejas de hecho homosexuales, en la medida en que el supuesto de hecho previsto por esa disposición era distinto al enjuiciado. Además, haciendo uso de la jurisprudencia constitucional que ha aceptado la existencia de ciertas diferencias entre el tratamiento jurídico de las uniones de hecho y los matrimonios, incluso cuando las primeras se formalizaran entre personas del mismo sexo⁷⁷, los tribunales ordinarios desecharon

⁷⁵ La Disposición Adicional 10ª de la Ley 30/1981, de 7 de julio, que introdujo el divorcio en nuestro ordenamiento, previó el acceso a la pensión de viudedad “en favor de quienes, habiendo mantenido una convivencia *more uxorio* con el causante, no hubieran, sin embargo, podido contraer matrimonio con el mismo por impedírseles la legislación vigente, y siempre que el fallecimiento de dicho causante hubiere acaecido antes de la entrada en vigor de dicha Ley”. La disposición indicada reconocía así el derecho a la pensión de viudedad a aquellos que, habiendo convivido con el causante, no hubieran podido formalizar su unión por impedírseles la legislación anterior, que no contemplaba la posibilidad de romper el vínculo matrimonial a través del divorcio.

⁷⁶ Algunos tribunales reconocieron inicialmente el derecho a acceder a la pensión de viudedad, tanto en el régimen de clases pasivas del Estado (SAN de 15 de marzo de 2006, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª, recurso núm. 583/04), como en el de la Seguridad Social (STSJ de Asturias 5166/2007, de 16 de noviembre de 2007, Sala de lo Social, Sección 1ª), utilizando lo previsto en la Disposición Adicional 10ª de la Ley 30/1981, de 7 de julio, de forma analógica.

⁷⁷ Véase, el ya citado ATC 222/1994, de 11 de julio.

que la diferencia de trato que se derivaba de la aplicación de tales disposiciones legales fuera contraria al art. 14 CE⁷⁸.

La cuestión llegó al Tribunal Constitucional a través de una serie de recursos de amparo que el Tribunal resolvió de forma negativa⁷⁹. El primero de ellos, que traía causa de la decisión de denegar una pensión de viudedad al miembro superviviente de una pareja de hecho homosexual que no pudo contraer matrimonio por el fallecimiento de su pareja antes de la entrada en vigor de la ley del matrimonio igualitario, condujo al tribunal a plantear una cuestión interna de constitucionalidad⁸⁰, al entender que se cuestionaba la adecuación al art. 14 CE del antiguo art. 174 de la Ley General de la Seguridad Social y, por tanto, la cuestión no podía ser resuelta a través de un mero recurso de amparo. El auto de planteamiento cuestionaba así si la limitación de la pensión de viudedad al cónyuge superviviente y, por tanto, la negación de tal derecho a las parejas homosexuales que no podían contraer matrimonio antes del 2005 constituía una discriminación por razón de orientación sexual. El problema había sido ya tratado por el tribunal en el ATC 222/1994, pero años después y tras haber equiparado en derechos a las parejas homosexuales y heterosexuales vía extensión del derecho a contraer matrimonio, la cuestión adquiriría un nuevo matiz.

A pesar de ello, la STC 92/2014 resolvió la cuestión interna de constitucionalidad utilizando argumentos muy semejantes a los empleados en 1994. Aunque el TC reconocía que, en algunas circunstancias, la imposibilidad de contraer matrimonio podía derivar en la imposición de una obligación al legislador de tratar de forma idéntica a las uniones de hecho y los matrimonios so pena de vulnerar el art. 14 CE, a ojos del tribunal esa obligación solo existe en aquellos

⁷⁸ En este sentido, en el marco del régimen de clases pasivas del Estado, ver entre otras: STSJ de Madrid 1091/2010, de 14 de octubre, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9ª; SAN de 22 mayo de 2008, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª, recurso núm. 284/07. En relación con las pensiones de viudedad del régimen de Seguridad Social, ver: STS de 29 de abril de 2009, Sala de lo Social, recurso núm. 577/2008.

⁷⁹ Ver SSTC 93/2014, de 12 de junio; 98/2014, de 23 de junio; 115/2014, de 8 de julio; 116/2014, de 8 de julio; 124/2014, de 21 de julio; 157/2014, de 6 de octubre.

⁸⁰ ATC 8/2013, de 15 de enero.

supuestos en que “la causa impeditiva del matrimonio pugna con los principios y reglas constitucionales”. Para el TC, ese no era el caso de las parejas homosexuales que no habían podido contraer matrimonio por impedirlo el ordenamiento jurídico español previo a 2005, en la medida en que se entendía que la configuración del matrimonio como unión que sólo cabe entre personas de diferente sexo es una opción del legislador acorde con la Constitución, y por tanto, preservaban toda su vigencia los pronunciamientos contenidos en el ATC 222/1994 sobre la posibilidad de establecer diferencias de trato entre matrimonios y parejas de hecho, inclusive si éstas últimas eran entre personas del mismo sexo que no habían podido contraer matrimonio. Llamaba la atención que el TC centrara su razonamiento en uno solo de los argumentos previamente utilizados en la STC 198/2012 a fin de evaluar la adecuación a la Constitución de la ley del matrimonio igualitario, véase la Constitución no impone, aunque sí permite, la extensión del matrimonio a personas del mismo sexo. Ninguna reflexión sustancial se incorporaba en relación con la necesidad de realizar una interpretación evolutiva del texto constitucional ni sobre la tutela antidiscriminatoria por razón de orientación sexual, algo que llamaba la atención si se tenía en cuenta lo reciente de los avances que se habían producido en la materia tanto a nivel legislativo, como en la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

La reiteración de esta jurisprudencia, unida a las habituales reflexiones sobre el margen de discrecionalidad del que goza el legislador estatal a fin de configurar las prestaciones del sistema de Seguridad Social, fueron elementos suficientes para que el TC rechazara la inconstitucionalidad del antiguo art. 174 de la Ley General de la Seguridad Social y desestimara todos los recursos de amparo interpuestos en casos de denegación de pensión de viudedad a los miembros supervivientes de parejas de hecho homosexuales que no pudieron contraer matrimonio por el fallecimiento del otro miembro antes de 2005. Idéntica jurisprudencia ha sido aplicada también a los casos de parejas de hecho homosexuales que no pudieron beneficiarse de reducciones en la base imponible del impuesto sobre sucesiones aplicable a los “cónyuges” porque el fallecimiento de su pareja se produjo antes de la entrada en vigor de la Ley 13/2005 y, por tanto, antes de

que las parejas de hecho homosexuales pudieran contraer matrimonio⁸¹.

No obstante, hay que apuntar que algunos legisladores autonómicos paliaron las deficiencias de la legislación estatal en materia impositiva extendiendo el tratamiento que las normas tributarias estatales aplicaban a los cónyuges a las parejas de hecho⁸². La situación respecto del acceso a las prestaciones de viudedad resultó mucho más compleja. El legislador estatal extendió el acceso a las pensiones de viudedad a las uniones de hecho a través de la modificación introducida en los arts. 174 de la Ley General de la Seguridad Social y 38 de la Ley de Clases Pasivas del Estado, por las Leyes 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, y 51/2007, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2008. Ambas normas reconocieron por primera vez el derecho a acceder a las pensiones de viudedad del régimen de la seguridad social y del régimen de clases pasivas del Estado a la pareja de hecho del causante, aunque imponiendo unas condiciones distintas para el reconocimiento del derecho que en el caso de existencia de matrimonio⁸³. Previeron también la aplicación retroactiva de tales disposiciones (en relación con fallecimientos acaecidos antes del 1 de enero de 2008) cuando concurrieran ciertos elementos, básicamente, cuando se acreditara una convivencia de al menos seis años anteriores al fallecimiento, hubiera hijos comunes, el superviviente no recibiera pensión contributiva de la Seguridad Social y se formulara la solicitud en un plazo improrrogable de doce meses⁸⁴.

⁸¹ Ver ATC 129/2016, de 21 de junio.

⁸² Ver, por ejemplo, el art. 13 de la Ley 15/2002, de 27 de diciembre, del Principado de Asturias, de acompañamiento a los presupuestos generales de 2003, que introdujo una mejora en las reducciones de la base imponible del impuesto sobre sucesiones y donaciones referida a las parejas estables a las que resultara de aplicación la Ley de Asturias 4/2002, de 23 de mayo, de parejas estables.

⁸³ Sobre las reformas introducidas, ver entre otros: LAMARCA, ALBERT Y ALASCIO, LAURA: “Parejas de hecho y pensión de viudedad”. En *InDret* 4 (2007); BALLESTER PASTOR, INMACULADA: “La cuantía de la pensión de viudedad tras la Ley 40/2007, de 4 de diciembre: cambios puntuales y entrada en juego de las uniones de hecho”. En *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral* 209 (2009).

⁸⁴ Ver Disposición Adicional Tercera de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, y la Disposición Adicional Decimoquinta

En principio, la aplicación retroactiva de ambas disposiciones podía haber paliado la situación en la que habían quedado los miembros supervivientes de aquellas parejas homosexuales que no pudieron contraer matrimonio por el fallecimiento del otro miembro antes de 2005. Sin embargo, el legislador estatal vedó tal posibilidad al exigir la existencia de hijos comunes, requisito difícil de cumplir para las parejas homosexuales antes de la modificación operada por la Ley 13/2005 tanto por obvios motivos biológicos como jurídicos, ya que el reconocimiento del derecho a la adopción conjunta dependía de lo previsto en las legislaciones autonómicas sobre parejas de hecho, dadas las limitaciones de la legislación estatal⁸⁵.

En esta ocasión, sería el TC el que equilibraría parcialmente la situación, declarando nulo el inciso de la norma que exigía la existencia de hijos comunes por considerar que suponía una distinción de trato injustificada que perjudicaba no solo a las parejas homosexuales, sino también a las heterosexuales que no pudieran procrear. En su STC 41/2013, el tribunal rechazaba pronunciarse sobre la existencia de una eventual discriminación por razón de orientación sexual, tal y como sugería el órgano jurisdiccional que planteó la cuestión de inconstitucionalidad, centraba todo su razonamiento en el estudio de la justificación de la diferencia de trato incorporada por la norma, pero sin aplicar su jurisprudencia habitual sobre las categorías sospechosas de discriminación. El TC subrayaba así que, según la Abogacía del Estado, la pensión de viudedad extraordinaria prevista por la Disposición Adicional Tercera de la Ley 40/2007 no pretendía reconocer tal derecho a cualquier pareja de hecho, sino limitarlo a aquellos casos en que se pudiera probar la existencia de una convivencia estable y, a la par, de una situación de necesidad. La presencia de hijos comunes constituía así, a ojos del Abogado del Estado, tanto una prueba de la estabilidad de la convivencia como de la existencia de una situación de necesidad que debía ser paliada a través del sistema de Seguridad Social. Sin embargo, el TC desmontaba ambas tesis subrayando que

de la Ley 51/2007, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2008.

⁸⁵ Así, por ejemplo, en Cataluña, no se permitió la adopción conjunta de parejas de hecho homosexuales hasta la aprobación de la Ley 3/2005, de 8 de abril. Sobre la cuestión, ver: GILBAJA CABRERO, ESTELA: *op. cit.*, pp. 13 y ss.

la existencia de hijos comunes no era el único elemento que permitía demostrar la estabilidad de la convivencia, y que la norma no exigía que los hijos comunes continuaran a cargo del miembro de la pareja superviviente, de modo que la situación de necesidad tampoco quedaría probada. Teniendo en cuenta ambos elementos, así como el impacto negativo de la norma en las parejas homosexuales y las heterosexuales que no pudieran procrear, el TC consideraba que el requisito carecía de justificación objetiva y razonable, porque no respondía a la finalidad de la pensión de viudedad regulada y, por tanto, era contrario al art. 14 CE.

A pesar del positivo resultado, el razonamiento del TC parecía desdénar el particular impacto que la norma tenía en el colectivo homosexual: las parejas heterosexuales afectadas podían haber contraído matrimonio, evitando así las onerosas reglas que se les imponían a las parejas de hecho para acceder a la pensión de viudedad. Tal no era el caso para las parejas homosexuales y, a pesar de ello, el TC no realizaba reflexión alguna sobre la eventual existencia de una vulneración del derecho a no ser discriminado por razón de la orientación sexual. En idéntica línea, el TC limitaba notablemente el impacto de su fallo: las últimas líneas de su sentencia dejaban meridianamente claro que el pronunciamiento no permitía revisar procesos fenecidos en que se hubiera aplicado el requisito considerado nulo, ni tampoco permitía a aquellos que no solicitaron la pensión en el plazo de doce meses previstos por la norma hacerlo ahora, aun cuando la falta de solicitud se hubiera debido precisamente al incumplimiento del requisito referido a la existencia de hijos comunes que el tribunal declaraba nulo. Si tenemos en cuenta que el TC adoptaba su sentencia 5 años después de la entrada en vigor de la norma, parecía evidente que el impacto de la misma sería residual.

En fin, a pesar de las críticas que podían verse a la jurisprudencia constitucional analizada, así como al legislador español por la falta de previsión de un régimen transitorio que paliara la situación de aquellas parejas homosexuales que no pudieron beneficiarse de la ley del matrimonio igualitario a pesar de años de convivencia juntos, hay que reconocer que la adopción de esa norma y la sentencia del TC declarando su constitucionalidad han sido dos hitos legales muy relevantes en el camino recorrido por el colectivo homosexual para conseguir la igualdad efectiva en nuestro país. No obstante, la lucha

del colectivo homosexual no acaba con estos logros: tras caminar de la despenalización de la homosexualidad al reconocimiento de idénticos derechos en el ámbito del Derecho civil, el colectivo homosexual debe recorrer todavía un sendero adicional, mucho más recientemente y todavía en ciernes, véase, el que debería llevarnos a caminar hacia una sociedad plenamente inclusiva a través de la normalización de todas las opciones afectivas y sexuales⁸⁶, la visibilización del colectivo LGBTI y la adopción de políticas de integración dirigidas a compensar la situación de desventaja y discriminación que todavía sufren sus miembros⁸⁷.

⁸⁶ Sobre la necesidad de avanzar en este camino construyendo un nuevo derecho al libre desarrollo de la afectividad y la sexualidad, ver SALAZAR BENÍTEZ, OCTAVIO: “El reconocimiento jurídico constitucional de la diversidad afectiva y sexual”. En *Revista de Estudios Políticos (nueva época)* 157 (2012), pp. 45-81.

⁸⁷ Dan cuenta de esa situación numerosos informes nacionales e internacionales, que aunque destacan la posición de España en la cabeza de los países que respetan en mayor medida los derechos de este colectivo a nivel mundial y europeo, también subrayan la persistencia de delitos de odio o conductas discriminatorias, por ejemplo en el ámbito educativo o laboral. A nivel internacional, ver el informe anual de ILGA-Europe (*Annual Review of the Human Rights Situation of Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex People in Europe*, 2018, accesible en https://www.ilga-europe.org/sites/default/files/2018/full_annual_review.pdf), así como los publicados por la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (*EU LGBT survey. European Union lesbian, gay, bisexual and transgender survey* (2014)) y la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (Quinto Informe de la ECRI sobre España, de 5 de diciembre de 2017). A nivel nacional son muy interesantes los datos proporcionados anualmente por el Ministerio del Interior sobre los delitos de odio en nuestro país (*Informe sobre la evolución de los incidentes relacionados con los delitos de odio en España*, 2017, accesible en <http://www.interior.gob.es/web/servicios-al-ciudadano/delitos-de-odio/estadisticas>), que recoge, por ejemplo, que los delitos por razón de orientación o identidad sexual aumentaron un 17,8% en nuestro país en 2017 con respecto al año anterior. Igualmente, en relación con la situación del colectivo en el ámbito laboral ver el reciente Informe elaborado por el Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades (*Las personas LGTBI en el ámbito del empleo en España: hacia espacios de trabajo inclusivos con la orientación sexual e identidad y expresión de género*, 2017, accesible en <http://www.inmujer.gob.es/actualidad/NovedadesNuevas/docs/2017/2017LGBTAmbitodelEmpleo.pdf>), así como el Informe elaborado en 2013 por la Federación Estatal de Lesbianas, Gais, Transexuales y Bisexuales (*Estudio 2013 sobre discriminación por orientación sexual y/o identidad de género en España*, 2013, accesible en <http://www.felgtb.org/rs/2447/d112d6ad-54ec-438b-9358-4483f9e98868/bd2/filename/estudio-2013-sobre-discriminacion-por-orientacion-sexual-y-o-identidad-de-genero-en-espana.pdf>),

4. ALGUNOS AVANCES RECIENTES Y PERSPECTIVAS DE FUTURO

En línea con esta lógica, el avance quizás más reciente en la materia que se ha producido en los últimos tiempos en nuestro país⁸⁸, viene de la mano de numerosas leyes autonómicas que propugnan un entendimiento de la protección de los derechos del colectivo homosexual (así como del resto de los colectivos integrados habitualmente bajo las siglas LGTBI) que va más allá de la tutela antidiscriminatoria por razón de la orientación sexual y persigue la eliminación de prejuicios, la visibilización y normalización de las diferencias y la adopción de políticas públicas dirigidas a garantizar la igualdad real del colectivo.

Desde que, en 2009, la Comunidad Foral de Navarra adoptara una primera ley centrada en la no discriminación y el reconocimiento de derechos de las personas transexuales⁸⁹, muchas Comunidades Autónomas han adoptado sus propias normas reconocedoras de derechos del colectivo LGTBI o de algunos de sus componentes⁹⁰. Esas normas

de más amplio alcance en la medida en que aborda sectores distintos al laboral, como el educativo.

⁸⁸ Además de los cambios que ahora se indicarán, hay que señalar que la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de mayo, que trae parcialmente causas de la necesidad de adaptar nuestro ordenamiento a la Decisión Marco 2008/913/JAI, introdujo varias modificaciones en nuestro Código Penal relevantes desde la perspectiva de este estudio. La Ley modificó los delitos de denegación de prestación de servicio público o privado, incluyendo expresamente los motivos de género entre aquellos que permiten la aplicación del tipo, así como la pena asociada a la comisión del ilícito (arts. 511 y 512 CP). Se modifica también el tipo de asociaciones ilícitas para incluir a aquellas que fomenten o inciten al odio, hostilidad, violencia o discriminación contra determinados colectivos, y, sobre todo se produjo una modificación sustancial del muy discutido art. 510 CP. Se tipificaron así dos grupos de conductas: de una parte, las acciones de incitación al odio, la hostilidad, la discriminación o la violencia contra grupos o individuos por distintos motivos, inclusive su orientación sexual; y de otra parte, los actos de humillación, menosprecio o descréditos contra esos grupos o individuos y el enaltecimiento o justificación de los delitos cometidos contra los mismos por motivos discriminatorios.

⁸⁹ Ley Foral 12/2009, de 19 de noviembre, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales.

⁹⁰ Se centran especialmente en las necesidades del colectivo transexual la Ley 14/2012, de 28 de junio, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales (País Vasco);

van más allá de la prohibición de toda discriminación que afecte al colectivo, buscando prevenir y corregir situaciones de desventaja a través de acciones positivas y medidas específicas en diversos sectores⁹¹. Igualmente, buscan contribuir a la visibilidad promoviendo el valor positivo de la diversidad. En algunos casos, crean un órgano específico en materia de igualdad LGTBI con el fin de desarrollar y poner en marcha las políticas públicas en la materia⁹² u órganos consultivos de la Administración autonómica especializados en ese ámbito⁹³.

Ley 2/2014, de 8 de julio, integral para la no discriminación por motivos de identidad de género y reconocimiento de los derechos de las personas transexuales de Andalucía; la Ley 8/2014, de 28 de octubre, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales (Canarias).

⁹¹ Ver, por ejemplo, Ley 2/2014, de 14 de abril, por la igualdad de trato y la no discriminación de lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersexuales en Galicia; Ley 11/2014, de 10 de octubre, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros e intersexuales y para erradicar la homofobia, la bifobia y la transfobia (Cataluña); Ley 12/2015, de 8 de abril, de igualdad social de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de Extremadura; Ley 8/2016, de 27 de mayo, de igualdad social de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales, y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia; Ley 8/2016, de 30 de mayo, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, trans, bisexuales e intersexuales y para erradicar la LGTBI fobia (Islas Baleares); la Ley 3/2016, de 22 de julio, de protección integral contra LGTBI fobia y la discriminación por razón de orientación e identidad sexual en la Comunidad de Madrid; la Ley Foral 8/2017, de 19 de junio, para la igualdad social de las personas LGTBI+; Ley 8/2017, de 28 de diciembre, para garantizar los derechos, la igualdad de trato y no discriminación de las personas LGTBI y sus familiares en Andalucía; Ley 23/2018, de 29 de noviembre, de la Generalitat de Valencia, de igualdad de las personas LGTBI; Ley 18/2018, de 20 de diciembre, de igualdad y protección integral contra la discriminación por razón de orientación sexual, expresión e identidad de género en la Comunidad Autónoma de Aragón.

⁹² Ver, por ejemplo, la Ley 11/2014, de 10 de octubre, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros e intersexuales y para erradicar la homofobia, la bifobia y la transfobia (Cataluña) o la Ley Foral 8/2017, de 19 de junio, para la igualdad social de las personas LGTBI+

⁹³ Ver, por ejemplo, la Ley 11/2014, de 10 de octubre, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros e intersexuales y para erradicar la homofobia, la bifobia y la transfobia (Cataluña) o la Ley 3/2016, de 22 de ju-

Algunas normas autonómicas prevén medidas en el ámbito social, familiar, de la salud, educativo, laboral, cultural, del deporte, policial y de la comunicación que más allá del intento de erradicar toda discriminación por la pertenencia al colectivo, tratan de visibilizar las distintas realidades afectivas y sexuales, formar a los profesionales en esa diversidad y eliminar prejuicios sociales a través de programas de sensibilización, de acciones dirigidas a forjar una imagen del colectivo exenta de estereotipos y de la inclusión de contenidos específicos en los programas educativos⁹⁴ o, en el caso de las Leyes navarra o balear actualmente vigentes, a través de la “coeducación” entendida como la “acción educativa que potencia la igualdad real de oportunidades y la eliminación de cualquier tipo de discriminación o violencia por razón de orientación sexual, expresión de género e identidad sexual o de género” (art. 27 de la Ley Foral 8/2017 y 12 de la Ley balear 8/2016, de 30 de mayo).

A pesar del loable objetivo de las normas indicadas, hay que reseñar que no todas las Comunidades Autónomas han legislado en la

lio, de protección integral contra LGTBIfobia y la discriminación por razón de orientación e identidad sexual en la Comunidad de Madrid

⁹⁴ Ver, por ejemplo, la Ley 11/2014, de 10 de octubre, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros e intersexuales y para erradicar la homofobia, la bifobia y la transfobia (Cataluña); Ley 12/2015, de 8 de abril, de igualdad social de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de Extremadura; Ley 8/2016, de 27 de mayo, de igualdad social de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales, y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia; Ley 8/2016, de 30 de mayo, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, trans, bisexuales e intersexuales y para erradicar la LGTBI fobia (Islas Baleares); la Ley 3/2016, de 22 de julio, de protección integral contra LGTBI fobia y la discriminación por razón de orientación e identidad sexual en la Comunidad de Madrid; la Ley Foral 8/2017, de 19 de junio, para la igualdad social de las personas LGTBI+; y la Ley 8/2017, de 28 de diciembre, para garantizar los derechos, la igualdad de trato y no discriminación de las personas LGTBI y sus familiares en Andalucía; Ley 23/2018, de 29 de noviembre, de la Generalitat de Valencia, de igualdad de las personas LGTBI; Ley 18/2018, de 20 de diciembre, de igualdad y protección integral contra la discriminación por razón de orientación sexual, expresión e identidad de género en la Comunidad Autónoma de Aragón.

materia, lo que provoca evidentes disparidades de trato a nivel nacional. Además, el alcance de la normativa autonómica es muy dispar y se ve limitado por la propia distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas⁹⁵. Quizás por esos motivos, el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos - En Común Podem - En Marea en el congreso de los Diputados presentó una proposición de ley contra la discriminación por razón de orientación sexual, identidad o expresión de género y características sexuales, y de igualdad social de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales en Mayo de 2017⁹⁶. La tramitación de la iniciativa no fue finalizada antes del término de la legislatura: a pesar de que la proposición fue tomada en consideración por el Pleno del Congreso, el plazo de presentación de enmiendas fue prorrogado en reiteradas ocasiones hasta la disolución de las Cortes y la convocatoria de elecciones. En línea con algunas de las leyes autonómicas en vigor, la proposición de ley pretendía la adopción de una norma integral que protegiera los derechos de todos los colectivos que se agrupan bajo las siglas LGTBI. Se imponían así obligaciones a todas las Administraciones públicas, con miras a garantizar una serie de derechos del colectivo en todos los ámbitos sociales, desde el familiar hasta el educativo, pasando por el sanitario, laboral, los medios de comunicación, la cultura, el ocio o el deporte.

Aunque este trabajo no puede dar cuenta de todo el contenido de la proposición de ley ni realizar un balance crítico de la misma, no quiero dejar de reseñar las propuestas que contenía con miras a visibilizar al colectivo y educar en la diversidad: se pretendía así normalizar la existencia del colectivo a través de campañas que transmitieran el valor positivo de la diversidad, erradicar estereotipos fomentando el respeto de la diversidad a través de los medios de comunicación, y educar en la igualdad y la diversidad a través de planes educativo integrales y transversales que fomentaran una y otra. En la misma línea, destacaba también la imposición de ciertas obligaciones en materia de recopilación de información a las Administraciones públicas: se buscaba así contar con datos fidedignos sobre la extensión de la discrimi-

⁹⁵ Sobre las limitaciones que este hecho impone en materia laboral, ver: GÓMEZ FERNÁNDEZ, ITZIAR: *op. cit.*, pp. 14 y ss.

⁹⁶ Ver BOCG núm. 122-1, de 12 de mayo de 2017.

nación contra el colectivo y la efectividad de las medidas adoptadas para paliarla.

La adopción de la propuesta habría, sin duda, supuesto un avance significativo en el reconocimiento de los derechos del colectivo LGTBI a nivel nacional. Sin embargo, habrá que esperar a conocer la correlación de fuerzas en el Parlamento nacional tras las próximas elecciones generales, para saber si el legislador nacional dará un paso más en pos de la igualdad real y efectiva de los miembros de este colectivo.

5. CONCLUSIONES

El avance en el reconocimiento de derechos del colectivo homosexual se ha producido en España a través de oleadas, que comenzaron con la despenalización de la homosexualidad tras el advenimiento de la democracia; prosiguieron con la tutela antidiscriminatoria en diversos sectores, significativamente el laboral y el penal; y continuaron con el reconocimiento del matrimonio igualitario y la ampliación de derechos que éste supuso no sólo en el ámbito del Derecho de familia, sino también en otros ámbitos como el de la seguridad social o el tributario en el que las diferencias de trato existentes se justificaban por la inexistencia de vínculo matrimonial. En los últimos tiempos, una nueva oleada de cambios parece estarse gestando, centrada en esta ocasión en lograr la igualdad real y efectiva de los miembros del colectivo y también en visibilizarlo y educar a la sociedad en la diversidad y la pluralidad afectiva y sexual.

Llama la atención el papel basilar que en ese proceso ha tenido el legislador estatal, a veces incitado por el legislador europeo o por la diversidad de regímenes jurídicos provocada por la actuación de los legisladores autonómicos. El papel del Tribunal Constitucional parece, sin embargo, más que cuestionable, en la medida en que se ha limitado a confirmar las decisiones del legislador, sin apenas extraer nada sustantivo de la prohibición de discriminación contenida en el artículo 14 de nuestro texto constitucional. Sin embargo, y más allá de estas notas, lo que interesa desde la perspectiva de este estudio es determinar si todas estas medidas han sido o no eficaces.

En ese sentido, hay que señalar que, en su Informe de 2018, la Asociación Internacional de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex

(ILGA) ubicaba a España entre los países europeos que respetaban en mayor medida los derechos del colectivo LGTBI⁹⁷. España ocupa el noveno lugar dentro de los países europeos con una puntuación asignada de 67%, ubicándose por detrás de países como Malta (94%), Bélgica (79%), Noruega (78%), Reino Unido (73%), Francia (73%), Finlandia (73%), Portugal (69%), o Dinamarca (68%), pero por delante de otros Estados como Holanda (60%) o Alemania (59%)⁹⁸. El informe, presentado anualmente por la asociación tiene en cuenta para la valoración de cada Estado una larga serie de elementos directamente vinculados al respeto de los derechos del colectivo LGTBI, incluyendo desde la prohibición de discriminación por razón de orientación o identidad sexual en la Constitución, al reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo o la posibilidad de adopción conjunta. A ojos de la asociación, nuestro país presenta ciertas deficiencias en lo relativo al respeto de los derechos de personas trans e intersex. Sin embargo, su puntuación parece más positiva en lo que al colectivo homosexual se refiere.

En una línea semejante, el último informe especializado en la materia de la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea daba cuenta del positivo posicionamiento de nuestro país en lo que se refiere al respeto de los derechos de este colectivo⁹⁹. España se situaba entre los países de la Unión Europea en los que la tolerancia hacia el colectivo era mayor, la prevalencia de actos de discriminación o acoso en el ámbito laboral o educativo era menor así como la prevalencia de actos de violencia. Sin embargo, los datos de nuestro país no eran tan positivos en lo que se refería a la prevalencia de los comentarios negativos por pertenecer al colectivo LGTBI, la disposición de los miembros del colectivo a hacer públicas sus opciones afectivo- sexuales, o la existencia de campañas antidiscriminatorias, por lo que atañe al colectivo homosexual. En el año 2017, la Comisión Europea contra el

⁹⁷ ILGA-Europe, *Annual Review of the Human Rights Situation of Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex People in Europe*, 2018, accesible en https://www.ilga-europe.org/sites/default/files/2018/full_annual_review.pdf

⁹⁸ El ranking de países europeos es accesible a través de la web: <https://rainbow-europe.org/country-ranking>

⁹⁹ Ver, Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: *EU LGBT survey. European Union lesbian, gay, bisexual and transgender survey* (2014).

Racismo y la Intolerancia también apuntaba ciertas deficiencias en el respeto de los derechos del colectivo LGTBI en nuestro país. En lo que al colectivo homosexual se refiere, se señalaban así la persistencia de actos de violencia y discriminación que mostraban la falta de aceptación del colectivo por una parte de la sociedad española. Se recomendaba que las administraciones públicas promovieran la comprensión y el respeto hacia el colectivo, especialmente en las escuelas¹⁰⁰.

Teniendo en cuenta estos datos, parece evidente que nuestro país ha alcanzado altas cotas de respeto de los derechos del colectivo homosexual, aunque todavía queda mucho por hacer, especialmente en lo referido a la visibilización del colectivo y al desarrollo de políticas públicas que eduquen a la sociedad en la diversidad. Esa es la línea por la que parecen caminar buena parte de las leyes autonómicas en la materia aprobadas en los últimos años y ese mismo parecía ser el camino que quería recorrer el legislador estatal con la tramitación de la fallida proposición de ley presentada en 2017. Veremos si el futuro nos depara ese nuevo, y quizás definitivo, cambio.

6. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, IGNACIO: “La Organización de las Naciones Unidas y el derecho a la no discriminación por motivo de orientación sexual e identidad de género. Apuntes para un debate”. En *Revista General de Derecho Constitucional* 17 (2013), pp. 1-34.
- ALVENTOSA DEL RÍO, J.: “La Ley 13/2005, de 1 de julio, de reforma del matrimonio en el Código civil. Génesis y contenido”. En *Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo*, Cuadernos de Derecho Judicial, 2005, pp. 105-194.
- ARROYO GIL, ANTONIO: “De cómo por un mal camino se puede llegar a un buen sitio”. En *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 17 (2013), pp. 1-10.
- BALLESTER PASTOR, INMACULADA: “La cuantía de la pensión de viudedad tras la Ley 40/2007, de 4 de diciembre: cambios puntuales y entrada en juego de las uniones de hecho”. En *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral* 209 (2009).

¹⁰⁰ Quinto Informe de la ECRI sobre España, de 5 de diciembre de 2017, pp. 33 y ss.

- BAYONA GIMÉNEZ, JUAN JOSÉ: “Las uniones de hecho en el impuesto sobre sucesiones y donaciones”. En *Revista española de Derecho financiero* 93 (1997).
- BENAVENTE MOREDA, PILAR: “Orientación sexual e identidad de género y relaciones jurídico privadas”. En *Revista General de Derecho Constitucional* 17 (2013).
- CACHÓN VILLAR, PABLO: “Las uniones de hecho en el ámbito de las relacionales laborales y de seguridad social”. En *Consecuencias Jurídicas de las Uniones de Hecho*. Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1998.
- CALVO, KERMÁN: “Movimientos sociales y reconocimiento de derechos civiles: la legalización del matrimonio entre personas del mismo sexo en España”. En *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, 147 (2010), pp. 137-167.
- CUNNINGHAM-PARMETER, KEITH: “Marriage Equality, Workplace Inequality: The Next Gay Rights Battle”. En *Florida Law Review* 1099 (2015).
- DÍAZ CREGO, MARÍA: “Administraciones Públicas españolas y derechos del colectivo LGTBI”. En *Revista General de Derecho Constitucional* 17 (2013), pp. 1-35.
- DÍAZ LÓPEZ, JUAN ALBERTO, *El odio discriminatorio como circunstancia agravante de la responsabilidad penal*. Tesis doctoral presentada en la Universidad Autónoma de Madrid, 2012 (accesible en https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/11312/56391_diaz_lopez_juan_alberto.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- DÍEZ PICAZO, LUIS MARÍA: “En torno al matrimonio entre personas del mismo sexo”. En *InDret* 2 (2007), pp. 1-12.
- EXPÓSITO, ENRIQUETA: “El derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo. Algunas reflexiones a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional 198/2012”. En *Revista General de Derecho Constitucional* 17 (2013), pp. 1-21.
- GARCÍA AÑÓN, JOSÉ: “Aproximación a la aplicación de las garantías frente a la discriminación racial y étnica en España: 1996-2006”. En *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho* 14 (2006).
- GILBAJA CABRERO, ESTELA: “Orientación sexual y filiación. Especial referencia a la adopción”. En *Revista General de Derecho Constitucional* 17 (2013).
- GÓMEZ FERNÁNDEZ, ITZIAR: “La diversidad sexual como causa (prohibida) de discriminación laboral”. En *Revista Aranzadi Doctrinal* 3 (2018)
- LAMARCA, ALBERT Y ALASCIO, LAURA: “Parejas de hecho y pensión de viudedad”. En *InDret* 4 (2007).

- MARTÍN SÁNCHEZ, MARÍA: “Los derechos de las parejas del mismo sexo en Europa. Estudio comparado”. En *Revista Española de Derecho Constitucional* 107 (2016), pp. 219-253.
- MARTÍN SÁNCHEZ, MARÍA: “El vago “sí” del Tribunal Constitucional”. En *Revista General de Derecho Constitucional* 17 (2013), pp. 1-12.
- MATA DE ANTONIO, JOSÉ MARÍA: “Parejas de hecho ¿equiparación o discriminación?: Análisis de la normativa autonómica”. En *Acciones e investigaciones sociales* 14(2002).
- MATIA PORTILLA, FRANCISCO JAVIER: “Interpretación evolutiva de la Constitución y legitimidad del matrimonio formado por personas del mismo sexo”. En *Teoría y Realidad Constitucional* 31 (2013), pp. 535-554.
- MESA MARRERO, CAROLINA, *Las uniones de hecho: análisis de las relaciones económicas y sus efectos*. Thomson: Aranzadi: Cizur Menor, 2006
- NARANJO DE LA CRUZ, RAFAEL: “Matrimonio homosexual y categorías jurídicas”. En *Revista General de Derecho Constitucional* 17 (2013), pp. 1-9.
- NÚÑEZ GRAÑÓN, MERCEDES: “Régimen tributario de las uniones de hecho”. En *Derecho Privado y Constitución* 12 (1998).
- PÉREZ CÁNOVAS, NICOLÁS: *Homosexualidad, homosexuales y uniones homosexuales en Derecho español*. Comares, Granadas, 1996.
- PRESNO LINERA, MIGUEL ÁNGEL: “El matrimonio: ¿garantía constitucional o esfera vital? A propósito de la Sentencia 198/2012, de 6 de noviembre, sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo y la jurisprudencia comparada”. En *Revista de Derecho Constitucional Europeo* 19 (2013), pp. 1-29.
- REY MARTÍNEZ, FERNANDO: “Homosexualidad y Constitución”. En *Revista Española de Derecho Constitucional* 73 (2005).
- RICHARDS, JACOB: “From One to Windsor: Sixty Years of the Movement for LGBT Rights”. En *GPSolo* 35 (2014).
- ROCA I TRIAS, ENCARNA (dir.): *Estudio comparado de la regulación autonómica de las parejas de hecho: soluciones armonizadoras*. Consejo General del Poder Judicial: Madrid, 2004.
- RUPP, LEILA J., ROTH, BENITA and TAYLOR, VERTA: “Women in the Lesbian, Gay, Bisexual, and Transgender Movement”. En MCCAMMON, HOLLY J., TAYLOR, VERTA, REGER, JO AND EINWOHNER, RACHEL L., *The Oxford Handbook of U.S. Women's Social Movement Activism*. Oxford University Press, 2018, pp. 1-24.
- RUIZ- RISUEÑO, FRANCISCO: “Los derechos de las personas LGBT en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. En *Revista General de Derecho Constitucional* 17 (2013), pp. 1-39.

- SALAZAR BENÍTEZ, OCTAVIO: “El matrimonio igualitario como exigencia del libre desarrollo de la afectividad y sexualidad”. En *Revista General de Derecho Constitucional* 17 (2013), pp. 1-27.
- SALAZAR BENÍTEZ, OCTAVIO: “El reconocimiento jurídico constitucional de la diversidad afectiva y sexual”. En *Revista de Estudios Políticos (nueva época)* 157 (2012).
- SALAZAR BENÍTEZ, OCTAVIO y GIACOMELLI, LUCA: “Homofobia, Derecho penal y libertad de expresión: Un estudio comparado de los ordenamientos italiano y español”. En *Revista de Derecho Constitucional Europeo* 26 (2016).
- SÁNCHEZ MARTÍNEZ, OLGA M.: “Constitución y parejas de hecho. El matrimonio y la pluralidad de estructuras familiares”. En *Revista Española de Derecho Constitucional* 20 (2000), pp. 45-69.
- SANTANA VEGA, DULCE MARÍA: “El tratamiento penal de la discriminación por razón de orientación e identidad sexual”. En CUESTA LÓPEZ, VÍCTOR MANUEL, SANTANA VEGA, DULCE MARÍA y LÓPEZ AGUILAR, JUAN FERNANDO (coords.), *Estado de Derecho y discriminación por razón de género, orientación e identidad sexual*. Aranzadi, Universidad de las Palmas de Gran Canaria, 2014, pp. 383-420.
- SERRANO CHAMORRO, MARÍA EUGENIA: *Las parejas de hecho y su marco legal*. Reus: Madrid, 2014.
- SHREEVES, ROSAMUND: *The rights of LGBTI people in the European Union*. European Parliamentary Research Service, 2017, accesible en [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/603928/EPRS_BRI\(2017\)603928_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/603928/EPRS_BRI(2017)603928_EN.pdf)
- SYMONS, J. AND ALTMAN, D.: “International Norm Polarization: Sexuality as a Subject of Human Rights Protection”. En *International Theory* 7 (2015), pp. 61-95.
- SUAREZ CORUJO, BORJA: “Derecho laboral y LGBT”. En *Revista General de Derecho Constitucional* 17 (2013).
- TAMAGNE, FLORENCE: *A History of homosexuality in Europe*. 2 volúmenes. Algora Publishing, 2006.
- TAPIA BALLESTEROS, PATRICIA: “Orientación sexual, identidad de género y Derecho Penal”. En *Revista General de Derecho Constitucional* 17 (2013).
- VILLAVERDE GÓMEZ, MARÍA BEGOÑA: “Parejas de hecho, la inexistente regulación estatal de su régimen tributario: un análisis del IRPF”. En *Guía práctica sobre el régimen jurídico de las parejas de hecho*, Aranzadi: Cizur Menor, 2012.
- VIVAS TESÓN, INMACULADA: “CAPÍTULO I: ESPAÑA: TRES AÑOS DE MATRIMONIO HOMOSEXUAL”. En *La Enseñanza Interdisciplinar del Derecho Matrimonial*. Santander (ESPAÑA). Mergablum Edición y Comunicación. 2008.

EL DISCURSO DEL ODIO CONTRA LAS MINORÍAS SEXUALES: RESPUESTAS PENALES Y ADMINISTRATIVAS

MIGUEL ÁNGEL PRESNO LINERA
Universidad de Oviedo

1. INTRODUCCIÓN: LA ORIENTACIÓN Y LA IDENTIDAD SEXUALES COMO UNA FORMA DE LIBRE DESARROLLO PERSONAL VINCULADA AL DERECHO A LA INTIMIDAD Y, EN SU CASO, A LA INTEGRIDAD FÍSICA Y MORAL

En un ordenamiento constitucional democrático que, como el español, proclame la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE) y garantice la autodeterminación individual como uno de los fundamentos del orden político y de la paz social (art. 10.1 CE), la vida sexual de las personas con plena capacidad volitiva forma parte del ámbito de libertad protegido por los derechos a la intimidad y, en su caso, a la integridad física y moral. En este sentido, y por lo que se refiere al derecho a la intimidad, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) sostuvo en el conocido caso *Dudgeon c. Reino Unido*, de 22 de octubre de 1981, que la vida y orientación sexuales forman parte de la intimidad. En dicho asunto, y en los posteriores *Norris c. Irlanda*, de 26 de octubre de 1988, *Modinos c. Chipre*, de 22 de abril de 1993, y *A.D.T. c. Reino Unido*, de 31 de julio de 2000, el TEDH concluyó que la interferencia del Estado en el desarrollo de la vida privada, basada en la protección de la moralidad comunitaria sobre la sexualidad, no constituye un fin legítimo que ampare la restricción de ese derecho.

En España, la jurisprudencia constitucional se ha venido ocupando, sobre todo, de la orientación sexual y al respecto ha declarado que se trata de una circunstancia en la que no puede basarse un trato peyorativo para el ejercicio de otro derecho constitucional como es el derecho al trabajo. Así, en la STC 41/2006, de 13 de febrero, se

dijo que la orientación homosexual, si bien no aparece expresamente mencionada en el artículo 14 de la Constitución como uno de los concretos supuestos en los que está prohibido un trato discriminatorio, está incluida en la cláusula “cualquier otra condición o circunstancia personal o social” a la que debe ser referida la interdicción de la discriminación.

A esta conclusión se llegó a partir, por un lado, de la constatación de que la orientación homosexual comparte con el resto de los supuestos mencionados en el artículo 14 el hecho de ser una diferencia históricamente muy arraigada y que ha situado a los homosexuales, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, en posiciones desventajosas y contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10.1, por los profundos prejuicios arraigados normativa y socialmente contra esta minoría; y, por otro, del examen de la normativa que, ex artículo 10.2, debe servir de fuente interpretativa del artículo 14.

En efecto, en cuanto a lo primero, es notoria la posición de desventaja social y, en esencia, de desigualdad y marginación sustancial que históricamente han sufrido las personas de orientación homosexual. En cuanto a lo segundo, puede citarse a modo de ejemplo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al analizar el alcance del artículo 14 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, ha destacado que la orientación sexual es una noción que se contempla, sin duda, en dicho artículo¹.

¹ Al analizar el alcance del artículo 14 del CEDH, el TEDH ha destacado que la orientación sexual es una noción que se contempla, sin duda, en dicho artículo, (STEDH de 21 de diciembre de 1999, caso *Salgueiro Da Silva Mouta contra Portugal*); insistiéndose expresamente en que en la medida en que la orientación sexual es un concepto amparado por el artículo 14 CEDH, como las diferencias basadas en el sexo, las diferencias de trato basadas en la orientación sexual exigen razones especialmente importantes para ser justificadas (entre otras, SSTEDH de 9 de enero de 2003, casos *L. y V. contra Austria*, § 48, y *S.L. contra Austria*, § 37, o 24 de julio de 2003, caso *Karner contra Austria*, § 37, a las que se han remitido numerosas sentencias posteriores como son las SSTEDH de 10 de febrero de 2004, caso *B.B. contra Reino Unido*; 21 de octubre de 2004, caso *Woditschka y Wilfing contra Austria*; 3 de febrero de 2005, caso *Ladner contra Austria*; 26 de mayo de 2005, caso *Wolfmeyer contra Austria*; 2 de junio de 2005, caso *H.G. y G.B. contra Austria*; o 22 de enero de 2008, caso *E.B. contra Francia*, § 91).

Otro ámbito en el que se ha proyectado la orientación sexual sin restricciones ha sido, en el ordenamiento constitucional español, el del matrimonio, articulado a partir de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modificó el Código civil en materia de derecho a casarse, cuya constitucionalidad fue admitida en la STC 198/2012, de 6 de noviembre².

Si bien la bisexualidad no sido objeto, en términos históricos, de la represión y estigmatización que sufrió la homosexualidad, también habría que entender que se trata de una circunstancia personal vinculada al libre desarrollo personal ínsito en el derecho fundamental a la intimidad y, por tanto, debe ser garantizada por los poderes públicos.

Igualmente, está amparada por la autonomía personal, siempre que se trate de una persona mayor de edad, la decisión de someterse a una cirugía transexual, y en tal sentido el artículo 156 del Código penal exime de responsabilidad en tales supuestos. Al respecto, y como se resume en la STC 176/2008, de 22 de diciembre (FJ 3),

La propia Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (artículo 21) contempla de manera explícita la “orientación sexual” como una de las razones en que queda prohibido ejercer cualquier tipo de discriminación. Previamente, la Resolución del Parlamento Europeo sobre la Igualdad de derechos de los homosexuales y las lesbianas en la Comunidad Europea (Resolución A-0028/94 del 8 de febrero de 1994, DOC 28.02.94)... “pide a la Comisión que presente una propuesta de recomendación sobre la igualdad de derechos de las lesbianas y de los homosexuales; 14. Opina que la recomendación debería, como mínimo, tratar de poner fin: § A la existencia de edades distintas y discriminatorias para el consentimiento necesario para mantener relaciones homosexuales. § A la persecución de la homosexualidad como un atentado contra el orden público o las buenas costumbres. § A toda forma de discriminación en el derecho laboral y relativo a los servicios públicos y a la discriminación en el derecho penal, civil, contractual y comercial. § Al almacenamiento electrónico de datos relativos a la orientación sexual de un individuo sin su conocimiento y consentimiento, o a la divulgación no autorizada o al uso indebido de dichos datos. § A la prohibición de contraer matrimonio o de acceder a regímenes jurídicos equivalentes a las parejas de lesbianas o de homosexuales; la recomendación debería garantizar los plenos derechos y beneficios del matrimonio, permitiendo la inscripción de la convivencia...”

² Me ocupé de esta cuestión en “El matrimonio: ¿garantía institucional o esfera vital? A propósito de la STC 198/2012, de 6 de noviembre, sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo y la jurisprudencia comparada”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 19, 2013, disponible, a 7 de noviembre de 2018, en https://www.ugr.es/~redce/REDCE19/articulos/13_PRESNO.htm

“debe recordarse que en la actualidad nuestro ordenamiento jurídico reconoce la condición de transexual de una persona sin exigir la superación de todas las fases necesarias para el cambio de sexo y, en concreto, el haberse sometido a una intervención quirúrgica de reasignación sexual. En efecto, la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, posibilita a la persona transexual corregir la inicial asignación registral de un sexo que no se corresponde con su identidad de género, así como el cambio de nombre en consonancia con este último, bastando para ello con que acredite, mediante informe de médico o psicólogo clínico, que le ha sido diagnosticada disforia de género, y que ha sido tratada médicamente durante al menos dos años para acomodar sus características físicas a las correspondientes del sexo reclamado (art. 4.1 de la Ley 3/2007), lo que dará derecho a poder solicitar la rectificación de la mención registral del sexo, que tendrá efectos constitutivos (art. 5 de la Ley 3/2007), incluso con carácter retroactivo, según ha señalado la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2007”.

Mucho más reciente en términos legales y jurisprudenciales es la atención a la identidad sexual: basta recordar que en la STC 176/2008, de 22 de diciembre, se alude a ella como un “trastorno” (FJ 8); cuatro años después el mismo Tribunal Constitucional pasa a referirse a la “discriminación por razón de identidad sexual” (STC 198/2012, de 6 de noviembre, FJ 12). Pero hasta ahora ningún pronunciamiento del Alto Tribunal ha declarado lo que sí ha dicho uno de sus magistrados, Juan Antonio Xiol Ríos, en su voto particular a la STC 31/2018, de 10 de abril; aunque se trate de una cita extensa merece la pena reproducir sus palabras:

“...tomar como presupuesto el sexo desde una perspectiva binaria hombre-mujer, incide en un nuevo motivo de discriminación vinculado a la identidad sexual. Si hablaba anteriormente de los prejuicios sexistas contra la mujer, ahora hay que añadir un segundo prejuicio: la percepción de que solo existen dos únicos sexos y de que todo individuo ha de tener encaje en uno de ellos. Cualquier normativa basada en el prejuicio de la dualidad sexual provoca un inmediato efecto de exclusión total de aquellas personas, como los intersexuales, que no pueden ser identificadas con ninguno de estos dos sexos, provocando con ello una nueva forma de discriminación, en este caso no por segregación, sino por exclusión.

La intersexualidad —definida como aquella condición en que se nace con características biológicas de sexo (anatomía sexual, órganos reproductivos o patrones cromosómicos) que no se ajustan a las normas

sociales, definiciones médicas o estándares culturalmente definidos para el cuerpo femenino o masculino y que puede ser detectada al nacer o volverse aparente más adelante en la vida, especialmente durante la pubertad— ha entrado recientemente a formar parte de la preocupación de las leyes, la jurisprudencia y el soft law antidiscriminatorios. En el ámbito regional europeo, es necesario citar tanto la Recomendación CM/Re (2010)5 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre medidas para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, como la Resolución de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa 2191 (2017), de 12 de octubre, para promover los derechos humanos y eliminar la discriminación contra las personas intersexuales. Por su parte, en el ámbito jurisprudencial más cercano, la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania de 8 de noviembre de 2017 ha instado al Estado alemán a que antes del 31 de diciembre de 2018 dé reconocimiento jurídico general en el Registro civil a la existencia de un tercer sexo. Pero sobre todo, hay que destacar que en España son ya numerosas las normativas autonómicas que han desarrollado medidas antidiscriminatorias respecto del trato dispensado a los intersexuales³,...

No puedo imaginar la violencia institucional y el sentido de desolación y abandono que para estas personas implica ser radicalmente negados por el ordenamiento jurídico y que se les imponga una identidad

³ Entre otros, en el ámbito de la educación [arts. 22 a 26 de la Ley 2/2014, de 14 de abril, por la igualdad de trato y la no discriminación de lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersexuales en Galicia; art. 12 de la Ley 11/2014, de 10 de octubre, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros e intersexuales y para erradicar la homofobia, la bifobia y la transfobia; arts. 20 a 24 de la Ley 12/2015, de 8 de abril, de igualdad social de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de Extremadura; arts. 23 a 25 de la Ley 2/2016, de 29 de marzo, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad de Madrid; arts. 25 a 28 de la Ley 8/2016, de 27 de mayo, de igualdad social de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales, y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia; art. 12 de la Ley 8/2016, de 30 de mayo, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, trans, bisexuales e intersexuales y para erradicar la LGTBI fobia de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears; arts. 21 a 24 de la Ley 8/2017, de 7 de abril, integral del reconocimiento del derecho a la identidad y a la expresión de género en la Comunitat Valenciana; arts. 26 a 29 de Ley Foral Navarra 8/2017, de 19 de junio, para la igualdad social de las personas LGTBI+; y los arts. 13 a 16 de la Ley 8/2017, de 28 de diciembre, para garantizar los derechos, la igualdad de trato y no discriminación de las personas LGTBI y sus familiares en Andalucía]...

sexual que ni tienen ni sienten necesariamente como propia a modo de ficción legal para que puedan ser integrados socialmente. Esta consideración y mi profundo convencimiento de la necesidad de respetar la diversidad como fundamento de una sociedad democrática es otro de los elementos que me lleva a afirmar ya no solo el carácter intrínsecamente sospechoso de discriminación por razón de sexo de la segregación sexual binaria sino, directamente, su carácter discriminatorio por razón de identidad sexual respecto de los intersexuales por representar su forma más extrema y por ello nunca justificable: su negación y exclusión radical”.

2. ¿DE QUÉ HABLAMOS, EN TÉRMINOS JURÍDICO-CONSTITUCIONALES, CUANDO HABLAMOS DE DISCURSO DEL ODIOS?

En primer lugar, y aunque resulte obvio, conviene recordar que cualquier consideración al respecto debe articularse teniendo en cuenta un concreto marco jurídico-constitucional —en este caso el español—, incluida la repercusión que puedan tener en dicho marco la normativa y la jurisprudencia internacional a las que remite el propio texto constitucional (aquí, en particular, el Convenio Europeo de Derechos Humanos —CEDH— y la jurisprudencia del TEDH).

Pues bien, desde el bien conocido asunto *Handyside c. Reino Unido*, de 1976, el TEDH sostiene que la libertad de expresión ampara “no sólo las informaciones o ideas que son favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también aquellas que chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existen una “sociedad democrática” (por citar algunos de los casos más recientes en los que se reitera esta doctrina, *Morice v. Francia* 2015; *Pentikäinen v. Finlandia*, 2015; *Perinçek c. Suiza*, 2015 y *Bédat v. Suiza*, de 2016).

Así pues, la libertad de expresión protege el discurso que exterioriza aversión u hostilidad —odio— hacia el sistema constitucional, el Estado, sus instituciones y, en principio, contra una “fracción de la población”, siempre que no haya incitación, directa o indirecta, a la violencia (*Karakoyun y Taran c Turquía*, de 2007).

En esta línea, el Tribunal Constitucional español declaró que la sanción penal de la difusión de ideas que justifiquen el genocidio solo resulta posible “siempre que tal justificación opere como incitación indirecta a su comisión” (STC 235/2007, F. 9). Y esta tutela constitucional del “odio como discurso” resulta reforzada en el contexto del debate político o sobre asuntos de interés general, lo que ampararía actos expresivos de hostilidad a los símbolos del Estado, altos cargos institucionales, concretas ideologías o creencias,... Son, pues, ejercicio de la libertad de expresión discursos que manifiesten aversión, hostilidad, odio... a la bandera de un Estado (STEDH *Partido Demócrata Cristiano del Pueblo c. Moldavia*, 2010), a próceres o a un alto cargo institucional (*Murat Vural c Turquía*, 2014; *Stern Taulats y Roura Capellera c. España*, 2018), a las fuerzas de seguridad del Estado (*Savva Terentyev c. Rusia*, de 28 de agosto de 2018).

No estaríamos, pues, muy lejos, al menos en este punto, de lo que sostuvo el Tribunal Supremo de Estados Unidos en el caso *Watts v. United States*, de 1969, donde consideró libertad de expresión decir “si tuviera un rifle la primera persona que querría tener en el punto de mira sería Lindon B. Johnson”. Pero, en general, en Estados Unidos el umbral de protección del “discurso odioso” es más alto que en Europa: “el discurso que degrada en base a la raza, la etnia, el género, la religión, la edad, la discapacidad o cualquier otro terreno similar es odioso, pero el mayor orgullo de nuestra jurisprudencia es que protegemos la libertad de expresar el pensamiento que odiamos” (*Matal v. Tam*, de 2017).

En Europa, el TEDH ha articulado, en buena medida, el “discurso del odio” a partir de la obligatoriedad que tienen los poderes públicos de combatir expresiones que incidan en la estigmatización que ya padecen los grupos vulnerables. Según el propio TEDH la vulnerabilidad es un concepto relacional (depende de factores históricos, institucionales y sociales), particular (las personas que pertenecen a estos grupos son más vulnerables que otras) e implica un daño o estigmatización, especialmente en un contexto de discriminación. Así, en un pronunciamiento reciente ya citado (*Savva Terentyev c. Rusia*), se entiende por vulnerable “una minoría o grupo desprotegido que padece un historial de opresión o desigualdad, o que se enfrenta a prejuicios arraigados, hostilidad y discriminación, o que es vulnerable por alguna otra razón, y por lo tanto puede, en principio, necesitar

una mayor protección contra los ataques cometidos a través del insulto, la ridiculización o la calumnia (así, en *Soulas y otros v. Francia*, de 10 de julio de 2008, y *Féret c. Bélgica*, de 16 de julio de 2009, donde las declaraciones controvertidas se dirigieron contra las comunidades de inmigrantes no europeos en Francia y Bélgica respectivamente; *Balsytė-Lideikienė c. Lituania*, de 4 de noviembre de 2008, donde dichas declaraciones se referían a minorías nacionales en Lituania poco después del restablecimiento de su independencia en 1990, o *Vejde-land y otros c. Suecia*, de 9 de febrero de 2012, donde la declaración impugnada había sido dirigida contra los homosexuales).

Por su parte, la Recomendación General n. 15 sobre líneas de actuación para combatir el discurso del odio de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, adoptada el 8 de diciembre de 2015, ha definido como discurso del odio “el uso de una o más formas de expresión específicas —por ejemplo, la defensa, promoción o instigación del odio, la humillación o el menosprecio de una persona o grupo de personas, así como el acoso, descrédito, difusión de estereotipos negativos o estigmatización o amenaza con respecto a dicha persona o grupo de personas y la justificación de esas manifestaciones— basada en una lista no exhaustiva de características personales o estados que incluyen la raza, color, idioma, religión o creencias, nacionalidad u origen nacional o étnico, al igual que la ascendencia, edad, discapacidad, sexo, género, identidad de género y orientación sexual”.

La Constitución española (CE) no menciona la vulnerabilidad pero prevé la protección para grupos que hoy consideramos vulnerables, como los demandantes de asilo (art. 13), prohíbe la discriminación por nacimiento, raza, sexo, religión, opinión u otra circunstancia personal o social, incluida la orientación sexual (art. 14), manda a los poderes públicos desarrollar “una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de disminuidos [sic] físicos, sensoriales y psíquicos (art. 49),... Y, según el art. 9.2 CE, los poderes públicos deben promover las condiciones para que la igualdad de los individuos y grupos en que se integran sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impiden o dificultan su plenitud y facilitar la participación de todos en la vida política, económica, cultural y social.

Así pues, la protección jurídica de los grupos vulnerables justificaría excluir de la garantía constitucional expresiones de odio dirigidas con-

tra ellos aunque no implicaran incitación a la violencia. Y eso podría articularse de diferentes formas (penales, civiles, administrativas) y, en su caso, a través de distintas sanciones. A título de ejemplo, y aunque se volverá más adelante, el Código penal incluye el discurso del odio (sin citarlo expresamente) como agravante de delito básico cometido por aversión discriminatoria (art. 22.4), como tipo específico de aversión discriminatoria criminógena (art. 510.1.a), como subtipo agravado de aversión discriminatoria lesiva por atentar contra la paz pública y generar un clima de hostilidad o inseguridad (art. 510.4)...

En suma, y a diferencia de lo que sucede en Estados Unidos, en Europa, con carácter general, no hace falta que concurra incitación a la violencia en las expresiones de odio hacia grupos vulnerables. En estos casos o bien se entiende que ha habido abuso del derecho ex artículo 17 CEDH o que, directamente, se trata de conductas expresivas no amparadas por el artículo 10 CEDH.

Fuera de estas expresiones de hostilidad hacia los grupos vulnerables, la represión de discurso del odio exigiría una incitación, directa o indirecta, a la violencia motivada por la aversión hacia las personas contra las que se dirige. Así, de acuerdo con la STC 235/2007, “la libertad de expresión no puede ofrecer cobertura al llamado ‘discurso del odio’, esto es, a aquel desarrollado en términos que supongan una incitación a la violencia contra ciudadanos en general o contra determinadas razas o creencias en particular”.

3. LA RESPUESTA PENAL FRENTE A LOS ATAQUES CONTRA LA ORIENTACIÓN E IDENTIDAD SEXUALES EN EL MARCO DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Hay que empezar recordando que la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), del Consejo de Europa, en su Recomendación General n° 15 relativa a la lucha contra el discurso de odio ha definido este fenómeno en los siguientes términos: “el discurso de odio debe entenderse como fomento, promoción o instigación, en cualquiera de sus formas, del odio, la humillación o el menosprecio de una persona o grupo de personas, así como el acoso, descrédito, difusión de estereotipos negativos, estigmatización o amenaza con

respecto a dicha persona o grupo de personas y la justificación de esas manifestaciones por razones de “raza”, color, ascendencia, origen nacional o étnico, edad, discapacidad, lengua, religión o creencias, sexo, género, *identidad de género, orientación sexual* y otras características o condición personales” (la cursiva es nuestra).

Pues bien, el TEDH ha tenido ocasión de analizar de manera específica la respuesta penal a la homofobia con ocasión del asunto *Vejdeland y otros c. Suecia*, de 9 de febrero de 2012⁴. Los hechos, tal y como se relatan en la sentencia, fueron los siguientes:

en diciembre de 2004, los demandantes, junto a otras tres personas acudieron a una escuela secundaria superior y distribuyeron aproximadamente un centenar de panfletos dejándolos en o sobre las taquillas de los alumnos. El incidente finalizó cuando intervino el director del instituto y les conminó a abandonar el edificio. El autor del panfleto era una organización llamada National Youth y los folletos contenían, entre otras, las siguientes declaraciones: “Propaganda Homosexual”. En el curso de las últimas décadas, la sociedad ha pasado del rechazo de la homosexualidad y otras desviaciones sexuales a abrazar estas inclinaciones a las desviaciones sexuales. Vuestros profesores antisuecos conocen perfectamente que la homosexualidad tiene un efecto moral destructivo en la sociedad y ellos, voluntariamente trataran de considerarla como algo normal y bueno. Contarles que el HIV y el SIDA aparecen rápidamente entre los homosexuales y que su estilo de vida promiscuo es una de las prin-

⁴ En la doctrina española pueden verse menciones y comentarios a esta sentencia, entre otros, en los trabajos de Octavio SALAZAR BENITEZ y Luca GIACOMELLI “Homofobia, Derecho penal y libertad de expresión: un estudio comparado de los ordenamientos italiano y español”, *Revista Española de Derecho Constitucional Europeo*, n° 26, julio-diciembre 2016, disponible (a 7 de noviembre de 2018) en https://www.ugr.es/~redce/REDCE26/articulos/04_SALAZAR_GIACOMELLI.htm; Irene SPIGNO “Homofobia y transfobia: los discursos de odio contra las minorías sexuales en el ágora europea” en Lucía ALONSO y Víctor VÁZQUEZ (dirs.) *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio*, Athenaica, Sevilla, 2017, pp. 241 y ss.; en un contexto más amplio, Germán TERUEL LOZANO “El discurso del odio como límite a la libertad de expresión en el marco del Convenio Europeo”, en *Revista Española de Derecho Constitucional Europeo*, n° 27, enero-junio 2017, disponible (a 7 de noviembre de 2018) en https://www.ugr.es/~redce/REDCE27/articulos/03_TERUEL.htm

principales razones y punto de apoyo de esta plaga moderna. Contarles que las organizaciones homosexuales están tratando de minimizar la importancia de la pedofilia y solicitan que su desviación sexual sea legalizada.

Después de sucesivas resoluciones judiciales el asunto llegó al Tribunal Supremo de Suecia que, por mayoría, condenó a los demandantes por agitación contra un grupo nacional o étnico. Dicha mayoría (tres de cinco) consideró, en primer lugar, que la injerencia en la libertad de los demandantes de distribuir los panfletos podía ser considerada necesaria en una sociedad democrática y proporcionada al objetivo de la protección del grupo de los homosexuales de la violación de la que eran objeto en el panfleto. En concreto, dijo que “a la luz de la jurisprudencia del TEDHE en relación con el artículo 10, en la interpretación de la expresión “desprecio” de la disposición relativa a la incitación contra un grupo, debería hacerse una valoración exhaustiva de las circunstancias del caso, donde, en particular, debiera considerarse lo siguiente. El reparto de folletos tuvo lugar en una escuela. Los acusados no tenían libre acceso a los edificios, que pueden considerarse como un entorno relativamente protegido en cuanto a las acciones políticas de los intrusos. La colocación de los folletos en y sobre las taquillas de los alumnos significaba que los jóvenes los recibieron sin tener la posibilidad de decidir si querían aceptarlos o no. El propósito de la entrega de los folletos de hecho era iniciar un debate entre alumnos y profesores sobre una cuestión de interés público, en concreto la objetividad de la educación en las escuelas suecas y proporcionar argumentos a los alumnos Sin embargo, estas acciones se llevaron a cabo de una manera ofensiva y despectiva para los homosexuales como grupo y sin tratar de evitar en la medida de lo posible declaraciones que sean injustificablemente ofensivas para otros, ocasionando así una lesión de sus derechos y sin contribuir a ninguna forma de debate público que podría ayudar aún más a la comprensión mutua. El propósito de los folletos se podría haber logrado sin declaraciones que fueran ofensivas para los homosexuales como grupo.

Los tres primeros demandantes fueron condenados a sentencias con suspensión combinadas con multas que iban desde las 1.800 coronas suecas (unos 200 euros) a 19.000 coronas suecas (aproximadamente 2.000 euros) y el cuarto condenado lo fue a libertad condicional.

Al respecto, el TEDH recuerda que en los panfletos se decía que la homosexualidad era una desviación sexual» que tenía un “efecto moral destructivo en la sociedad”. Los panfletos también afirmaban que la homosexualidad era una de las principales razones por las que el VIH y el SIDA se habían desarrollado y que el “lobby homosexual” intentaba restar importancia a la pedofilia. En opinión del Tribunal, a pesar de que estas declaraciones no incitaban directamente a las personas a cometer actos de odio, son acusaciones graves y perjudiciales.

Añade el TEDH que la incitación al odio no necesariamente entraña la llamada a un acto de violencia, u otros delitos. Los ataques que se cometen contra las personas al injuriar, ridiculizar o calumniar a grupos específicos de la población son suficientes para que las autoridades privilegien la lucha contra el discurso racista frente a una libertad de expresión ejercida de una forma irresponsable (*Féret c. Bélgica*, de 2009) A este respecto, el Tribunal matiza que la discriminación basada en la orientación sexual es tan grave como la discriminación basada en la “raza, origen o color”, añadiendo que los demandantes no fueron sentenciados a prisión, a pesar de que el delito por el cual fueron condenados llevaba aparejada una pena de prisión de hasta dos años. En cambio, tres de ellos fueron sancionados con multas que iban desde aproximadamente 200 euros a 2.000 euros, y el cuarto demandante fue puesto en libertad condicional. El Tribunal no encuentra estas penas excesivas dadas las circunstancias.

Considerando lo mencionado anteriormente, el TEDH concluyó que la condena de los demandantes y las penas impuestas no eran desproporcionadas al objetivo legítimo perseguido y que los motivos dados por el Tribunal Supremo sueco para justificar estas medidas eran pertinentes y suficientes. La injerencia en el ejercicio de los demandantes de su libertad de expresión podía ser considerada por las autoridades como necesaria en una sociedad democrática para la protección de la reputación y de los derechos ajenos.

En el voto concurrente del juez Yudkivska que suscribe el juez Villiger se lamenta que el Tribunal pierda una oportunidad de “consolidar un enfoque sobre el discurso de odio” contra los homosexuales, como comentaron las terceras partes intervinientes. Además, se reconoció que, “a pesar de que el Tribunal no ha tratado todavía este

aspecto, el discurso homófobo también entra dentro de lo que puede considerarse como una categoría de ‘discurso de odio’, que no está protegido por el artículo 10”.

En dicho voto, se recuerda que aunque no existe ninguna definición consensuada sobre la incitación al odio en el derecho internacional, el Comité de Ministros del Consejo de Europa fue muy claro en su Recomendación núm. R (97) 20: el término “incitación al odio” debe ser “entendido como abarcando todas las formas de expresión que extienda, incite, promueva o justifique el odio racial, xenofobia, antisemitismo y otras formas de odio basadas en la intolerancia...”. En el presente caso los demandantes describen la homosexualidad como una “conducta sexual desviada” y acusan a los homosexuales de “tener un efecto moralmente destructivo en el seno de la sociedad” y de ser la principal razón de la extensión del VIH y del SIDA. En opinión de estos jueces, dichas acusaciones se ajustan perfectamente a la mencionada definición.

En resumen, por una parte, el TEDH no exige que haya habido una incitación a la violencia o a la realización de actos delictivos; basta con que se produzca algún tipo de estigmatización o difamación contra una parte de la sociedad. En segundo lugar, y no resulta trivial, esa hostilidad o aversión basada en la orientación sexual es tan grave como la discriminación basada en la raza.

No obstante, y ahí radica la crítica que llevan a cabo los jueces Yudkivska y Villiger se perdió la oportunidad de “consolidar un enfoque sobre el discurso de odio” basado en la orientación sexual de las personas porque no hay que olvidar que en el fallo resultaron determinantes dos circunstancias: la colocación de los folletos en y sobre las taquillas de los alumnos significaba que los jóvenes los recibieron sin tener la posibilidad de decidir si querían aceptarlos o no y el público destinatario de los panfletos eran estudiantes menores de edad y, por tanto, más proclives a ser influenciados. No parece descabellado pensar que, en otro contexto, el TEDH podría haber considerado que se trataba de opiniones que podían molestar, inquietar u ofender pero que tenían que ser toleradas en aras al pluralismo propio de una sociedad democrática avanzada.

4. LA SITUACIÓN CRIMINOLÓGICA EN ESPAÑA DE LOS DELITOS DE ODIOS, CON ESPECIAL ATENCIÓN A LOS VINCULADOS A LA IDENTIDAD/ORIENTACIÓN SEXUAL

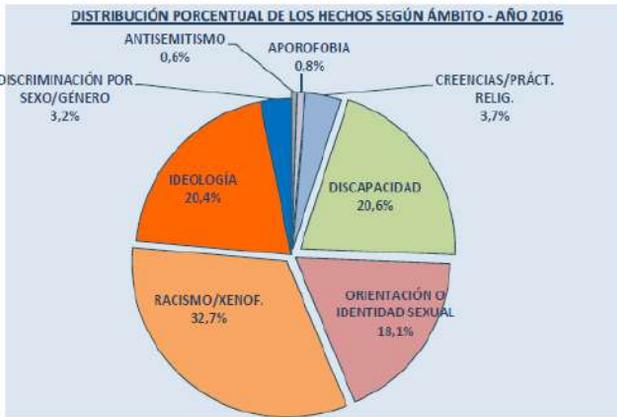
Desde el año 2014 las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado cuentan con un Protocolo de Actuación sobre delitos de odio y conductas que vulneran las normas legales sobre discriminación. Este protocolo facilita el reconocimiento de estos hechos por parte de los cuerpos policiales, la correcta recogida y documentación de los mismos, al tiempo que permite mejorar y ofrecer una mayor protección a las víctimas de estos actos⁵.

En este contexto, el Informe sobre la evolución de los incidentes relacionados con los delitos de odio en España correspondiente al año 2016⁶, el cuarto publicado por el Ministerio del Interior, da cuenta de los siguientes hechos:

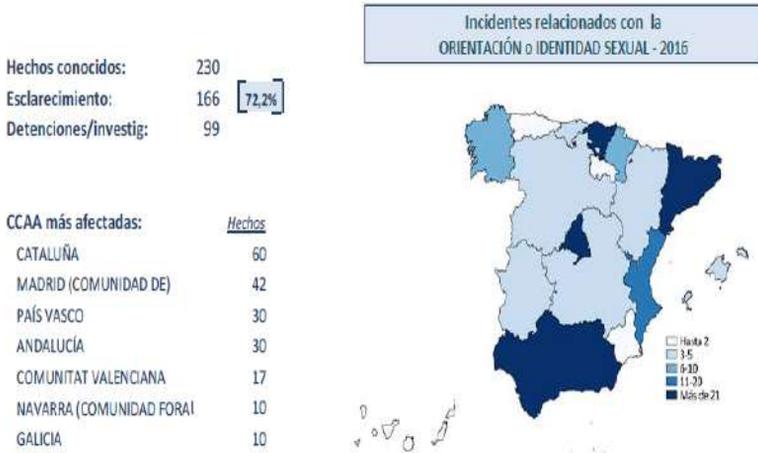
⁵ <http://www.interior.gob.es/documents/642012/3479677/PROTOCOLO+ACTUACION/99ef64e5-e062-4634-8e58-503a3039761b> (a 7 de noviembre de 2018).

⁶ Disponible, a 7 de noviembre de 2018, en la página web del Ministerio del Interior; de este Informe se han extraído los gráficos que se inserta en el texto <http://www.interior.gob.es/documents/10180/5791067/ESTUDIO+INCIDENTES+DELITOS+DE+ODIO+2016.pdf/c5ef4121-ae02-4368-ac1b-ce5cc7e731c2>

INCIDENTES DE DELITOS DE OUDIO	2015	2016	%Variación
ANTISEMITISMO	9	7	-22,2%
APROFOBIA	17	10	-41,2%
CREENCIAS O PRÁCTICAS RELIGIOSAS	70	47	-32,9%
DISCAPACIDAD	226	262	15,9%
ORIENTACIÓN O IDENTIDAD SEXUAL	169	230	36,1%
RACISMO/XENOFOBIA	505	416	-17,6%
IDEOLOGÍA	308	259	-15,9%
DISCRIMINACIÓN POR SEXO/GÉNERO	24	41	70,8%
TOTAL	1.328	1.272	-4,2%



Según esta información, los hechos delictivos de odio por razón de orientación o identidad sexual habrían crecido un 36,1% del año 2015 al 2016 y supondrían el 18,1% del total y tendrían la siguiente distribución territorial en España:



Además, y en cuanto al género de las víctimas, los datos son los siguientes:

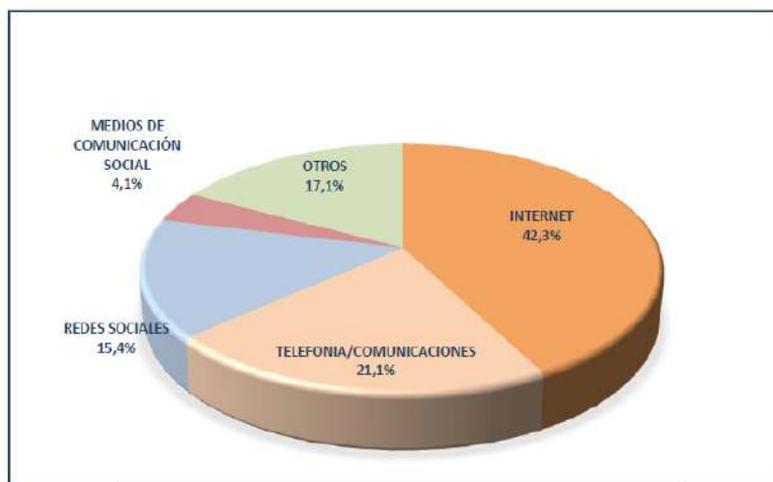
VICTIMIZACIONES POR DELITOS DE ODISIO	Hombre	Mujer	Total
ANTISEMITISMO	1	2	3
APOROFOBIA	9	0	9
CREENCIAS O PRÁCTICAS RELIGIOSAS	37	16	53
DISCAPACIDAD	129	126	255
ORIENTACIÓN O IDENTIDAD SEXUAL	174	104	278
RACISMO/XENOFOBIA	255	170	425
IDEOLOGÍA	170	35	205
DISCRIMINACIÓN POR SEXO/GÉNERO	14	15	29
Total VICTIMIZACIONES	789	468	1.257

A continuación, se ofrecen datos sobre los hechos vinculados específicamente al “discurso del odio”, donde también se aprecia un incremento relevante de los relacionados con la orientación o identi-

dad sexual, siendo Internet el medio más empleado para llevar a cabo estas acciones.

DISCURSO DEL OUDIO	2015	2016	%Variación
ANTISEMITISMO	4	1	-75,0
APOROFOBIA	1	0	-100,0
CREENCIAS O PRÁCTICAS RELIGIOSAS	7	5	-28,6
DISCAPACIDAD	14	22	57,1
ORIENTACIÓN O IDENTIDAD SEXUAL	15	21	40,0
RACISMO/XENOFOBIA	16	22	37,5
IDEOLOGÍA	56	44	-21,4
DISCRIMINACIÓN POR SEXO/GÉNERO	4	8	100,0
Total	117	123	5,1

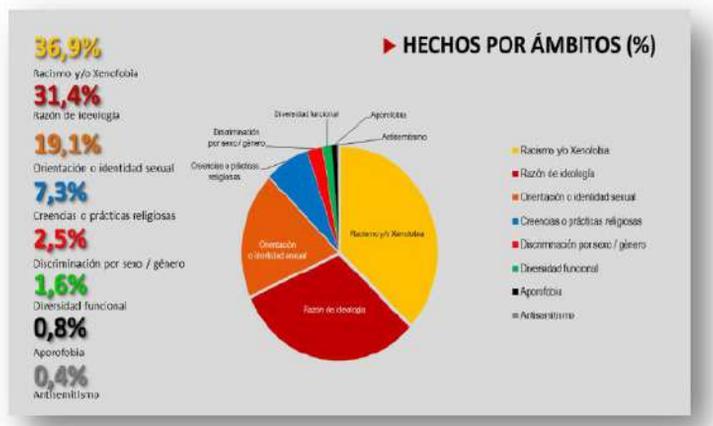
TIPO DE HECHO	
AMENAZAS	32
DISCRIMINACIÓN	18
INJURIAS	18
ABUSO SEXUAL	5
CALUMNIAS	5
RESTO	45
Total	123



En las conclusiones del citado Informe se destaca que “el contexto delictivo identidad/orientación sexual” es el que ha experimentado un mayor incremento de 2015 a 2016, pasando de 169 casos a 230. Parece, pues, evidente que no estamos ante fenómenos esporádicos o residuales.

En el Informe correspondiente a 2017 la cifra de “delitos de odio” registrada por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad ascendió a un total de 1.419 delitos e infracciones administrativas, lo que supone un aumento del 11,6% en relación a 2016 y en el caso de los vinculados a la identidad/orientación sexual pasó de 230 a 271 (un 17,8% más)⁷.

DELITOS DE ODIO	2016	2017	Var. 2017/2016
ANTISEMITISMO	7	6	-14,3 %
APOROFOBIA	10	11	+10 %
CREENCIAS RELIGIOSAS	47	103	+119 %
DIVERSIDAD FUNCIONAL	282	23	-91,2 %
ORIENTACIÓN ID. SEXUAL	230	271	+17,8 %
RACISMO XENOFOBIA	416	524	+26 %
IDEOLOGÍA	259	446	+72,2 %
DISCRIMINACIÓN SEXO / GÉNERO	41	35	-14,6 %
TOTAL	1.272	1.419	+11,6 %



⁷ Plan de acción de lucha contra los delitos de odio, Ministerio del Interior, 14 de enero de 2019, disponible en <http://www.interior.gob.es/documentos/642012/3479677/plan+de+accion+delitos+de+odiod054f47a-70f3-4748-986b-264a93187521>

5. LA PROTECCIÓN PENAL FRENTE A LOS ATAQUES POR RAZÓN DE ORIENTACIÓN O IDENTIDAD SEXUALES

En el Código penal de 1995, luego de numerosas y no siempre coherentes reformas, aparecen varias prescripciones que tratan de proteger a las personas frente a los ataques que puedan recibir por razón de su identidad u orientación sexual. Aquí también se evidencia que el Derecho penal asume, en un ordenamiento constitucional democrático, la condición de ultima ratio: se justifica en la protección de un bien jurídico frente a conductas que revelen una especial potencialidad lesiva para el mismo y, además, solo debe ocuparse de las concretas conductas que resulten más graves e intolerables, debiendo acudir en los demás supuestos al Derecho administrativo sancionador, pues de lo contrario el recurso a la sanción penal resultaría innecesario y desproporcionado (así, STC 51/2005, de 14 de marzo, FJ 3).

5.1. A través de la agravación de una conducta típica básica: el artículo 22.4 del Código penal

Con carácter más general, el artículo 22.4 configura como circunstancia agravante “cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, *orientación o identidad sexual*, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad”⁸.

Una agravante de esta naturaleza, que responde a lo que se denominó en Estados Unidos el “animus model”, fue avalada por el Tribunal Supremo norteamericano en el conocido caso *Wisconsin v. Mitchell*, de 7 de octubre de 1989, por entender que la motivación

⁸ Octavio SALAZAR y Luca GIACOMELLI señalan que habría sido más correcto usar los términos “diversidad afectiva y sexual” e “identidad de género” para referirse a las posibles acciones discriminatorias de las que pueden ser víctimas las personas del colectivo LGTBI; *ob. cit.*, nota 24.

—el odio en este caso— justificaba la mayor sanción penal que se imponía a unos hechos que objetivamente ya eran delictivos⁹.

En España, la doctrina ha señalado que “para aplicar la agravación por motivos discriminatorios es necesario que cualquiera de los mismos, o varios de ellos, sean el desencadenante del ilícito penal, de tal manera que si el mismo sobreviene durante o tras la acción delictiva, no cabrá apreciarla. Por ello, desde un punto de vista cronológico, sostiene la Jurisprudencia que los motivos de discriminación tienen que concurrir en un momento inmediatamente anterior al dolo o a la determinación delictiva, sin perjuicio, en caso contrario, de valorar las expresiones que se profirieran, pero que no motivaron el hecho delictivo, como injurias o vejaciones¹⁰.

También operaría la agravante en los casos de *error in personam* (por ejemplo, se quiere atacar contra una persona por ser homosexual y se ataca a una persona heterosexual que se le parecía) y cuando la circunstancia discriminatoria no determina la acción pero sí la elección de la víctima (un grupo de personas quieren sustraer dinero pero eligen a las víctimas por su identidad sexual)¹¹.

Para aplicar esta circunstancia agravante se han venido utilizando por los tribunales una serie de elementos indiciarios, principalmente el empleo de expresiones de odio de manera previa a la comisión del delito y la “gratuidad” de la agresión, entendida como la ausencia de un móvil alternativo¹².

⁹ Juan Alberto DÍAZ LÓPEZ analiza este caso al tratar la agravante genérica del Código penal español en “El artículo 22.4 y la motivación discriminatoria online”, en Fernando MIRÓ LLINARES (dir.) *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*, Marcial Pons, pp. 111 y 112.

¹⁰ Dulce María SANTANA CUESTA “El tratamiento penal de la discriminación por razón de orientación o identidad sexuales”, en Víctor CUESTA LÓPEZ/ Dulce María SANTANA CUESTA *Estado de Derecho y discriminación por razón de género, orientación e identidad sexual*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pág. 397, y la bibliografía que allí se cita.

¹¹ Para una argumentación más detallada véase el texto, ya citado, de Dulce María SANTANA LÓPEZ, pp. 398 y 399, donde también se ponen los ejemplos aquí citados.

¹² Veáanse, al respecto, Jacobo DOPICO GÓMEZ-ALLER “Motivos racistas o similares” en MOLINA FERNÁNDEZ (Coord.) *Memento práctico penal 2017*, Francis Lefebvre, Madrid, 2016, pp. 479 y ss., y DÍAZ LÓPEZ, *ob. cit.*, pág. 123.

En el Código penal se han incluido varios tipos que se dirigen contra las conductas discriminatorias por razón de orientación o identidad sexual. Cabe destacar, en primer lugar, el artículo 314: “Los que produzcan una grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, *orientación sexual*, situación familiar, enfermedad o discapacidad, por ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores, por el parentesco con otros trabajadores de la empresa o por el uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español, y no restablezcan la situación de igualdad ante la ley tras requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de 12 a 24 meses”.

En segundo lugar, los artículos 511 y 512 recogen conductas delictivas en las que se castiga la denegación de servicios públicos o una prestación a la que se tenga derecho en el contexto de una relación empresarial o actividad profesional¹³.

¹³ Artículo 511. Incurrirá en la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años el particular encargado de un servicio público que deniegue a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, situación familiar, por razones de género, enfermedad o discapacidad.

2. Las mismas penas serán aplicables cuando los hechos se cometan contra una asociación, fundación, sociedad o corporación o contra sus miembros por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, situación familiar, por razones de género, enfermedad o discapacidad.

3. Los funcionarios públicos que cometan alguno de los hechos previstos en este artículo, incurrirán en las mismas penas en su mitad superior y en la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a cuatro años.

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

En estos tres preceptos llama la atención que no se contemple la identidad sexual como una de las circunstancias que determina la existencia del hecho delictivo¹⁴, sí el castigo debido a la discriminación por “orientación sexual”, que ha de entenderse referida a la homosexualidad, la bisexualidad y la transexualidad; es obvio, como señala la profesora Rodríguez Yagüe¹⁵, que el concepto orientación sexual incluye también las manifestaciones heterosexuales pero también lo es que únicamente se pueden referir a aquéllas, y no a éstas últimas, las notas de rechazo y prejuicio que han padecido a lo largo de la Historia por parte de determinados sectores de la sociedad. Parece que tampoco cabría incluir entre las causas de discriminación sancionadas en estos artículos concretas prácticas sexuales que puedan ser consideradas en un determinado momento como transgresoras de los cánones sociales, si bien no faltan opiniones doctrinales que abogan por proteger frente a la discriminación a quienes desarrollan esas prácticas, teóricamente, minoritarias¹⁶.

Artículo 512. Los que en el ejercicio de sus actividades profesionales o empresariales denegaren a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, por razones de género, enfermedad o discapacidad, incurrirán en la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio e inhabilitación especial para profesión u oficio”.

¹⁴ Véase, sobre los artículos 511 y 512, el exhaustivo estudio de Cristina RODRÍGUEZ YAGÜE *La tutela penal del derecho a no ser discriminado (Análisis de los artículos 511 y 12 del Código Penal)*, Bomarzo, Albacete, 2007; mucho más reciente, “La sanción penal de la denegación discriminatoria de prestaciones: una reflexión a partir de su (in)aplicación por los tribunales” en *Delitos de odio: derecho comparado y regulación española* (coord. por Jon Mirena LANDA GOROSTIZA y Enara GARRO CARRERA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 261-302`.

¹⁵ *La tutela penal del derecho a no ser discriminado...*, pp. 526 a 528.

¹⁶ Así, Jesús BERNAL DEL CASTILLO *La discriminación en el derecho penal*, Comares, Granada, 1998, pp. 44 y sigs; María Luisa CUERDA ARNAU *Comentarios al Código penal de 1995* (coordinados por Tomás VIVES ANTÓN), Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 244, o Alfonso ARROYO DE LAS HERAS *Las circunstancias agravantes en el Código penal de 1995*, VARIOS AUTORES, Aranzadi, Cizur Menor, 1997; pág. 59.

5.2. *A través de la tipificación de “conductas de odio” por motivos de orientación e identidad sexuales: el artículo 510 del Código penal*

De acuerdo con el artículo 510.1 del Código penal, reformado en el año 2015¹⁷, serán castigados con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses:

a. Quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél,... su sexo, orientación o identidad sexual,...

b. Quienes produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para fomentar, promover, o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél,... su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad.

c. Públicamente nieguen, trivialicen gravemente o enaltezcan los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, o enaltezcan a sus autores, cuando se hubieran cometido contra un grupo o una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia al mismo,..., su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos.

Así pues, en este apartado se contemplan la “orientación o identidad sexual” como circunstancias cuya concurrencia justifica la sanción, primero, de quienes públicamente fomenten, promuevan o

¹⁷ Para una panorámica de la redacción anterior y de la vigente véase, por ejemplo, el trabajo de Víctor GOMEZ MÁRTIN “Incitación al odio y género. Algunas reflexiones sobre el nuevo art. 510 CP y su aplicabilidad al discurso sexista”, en Fernando MIRÓ LLINARES *ob. cit.*, pp. 177 y ss.

inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia; en segundo lugar, la de quienes produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para realizar alguna de las conductas del apartado a); finalmente, la de quienes nieguen, trivialicen o enaltezcan una serie de delitos especialmente graves y así se promueva un clima de violencia, odio, hostilidad o discriminación por razón de identidad u orientación sexual.

Es importante tener presente, por lo que respecta a la letra a), que debe tratarse de un comportamiento “público” y que el fomento, promoción o incitación pueden ser directos o indirectos; también en la letra b) se incluyen materiales o soportes que idóneos para fomentar, promover, o incitar “directa o indirectamente” al odio, hostilidad, discriminación o violencia.

Por su parte, el artículo 510.2 sanciona con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses a:

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

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

Como explica el profesor Gómez Martín, el apartado b) del 510.2 se diferencia del apartado c) del 510.1 en que, primero, en el precepto segundo no se sanciona la “justificación”, lo que sí ocurre en el 510.2;

además, las conductas previstas en el 510.1.c) se vinculan a delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, mientras que en el 510.2.b) se estaría ante otros delitos cometidos por los motivos discriminatorios indicados en el tipo penal.

Los hechos serán castigados con una pena de uno a cuatro años de prisión y multa de seis a doce meses cuando de ese modo “se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación”, lo que debe entenderse en el sentido de creación de una atmósfera o estado de opinión propicio para la reproducción de conductas violentas, hostiles, de odio o discriminatorias contras los grupos protegidos por el tipo penal¹⁸.

El artículo 510.3 regula como subtipo agravado la realización de alguna de las conductas previstas en los apartados anteriores “a través de un medio de comunicación social, por medio de Internet o mediante el uso de tecnologías de la información, de modo que aquél se hiciera accesible a un elevado número de personas”. Es sabido que en apartados anteriores del artículo 510 se exige que la conducta sea realizada públicamente —art. 510.1.a), 510.1.c)— o por cualquier medio de expresión pública —510.2.b)— por lo que debe entenderse que la publicidad prevista en el artículo 510.3 CP se refiere no a cualquier medio de comunicación pública sino a los vinculado, como se dice en el propio precepto, a las tecnologías de la información y la comunicación (páginas web, blogs, redes sociales...), si bien hay que tener en cuenta que la potencial amplia difusión de estos instrumentos no implica que, de hecho, se consiga llegar a mucha gente: si es cierto que hay cuentas de Twitter con cientos de miles de seguidores también lo es que muchas otras tienen unas pocas decenas.

Para tratar de singularizar el alcance de cada uno de estos apartados, Gómez Martín apunta que el carácter público de las conductas previstas en los números 1 y 2 del artículo 510 alude a los supuestos de comunicación pública a un colectivo de personas sin acudir para

¹⁸ Así lo explica Ana GARROCHO SALCEDO “Delito de incitación al odio, hostilidad, discriminación o violencia”, en Fernando MOLINA FERNÁNDEZ (dir.) *Memento Práctico Penal 2016*, Francis Lefebvre, Madrid, 2015, pág. 1759.

ello a los medios de comunicación masivos y pone como ejemplos las conferencias, charlas, mítines políticos... para un colectivo amplio¹⁹.

El artículo 510.4 define otro subtipo agravado: “cuando los hechos, a la vista de sus circunstancias, resulten idóneos para alterar la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes del grupo, se impondrá la pena en su mitad superior, que podrá elevarse hasta la superior en grado”.

Finalmente, y conforme al artículo 510 bis, “cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en los dos artículos anteriores, se le impondrá la pena de multa de dos a cinco años. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33. En este caso será igualmente aplicable lo dispuesto en el número 3 del artículo 510 del Código Penal”.

6. LA PROTECCIÓN ADMINISTRATIVA FRENTE A LOS ATAQUES POR RAZÓN DE ORIENTACIÓN O IDENTIDAD SEXUALES

Ya se ha recordado que el artículo 9.2 CE impone a los poderes públicos la promoción de las condiciones para que la igualdad de los individuos y grupos en que se integran sean reales y efectivas, la remoción de los obstáculos que impiden o dificultan su plenitud y facilitar la participación de todos en la vida política, económica, cultural y social.

Y, en el Estado social, el poder público dotado de más capacidad de gestión para remover los citados obstáculos a la igualdad real lo constituyen las diferentes administraciones públicas, especialmente la estatal y las autonómicas. Pues bien, los Parlamentos autonómicos han generalizado en los últimos diez años leyes dirigidas a garantizar la no discriminación y la libertad sexual de quienes, por razón de su orientación o identidad, han venido siendo objeto de ataques y estigmatizaciones de diferente naturaleza. Cabe mencio-

¹⁹ *Ob. cit.*, pág. 192.

nar, entre otras, la Ley 14/2012, de 28 de junio, de derechos de las personas transexuales del País Vasco; la Ley 2/2014, de 14 de abril, por la igualdad de trato y la no discriminación de lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersexuales en Galicia; Ley 11/2014, de 10 de octubre, de la Generalitat de Cataluña para garantizar los derechos de lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros e intersexuales y para erradicar la homofobia, la bifobia y la transfobia; la Ley 8/2014, de 28 de octubre, de Canarias, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales; la Ley 12/2015, de 8 de abril, de igualdad social de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de Extremadura; la Ley 2/2016, de 29 de marzo, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad de Madrid, y Ley 3/2016, de 22 de julio, de Protección Integral contra LGTBIfobia y la Discriminación por Razón de Orientación e Identidad Sexual en la Comunidad de Madrid; la Ley 8/2016, de 27 de mayo, de igualdad social de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales, y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia; la Ley 8/2016, de 30 de mayo, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, trans, bisexuales e intersexuales y para erradicar la LGTBI fobia de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears; la Ley 8/2017, de 7 de abril, integral del reconocimiento del derecho a la identidad y a la expresión de género en la Comunitat Valenciana; la Ley Foral Navarra 8/2017, de 19 de junio, para la igualdad social de las personas LGTBI+; la Ley 2/2014, de 8 de julio, integral para la no discriminación por motivos de identidad de género y reconocimiento de los derechos de las personas transexuales de Andalucía y la Ley 8/2017, de 28 de diciembre, para garantizar los derechos, la igualdad de trato y no discriminación de las personas LGTBI y sus familiares en Andalucía, y la Ley 4/2018, de 19 de abril, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de Aragón.

En general, estas leyes tienen un contenido similar e incluyen, entre otras cosas, medidas para garantizar el derecho de toda per-

sona en el territorio de la respectiva comunidad autónoma a no ser discriminada por razón de su orientación sexual o identidad y/o expresión de género; también a la protección efectiva por parte de la Administración autonómica a personas que sean víctimas de discriminación y delitos de odio, o sufran trato discriminatorio, vejatorio o degradante por orientación sexual e identidad y/o expresión de género. En particular, se contemplan previsiones formativas, divulgativas, de sensibilización y, en general, acciones positivas que permitan la igualdad real de las personas LGTBI; medidas de apoyo y protección a personas LGTBI en situación de vulnerabilidad o exclusión social; acciones positivas, medidas de apoyo y reconocimiento institucional, en los ámbitos familiar y educativo, en el trabajo y la salud; medidas contra las agresiones y delitos de odio por orientación sexual e identidad o expresión de género y, finalmente, un capítulo de infracciones y sanciones para su aplicación a las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, por la realización de las acciones u omisiones tipificadas en estas leyes.

En algunos casos hay similitud entre las previsiones sancionadoras de estas leyes y las incluidas en el Código penal; por ejemplo, la discriminación en el disfrute de un servicio público o de una prestación profesional (artículos 511 y 512 del Código penal); en tales circunstancias las autoridades administrativas pasarán el tanto de culpa al órgano judicial competente o al Ministerio Fiscal y se abstendrán de seguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no dicte sentencia firme o resolución que ponga fin al procedimiento o mientras el Ministerio Fiscal no comunique la improcedencia de iniciar o proseguir actuaciones. De no haberse estimado la existencia de ilícito penal, o en el caso de haberse dictado resolución de otro tipo que ponga fin al procedimiento penal, la Administración continuará el expediente sancionador en base a los hechos que los Tribunales hayan considerado probados (artículo 69 de la Ley 3/2016, de 22 de julio, de Protección Integral contra LGTBIfobia y la Discriminación por Razón de Orientación e Identidad Sexual en la Comunidad de Madrid).

Aquí, como en otros ámbitos, el problema surge con el fenómeno de creciente tipificación de conductas expresivas, que, en su fase más exacerbada, alcanza la imposición de cuantiosas sanciones económicas por descalificar a determinados colectivos, llevar a cabo actos de

mera provocación a las instituciones o a una parte de la sociedad. Puede discutirse, en primer lugar, si ha lugar a la sanción de estos comportamientos; en segundo lugar, si el derecho adecuado para la sanción es el penal o el administrativo y, en tercer término, el alcance de las sanciones a imponer según se trate de conductas más o menos graves.

Respecto a la primera cuestión, y como hemos comentado más arriba, la tipificación de conductas sancionables exigiría que se tratase de comportamientos que incitan a la violencia contra las minorías sexuales o que inciden en su estigmatización; en relación con la segunda, y como se viene entendiendo tradicionalmente, se reservarían al Derecho penal los atentados más graves a los bienes jurídicos tutelados; finalmente, las sanciones deben ajustarse al principio de proporcionalidad²⁰.

No obstante, hay que añadir otras consideraciones: algunas de estas sanciones pueden suponer una limitación a lo que, en principio, podría ser el ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión por lo que habrá que ver si realmente estamos ante un comportamiento antijurídico. Y viendo el catálogo de hechos sancionables por parte de las citadas leyes autonómicas resulta discutible que lo sean, a título de mero ejemplo, ciertas prácticas, por muy censurables

²⁰ Sobre esas cuestiones y su análisis desde la perspectiva del Derecho administrativo, que es la que nos ocupa en este apartado, pueden verse los trabajos, bien conocidos, de Alejandro NIETO —*Derecho administrativo sancionador* (5.ª ed.), Tecnos, Madrid, 2012—, Alejandro HUERGO LORA —*Las sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, 2007—, Lucía ALARCÓN SOTOMAYOR —*El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2007—, Miguel BELTRÁN DE FELIPE —“Realidad y constitucionalidad en el procedimiento administrativo sancionador” (I y II), *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núms. 39 y 40, 2005/2006—; Blanca LOZANO CUTANDA —“La tensión entre eficacia y garantías en la represión administrativa: aplicación de los principios constitucionales del orden penal en el Derecho administrativo sancionador”, VV.AA. *Las fronteras del Código Penal de 1995 y el Derecho Administrativo sancionador*, CGPJ, Madrid, pp. 41 y ss.—; Ignacio PEMÁN GAVÍN —*El sistema sancionador español. Hacia una teoría general de las infracciones y sanciones administrativas*, Cedecs, Barcelona, 2000—; Iñaki LASABAGASTER HERRARTE “Constitución, derecho penal y límites de la potestad sancionadora de la administración”, *Revista española de Derecho Administrativo*, n.º 193/2018, pp. 23-56.

que se consideren social y sanitariamente, si son aceptadas de manera voluntaria por personas con suficiente capacidad de discernimiento a las que la norma administrativa pretende proteger; en este sentido, el artículo 70.4.c de la citada Ley 3/2016, de 22 de julio, de Protección Integral contra LGTBIfobia y la Discriminación por Razón de Orientación e Identidad Sexual en la Comunidad de Madrid, considera infracción muy grave, sancionable con multa de 20.001 hasta 45.000 euros, “la promoción y realización de terapias de aversión o conversión con la finalidad de modificar la orientación sexual o identidad de género de una persona. Para la comisión de esta infracción será irrelevante el consentimiento prestado por la persona sometida a tales terapias”.

En la misma línea, resulta que se habilita a la propia Administración para calificar una expresión como vejatoria por razón de orientación o identidad sexual y no solo cuando la misma se ha emitido en el contexto de la prestación de un servicio público sino también si se llevó a cabo, como dicen, por ejemplo, el artículo 60 de Ley 8/2017, de 28 de diciembre, para garantizar los derechos, la igualdad de trato y no discriminación de las personas LGTBI y sus familiares en Andalucía o el 50 de la Ley 4/2018, de 19 de abril, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad Autónoma de Aragón, “en cualquier medio de comunicación, en discursos o intervenciones públicas o a través de las redes sociales”. La reiteración de estas conductas hace que la infracción pase de leve a grave, lo que en muchas Comunidades Autónomas conlleva una sanción que puede llegar a los 20.000 euros (Madrid, Comunidad Valenciana, Aragón, Murcia, Extremadura, Navarra...) pero que, por ejemplo, es sancionable hasta con 30.000 en Baleares y 60.000 euros en Andalucía. En esta última Comunidad se configura como infracción muy grave —artículo 62.e—, y sancionable hasta con 120.000 euros, “promover, difundir o ejecutar por cualquier medio cualquier tipo de terapia para modificar la orientación sexual y la identidad de género con el fin de ajustarla a un patrón heterosexual y/o cissexual”. Sanciones administrativas de esta cuantía pueden perfectamente implicar un importe económico muy superior al que correspondería a un delito de injurias graves hechas con publicidad, que (art. 209 del Código penal) se castigarán con la pena de multa de seis a catorce meses y, en otro caso, con la de tres a siete meses.

A nuestro juicio encontramos aquí ejemplos de sanciones que, por incidir de manera directa en el objeto protegido por un derecho fundamental tan relevante como la libertad de expresión, es, más que cuestionable que su imposición pueda confiarse a las autoridades administrativas, incluyendo la obviedad de que, en todo caso, son recurribles a la jurisdicción contencioso-administrativa, recurso que, por otra parte, no está exento de incentivos económicos para no interponerlo, bien previstos de manera expresa en la propia ley autonómica²¹ o aplicables por la remisión al procedimiento sancionador contemplado en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas²².

7. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALARCÓN SOTOMAYOR, LUCÍA *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2007.
- ALCACER GIRAO, RAFAEL “Diversidad cultural, intolerancia y derecho penal”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, nº 18, 2016.
- ALCACER GIRAO, RAFAEL “Opiniones constitucionales”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 1, 2018.
- ALONSO, LUCÍA y VÁZQUEZ, VÍCTOR (dirs.) *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio*, Athenaica, Sevilla, 2017.
- ARROYO DE LAS HERAS, ALFONSO *Las circunstancias agravantes en el Código penal de 1995*, VARIOS AUTORES, Aranzadi, Cizur Menor, 1997.

²¹ Así, en la Ley andaluza “las multas impuestas se reducirán en un 30% de la cuantía cuando la persona infractora abone la multa y el importe total de las indemnizaciones en un plazo máximo de un mes a contar desde el día siguiente en que se haya notificado la resolución en que se impone la sanción” (art. 69).

²² “... cuando la sanción tenga únicamente carácter pecuniario, el órgano competente para resolver el procedimiento aplicará reducciones de, al menos, el 20% sobre el importe de la sanción propuesta, siendo éstos acumulables entre sí. Las citadas reducciones, deberán estar determinadas en la notificación de iniciación del procedimiento y su efectividad estará condicionada al desistimiento o renuncia de cualquier acción o recurso en vía administrativa contra la sanción. El porcentaje de reducción previsto en este apartado podrá ser incrementado reglamentariamente” (art. 85.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas).

- BELTRÁN DE FELIPE, MIGUEL “Realidad y constitucionalidad en el procedimiento administrativo sancionador” (I y II), *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núms. 39 y 40, 2005/2006.
- BERNAL DEL CASTILLO, JESÚS *La discriminación en el derecho penal*, Comares, Granada, 1998.
- CUERDA ARNAU, MARÍA LUISA *Comentarios al Código penal de 1995* (coordinados por Tomás VIVES ANTÓN), Tirant lo Blanch, Valencia.
- CUESTA LÓPEZ, VÍCTOR/SANTANA CUESTA, DULCE *Estado de Derecho y discriminación por razón de género, orientación e identidad sexual*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2014.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, JACOBO “Motivos racistas o similares” en MOLINA FERNÁNDEZ (Coord.) *Memento práctico penal 2017*, Francis Lefebvre, Madrid, 2016, pp. 479 y ss.
- ELVIRA PERALES, ASCENSIÓN “La interdicción de discriminación por razón de orientación sexual: comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 41/2006”, *Teoría y realidad constitucional*, nº 20, 2007, pp. 655-661.
- GARROCHO SALCEDO, ANA “Delito de incitación al odio, hostilidad, discriminación o violencia”, en Fernando MOLINA FERNÁNDEZ (dir.) *Memento Práctico Penal 2016*, Francis Lefebvre, Madrid, 2015, pág. 1759.
- GASCÓN CUENCA, ANDRÉS *El derecho a la libertad de expresión y su relación con el discurso del odio: estándares internacionales de protección y su reflejo en el ordenamiento jurídico español*, Tesis Doctoral, Valencia, 2016.
- GASCÓN CUENCA, ANDRÉS *El discurso del odio en el ordenamiento jurídico español: su adecuación a los estándares internacional de protección*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016.
- HERRERA CEBALLOS, ENRIQUE “El discurso religioso contra la homosexualidad. Análisis desde la perspectiva de la libertad religiosa”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, nº 47, 2018.
- HUERGO LORA, ALEJANDRO *Las sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, 2007.
- LANDA GOROSTIZA, JON MIQUEL/GARRO CARRERA, ENERA (Coords.) *Delitos de odio: derecho comparado y regulación española*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- LASABAGASTER HERRARTE, IÑAKI “Constitución, derecho penal y límites de la potestad sancionadora de la administración”, *Revista española de Derecho Administrativo*, nº 193/2018, pp. 23-56.
- LÓPEZ-SIDRO LÓPEZ, ÁNGEL “La libertad de expresión de la jerarquía eclesial y el discurso del odio”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, nº 42, 2016.

- LOZANO CUTANDA, BLANCA “La tensión entre eficacia y garantías en la represión administrativa: aplicación de los principios constitucionales del orden penal en el Derecho administrativo sancionador”, VV.AA. *Las fronteras del Código Penal de 1995 y el Derecho Administrativo sancionador*, CGPJ, Madrid, pp. 41 y ss.
- MARTÍN HERRERA, DAVID “Libertad de expresión: ¿derecho ilimitado según el TEDH? Del discurso de odio al crimen de odio”, *Estudios de Deusto: revista de la Universidad de Deusto*, vol. 62, n° 2, 2014, pp. 15-40.
- MARTÍNEZ TORRÓN, JAVIER “Hate speech, libertad de expresión y sentimientos religiosos”, *Estudios eclesiásticos*, vol. 92, n° 363, 2017, pp. 749-767.
- MATÍA PORTILLA, JAVIER “Interpretación evolutiva de la constitución y legitimidad del matrimonio formado por personas del mismo sexo”, *Teoría y realidad constitucional*, n° 31, 2013, pp. 541-554.
- MATÍA PORTILLA, JAVIER “Matrimonio entre personas del mismo sexo y Tribunal Constitucional: un ensayo sobre la constitucionalidad del primero y los límites de la actuación del segundo” en *Constitución y democracia: ayer y hoy: libro homenaje a Antonio Torres del Moral*, Vol. 2, Universitas Editorial, 2012, pp. 2257-2278.
- MIRÓ LLINARES, FERNANDO (dir.) *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*, Marcial Pons, 2017.
- NIETO, ALEJANDRO *Derecho administrativo sancionador* (5.ª ed.), Tecnos, Madrid, 2012.
- PEMÁN GAVÍN, IGNACIO *El sistema sancionador español. Hacia una teoría general de las infracciones y sanciones administrativas*, Cedecs, Barcelona, 2000.
- PRESNO LINERA, MIGUEL ÁNGEL “El matrimonio: ¿garantía institucional o esfera vital? A propósito de la STC 198/2012, de 6 de noviembre, sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo y la jurisprudencia comparada”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n° 19, 2013.
- PRESNO LINERA/MIGUEL ÁNGEL/TERUEL LOZANO, GERMÁN *La libertad de expresión en América y Europa*, Juruá, Lisboa, 2017.
- REVENGA SÁNCHEZ, MIGUEL (dir.) *Libertad de expresión y discursos del odio*, Universidad de Alcalá, Servicio de Publicaciones.
- RODRÍGUEZ YAGÜE, CRISTINA “La sanción penal de la denegación discriminatoria de prestaciones: una reflexión a partir de su (in)aplicación por los tribunales” en *Delitos de odio: derecho comparado y regulación española* (coord. por Jon Mirena LANDA GOROSTIZA y Enara GARRO CARRERA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 261-302.

- RODRÍGUEZ YAGÜE, CRISTINA *La tutela penal del derecho a no ser discriminado (Análisis de los artículos 511 y 12 del Código Penal)*, Bomarzo, Albacete, 2007.
- SALAZAR BENITEZ, SALAZAR/GIACOMELLI, LUCA “Homofobia, Derecho penal y libertad de expresión: un estudio comparado de los ordenamientos italiano y español”, *Revista Española de Derecho Constitucional Europeo*, nº 26, julio-diciembre 2016.
- TERUEL LOZANO, GERMÁN “El discurso del odio como límite a la libertad de expresión en el marco del Convenio Europeo”, en *Revista Española de Derecho Constitucional Europeo*, nº 27, enero-junio 2017.
- VALERO HEREDIA, ANA “Los discursos del odio. Un estudio jurisprudencial”, *Revista española de Derecho constitucional*, nº 110, 2017, pp. 305-333.
- VALIENTE MARTÍNEZ, FRANCISCO *Límites constitucionales al discurso del odio*, Tesis doctoral, Universidad Pontificia Comillas, 2017.

REGISTRO Y FILIACIÓN EN PAREJAS LGBT¹

PILAR BENAVENTE MOREDA
Universidad Autónoma de Madrid

1. INTRODUCCIÓN

El tema que abordamos en el presente trabajo ha sido en parte objeto de estudio en otros trabajos anteriores². Así, en 2011 analiza-

¹ Este trabajo se inserta también como resultado del Proyecto CEAL-AL/2017-20, concedido por Resolución de 13 de junio de 2017, dentro de la 10ª convocatoria de los Proyectos de Cooperación Interuniversitaria UAM-SANTANDER con América Latina, cuya IP fue Alma María Rodríguez Guitián, titulado: La libertad de autodeterminación en las relaciones familiares y sus límites como desafío del Derecho de Familia del siglo XXI en España y América Latina. Igualmente constituye el desarrollo de diferentes conferencias impartidas en el ámbito del citado Proyecto de Investigación, fundamentalmente la impartida en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España (Madrid), dentro de la Jornada “La Libertad de autodeterminación en las relaciones familiares y sus límites como desafío del siglo XXI en España y América Latina” celebrada el día 18 de mayo de 2018 con el título: “Los nuevos retos de la autonomía de la voluntad en el Derecho de Familia Español”.

² BENAVENTE MOREDA, P., “La filiación de los hijos de parejas, casadas o unidas de hecho, del mismo sexo. La situación legal y jurisprudencial actual”. *ADC* Tomo LXIV, 2011, fasc 1, pp 75 a 124. Id “Los Errores de Legislar en Paralelo: La Problemática Aplicación de las Reglas sobre Filiación (Determinación, Acciones de Reclamación e Impugnación)” en la Filiación Derivada del Uso de Técnicas de Reproducción Humana Asistida”. *Oñati Socio-Legal Series*, 2017, Vol 7, No 1: *Derechos Reproductivos y Reproducción Asistida. Género, Diversidad Sexual y Familias en Plural* (Marisa Herrera, Natalia de la Torre y Agustina Pérez (Universidad de Buenos Aires —edit.—). (Posted: 25 Apr 2016 Last revised: 1 Mar 2017) *Oñati Socio-legal Series*, forthcoming DRAFT ISSN: 2079-5971. Abril, 21 2016 (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2768263). Igualmente son numerosos autores los que, de manera más o menos completa han abordado en los últimos años la evolución del tema que se analiza en el presente trabajo, como es el caso de FARNÓS AMORÓS E., “La filiación derivada de reproducción asistida: Voluntad y biología”. *Anuario de Derecho Civil*. LXVIII I, 2015, pp. 5 a 61.

mos, de manera más general, la forma de determinación de la filiación de los hijos de parejas del mismo sexo, casadas o unidas de hecho, estudiando no solo los supuestos de filiación natural (incluida fundamentalmente la derivada del uso de TRHA) sino también la filiación adoptiva. En 2017 en un nuevo trabajo, centramos el estudio en la trascendencia que en la determinación de la filiación derivada del uso de TRHA ha tenido la incorporación de la voluntad procreacional, sin que el legislador haya establecido una nueva modalidad de determinación derivada de dicha voluntad. Se analizaban en este segundo trabajo de forma detallada, no solo las vías de determinación de la filiación sino también la posible o imposible e inapropiada aplicación de las reglas relativas a la determinación, reclamación e impugnación previstas en el CC para la filiación por naturaleza en los supuestos de Filiación derivada del uso de TRHA en las que prima el elemento volitivo sobre el biológico. Por ello algunas de las cuestiones que se abordan ahora ya fueron reflejadas en dichas publicaciones, si bien aprovechamos para actualizar los contenidos y reflexiones atendiendo a los nuevos elementos incorporados al debate (doctrina, jurisprudencia y nuevos textos legales).

¿Qué abordaremos y qué no, en este trabajo?: Hablamos de Registro y Filiación de las parejas LGTBI por lo que nos centraremos en los supuestos de determinación de la filiación de los hijos de los matrimonios o parejas de hecho de personas (hombres o mujeres) del mismo sexo fundamentalmente en los supuestos en que ésta derive del uso de TRHA, lo que nos conduce necesariamente al análisis de la filiación derivada de un proceso de Gestación por sustitución.

No se entrará sin embargo con detalle en la regulación de la Gestación subrogada como tal (que ya analicé de forma incipiente en una de las obras referenciadas anteriormente), sino tan sólo sobre la base y la idea específica de la forma en que la filiación del nacido pueda quedar determinada y registrada.

Se analizará igualmente el sistema de inscripción de las filiaciones en el Registro civil, atendiendo a las reglas previstas en la Legislación de Registro Civil y su Reglamento y la interpretación que la jurisprudencia ha venido haciendo ante la ausencia de normas claras y coherentes, teniendo en cuenta la situación peculiar por la que pasa actualmente el ordenamiento jurídico español, en el que conviven una

Ley de Registro Civil (LRC) de 2011, la Ley 20/2011, de 21 de julio, parcialmente en vigor, con otra, la de 1957, parcialmente en vigor igualmente —en aquello en lo que la primera no se encuentra vigente— y un Reglamento de Registro Civil, de 1958, vigente tanto para las normas en vigor de la LRC 2011 como para las de la LRC de 1957. Y según parece esta convivencia tiene trazas de prolongarse durante más tiempo del que sería deseable e incluso aventuramos a señalar que mucho más allá de junio de 2020 (fecha prevista de entrada en vigor completa de la LRC de 2011, pero no necesariamente la última, dada la trayectoria de retrasos sucesivos por los que viene pasando su vigencia).

En este estudio nos centraremos con carácter general, en la regulación prevista en el ordenamiento jurídico español, puesto que precisamente la encomienda en la elaboración del presente artículo está específicamente dirigida a presentar, en el ámbito español, la panorámica actual sobre la materia. Sin perjuicio, sirva la advertencia, de la referencia comparativa obligada a otros ordenamientos de nuestro entorno, en algunos temas concretos en los que resulte esencial.

Tampoco entraremos a analizar los supuestos de determinación de la filiación a través de la adopción, tema que fue minuciosa y específicamente abordado en 2011 al tratar todos los supuestos de determinación de filiación.

2. FILIACIÓN E INSCRIPCIÓN DE LOS HIJOS DE MUJERES CASADAS O PAREJAS DE HECHO

Como ya se mencionó más arriba, la cuestión que aquí se aborda no es ajena a la más reciente doctrina que casi en directo ha ido siguiendo paso a paso la ya larga peripecia legislativa y jurisprudencial de la determinación de la filiación de los hijos de mujeres casadas o nacidos de una relación de pareja de hecho entre ellas. Por ello en nuestro estudio, añadiremos a lo ya dicho hasta ahora, las últimas puntadas dadas por la jurisprudencia, contrastando la situación con el análisis del sistema de acceso al Registro Civil de los citados nacimientos.

Tal y como se ha señalado, parte de nuestro estudio se centra en el sistema de determinación de la filiación en el caso de las parejas, ca-

sadas o no, de mujeres, por lo que fundamentalmente nos referimos a los supuestos en los que el nacimiento de los hijos se produce mediante el recurso a las TRHA, sin perjuicio de que la doble maternidad pueda tener su origen en supuestos diferentes en los que, determinada la filiación respecto de la mujer gestante que lo fue como consecuencia de una fecundación tradicional, no hubiera quedado determinada la paternidad y se recurra a la adopción por parte de la otra cónyuge³ o bien incluso cuando no habiendo recurrido al uso de TRHA se pretenda la determinación de la doble maternidad por naturaleza.

Dentro de los márgenes señalados anteriormente, se tratará en este momento de presentar, a la luz de la regulación contenida en el Código Civil (CC) y en Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida de 2006 (LTRHA), la realidad existente en cada uno de los supuestos que se mencionan, cuando el nacimiento se produce utilizando, o no, las TRA⁴ y partiendo igualmente de las premisas siguientes:

Primero, conforme al art. 7.1 LTRHA, la filiación de los nacidos se regulará por las leyes civiles, a salvo de las especificaciones contenidas en los arts. 8 a 10 de la LTRHA. En ningún caso, la inscripción en el

³ Supuesto analizado con profundidad en BENAVENTE MOREDA, Pilar, “La filiación de los hijos de parejas, casadas o unidas de hecho, del mismo sexo. La situación legal y jurisprudencial actual”, *ob. cit.*, pp. 117 a 123.

⁴ Obviamente este es el supuesto más frecuente, aunque como podremos analizar posteriormente existen otras opciones que permiten valorar soluciones diferentes. Me refiero al caso de la mujer que casada con otra mujer o siendo pareja de hecho de otra mujer, hubiera tenido un hijo previamente y estuviera exclusivamente determinada la filiación materna y no la paterna en el supuesto en el que el embarazo no fuera consecuencia de un proceso de reproducción asistida sino de una previa relación con un hombre. Debemos diferenciar entre los casos en los que el menor ya hubiera nacido con anterioridad a la relación y al matrimonio de su madre con otra mujer y aquellos otros en los que el nacimiento se produzca, aun fruto de una relación sexual tradicional con un varón y se pretenda la determinación de la doble filiación materna en el momento mismo de la inscripción del nacimiento. Resulta relevante realizar la matización anterior si se tiene en cuenta, como veremos, la solución ofrecida por la DGRN en resolución de 8 de febrero de 2017 JUR/2018/283287. Conforme a dicha resolución parece que no sólo podrá ser de aplicación el contenido del artículo 44.5 LRC 2011 e inscribirse la doble maternidad en los supuestos a los que hace referencia el art. 7.3 LTRHA sino también a aquellos otros en los que la fecundación no tenga su origen en el uso de las TRHA. Analizaremos más adelante dicha resolución al hilo del análisis del sistema de inscripción registral.

Registro Civil reflejará los datos de los que se pueda inferir el carácter de la generación (art. 7.2).

Segundo, conforme a la Ley 13/2005, de 1 de julio que modifica el CC. en materia de Derecho a contraer matrimonio (RCL 2005, 1407) y según se establece en su exposición de motivos, las reglas previstas en los arts. 116 a 118 CC relativas al principio de presunción de paternidad matrimonial, tan sólo son aplicables en relación con los matrimonios heterosexuales, dado que, según el propio texto legal sólo en estos matrimonios puede existir presunción de paternidad matrimonial⁵.

Tercero, finalmente en cuanto al sistema de inscripción de la filiación han de tenerse en cuenta además, las reglas previstas en la aún vigente LRC 1957 y su Reglamento de 1958, así como las contenidas en los preceptos de la LRC de 2011 que ya se encuentran en vigor⁶, entre ellos el artículo 44 relativo a la inscripción del nacimiento en el Registro Civil, que debe su actual redacción al art. 2.1 de Ley núm. 19/2015, de 13 de julio(RCL\2015\1082).

⁵ El Código Civil Catalán sin embargo extiende dicha presunción (art. 235.10) a las parejas de hecho heterosexuales cuando se cumplen las condiciones previstas en el citado precepto, aunque no se considera como forma de determinación de la filiación. Vid. GARCÍA VICENTE, JR., “Comentarios a los arts. 235-1 a 235-14”. En Egea y Fernández J, Ferrer y Riba J.(Directors), Farnós Amorós E. (Coord). *Comentaria al llibre segon del Codi civil de Catalunya. Família i relacions convivencials d' ajuda mútua*. Atelier. Barcelona, 2014, p. 608-609.

⁶ Conforme a la Disposición Final 10ª LRC reguladora de su entrada en vigor, modificada en numerosas ocasiones y finalmente (de momento) por la disp. final 1 de Ley núm. 5/2018, de 11 de junio. RCL\2018\924, su entrada en vigor se producirá el 30 de junio de 2020, excepto las disposiciones adicionales séptima y octava y las disposiciones finales tercera y sexta, que entraron en vigor el día siguiente de la publicación de la LRC en el “Boletín Oficial del Estado”, y excepto los artículos 49. 2 y 53 del mismo texto legal, que entraron en vigor el día 30 de junio de 2017. Igualmente, conforme a la citada disposición final, el 15 de octubre de 2015 entraron en vigor los artículos 44, 45, 46, 47, 49. 1 y 4, 64, 66, 67. 3 y disposición adicional novena, en la redacción dada por el artículo segundo de la Ley 19/2015, de 13 de julio (RCL 2015, 1082), de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil.

2.1. *Hijos de mujeres casadas. ¿Filiación matrimonial por naturaleza?*

2.1.1. Diferentes vías de determinación de la filiación

Nos referiremos en este punto no sólo la vía extrajudicial de determinación legalmente prevista, sino también a aquellas otras posibles permitidas en la práctica por mor de una interpretación concreta en casos concretos por parte del TS o de la DGRN (básicamente la determinación por reconocimiento⁷ y por posesión de estado, como vía, esta última, de determinación judicial).

2.1.1.1. *Determinación legal de la doble filiación matrimonial materna derivada del uso de TRHA*

El artículo 7.3 de la LTRHA de 2006 regula y prevé la posible determinación de la doble filiación materna, posibilitando la inscripción como progenitora a favor de la cónyuge de la madre gestante.

Ahora bien, dicha posibilidad no existía en la LTRA de 1988, ni en la versión original de la vigente LTRHA de 2006, ley que pese a ser objeto de debate, discusión y aprobación con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 13/2005 de 1 de julio, por la que se modifica el CC en materia de derecho a contraer matrimonio, no tomó en consideración las enmiendas presentadas a los artículos 6, 7 y 8 del Proyecto, referidas precisamente a la necesidad de regular la determinación de la doble filiación materna, en la medida en que deberían asimilarse los efectos entre los matrimonios heterosexuales y homo-

⁷ Precisamente a ello se refiere específicamente QUICIOS MOLINA, autora que ha estudiado con profundidad en sus obras los reconocimientos de complacencia y por ello se cuestiona (sin dar una respuesta muy concreta al respecto) por qué la voluntad de ser madre sí puede tener efectos en estos casos y no en otros, como el del varón que trata como hijo durante años al vástago de su mujer y, sin embargo, su reconocimiento de complacencia no cabría considerarlo como un título eficaz de atribución de la paternidad. Ante tal cuestionamiento parece asumirse que puesto que el legislador así lo ha permitido, ha de regularse de la manera más acorde con el principio de seguridad jurídica que inspira el régimen de la filiación. QUICIOS MOLINA, S., “Determinación de una segunda maternidad no adoptiva: Estado de la cuestión”. *Retos actuales de la Filialción* (Asociación de profesores de Derecho Civil), Tecnos, 2018, pp. 185-186.

sexuales cuando la equiparación podía producirse, de forma que, en el caso de fecundación de mujer casada con otra mujer, con esperma de donante, no estaba prevista la atribución de la doble maternidad por vía del consentimiento de la cónyuge no fecundada, debiendo recurrir a ésta por vía de la adopción sucesiva prevista en el art. 175.4 CC, pero con las limitaciones de edad previstas en el art. 175.1 del mismo cuerpo legal.

Fue sin embargo la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas (RCL 2007/524), absolutamente ajena a la institución de la filiación, la que en su disposición adicional primera añadió un párrafo tercero al art. 7 de la LTRHA de 2006 señalando que “*Cuando la mujer estuviera casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido*”⁸.

La redacción actual del precepto, con un contenido sustancialmente diferente en cuanto a la forma, momento y requisitos para la determinación de la doble maternidad, se debe sin embargo a la Ley 19/2015, de 13 de julio, de Medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil (BOE 14.7.2015) que modifica, no sólo la norma sustantiva prevista en la LTRHA (en su D. Final 5ª, uno) sino también (artículo segundo, uno, de la citada Ley de 2015) el contenido del art. 44 de la LRC de 2011 para permitir la inscripción en el Registro civil de tales filiaciones.

Así, establece el vigente art. 7.3 LTRHA en su párrafo tercero que: “*Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dis-*

⁸ Sobre el proceso de incorporación del párrafo 3 al artículo 7 de la LTRHA vid. BENAVENTE MOREDA, P., “La filiación de los hijos de parejas, casadas o unidas de hecho, del mismo sexo. La situación legal y jurisprudencial actual”, *ob. cit.*, p. 86; VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, L., “Determinación de la filiación por posesión de estado en el seno de una pareja de mujeres: el protagonismo de los consentimientos implicados como elementos impulsores de la determinación legal de la filiación”. En Torres García, Teodora (dir.), Infante Ruiz, Francisco, Otero Crespo, Marta y Rodríguez González, Amalia (coords.). *Construyendo la igualdad. La feminización del Derecho Privado*. Tirant lo Blanch. Valencia 2017, pp. 349-356.

puesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge”.

Tanto antes como después de la reforma operada en el art. 7.3 LTRHA, la filiación del hijo nacido de cualquiera de las cónyuges se ha venido considerando una filiación matrimonial por naturaleza⁹, con todas las dudas que respecto de esta última calificación hemos

⁹ Vid. en este sentido y con referencia al art. 7.3 en su primera redacción, la SAP de Madrid (scc.22), de 12.3.2015 (JUR/2015/108975) en la que con ocasión del debate sobre la atribución de la guarda y custodia de los dos hijos habidos respectivamente por las dos cónyuges, fruto del uso de TRA y sobre los que constaba respectivamente el consentimiento de la cónyuge no gestante, se plantea el valor del consentimiento prestado antes del nacimiento cuando éste se produce una vez disuelto el matrimonio. La AP es clara al respecto, considerando que al supuesto contenido en el art. 7.3 se aplican, en cuanto a la determinación de la filiación, las normas contenidas en el CC en lo no previsto por los artículos siguientes, en la medida en que nos encontramos sin duda ante una auténtica filiación por naturaleza.

Resulta interesante apuntar aquí la solución por la que ha optado el legislador catalán que pese a mantener la calificación de “filiación por naturaleza” en los supuestos señalados, incluye como cauce para determinar la filiación por naturaleza derivada del uso de las TRA el consentimiento a la fecundación asistida de la mujer (art. 235.3), pero equiparando todos los supuestos en los que interviene el consentimiento cuando existe matrimonio entre quienes consienten, sea homóloga o heteróloga la fecundación y ya se trate de matrimonio heterosexual u homosexual (art. 235-8 CCCat.).

Una solución más drástica ha adoptado el legislador argentino en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación de 2014 en su art. 562, conforme al cual “*Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos*”. Estableciendo por su parte el art. 566.2 la presunción de filiación matrimonial cuando existió consentimiento del o la cónyuge, previo, informado y libre al uso de las técnicas de reproducción asistida. Se abre además en la legislación argentina una nueva fuente de determinación de la filiación, la derivada de la voluntad procreacional, al margen de la filiación por naturaleza y adopción (Vid, resumiendo la más actual doctrina y posicionamiento al respecto, HERRERA, M., DE LA TORRE, N., FERNÁNDEZ, S., *Derecho Filial. Perspectiva contemporánea de las tres fuentes filiales*. Thomson Reuters. La Ley, Buenos Aires, 2018, pp. 379 ss, especialmente 466-467. Igualmente en HERRERA, M., DE LA TORRE, N., FERNÁNDEZ, S., *Manual de Derecho de las Familias*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2015, p. 473-487.

manifestado en reiteradas ocasiones (obviamente respecto de la maternidad de la cónyuge que lo es por consentimiento, no la que gesta y pare al hijo) y que desde diferentes puntos de vista ha planteado la doctrina¹⁰.

La diferencia entre ambos textos es ostensible, tanto en cuanto al alcance como a los efectos directos del consentimiento prestado por la progenitora no gestante. Así, conforme a la redacción del art. 7.3 de 2007, para que tal filiación fuese atribuida a la cónyuge no gestante, era necesario que ésta hubiese manifestado ante el encargado del Registro del lugar del domicilio, su consentimiento a que cuando naciese el hijo de su cónyuge se determinase a su favor la filiación respecto del nacido. El consentimiento de la cónyuge constituía ya entonces

¹⁰ BARBER CÁRCAMO, R., *La filiación en España: una visión crítica*, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2013, p. 36-40; GONZÁLES PÉREZ DE CASTRO, M., *La verdad biológica en la determinación de la filiación.*, Dykinson, Madrid, 2013, p. 246 ss.; QUICIOS MOLINA, S., “¿Cómo puede determinarse la maternidad de la esposa de la mujer que ha dado a luz un hijo concebido utilizando alguna técnica de reproducción asistida? Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2013”. *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, N.95, 2014, pp. 615-616 y 621; Id. *Determinación e impugnación de la filiación*. Madrid. Thomson Reuters Aranzadi. 2014, p. 47-48 (para quien la filiación así determinada, en puridad no es ni natural ni adoptiva). Igualmente en BENAVENTE MOREDA, P., “La filiación de los hijos de parejas, casadas o unidas de hecho, del mismo sexo. La situación legal y jurisprudencial actual”, *ob. cit.*, p. 91 a 96 y “Los errores de legislar en paralelo...” *ob. cit.*, pp. 6; FARNÓS AMORÓS E., “La filiación derivada de reproducción asistida: Voluntad y biología”, *ob. cit.*, pp. 7-9. Sobre los problemas que plantea en la práctica aplicar las reglas de la filiación por naturaleza se pronuncia igualmente PALACIOS GONZÁLEZ, MD, “Técnicas de reproducción asistida, determinación de la filiación e interés superior del menor”. En Martos Calabrús, MA (dir.), Bastante Granell, V. (coord.). *En torno a la filiación y las relaciones paterno filiales*. Comares. Granada, 2018, p. 67. Realmente se trataría de una filiación derivada del consentimiento o de la voluntad de ser progenitor, aunque no con las características propias previstas respecto del consentimiento en parejas heterosexuales (Vid. al respecto LAMM, E., *El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. Hacia una nueva concepción de las relaciones de filiación: en las fronteras del derecho civil y la bioética*. Universidad de Barcelona. Facultad de Derecho. 2010. Id. “La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida”. *Revista de bioética y derecho*. N.24. 2012, pp. 77-91.

claramente un título de atribución de la filiación¹¹ que en todo caso había de prestarse antes del nacimiento pero no necesariamente antes de la fecundación, por lo que de alguna forma se asemejaba al exigido al marido conforme al art. 6.3 o al prestado por el varón no casado conforme al art. 8.2, pero no alcanzaba a considerarse como una auténtica “voluntad procreacional” sino más bien como “voluntad de parentalidad” en la medida en que el consentimiento no se exigía como un elemento definitorio y definitivo para iniciar el proceso de fecundación, sino en un momento posterior, una vez producida la misma, aunque se hubiera participado del proceso inicial previo a la fecundación¹²

Sin embargo, en la nueva y vigente redacción del art. 7.3, el consentimiento ha de prestarse respecto del hijo “*ya nacido*” de su cónyuge,

¹¹ ALES URÍA ACEVEDO, MA., *El derecho a la identidad en la filiación*. Tirant monografías 787. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012; BARBER CÁRCAMO, R., *La filiación en España: una visión crítica*, ob. cit., p. 133 ss.; Id. “Doble maternidad legal, filiación y relaciones parentales”. *Derecho privado y Constitución*. Nº 28, 2014, pp. 93-136; QUICIOS MOLINA, S., ¿Cómo puede determinarse la maternidad de la esposa de la mujer que ha dado a luz un hijo concebido utilizando alguna técnica de reproducción asistida?, ob. cit., p. 161; Id. *Determinación e impugnación de la filiación*. Ob. cit. p. 47. TAMAYO HAYA, S., “Hacia un nuevo modelo de filiación basado en la voluntad en las sociedades contemporáneas”. *Revista Digital Facultad de Derecho*, 2013 (http://portal.uned.es/pls/portal/docs/PAGE/UNED_MAIN/LAUNIVERSIDAD/UBI_CACIONES/06/PUBLICACIONES/REVISTA%20DIGITAL%20FACULTAD%20DE%20DERECHO/NUMEROS%20PUBLICADOS/NUMERO%20VI/NUEVO-MODELO%20DE%20FILIACION.PDF); RODRÍGUEZ GUITIÁN A, “Nuevos dilemas jurídicos de la reproducción asistida en España”. En Benavente Moreda, P., Farnós Amorós, E., (coords.), *Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual*. Boletín del Ministerio de Justicia. Año LXIX. Nº 2179, 2015, pp. 88-89; DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, MS., “Acción de reclamación de la filiación y doble maternidad legal. A propósito de las SSTs de 5.12.2013 y 15.1.2014”. In *Dret*.1/2015.2015.

¹² Ciertamente no podía hablarse entonces, y mucho menos ahora, de la existencia de una voluntad procreacional de la cónyuge de la gestante, porque en ningún caso dicho consentimiento (aun existiendo con toda seguridad en muchos casos antes de la fecundación, como proyecto de parentalidad futuro) se exigía con carácter previo a la fecundación como en los casos del marido o del varón. Creo que en estos casos resultaría más adecuado hablar de una voluntad de implicación en la parentalidad o una voluntad de parentalidad conjunta. Vid. al respecto FARNÓS AMORÓS E., “La filiación derivada de reproducción asistida: Voluntad y biología”, ob. cit., p. 12.

constando en tal caso el hijo como matrimonial de ambas mujeres sin que sea exigible el consentimiento previo al nacimiento y sin que se trate en todo caso de un consentimiento previo a la fecundación¹³. No estamos (aunque haya existido) ante una verdadera voluntad procreacional, ni siquiera ante una voluntad previa de asumir la maternidad del hijo que nazca, porque ya ha nacido, estamos realmente ante un reconocimiento de filiación con los problemas que ello puede plantear¹⁴.

Por otro lado, y esto es absolutamente relevante, dichos consentimientos difieren del requerido en art. 6.3 LTRHA al marido, lo que para algunos autores encontraba su justificación en el hecho de que, mientras el primero se exige al marido por estar afectado por la presunción de paternidad, que no podrá impugnarse en caso de haber consentido la fecundación, el segundo, el de la esposa de la madre gestante no tiene consecuencias en materia de filiación, al no existir presunción de paternidad en tales casos, y por ello no se exige con carácter previo al empleo de la técnica¹⁵.

Sin embargo, el hecho relevante que pone de manifiesto la discriminación a la que queda afecto el hijo nacido de matrimonio entre

¹³ Según ANDREÚ MARTÍNEZ, aunque parece claro que el consentimiento ha de prestarse una vez que se produzca el nacimiento, no queda claro si esto excluye otras formas de prestarlo, aunque en todo caso, siguiendo con la ubicación sistemática de la norma prevista en el art. 44.5 LRC, podría entenderse que son aplicables para tales inscripciones los mismos mecanismos que se prevén para la inscripción del resto de los nacimientos, ex. art. 44.3 LRC (ANDREÚ MARTÍNEZ, B., “La doble maternidad tras la reforma del artículo 7.3 LTRHA y la resolución de la DGRN de 8 febrero de 2017: ¿Realmente avanzamos o hemos retrocedido? *InDret*. Barcelona, abril 2018, p. 7).

¹⁴ En la dirección de retomar la exigencia del consentimiento previo, asumiendo la maternidad legal de forma previa al nacimiento se postula la Propuesta de CC elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho civil en su artículo 223-3, redactado por QUICIOS MOLINA Y BARBER CÁRCAMO, aunque la propia QUICIOS MOLINA teme sobre el escaso recorrido de la propuesta atendiendo a la respuesta gubernativa dada por la propia DGRN en su resolución de 8 de febrero de 2017 (QUICIOS MOLINA, S., “Determinación de una segunda maternidad no adoptiva: Estado de la cuestión”. *Retos actuales de la Fililación* (Asociación de profesores de Derecho Civil), Tecnos, 2018, pp. 186).

¹⁵ NANCLARES VALLE J., “Reproducción asistida y doble maternidad por naturaleza” - BIB 2008/575-Aranzadi civil n° 7, 2008; BARBER CÁRCAMO, R., *La filiación en España: una visión crítica*, ob. cit., pp. 135-136.

mujeres frente al heterosexual precisamente radica en que si bien en el segundo existe con la fuerza que le otorga el art. 116 CC, una presunción de paternidad desde el momento de la celebración del matrimonio de los progenitores, en el caso del matrimonio entre mujeres la determinación de la maternidad de la cónyuge no gestante queda al albur (por mucho proyecto de vida en común y voluntad procreacional que existiera previamente) de un acto de reconocimiento en el momento del nacimiento que puede o no producirse, con las consecuencias inciertas que ello puede provocare en la identidad del nacido y su posterior destino.

De lo dicho se desprende, que hasta el día 15 de octubre de 2015 (fecha de entrada en vigor del vigente art. 7.3 LTRHA), para que la filiación tuviera el carácter de matrimonial, el consentimiento debía prestarse antes del nacimiento y ante el encargado del Registro Civil (veremos posteriormente cuál era la vía elegida al efecto ante la ausencia de norma específica y procedimiento adecuado que permitiera tal inscripción). Ahora bien, nada se decía respecto del momento a partir del cual hubiera de prestarse y por tanto si debía existir el matrimonio en el momento de la fecundación, porque lo decisivo según la norma, no era el consentimiento previo a la misma¹⁶. Lo decisivo era que tal consentimiento se manifestase antes del nacimiento¹⁷.

Sin embargo con posterioridad a la fecha citada, es suficiente que la manifestación del consentimiento de la cónyuge de la madre ges-

¹⁶ Como se exige en el art. 6.3 para la fecundación de mujer casada con varón, o como establecen los arts. 235-3 y 235-8 del CCCat con carácter general para cualquier tipo de matrimonio, en cuyo caso el matrimonio ha de ser necesariamente previo al uso de las mismas.

¹⁷ Sobre la evolución del contenido del precepto, BENAVENTE MOREDA, P., “La filiación de los hijos de parejas, casadas o unidas de hecho, del mismo sexo. La situación legal y jurisprudencial actual”, *ob. cit.*, p. 96 ss.; BARBER CÁRCAMO, R., “Reproducción asistida y determinación de la filiación”, *REDUR 8*, diciembre, 2010, pp. 25-37; Id. *La filiación en España: una visión crítica*, *ob. cit.*, Id. “Doble maternidad legal, filiación y relaciones parentales”. *Derecho privado y Constitución*. Nº 28, 2014, pp. 93-136; FARNÓS AMORÓS E., “La filiación derivada de reproducción asistida: Voluntad y biología”, *ob. cit.*, p. 9 ss.; GONZÁLES PÉREZ DE CASTRO, M., *La verdad biológica en la determinación de la filiación*. Madrid: Dykinson, 2013, pp. 292-310; RODRÍGUEZ GUITIÁN A., “Nuevos dilemas jurídicos de la reproducción asistida en España”, *ob. cit.*, pp. 124 ss.

tante se realice una vez nacido el hijo¹⁸, asimilándose más si cabe este consentimiento a la figura del reconocimiento regulado en el CC, pero sin las garantías y límites que se prevén para los reconocimientos (art. 124 CC), entre ellas la más elemental que es la concurrencia del consentimiento de la madre biológica¹⁹ y distanciándose de la idea del consentimiento como manifestación de la “voluntad procreacional” que se puede desprender del previsto en los art. 6.3 y 8.2 LTRHA para los matrimonios y parejas heterosexuales, lo que no deja de resultar cuanto menos chocante, al dejar al arbitrio de la cónyuge no gestante, como hemos indicado más arriba, decidir, cuando el niño ya ha nacido, fruto posiblemente de un proyecto de vida común, si quiere vincularse o no con el recién nacido.

Hay que señalar igualmente que la similitud entre el consentimiento, tal y como aparece regulado en el nuevo art. 7.3 y el reconocimien-

¹⁸ Puede prestarse tal consentimiento, apunta PALACIOS GONZÁLEZ, MD, ante el encargado del Registro Civil o en el propio hospital en el que cabe hacer las manifestaciones sobre la filiación (PALACIOS GONZÁLEZ, MD., “Técnicas de reproducción asistida, determinación de la filiación e interés superior del menor”, *ob. cit.*, p. 71.

¹⁹ DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, MS., “Acción de reclamación de la filiación y doble maternidad legal. A propósito de las SSTs de 5.12.2013 y 15.1.2014”. *In Dret.* 1/2015. A ello se refiere igualmente PALACIOS GONZÁLEZ, MD., “Técnicas de reproducción asistida, determinación de la filiación e interés superior del menor”, *ob. cit.*, p. 71. Para la autora, parece lógico que no tratándose del hijo biológico de la mujer que pretende ser madre (a no ser que haya aportado el óvulo) la que sí es madre biológica tenga algo que decir en relación con la situación del hijo.

A lo indicado añadimos personalmente, e insistimos, en la necesidad de que el consentimiento prestado requiera las garantías previstas en el art. 124 CC e incluso creemos que debería añadirse alguna exigencia más en la medida en que, si bien en los supuestos del art. 124 —reconocimiento de un menor— puede derivarse la situación en un reconocimiento frustrado ante la negativa de la madre biológica a admitirlo, lo cierto es que aun en tales casos el potencial reconocedor, caso de ser efectivamente el padre biológico siempre contará con la posibilidad de entablar una acción de reclamación conforme a los criterios legalmente establecidos para la reclamación de la filiación extramatrimonial que le permitirá a la larga, si es el padre biológico, ser determinado como padre. Sin embargo, tal posibilidad no se le ofrece (ante la ausencia de norma ad hoc que lo permita), a la cónyuge de la madre biológica a la que, habiendo aportado su óvulo por ejemplo, se le niegue hipotéticamente la inscripción ante la negativa de la cónyuge gestante a que conste tal maternidad.

to, entra en clara contradicción con la forma en que tradicionalmente han sido valorados los reconocimientos de complacencia por nuestra doctrina y jurisprudencia²⁰ porque, en definitiva, cuando la mujer casada con la madre gestante consiente que el nacido sea inscrito como hijo matrimonial y por naturaleza, está realizando, se quiera o no, un reconocimiento de complacencia, que en su ámbito tradicional de aplicación venía considerándose como nulo. Aunque parece ser otra la posición mantenida por el TS en su sentencia de 16 de julio de 2016, que diferencia entre reconocimientos de complacencia (perfectamente válidos) y de conveniencia (afectados por la nulidad), lo que permitiría con más “tranquilidad” considerar como de conveniencia al consentimiento prestado por la cónyuge de la madre biológica. Sin embargo el legislador debería replantearse la necesidad de establecer un criterio específico para evitar la posible impugnabilidad del mismo al no resultar aplicable a tal efecto la regla del art. 8 LTRHA y por tanto devenir, ex.art. 7.1 LTRHA, aplicables las normas y reglas generales del CC sobre la filiación por naturaleza²¹.

²⁰ Resume de forma muy completa la posición jurisprudencial sobre el reconocimiento de complacencia QUICIOS MOLINA, S., *Determinación e impugnación de la Filiación*, ob. cit., p. 80-85.

²¹ Según la STS de 15 de julio de 2016 (RJ2016\3196) debe diferenciarse entre consentimiento de complacencia y de conveniencia, para convenir en la validez del primero de ellos, frente a los supuestos en los que se consiente de manera fraudulenta, para conseguir derechos o beneficios que de otra forma no podrían obtenerse. Quizás, de alguna forma, el consentimiento al que alude el art. 7.3 LTRHA no sea sino un reconocimiento de complacencia unido a una “voluntad procreacional” que lo consolida, en aquellos casos en los que, junto con el consentimiento prestado en el momento del nacimiento exista un proyecto previo de parentalidad, que aun en los casos de ausencia de consentimiento al nacer, debería ser valorado para atribuir o acreditar la maternidad de la cónyuge no gestante. Vid. al respecto SANCINENA ASURMENDI, C., “Impugnación de la paternidad por reconocimiento de complacencia”. *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* num.104/2017 parte Sentencias, Resoluciones, Comentarios. Editorial Civitas, SA, Pamplona. 2017. (BIB 2017\12558). La autora se manifiesta claramente crítica con el planteamiento de la sentencia citada; Igualmente vid. CORVO LÓPEZ, FM., “Reflexiones en torno a la impugnación de la paternidad en los casos de reconocimiento de complacencia a la vista de la jurisprudencia del TS”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 1/2017 parte Doctrina Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2017 (BIB 2016\85974).

2.1.1.2. *Consecuencias de la ausencia de consentimiento conforme a las exigencias del art. 7.3 LTRHA. La posible atribución judicial de la filiación por posesión de estado ante un consentimiento incompleto o defectuoso*

Resulta si cabe más controvertida la situación y la respuesta a esta cuestión tras la reforma operada en el art. 7.3 LTRHA por la Ley 19/2015, máxime si se tiene en cuenta la respuesta “de estricta legalidad” que los tribunales han venido otorgando a la ausencia del consentimiento conforme a las exigencias del anterior art. 7.3.

¿Qué ocurría hasta 2015, cuando la cónyuge no gestante no consentía antes del nacimiento del hijo, o lo pretendía hacer después, o incluso había prestado su consentimiento siguiendo las exigencias establecidas para el marido por el art. 6.3 LTRHA? La respuesta parecía evidente, no cabía atribuir dicha maternidad a la cónyuge no gestante y la única vía para llegar a ella era recurrir técnicamente al procedimiento de *Adopción*²².

Tal criterio sin embargo se ha contradicho abiertamente con la posición mantenida por el TS en *Sentencia de 5 de diciembre de 2013 (RJ 2013, 7640)* al admitir la determinación de la maternidad de la no gestante por posesión de estado (ex.art. 131 CC), aun no habiéndose prestado el consentimiento conforme a las exigencias del art. 7.3 LTRHA²³.

²² En este sentido las Resoluciones de la RRDGRN de 5.8.2013 (JUR/2014/206945), 21.4.2014 (JUR 2015/87669) o 25.11.2014 (JUR/2014/261443) conforme a las cuales no procede inscribir la filiación a nombre de la cónyuge de la madre biológica porque el consentimiento se había manifestado con posterioridad al nacimiento de la hija, contraviniendo lo indicado en el entonces aplicable art. 7.3 LTRHA

²³ Vid. al respecto PALACIOS GONZÁLEZ, MD., *ob. cit.*, p. 73 a 77; VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, L. "Determinación de la filiación por posesión de estado en el seno de una pareja de mujeres: el protagonismo de los consentimientos implicados como elementos impulsores de la determinación legal de la filiación", *ob. cit.*, pp. 357-362. QUICIOS MOLINA, S., *Determinación e impugnación de la filiación, ob. cit.*, pp 61-66. La autora es muy crítica con la posición mantenida por el TS en este caso, considerando que supuso una revolución del sentido de las acciones de filiación tal y como estaban concebidas por la legislación sustantiva y procesal. Considera igualmente inadecuada la utilización en este caso del art. 7.1

Carecía de sentido a mi entender, vigente el derogado art. 7.3, que quien prestó su consentimiento antes del nacimiento del hijo sin cumplir los requisitos de que éste fuera ante el encargado del Registro civil y destinado a que el nacido se inscribiese como hijo propio como exigía el art. 7.3 LTRHA, pudiese acceder a dicha maternidad por posesión de estado ex. art. 131 CC tal y como ha admitido el TS y que no lo pudiese hacer tras el nacimiento del mismo al no cumplirse el requisito del carácter previo al nacimiento. Quizás este sea el motivo que justificó la nueva reforma del art. 7.3, pero que como se ha indicado, al mismo tiempo aleja absolutamente la concepción del consentimiento como manifestación de la voluntad procreacional o voluntad parental, aproximándolo como hemos señalado a la figura del reconocimiento además de crear una clara discriminación injustificada respecto de los hijos nacidos de matrimonios heterosexuales.

¿Deberíamos plantearnos si en tal supuesto, celebrado el matrimonio con posterioridad al nacimiento del hijo no sería adecuado aplicar el art. 119 CC y considerar el hijo como matrimonial por subsiguiente matrimonio? La respuesta a mi entender ha de ser afirmativa, sobre todo si tenemos en cuenta la vigente regulación del art. 7.3 LTRHA.

2.1.2. Sistema de Inscripción en el Registro Civil

Si en el apartado anterior hemos hecho referencia a los aspectos puramente sustantivos en cuanto al sistema de determinación de la filiación en los casos de “doble maternidad matrimonial”, abordamos en este momento de forma más concreta la forma en que dicha filiación accede al Registro Civil.

Lo cierto es que, aunque en los momentos actuales haya quedado resuelto el tema de forma general en el art. 44.5 LRC de 2011, que sirve para arropar la inscripción de la maternidad de la cónyuge de la gestante amparada en el art. 7.3 LTRHA, permitiendo la inscripción simplemente con la manifestación hecha en el mismo momento de la inscripción sin que se requiera consentimiento previo alguno²⁴, sin

LTRHA para fundar su decisión, en un supuesto en el que podría haber quedado determinada por vía del art. 7.3.

²⁴ En este sentido PALACIOS GONZÁLEZ, MD., “Técnicas de reproducción asistida, determinación de la filiación e interés superior del menor”, *ob. cit.*, p. 70.

embargo dicha norma no se incorpora a la LRC hasta el 15 de octubre de 2015 según lo dispuesto en el artículo segundo de la Ley 19/2015, de 13 de julio, de Medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil.

¿Cómo se justificaban y en base a qué preceptos de la LRC o RRC la inscripción de los nacimientos producidos tras la entrada en vigor del primer art. 7.3 LTRH, desde el año 2007 hasta 2015 en que se modifica no sólo el contenido del precepto sino que se introduce el citado art. 44.5 que da entrada a dichas inscripciones?

Los primeros pronunciamientos al respecto, por parte de la DGRN, vinieron de la mano de supuestos en los que estrictamente no se habían cumplido con los requisitos del art. 7.3 LTRHA puesto que los mismos se habían producido antes de la entrada en vigor de la Ley 3/2007 que en su disposición adicional 1ª puso en marcha el nuevo artículo 7.3, y por tanto, invocando básicamente la finalidad de la norma y la D.T 1ª del CC se permitió la inscripción de la doble maternidad(RR. de 17 de abril, 22 de mayo, 14 de octubre y 24 de noviembre de 2008(JUR/2009/388655; JUR 2009/389849; JUR 2009/443280 y JUR 2010/2732)²⁵

Ciertamente sin embargo, en tal momento no existía (entre los años 2007 y 2015) una norma específica prevista en la LRC para permitir un acceso específico al Registro civil de la maternidad volitiva y no biológica de la cónyuge de la madre biológica.

El vigente art. 44 LRC de 2011 recibe su actual redacción en el art. 2 punto uno, de la Ley 19/2015, de 13 de julio de Medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil. La citada Ley 19/2015 modifica igualmente en su artículo 2, diez, la disposición final 10ª de la LRC de 2011 relativa a la entrada en vigor de la misma (la LRC), introduciendo en dicha D.F. un párrafo 2º por el que se fija precisamente que determinados artículos

Vid. igualmente FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A., VERDERA SERVER, R., “Retos actuales de la determinación extrajudicial de la filiación”. *Retos actuales de la Filiación* (Asociación de profesores de Derecho Civil), Tecnos, 2018, pp. 40-41.

²⁵ Vid. al respecto el análisis detallado de los supuestos en BENAVENTE MOREDA, P., La filiación de los hijos de parejas, casadas o unidas de hecho, del mismo sexo. La situación legal y jurisprudencial actual”, *ob. cit.*, pp. 99-100.

de la LRC (entre ellos los arts. 44 a 47 en cuanto nos interesa en este momento), entrarían en vigor a partir del 15 de octubre de 2015.

Por ello habremos de convenir que:

- a) Entre el 17 de marzo de 2007 (fecha de entrada en vigor del art. 7.3 LTRHA, conforme a su primera redacción otorgada por la Ley 3/2007, reguladora de la mención registral relativa al sexo de las personas) y el 15 de octubre de 2015 (fecha en que, como acabamos de señalar, no sólo entra en vigor la nueva redacción del art. 7.3 citado, sino que entra en vigor la nueva redacción del art. 44.5 LRC de 2011 en que se prevé la inscripción de la doble maternidad), pese a permitirlo la LTRHA, no existía una norma en la LRC específicamente prevista para permitir la inscripción de la citada doble maternidad en el Registro Civil, debiendo invocarse para ello, como así hacía la DGRN, la única normativa existente al efecto, los arts. 47 a 52 de la LRC de 1957 que sin embargo eran inaplicables de todo punto, al menos en cuanto se refería a la posible inscripción de la maternidad de la cónyuge de la madre biológica.

Ciertamente antes de 2015 ya se había publicado la LRC de 2011, pero como ya se ha mencionado ni siquiera en los momentos actuales ha entrado íntegramente en vigor y entre su publicación el 22 de julio de 2011 y la entrada en vigor del actual art. 44 en 2015, aún existiendo un precepto destinado a regular el sistema de inscripción de la filiación (el mismo artículo 44 citado, pero con otra redacción), ni tenía prevista su entrada en vigor, inicialmente hasta 2014 (antes de las sucesivas modificaciones en este punto de la D.F 10^a relativa a la entrada en vigor) ni aunque lo hubiera hecho de inmediato nada prevenía relativo a los supuestos de doble maternidad, ni siquiera se hacía ninguna mención a los supuestos menos conflictivos de inscripción derivada del uso de TRHA, pese a que la LTRHA era de 2006. El legislador omitió curiosamente toda referencia a dichos supuestos.

Obviamente, no procede hacer mención especial en relación con el sistema de inscripción de la filiación biológica materna, en la medida en que, tanto en la LRC de 1957 (arts. 47 y 48), como en el texto de la LRC de 2011 (el aséptico art. 44 de la

primera redacción de la LRC nada decía al respecto, aparte de resultarnos intrascendente porque con su redacción original fue un precepto abortivo, ya que nunca llegó de tal tenor a entrar en vigor) no se planteaba problema alguno en relación con dicha inscripción materno/biológica.

El problema se planteaba sin embargo en relación con la inscripción respecto de la cónyuge de la madre biológica, fundamentalmente por el hecho de que tan sólo la LTRHA preveía la doble inscripción derivada de un consentimiento emitido por ésta, previo al nacimiento del hijo pero nada regulaba al respecto la LRC de 2011 en relación con la fórmula o protocolo para practicar, y dónde, la inscripción de dicho consentimiento ante la ausencia de un niño aun no nacido. Igualmente y por tal ausencia normativa, tampoco quedaba resuelto el orden previsto para los apellidos del futuro hijo²⁶.

Por otro lado tanto la doctrina como la jurisprudencia de la DGRN habían señalado (sin apuntar en ningún caso más que la aplicación y vigencia del art. 7.3 LTRHA y la aplicación análoga citada de la DT 1ª del CC), sin citar la aplicación de precepto concreto de la LRC de 1957, entonces aplicable, que para proceder a la inscripción era necesario (aparte del consentimiento previo al nacimiento, de la cónyuge de la madre bio-

²⁶ A ello se refiere específicamente NAVARRO CASTRO, M., al analizar el original artículo 44 de la LRC en relación con la inscripción de la doble maternidad ex.art. 7.3 LTRHA ante la ausencia de mención alguna en el precepto registral. Para ello se invoca la doctrina emanada de la DGRN que en resolución de 22 de mayo de 2008 (JUR 2009/389849) invocaba la aplicación análoga del art. 109 CC tras la reforma operada en el mismo por la Ley 40/1999, de 5 de noviembre, sobre nombre y orden de los mismos, siguiendo el criterio de la prevalencia del acuerdo de los progenitores. Como el propio autor señala, dicho precepto sin embargo dejaba sin resolver la cuestión en aquellos casos, reales y vividos en la práctica registral, de ausencia de acuerdo. Para tales supuestos el autor consideraba aplicable el art. 49 LRC de 2011 siguiendo la misma respuesta que la prevista para los matrimonios heterosexuales (NAVARRO CASTRO, M., “Artículo 44. Inscripción de nacimiento y filiación” (Cobacho Gómez, JA; Lecién Iballe, A., (dirs). *Comentarios a la Ley de Registro Civil*. Thomson Reuters Aranzadi, 2012 pp. 693, nota 18).

lógica, la aportación de un certificado expedido por el Centro Médico autorizado en el que se hubieran efectuado las TRA²⁷.

- b) A partir sin embargo, del 15 de octubre de 2015, fecha de entrada en vigor de los arts. 44.5 LRC de 2011 y nuevo 7.3 LTRHA, se produce por primera vez, casi 8 años después de permitirlo la legislación sustantiva, una conexión entre la norma sustantiva y la registral, aplicable, conforme a la D.T 2ª de la Ley 19/2015 citada (que establece el régimen transitorio hasta la completa entrada en vigor de la LRC en 2020) a los Registros Civiles regulados por la LRC de 1957.

No obstante y pese a tal conexión entre LTRHA y LRC, la realidad sigue manifestando una situación aún incompleta, en la medida en que el RRC de 1958 (arts. 181 ss destinados a la inscripción de la filiación) para nada se recoge (y posiblemente no lo haga en mucho más tiempo del que sería deseable) norma alguna que se aproxime a la realidad existente en materia de determinación de la filiación al menos desde 2006 en que se aprueba la LTRHA.

Por otro lado y siguiendo con lo indicado más arriba, la DGRN ha realizado una interpretación abierta y extensa del tenor del art. 44.5 haciéndolo aplicable a todo nacimiento en el seno de un matrimonio entre mujeres, provenga o no del uso de TRA, lo que se contradice con el criterio mantenido anteriormente (o sobre el que recaían dudas de aplicabilidad contundentes)²⁸. Así, en su *resolución de 8 de febrero de 2017* (JUR 2018/283287)²⁹ el Centro Directivo ha considerado que, conforme al vigente art. 44.5 LRC procede la inscripción del nacido a favor de la cónyuge de la madre biológica, sin que sea necesario

²⁷ NAVARRO CASTRO, M., *ob. cit.*, p. 694.

²⁸ Es cierto que, como apuntan FERNÁNDEZ CAMPOS y VERDERA SERVER, citando a la doctrina más autorizada, literalmente en el art. 44.5 LRC 2011 no se exige que el nacimiento sea consecuencia de una técnica de reproducción asistida, lo que no resulta sin embargo razonable (FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A., VERDERA SERVER, R., “Retos actuales de la determinación extrajudicial de la filiación”. *Retos actuales de la Filiación* (Asociación de profesores de Derecho Civil), Tecnos, 2018, pp. 41-42.

²⁹ Por razones que desconocemos, la citada Resolución aparecía recogida con dos referencias diferentes (JUR 2017/237932 y 283287), lo que podría dar lugar a pensar que se tratan de dos resoluciones de la misma fecha, pero el contenido de las dos que se recogen es exactamente el mismo.

acreditar el origen de la generación ni por tanto la circunstancia de que el nacimiento se haya producido recurriendo al uso de TRHA. Así se desprende de la literalidad de la propia resolución al apuntar que “*cabe colegir que la intención del legislador ha sido facilitar la determinación de la filiación de los hijos nacidos en el marco de un matrimonio formado por dos mujeres, independientemente de que hayan recurrido o no a técnicas de reproducción asistida*”, aunque en tales casos sin embargo la filiación no estaría arropada por la regla de inimpugnabilidad prevista en el art. 8 LTRHA³⁰ tal y como se desprende de la redacción del art. 44.5 LRC.

La doctrina sin embargo se ha manifestado crítica con la posición mantenida por la DGRN al entender que una interpretación sistemática del precepto, y su valoración contextual desde la perspectiva ineludible del principio del *favor minoris* impide llegar a tal conclusión³¹. Sin embargo, desde nuestro particular punto de vista, la DGRN lo que ha hecho es básicamente aproximar la actual configuración de la doble filiación materna a los senderos por los que debería haber dis-

³⁰ ANDREÚ apunta al respecto que en ningún caso cabría la impugnación por parte de las dos cónyuges que prestaron su consentimiento, por los mismos argumentos que si se hubiera recurrido al uso de las TRHA, no por la aplicación del art. 8 de la misma, que resulta igualmente inaplicable. Lo que sí cabría sería la impugnación por parte del padre biológico, ex.art. 134 CC, lo que supone dar entrada de nuevo al recurso a las verdades biológicas frente a la voluntad procreacional, distorsionándose de nuevo aún más si cabe el sistema. Ello plantea, según la autora, con mayor fuerza, la posible impugnación igualmente por parte del hijo así inscrito (ANDREÚ MARTÍNEZ, B., “La doble maternidad tras la reforma del artículo 7.3 LTRHA y la resolución de la DGRN de 8 febrero de 2017: ¿Realmente avanzamos o hemos retrocedido? *ob. cit.*, pp. 26-27 y p. 28.

³¹ Así CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen., “La doble inscripción de la filiación matrimonial y la justificación del requisito del uso de técnicas de reproducción asistida. Comentario a la RDGRN de 8 de febrero de 2017” *Actualidad Civil*, N° 4, Sección Persona y derechos/Última hora de la DGRN, Abril 2017, Editorial Wolters Kluwer LA LEY 3738/2017. Por otro lado, según ANDREÚ MARTÍNEZ, la DGRN en su resolución está creando un nuevo mecanismo para la determinación de la filiación extramatrimonial, específico para los matrimonios de mujeres y distinto al de los matrimonios heterosexuales, a los que se aplica la presunción de paternidad (ANDREÚ MARTÍNEZ, B., “La doble maternidad tras la reforma del artículo 7.3 LTRHA y la resolución de la DGRN de 8 febrero de 2017: ¿Realmente avanzamos o hemos retrocedido?, *ob. cit.*, pp. 20-21. Vid. QUICIOS MOLINA, S., “Determinación de una segunda maternidad no adoptiva: Estado de la cuestión”, *ob. cit.*, pp. 187 ss.

currido desde el principio: los de la presunción de paternidad/maternidad matrimonial, sin excluir la aplicación a los mismos del art. 116 CC, puesto que en los momentos actuales no existe justificación para seguir evitándola. Por ello, llegados a este punto, cabría concluir, creemos, que lo más adecuado sería afrontar de una manera normalizada la aplicación de la presunción de maternidad en caso de matrimonio de las dos mujeres, igual que se prevé para los casos de matrimonio heterosexual.

Dicho lo anterior y siguiendo estrictamente dentro del ámbito registral, se nos antoja que pudiera plantear cierta complejidad hacer compatible lo dispuesto en la legislación catalana a la que aludíamos más arriba, con la modificación introducida en el art. 44.5 LRC 2011, por la Ley 19/2015, de 13 de julio, al permitir ésta (de aplicación en todo el territorio nacional), el acceso al Registro Civil de la doble maternidad matrimonial con el sólo consentimiento prestado tras el nacimiento del hijo, cuando el art. 235-8 CCCat, exige el previo consentimiento al uso de las citadas técnicas, tanto en aquellos casos en los que, no existiendo consentimiento previo se pretendiera la inscripción del nacimiento ex.art. 44.5 LRC, como en el caso contrario en el que, existiendo consentimiento previo conforme a la exigencia del CCCat, en el momento del nacimiento no se completase con la exigencia de prestarlo tras el nacimiento, según requiere la LRC³².

³² Aunque posiblemente en la práctica resulte más segura la norma prevista por el legislador catalán, a los efectos de la impugnabilidad o inimpugnabilidad de la filiación así determinada, en la medida en que la exigencia del previo consentimiento del legislador catalán (con independencia de que en el momento de la inscripción no se solicite acreditación alguna relativa al uso de TRA siguiendo la posición mantenida por la DGRN en la citada resolución de 8 de febrero de 2017) hará inimpugnable la filiación así inscrita.

Es más, diríamos que, aun pareciendo contradictorio lo que se va a señalar, resulta más acorde con el espíritu de la norma registral y con el criterio establecido en el art. 7.2 LTRHA conforme al cual en ningún caso la inscripción en el Registro Civil reflejará datos de los que se pueda inferir el carácter de la generación, por lo que parece que protege más tal afirmación, una regulación que exija un previo consentimiento para determinar la filiación futura y ausencia de tal acreditación del consentimiento ya prestado una vez que, producido el nacimiento, se inscriba el menor como hijo también de la cónyuge de la madre biológica.(Vid. GARCÍA VICENTE, JR., “Article 235-8” en EGEA i FERNÁNDEZ, J., FERRER i RIBA, J.,(DIR), FARNÓS AMOROS, E., (Coord.) *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya. Família i relacions convivencials d’ajuda mútua*. Atelier. Bar-

2.2. Hijos de parejas de hecho de mujeres. Filiación extramatrimonial³³

2.2.1. Imposible determinación extrajudicial. Posible determinación judicial por posesión de estado. La incoherencia del sistema

Como bien sabemos, el art. 7.3 LTRHA no resulta aplicable, por más que resulte incomprensible, a las parejas de hecho. Del mismo no se desprende la posibilidad de atribuir la “doble maternidad” por naturaleza a dos mujeres no casadas, que constituyan sin embargo pareja de hecho (o no, ya que tal posibilidad sí existe cuando de relaciones heterosexuales hablamos)³⁴.

Incomprensiblemente inaplicable resulta igualmente el art. 8.2 LTRA, que sólo prevé la atribución de la paternidad extramatrimonial al varón no casado³⁵, pese a las numerosas enmiendas que en su momento se presentaron al proyecto de ley de TRHA, instando la sustitución de la referencia al “varón” por “la persona” que comparte

celona. 2014, p. 596-599.(El comentario en todo caso es anterior a la entrada en vigor del actual art. 44.5 LRC).

³³ Este apartado constituye, con algunas matizaciones y actualizaciones evidentes, parte de un apartado de mis trabajos ya citados: “La filiación de los hijos de parejas, casadas o unidas de hecho, del mismo sexo. La situación legal y jurisprudencial actual”, *ob. cit.*, p. 114-116 y “Los Errores de Legislar en Paralelo: La Problemática Aplicación de las Reglas sobre Filiación (Determinación, Acciones de Reclamación e Impugnación) en la Filiación Derivada del Uso de Técnicas de Reproducción Humana Asistida” *ob. cit.*, p. 18-19.

³⁴ Obviamente con argumentos diferentes y al margen de la propia LTRHA, la DGRN había venido mantenido reiteradamente casi como aberrante la negativa a inscribir la maternidad a favor de una mujer, pareja de hecho de la madre biológica, respecto del hijo de ésta, por vía del reconocimiento. Tal se manifiesta en Resoluciones de 9 enero de 2002 (RJ 2002/3611), 30 de septiembre de 2004 (RJ 2005/664)(la doble filiación solo sería posible, se indica, por vía de adopción, reservada en tal momento a las parejas heterosexuales) o 5 de junio de 2006 (JUR 2007/130356). Vid. sobre la doble maternidad en estos casos, PANIZA FULLANA, A., “Doble maternidad de hecho y su problemática”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* num.7/2011 parte Jurisprudencia. Comentarios, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2011.(Bib/2011/1597).

³⁵ BARBER CÁRCAMO, R.,*La filiación en España: una visión crítica*, *ob. cit.*, pp. 137-138.

la vida con la usuaria, lo que habría permitido incluir los supuestos de doble maternidad extramatrimonial³⁶.

Puesto que el consentimiento prestado por el varón no casado a que se refiere el citado precepto no supone una atribución directa de la paternidad, sino que se considera escrito indubitado a los efectos previstos en el artículo art. 44.7, pfo. 2º LRC 2011, habría que entender al menos, que tal debería ser la exigencia y valor del consentimiento de la compañera de la usuaria de las TRA, caso de admitirse, puesto que no existe razón que justifique el tratamiento de un régimen diferente para los varones que comparten (o no)³⁷ la vida con la usuaria respecto de las mujeres que así lo hagan. En cualquier caso como ya hemos apuntado en otro momento, refiriéndonos precisamente a los supuestos de determinación de la filiación de los hijos de parejas heterosexuales, la vía de determinación será en la mayoría de los supuestos la del simple reconocimiento (aunque no viene al caso entrar en ello aquí puesto que no es la realidad a la que nos referimos específicamente, sino al de las parejas de hecho de mujeres).

Pero es evidente que la omisión del legislador no fue involuntaria³⁸, dadas las reticencias iniciales incluso a admitir en 2006 la doble maternidad de dos mujeres casada, que como ya se ha indicado se in-

³⁶ Vid. BENAVENTE MOREDA, P., “La filiación de los hijos de parejas...” cit., p. 115 y nota 10.

³⁷ Es evidente que la norma prevista en el art. 8.2 LTRHA no exige la existencia de una relación afectiva permanente o de pareja de hecho, tan sólo que el consentimiento lo preste un “varón no casado”, lo que evidencia que no será necesario ni siquiera una convivencia previa con la gestante inseminada, aunque como se puede sobreentender, presumiblemente será su pareja (En este sentido vid. PALACIOS GONZÁLEZ, MD., “Técnicas de reproducción asistida, determinación de la filiación e interés superior del menor”, *ob. cit.*, p. 68.

³⁸ Aunque después de llevar más de una década de vigencia de la LTRHA nos reafirmamos de manera más contundente si cabe, fruto de la propia evolución social y sobre todo jurisprudencial, en la necesidad de una urgente reforma que permita unificar los criterios de determinación de la filiación sin mantener una injustificada y claramente discriminatoria diferenciación que a quien esencialmente perjudica es al interés superior del menor cuya protección se ha venido reiterando de forma más contundente en los últimos años a través fundamentalmente de las reformas legales que así lo han resaltado (Vid. de manera contundente las ya citadas LO 8/2015 y L 26/2015 protectoras de los derechos de la infancia y la adolescencia)

trodujo posteriormente en 2007 (art. 7.3). Y ello, desde nuestro punto de vista, pese al carácter claramente discriminatorio de la exclusión, no sólo en relación con los matrimonios de mujeres, sino y sobre todo en relación con las parejas de hecho heterosexuales³⁹.

¿Qué se desprende sin embargo de la literalidad de la vigente LTRHA?: Que la maternidad vendrá determinada por el parto, correspondiendo por tanto a la mujer gestante, que la mujer que comparte la vida con la madre gestante no es considerada madre por naturaleza (no matrimonial) del nacido, puesto que la posibilidad de consentir la atribución en su favor de la filiación del hijo de su pareja sólo está prevista (art. 7.3 LTRHA) en los casos de matrimonio con la mujer gestante y que para poder atribuir la segunda maternidad a la pareja de hecho de la madre, deberá recurrirse al procedimiento de adopción, posible conforme al art. 178.2.b CC.

Sin embargo, si hemos de añadir mayor sorpresa a la situación, ésta nos la brinda la STS de 15 de enero de 2014 (RJ 2014/1265)⁴⁰ donde en aras de la protección de interés superior del menor y con apoyo en la remisión prevista en el art. 7.1 LTRHA, se considera aplicable el art. 131 CC como vía de determinación de la maternidad extrama-

³⁹ Un criterio diferente mantiene QUICIOS MOLINA, que considera, para justificar tal exclusión que la filiación conviene que quede determinada inmediatamente después del nacimiento con medios sencillos, aun formales y de fácil acceso al Registro Civil, destino natural de la filiación (QUICIOS MOLINA, S., “Determinación de una segunda maternidad no adoptiva: Estado de la cuestión”, *ob. cit.*, p. 223.

⁴⁰ Que precisamente arranca de un supuesto ya resuelto por el propio TS en su Sentencia de 12 de mayo de 2011(RJ/2011/3280) en el que se debatía y se resolvió, sobre la posibilidad de reconocimiento de un régimen de visitas a la pareja de hecho de la madre biológica de un menor, nacido como consecuencia del usos de TRHA durante la vigencia de la relación entre la madre y la demandante. El TS en tal momento, partiendo de la necesaria protección del interés superior del menor, lejos de admitir la existencia de parentesco alguno entre la demandante y el menor de edad, llegó a reconocer el régimen de visitas solicitado, atendiendo a la condición de “allegada” de la mujer demandante. Obviamente en este momento no se planteaba una reclamación de maternidad, como se hace posteriormente en la demanda que da lugar al pronunciamiento del TS en 2014 al que aludimos en estas páginas, pero sí quedaba clara allí la posición del Alto Tribunal respecto a la ausencia de vinculación de tipo alguno entre la demandante y el hijo de la otra mujer, pese a que hubiera existido una previa voluntad procreacional por parte de ambas.

trimonial a quién, no reuniendo los requisitos para ello conforme a la LTRHA (art. 7.3) es considerada como tal por posesión de estado, aplicando con ello criterios claramente previstos por el CC para la búsqueda de la verdad biológica pero no, desde nuestro punto de vista, aplicables cuando la paternidad viene de la mano de la voluntad o consentimiento⁴¹.

Ante tanta contradicción nos parece de nuevo más coherente la solución adoptada en los arts. 235-3 y 235-13 del CCCat. que confieren el mismo tratamiento al consentimiento otorgado por el cónyuge de la usuaria (sea hombre o mujer) que al del hombre o la mujer que comparte la vida con la misma a los efectos de considerar como hijo extramatrimonial de la pareja al nacido de mujer soltera cuya compañera sentimental consiente la fecundación de aquélla con espermatozoos de donante.

2.2.2. Sistema de Inscripción en el Registro Civil de la doble filiación?

La posibilidad de inscribir en el Registro Civil la doble filiación materna aun no existiendo matrimonio entre las progenitoras, ha venido de la mano del propio TS, que en la sentencia ya citada de 15 de enero de 2014, que como ya hemos comentado, admite la doble maternidad al considerar a la que fuera pareja de hecho de la madre biológica como madre igualmente por posesión de estado. Sin embar-

⁴¹ La posición mantenida por el TS en la citada sentencia ha sido muy criticada por la doctrina en la medida en que el Alto Tribunal atribuye a través de su sentencia una maternidad que legalmente no se corresponde con lo legalmente establecido y admitido. Así BARBER CÁRCAMO, R., “Doble maternidad legal, filiación y relaciones parentales” *ob. cit.*, pp. 93-136 o VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, L., “Determinación de la filiación por posesión de estado en el seno de una pareja de mujeres: el protagonismo de los consentimientos implicados como elementos impulsores de la determinación legal de la filiación”, *ob. cit.*, pp. 363-367; En igual sentido se manifiesta, compartiendo el contenido del voto particular de la sentencia PÉREZ CONESA, C., “Determinación de filiación extramatrimonial por posesión de estado de mujer homosexual tras la ruptura de relación de pareja con otra mujer, madre biológica del menor nacido mediante técnica de reproducción asistida. Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2014. Voto particular”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil núm. 2/2014 parte Comentario*. Aranzadi, BIB 2014/968.

go, a la hora de proceder a la inscripción de la segunda maternidad, no existía ningún respaldo legal previsto en la LRC entonces aplicable (la de 1957), ni tampoco en los momentos actuales en los que deventría aplicable el art. 44 LRC de 2011, que tan sólo prevé en su párrafo 4 la posible inscripción en los casos de matrimonio entre la madre biológica y la volitiva⁴².

3. FILIACIÓN E INSCRIPCIÓN DE LOS HIJOS DE VARONES, CASADOS O PAREJAS DE HECHO. EL RECURSO A LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN Y LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN EN TALES CASOS

Que el tema de la Gestación por sustitución o Gestación subrogada no es un tema pacífico es algo conocido y sabido socialmente, científica y académicamente. Por ello también es numerosa la doctrina que en los últimos años se ha pronunciado sobre esta realidad y sobre la necesidad o no de regular y reconocer la Gestación Subrogada⁴³,

⁴² Lo que plantea un problema evidente desde el punto de vista de la inscripción registral en los casos de la doble filiación materna en las parejas de hecho de mujeres a las que se les aplica el CCCat, en la media en que la norma sustantiva aplicable permite la atribución de la doble maternidad mientras que registralmente no existe precepto aplicable a tales supuestos.

⁴³ FARNÓS AMORÓS E., “La filiación derivada de reproducción asistida: Voluntad y biología”, *ob. cit.*, pp. 5 ss.; Id, “ ¿Debe permitirse la gestación por sustitución en España? Estado de la cuestión y algunas reflexiones, en M. Casado (coord.) *De la solidaridad al mercado. El cuerpo humano y el comercio biotecnológico*. Ed. Universidad de Barcelona, 2017, p. 195-234; Id. “Más allá del reconocimiento: Propuestas para regular la gestación por sustitución”, en Alberto Carrio (coord.) Marcial Pons (en prensa); HEREDIA CERVANTES I., “La inscripción de relaciones de filiación constituidas en el extranjero mediante gestación por sustitución: seis años desperdiciados”. En Benavente Moreda P.y Farnós Amorós E (coords). *Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual*. Boletín del Ministerio de Justicia. Monográfico. n.º 2179.2015, 339-396; CABEZUDO BAJO, MJ., “Avances hacia una regulación de la gestación por sustitución en España en base al modelo regulado en el Estado de California”. *Revista de Derecho y Genoma Humano. Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada* Núm. 46, Enero-Junio 2017, Editorial Dykinson, pp. 60 a 120; H.PULEO, A., “Nuevas formas de desigualdad en un mundo globalizado el alquiler de úteros como extractivismo”; *Revista Europea de Derechos Fundamentales* · primer semestre 2017: 29, 165-

184; SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C., “Gestación por sustitución: una realidad y dos soluciones en la experiencia jurídica española”, *InDret*, Barcelona, octubre 2018, p. 1 a 41; DE LORA, P., “Gestar para otros: una ecografía de las falacias”. En Rosana Triviño Caballero: *Cuestiones abiertas sobre la Gestación subrogada. Dilemata, Revista Internacional de Éticas Aplicadas* n° 28, 2018, p. 75-86 (el autor ahonda en los argumentos tradicionalmente utilizados por los detractores de la GS, tratando de desmontarlos, para centrar el debate en cuestiones relevantes como las relativas a las condiciones lícitamente estipulables en el contrato, el altruismo o no de la prestación, condiciones personales de las partes y términos del desarrollo y ejecución de los acuerdos); ROCA TRIAS, E., “Dura Lex Sed Lex. O de cómo integrar el interés del menor y la prohibición de la maternidad subrogada”, en Benavente Moreda, P y Farnós Amorós, E., (Coord), *Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual. Boletín del Ministerio de Justicia. Monográfico.* n° 2179, 2015, pp. 301-338; VILA-CORO VÁZQUEZ, A., “Hacia una regulación de la gestación por sustitución como técnica de reproducción asistida” en Benavente Moreda, P., y Farnós Amorós, E., (Coord), *Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual. Boletín del Ministerio de Justicia. Monográfico.* n° 2179. 2015, pp. 283-300. Igualmente desde un posicionamiento crítico sobre la GS, SALAZAR BENITEZ, O., “La Gestación por sustitución desde una perspectiva jurídica: Algunas reflexiones sobre el conflicto entre deseos y derechos”, UNED. *Revista de Derecho Político* N.º 99, mayo-agosto 2017, pp. 79-120. Es objeto igualmente de estudio desde una perspectiva más antropológica que se aleja del discurso dicotómico para adentrarse en la complejidad que plantea en diferentes ámbitos, analizándolo desde cuatro corrientes diferentes de pensamiento (FERNÁNDEZ GARCÍA, S., HERNANDEZ CORROCHANO, E., KONVALINKA, NA. Y SANCHEZ MOLINA, R., “La Gestación subrogada bajo prismas diferentes. Cuatro corrientes de análisis para un mismo tema”, *Antropología experimental* n° 18, 2018. Texto 21: pp. 319-335 (<http://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rae>). Vid. igualmente VELA SANCHEZ, AJ., *Gestación por encargo: tratamiento Judicial y soluciones prácticas. La cuestión jurídica de las madres de alquiler.* Reus. Madrid. 2015. Id. “Crimen en el bar. Regulemos ya en España el convenio de gestación por sustitución”, *Revista Internacional de doctrina y jurisprudencia* n° 16, octubre 2017, pp. 1-20. DÍAZ ROMERO, R. *Autonomía de la voluntad y contrato de Gestación Subrogada: Efectos Jurídicos.* Thomson Reuters Aranzadi. Cizur Menor (Navarra). 2018: La autora además de hacer un estudio en profundidad sobre la actual regulación de la GS en España, realiza un análisis detallado dentro del Derecho Comparado; Igualmente desde una perspectiva de la ética de la Gestación subrogada, ORTEGA LOZANO, R. et al: “Gestación subrogada: aspectos éticos”, en Rosana Triviño Caballero: *Cuestiones abiertas sobre la gestación subrogada*” *Dilemata, Revista Internacional de éticas aplicadas* n° 28, 2018, p. 63 a 74. En ella los autores realizan un recorrido de las publicaciones de los últimos años para rescatar los principales puntos a favor y en contra de esta práctica. ORTEGA GIMÉNEZ, A. “Los contratos de gestación subrogada en

España”. *Diario La Ley*, (9281) 2.2018. GUERRA PALERMO, MJ. “Contra la mercantilización de los cuerpos de las mujeres. La “Gestación subrogada” como nuevo negocio transaccional” en Rodríguez Delgado, J.: *Vulnerabilidad, justicia y salud global. Dilemata, Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, nº 26, 2018, pp. 39-51. Desde un posicionamiento claramente crítico contra la GS se manifiesta LÁZARO PALAU CM, “Reflexiones en torno a la maternidad subrogada”. En Martos Calabrús, MA (dir), Bastante Granell, V. (coord.). *En torno a la filiación y las relaciones paterno filiales*. Comares. Granada, 2018, pp. 19-29: Para la autora la GS constituye un auténtico tráfico de niños, que se hacen por encargo y a medida. Igualmente crítica, tras realizar un análisis de los diferentes intereses en juego, CABRERA CARO, L., “Implicaciones éticas y jurídicas de la Gestación por sustitución: mater Semper certa est?”. En Martos Calabrús, MA (dir), Bastante Granell, V. (coord.). *En torno a la filiación y las relaciones paterno filiales*. Comares. Granada, 2018, pp. 47-62. También crítica por contraria a la dignidad e integridad física de la mujer gestante y de los menores se manifiesta M.J VAQUERO PINTO, “¿Debe admitirse y regularse la Gestación por sustitución?”. *Retos actuales de la Filiación* (Asociación de profesores de Derecho Civil), Tecnos, 2018, pp. 229-268. Con cautela analiza el tema SALMERÓN MANZANO, centrando igualmente sus reflexiones en el interés y protección de la mujer gestante y los intereses de los menores (SALMERÓN MANZANO E, “La maternidad subrogada en España: posible regulación legal de un contrato nulo”. En Martos Calabrús, MA (dir), Bastante Granell, V. (coord.). *En torno a la filiación y las relaciones paterno filiales*. Comares. Granada, 2018, pp. 31-43). Desde el punto de vista de los intereses del menor vid. FERRER VANRELL, M^a P., “El llamado superior “interés del menor” de los nacidos como consecuencia del contrato de gestar para otro. Aspectos bioéticos”. En Lledó Yagüe Francisco, Ferrer Vanrell, M^a Pilar, Torres Lana, José Ángel y Achón Bruñen M^a José (dirs), Monje Balmaseda, Óscar (coord.). *Estudio sistemático de la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia*. Dykinson. Madrid, 2018. pp. 73-100. Sobre la necesidad de reforma a nivel nacional e internacional se pronuncia BLANCO-MORALES LIMONES, P., “Una filiación: tres modalidades de establecimiento. La tensión entre la ley, la biología y el afecto”. *Millenium. Derecho Internacional Privado.DiPr*. Edit. Tirant lo Blanch. Zaragoza. 2018, nº 1. pp. 1-16. Claramente en contra de su regulación y reconocimiento, califica Alicia PUELO, la GS, en este caso alquiler de úteros, como “extractivismo colonial” o “subcontrato sexual en el patriarcado del consentimiento”, considerando que, entre otros, existen tres aspectos relevantes en el debate actual sobre la GS: la conversión de derechos en deseos, la aceptación de la desigualdad y los derechos de las minorías (H.PUELO, Alicia, “Nuevas formas de desigualdad en un mundo globalizado. El alquiler de úteros como extractivismo” en *Revista Europea de Derechos Fundamentales* · primer semestre 2017: 29, pp. 165-184.

Dentro de las recientes publicaciones que creo resumen de manera muy adecuada, no tanto el estado legislativo sobre la materia sino el estado real ideológico sobre la misma y que pueden de manera positiva contribuir a reorientar

como consecuencia de la evolución legislativa en los diferentes ordenamientos jurídicos.

Diverso y complejo es igualmente, el diverso y enconado a veces posicionamiento social de diferentes sectores, desde el ético a favor o en contra de su regulación, desde el feminismo divergente en sus posicionamientos (bien rechazando de forma absoluta el recurso a la paternidad por esta vía como contrario absolutamente a la dignidad de la mujer, bien posicionándose a favor del mismo en defensa del interés superior del menor e invocando, desde la perspectiva de la mujer gestante el reconocimiento de su propia autonomía y el derecho a decidir sobre el propio cuerpo)⁴⁴.

el discurso para un adecuado tratamiento del tema debe consultarse LAMM, E., "Repensando la Gestación por sustitución desde el Feminismo": MJ-DOC-13769-AR | MJD13769

<https://aldiaargentina.microjuris.com/2018/12/03/repensando-la-gestacion-por-sustitucion-desde-el-feminismo/> (fecha de consulta 3.12.2018). Interesante resulta igualmente la publicación editada por POZZOLO, Susanna, como ronda de cuestiones planteadas a diferentes especialistas de distintas nacionalidades, sobre la situación y reconocimiento de la GS en sus respectivos países desde la perspectiva feminista, así como sobre la posición que debería asumir al respecto la Unión Europea sobre el tema ("Surrogacy" or Pregnancy for others. A first round of opinions". Participants: Antonia Durán Ayago, Anika König, Barbara Katz Rothman, Pilar Benavente Moreda, Susanne L. Goessl, Sophie Dannecker, Laura Nuño Gómez, Cinzia Piciocchi, Judit Zeller- AG *AboutGender. International journal of gender studies*. 2016, vol.5, n° 10, pp. 331-357. <http://www.aboutgender.unige.it>.

⁴⁴ Con un carácter absolutamente constructivo debemos mencionar el documento presentado en abril de 2016, "*Propuesta de bases generales para la regulación en España de la Gestación por sustitución*" editado por el Grupo de Ética y buena práctica clínica, de la *Sociedad española de fertilidad*. Trabajo coordinado por Rocío Nuñez, Lydia Feito y Fernando Abellán. En él se establecen 13 bases de actuación, que se desarrollan detenidamente a lo largo del documento y en las que se presentan argumentos más que sólidos para afrontar una futura regulación apoyada en criterios rigurosos (<https://www.sefertilidad.net/docs/grupos/etica/propuestaBases.pdf>).

Ha de mencionarse igualmente la posición mantenida al respecto por el *Observatorio de Bioética y Derecho de la Universidad de Barcelona*, en el documento presentado sobre "*Gestación por sustitución*", coordinado por María Casado y Mónica Navarro-Michel, presentado en febrero de 2019 y en el que, tras poner encima de la mesa el estado de la cuestión y presentar los argumentos contra la gestación por sustitución con un apoyo esencial en la defensa de la autonomía de la mujer gestante y su explotación así como en la idea, ampliamente debatida

de que el deseo legítimo de formar una familia no se puede utilizar como instrumento para exigir una regulación permisiva de la gestación por sustitución, se presentan los posibles argumentos y exigencias para una regulación garantista en el caso de que finalmente se optase por dar una regulación más completa al tema: a) Control judicial del procedimiento; b) Exclusión de cualquier intermediario con ánimo de lucro; c) Posibilidad de la gestante de cambiar de opinión, incluso tras el nacimiento; d) Control de idoneidad de los comitentes y e) Inscripción registral de la práctica realizada pero con publicidad restringida (http://www.bioeticayderecho.ub.edu/sites/default/files/documents/doc_gestacion-sustitucion.pdf).

Absolutamente contrario a la regulación y reconocimiento de la Gestación subrogada se manifestó el Comité Español de Bioética en un largo Informe emitido el 16 de mayo de 2017 (publicado el 19.5.2017) (http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.pdf) que tras hacer un análisis de la actual situación regulatoria, jurisprudencial y social sobre la cuestión, no sólo a nivel nacional sino internacional y analizar los diferentes intereses y derechos en juego, considera que todo contrato de gestación por sustitución entraña una explotación de la mujer y un daño a los intereses superiores del menor y, por tanto, no puede aceptarse por principio. Incluso, dentro de los criterios generales de actuación de reforma de la legislación vigente se proponía la prohibición universal de la maternidad subrogada internacional (Especialmente crítica con el contenido del informe se manifiesta Carmen Sánchez Hernández, que considera que el mismo poco aporta a la posible solución y esclarecimiento de los problemas ya existentes y constituye, afirma, una prueba más de la falta de interés en torno a la protección normativa que esta realidad social reclama hace ya muchos años, SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C., “Gestación por sustitución: una realidad y dos soluciones en la experiencia jurídica española”, *ob. cit.*, pp. 22-25.)

A nivel Internacional no podemos omitir la referencia a la posición, por un lado, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa que en sesión plenaria rechazó por 90 votos en contra, 57 a favor y 7 abstenciones una propuesta de recomendación que apuntaba a elaborar normas que reconocía la gestación subrogada, en la que se pretendían adoptar directrices para garantizar los derechos de los niños respecto a los acuerdos de subrogación (Votación: [http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=23015&lang=en](http://assembly.coe.int/nw/xml/Votes/DB-VotesResults-EN.asp?; Proyecto: http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=23015&lang=en)).

Igualmente el 17 de diciembre de 2015 el Parlamento Europeo aprobó por Resolución el informe anual sobre Derechos Humanos y Democracia en el mundo 2014 y las políticas de la Unión Europea sobre esta materia (*Annual report on human rights and democracy in the world 2014 and the EU policy on the matter - 2015/2229-INI*), en el que en su observación nº 115”. *Condena la práctica de la GS, que es contraria a la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como una materia prima; estima que debe prohibirse esta práctica, que implica la explotación de las funciones reproductivas y la utilización del cuerpo con fines financieros y de otro*

Este debate se evidencia incluso en la propia denominación de dicho sistema reproductivo (gestación por sustitución o subrogada, maternidad subrogada, vientres o úteros de alquiler entre otras) lo que obviamente pone de manifiesto gráficamente la concepción específica y divergente que sobre la misma se tiene.

Lo cierto es que estamos, evidentemente, ante un tema que excede de los límites del análisis puramente jurídico y presenta tantas aristas (éticas, filosóficas, ideológicas, antropológicas e incluso religiosas) que difícilmente podrá llegarse a un acuerdo en la comunidad cientifi-

tipo; en particular en el caso de las mujeres vulnerables en los países en desarrollo, y pide que se examine con carácter de urgencia el marco de los instrumentos de los derechos humanos” (<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P8-TA-2015-0470&language=EN>)

Sin embargo el posicionamiento de la Conferencia de la Haya en relación con los contratos transnacionales de Gestación por sustitución es muy diferente a lo señalado anteriormente en la medida en que ya desde 2010 ha venido trabajando con proyectos de regulación a nivel internacional al considerar absolutamente necesario dar una respuesta al tema de la protección de los menores implicados en los contratos de gestación y por tanto en los nacimientos en países donde se permite la GS frente aquellos en los que o no se permite, o se prohíbe (<https://www.hcch.net/fr/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>)

Conocido igualmente es el posicionamiento de un sector relevante del feminismo nacional e internacional que se ha manifestado claramente en contra de la regulación de la Gestación por Sustitución por considerarla claramente contraria a los derechos de las mujeres, a su dignidad e integridad, entendiéndose que el cuerpo de la mujer ni se puede comprar ni alquilar. Representativa de tal posición es todo el colectivo autodenominado “No somos vasijas” (<http://nosomosvasijas.eu/>). Frente a tal posicionamiento se presenta enfrentada la alternativa del denominado grupo que bajo el eslogan ya histórico: “Nosotras parimos, nosotras decidimos” (<https://nosotrasparimosnosotrasdecidimos.com/index.html>) que fuera referente al defender la libertad y el derecho al aborto, se plantea ahora como nuevo indicador del derecho y la libertad de las mujeres para elegir libremente sobre su cuerpo y sobre la libertad para poder dar vida a favor de otro u otros. Forma parte igualmente del segundo posicionamiento señalado la Asociación “Son nuestros hijos” (<https://www.sonnuestroshijos.com>) que como asociación de familias diversas recurren y han recurrido a la GS como forma de acceder a la paternidad y la maternidad. Defienden la GS no como forma de mercantilización del cuerpo de la mujer sino como medida para permitir el adecuado desarrollo de los derechos sexuales y reproductivos que todo ser humano tiene con independencia de su orientación sexual, cuestión que se recoge expresamente en un código ético que define su forma de concebir la Gestación subrogada (<https://www.sonnuestroshijos.com/ideario/>).

ca que acomode todas las posiciones. Pero en ningún caso, considero y afirmo en los momentos de escribir estas páginas, se debe impedir o tratar de impedir el debate y la discusión académica sosegada sobre el tema.

Ello determina, por un lado, que la literatura sobre la materia sea inabarcable, en un sentido u otro y que, por otro lado, nuestra pretensión en este momento sea exclusivamente dar respuesta al objetivo estricto de nuestro trabajo: determinar, con los mimbres con los que contamos en los momentos actuales, cómo puede determinarse la filiación de los nacidos recurriendo a la Gestación Subrogada y cuáles son, en su caso, las previsiones en cuanto al sistema de inscripción registral de las mismas.

Y ello, porque no estamos dedicando específicamente esta parte de nuestro trabajo al estudio de la Gestación Subrogada en sí, sino y sólo en la medida en la que hemos de hacer referencia a ella como medio de llegar, junto con la adopción, a la doble filiación paterna en los matrimonios o parejas de varones. Ciertamente sin embargo el recurso a la Gestación por sustitución no es exclusivamente utilizado por parejas homosexuales, lo que se evidencia en la reciente doctrina jurisprudencial del TEDH que ha resuelto precisamente sobre el tema en casos en los que las partes afectadas como comitentes eran precisamente matrimonios o parejas heterosexuales (Así en las sentencias sobre los casos *Menesson y Labassee* contra Francia de 26 de junio de 2014 (JUR/2014/176908 y 176905 respectivamente), *Foulon y Bouvet* contra Francia de 21 de julio de 2016 (TEDH 2016/61), *Labiore* contra Francia de 19 de enero de 2017 (JUR 2017/14349) o las dos sentencias del caso *Paradiso y Campanelli* contra Italia de 2015 y 2017 (TEDH 2015/17 y JUR 2017/25806).

En todo caso debemos diferenciar entre el tratamiento de la Gestación Subrogada desde el punto de vista de la normativa interna española prevista en la LTRHA reguladora de la misma dentro del ordenamiento jurídico español y como norma que da o dé respuesta a quienes pretendieran recurrir a dicha técnica en España⁴⁵, frente a los supuestos más complejos de Gestación Subrogada Internacional, en

⁴⁵ Donde evidentemente no solo se analiza qué legislación existe y es aplicable al respecto, sino además, si debe acometerse una regulación permisiva que dé

los que ya se ha producido un nacimiento fuera de España, sometido a una normativa extranjera permisiva (incluso para nacionales de países que prohíben, no regulan o lo hacen como en España, declarando nulo el contrato), en la que se encuentren implicados como comitentes o padres de intención, ciudadanos españoles que a posteriori pretenden inscribir en el Registro Civil a los nacidos, como hijos suyos.

Por tanto ha de darse respuesta a dos cuestiones: ¿Debe permitirse la Gestación subrogada en el ordenamiento jurídico español? (Obviamente hablamos de permitir y no de regular, puesto que regulación existe, la del artículo 10 LTRHA); ¿Debe darse una respuesta positiva, coherente y uniforme a los nacimientos producidos mediante Gestación subrogada en el extranjero?

Ambas cuestiones han de ser entendidos y abordados de forma diferente, aunque evidentemente de la respuesta que el ordenamiento español ha dado a la cuestión depende obviamente parte de la respuesta que se está dando a los supuestos de Gestación Subrogada producidos en el extranjero, y al mismo tiempo, de la respuesta que se dé y como se está abordando la determinación e inscripción de los nacimientos ya producidos en el extranjero se va a ver condicionada, creemos, la que a la larga deba darse a nivel interno en el ordenamiento español.

En cualquier caso nuestra misión ahora es trasladar a estas páginas la forma de determinación de esas “dobles paternidades” y su forma de inscripción tanto en un caso como en los otros.

3.1. Normativa interna. La Gestación subrogada y nacimiento en España

3.1.1. El artículo 10 de la LTRHA. Nulidad del contrato de Gestación Subrogada

Es evidente que una pareja de varones casados o unidos en pareja de hecho, pueden llegar hoy, tras la reforma operada al respecto en el CC por la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección

respuesta a la demanda de parte de la sociedad, tal y como se presenta en los proyectos y proposiciones legales hasta ahora en debate.

a la Infancia y la Adolescencia, a la doble paternidad a través de la Adopción conjunta o sucesiva⁴⁶ según prevé el vigente art. 175.4 CC o a la adopción de los hijos de uno de ellos por el otro. La inscripción de la filiación así determinada constará, conforme al art. 44.6 LRC de 2011, atendiendo a la resolución judicial o administrativa que la haya constituido, quedando sometida al régimen de publicidad restringida prevista en la propia LRC.

La vía de determinación de la filiación a la que pretendemos referirnos se encuentra directamente vinculada con la posibilidad del recurso, por parte de un matrimonio o pareja de hecho de varones, a la Gestación por sustitución para llegar a la doble paternidad.

Y si estrictamente nos centramos en este momento en la regulación prevista al efecto en la vigente LTRHA, es obvio que, de conformidad con lo previsto en su artículo 10, ello no será posible, al menos como doble filiación por naturaleza, en la medida en que conforme al citado precepto se establece la nulidad del contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. La filiación en tales casos vendrá determinada por el parto, sin perjuicio de permitir el ejercicio de la correspondiente acción de reclamación de paternidad respecto del padre biológico conforme a las reglas generales.

Así pues, aun en el supuesto en el que al amparo de la LTRHA, se produjera una gestación en la que la gestante hubiera convenido

⁴⁶ Como ya señalamos inicialmente, no era nuestra pretensión abordar en este trabajo los supuestos de filiación derivada de la adopción, que ha sido objeto de una nueva regulación como consecuencia de la reforma operada en la materia en el CC por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE 29.7.2015) y ha sufrido esenciales alteraciones, entre ellas la posibilidad de adopción conjunta, simultánea o sucesiva por parte de los miembros de una pareja de hecho unida por análoga relación de afectividad a la conyugal, que ya analizamos en un anterior trabajo, precisadamente poniendo de manifiesto la dificultad que antes de la reforma operada en 2015 ofrecía la legislación española en relación con la posible adopción por parejas de hecho del mismo sexo al no existir una regulación expresa que así lo permitiera y por el contrario existir una pluralidad de normativas autonómicas que al hilo de la regulación de las parejas de hecho habían afectado directamente a ésta creando un marco normativo complejo y difícil de coordinar. (BENAVENTE MOREDA, P., “La filiación de los hijos de parejas, casadas o unidas de hecho del mismo sexo...” *ob. cit.*, p. 117 a 123).

previamente la cesión del nacido al aportante del espermatozoides o a una pareja concreta (ya se trate por tanto de una fecundación homóloga por aporte de material genético del varón, o de una fecundación completamente heteróloga ante la ausencia de material genético de ambos), la filiación materna se corresponderá con la determinada por el parto y la paterna, en caso de estar casada la mujer gestante sería atribuida, en principio, a su cónyuge por aplicación del art. 116 CC.

No obstante, conforme se acaba de indicar y se desprende del art. 10.3 LTRHA, la nulidad del contrato de Gestación Subrogada no implicaría la ausencia de efectos filiatorios en relación con el comitente aportante del espermatozoides, que podría ejercitar las acciones correspondientes para reclamar la paternidad. Por ello entendemos posible el acceso a la inscripción directamente conforme al art. 120.1 CC, el reconocimiento previsto en el art. 120.2 en relación con el 124 CC como vías extrajudiciales de determinación o, en su caso, el ejercicio de la acción de reclamación de filiación extramatrimonial conforme a lo dispuesto en el art. 133 CC.

Sin embargo no existe norma alguna dentro de la LRC que prevea el sistema de inscripción por parte del comitente que aportó su espermatozoides a la fecundación, más allá de la norma contenida, como hemos visto, en el párrafo 3º del art. 10 LTRHA que posibilita el acceso a la paternidad mediante las oportunas acciones de reclamación de filiación, por lo que técnicamente atendiendo nuevamente al art. 7.1 del mismo cuerpo legal, que remite en lo no previsto por sus arts. 8 a 10, a las Leyes civiles, relativas a la regulación de la filiación, habremos de convenir que tal remisión no sólo se haría a las normas del CC como hemos tenido ocasión de señalar, sino también a las normas reguladoras de la materia en la LRC, esto es, al art. 44.4, donde respecto de la filiación materna se especifica que (salvo en los supuestos previstos en el art. 48 referido a los menores abandonados y a los no inscritos) en toda inscripción de nacimiento acaecido en España, se hará constar necesariamente la filiación materna.

Respecto a la filiación paterna, en los casos en que nos encontramos (paternidad por parte del aportante de espermatozoides no casado con la mujer gestante), habría que recurrir al apartado b), párrafo 3º del art. 44.4 LRC (manifestación de la conformidad del padre a la determinación de la filiación en el momento de la inscripción del hijo, siempre

que no resulte contraria a las presunciones establecidas en la legislación civil o no existiere controversia), o bien al art. 44.7 LRC, a través del reconocimiento de la filiación no matrimonial con posterioridad a la inscripción del hijo, remitiéndose la LRC en este punto a las formas establecidas en el CC a las que hemos hecho ya referencia. Igualmente (art. 44.7 pfo. 2º) podrá inscribirse dicha filiación mediante expediente aprobado por el encargado del Registro Civil, siempre que no haya oposición del Ministerio Fiscal o de parte interesada si concurre (en cuanto afecta al supuesto que comentamos) posesión de estado por parte del hijo respecto del padre, justificada por actos directos del mismo padre o de su familia.

Tras tales reflexiones podríamos concluir que, aun en la hipótesis en la que se llevara a cabo un contrato de Gestación por sustitución en España⁴⁷, en la medida en que tal hecho entendemos y consideramos que no está prohibido, sino que simplemente es nulo, cual se desprende del propio texto del art. 10 LTRHA, no dejaría de tratarse de un supuesto de filiación extramatrimonial en la que, dependiendo de si la mujer gestante está casada o no, podrá determinarse la

⁴⁷ Realmente el supuesto contemplado en el art. 10.3 LTRHA no deja de ser un supuesto de “ciencia ficción” o en el que el legislador estaba pensando no en la GS celebrada en España sino celebrada en el extranjero. Y ello porque, parece absolutamente improbable, no que se subrogue la gestación, que es algo absolutamente posible, sino que ésta se celebre al amparo de la LTRHA, precisamente porque, aun no siendo un contrato prohibido, la consecuente nulidad de su celebración hacen imposible que ésta se llegue a practicar al amparo de la LTRHA, por lo que, celebrada sin la cobertura de dicha ley, estaríamos ni mas ni menos que ante un proceso de gestación ordinaria sometido a las leyes civiles ordinarias y por tanto, aportando uno de los comitentes su material genético, sería obvia la posibilidad, acorde con las citadas normas civiles, de que quedase determinada su paternidad al ser biológicamente el progenitor.

No toda la doctrina sin embargo realiza las mismas valoraciones en la medida en que para un amplio sector doctrinal el contrato de Gestación subrogada se encuentra prohibido en España, teniendo origen tal prohibición, en palabras de VAQUERO PINTO, en el Informe Palacios aprobado por el Congreso de los Diputados el 10 de abril de 1986. Esta prohibición se justifica además, según la autora en la afectación de principios básicos del ordenamiento jurídico como la dignidad de la persona que impide comerciar con el cuerpo humano, la vida del futuro niño y la indisponibilidad del estado civil (VAQUERO PINTO, M.J., “¿Debe admitirse y regularse la Gestación por sustitución?”, *ob. cit.*, pp. 235-236.

filiación paterna real conforme a las propias normas previstas por el CC para el ejercicio de la determinación extrajudicial o judicial de la paternidad.

Obviamente el problema en estos casos se encontraría para determinar la paternidad del cónyuge o pareja de hecho del comitente aportante del espermatozoides que se utilizó para la fecundación.

3.1.2. Las propuestas de regulación interna y reconocimiento de la Gestación subrogada como cauce para la determinación de la doble paternidad en parejas homosexuales

En los últimos años ha habido varios intentos de regulación de la Gestación Subrogada, en forma de Proposiciones no de ley o Proposiciones de Ley. La primera que se conoce es la Proposición no de Ley presentada en el Congreso de los Diputados por el Grupo Parlamentario de Unión Progreso y Democracia (UPyD), de 10 de febrero de 2015 en la que se solicitaba la derogación del art. 10 LTRHA e instaba a su regulación a nivel interno para regularizar lo que en la práctica ya se venía realizando desde hace años. Propuesta que fue desestimada por la Comisión de Justicia de 20 de octubre de 2015⁴⁸.

Igualmente el Grupo Parlamentario de Ciudadanos en la Asamblea de Madrid presentó el 3 de marzo de 2016, una Proposición no de Ley, para su debate y aprobación en el Pleno de la Asamblea, con la finalidad de que ésta instara al Gobierno de la Nación a legislar sobre la Gestación Subrogada, para garantizar los derechos de todos los intervinientes en la misma y fundamentalmente los menores implicados en los procesos de Gestación⁴⁹.

⁴⁸ El contenido de la citada Proposición no de Ley era muy genérico y sin un desarrollo específico de todos los aspectos colaterales implicados en una hipotética regulación. Pero en ella se sentaban las bases incipientes de la regulación que posteriormente se contienen en la propuesta del Grupo Parlamentario de Ciudadanos (carácter altruista, características de la mujer gestante, promoción de un marco normativo dentro de la UE para establecer una regulación común sobre GS, etc.(BOCG. Congreso de los Diputados. Serie D, nº 615. 23.2.2015). La desestimación aparece publicada en BOCG. Congreso de los Diputados. Serie D. nº 751. 29.10.2015).

⁴⁹ Se trataba de la Proposición no de Ley (PNL) - 51/2016 (X), tramitada por vía del art. 205 R.A, que fue desestimada.(Acuerdo de Mesa: B.O.A.M. Número:49

En 2017 se presentó en el Congreso de los Diputados, por el mismo Grupo Parlamentario de Ciudadanos, la Proposición de Ley 122/000117, Reguladora del Derecho a la Gestación por Subrogación (BOCG. 145-1. Congreso de los Diputados. 8.9.2017) que estaba siendo objeto de debate hasta el momento de disolución de las cámaras tras la convocatoria de elecciones del día 28 de abril de 2019⁵⁰. De ella daré cuenta brevemente a continuación, fundamentalmente en relación con los aspectos que nos interesan en cuanto al sistema de determinación de la filiación⁵¹. Tras la caducidad de esta primera

de fecha 10/3/2016 desde la página 5458 hasta la página 5460 B.O.A.M.: 49; Sesión plenaria: DD.SS. Número:166 de fecha 17/3/2016 desde la página 9260 hasta la página 9271 DD.SS.: 166 y Sesión plenaria B.O.A.M. Número:52 de fecha 31/3/2016 desde la página 5736 hasta la página 5736 B.O.A.M.: 52 (<http://www.asambleamadrid.es/ES/ActividadParlamentaria/IniciativasLeyes-yResoluciones/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?IdIni=211599>).

⁵⁰ La Proposición se encontraba en situación de Toma en Consideración en el Pleno del Congreso desde el 16 de octubre de 2017 hasta el 5 de marzo de 2019 y actualmente concluido desde dicha fecha, como consecuencia de la citada convocatoria de elecciones. (http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas/PropLey?_piref73_1335476_73_1335473_1335473.next_page=/w/c/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IW12&PIECE=IWA2&FM T=INITXD1S.fmt&FORM1=INITXLBA.fmt&QUERY=%28proposicion+adj 2+ley%29.tipo.&DOCS=217-217) (fecha de última consulta: 28.4.2019).

⁵¹ Sobre el contenido de la propuesta se pronuncia y analiza FARNÓS AMORÓS, E., “Más allá del reconocimiento: propuestas para regular la gestación por sustitución” (en CARRIO, A. (Coord.), Marcial Pons, Barcelona (*en prensa*). Destacable, por ser una de las cuestiones más problemáticas desde nuestro punto de vista, es el planteamiento de la autora sobre el posible arrendamiento de la mujer gestante, ap. 4.6 del trabajo, que centra parte de la solución en la existencia del control judicial “ex ante” así como en el anticipo en la fase previa negociadora, de soluciones para casos semejantes. Igualmente vid. DÍAZ ROMERO MR., *Autonomía de la voluntad y contrato de Gestación Subrogada: Efectos jurídicos*, *ob. cit.*, pp. 91-97; FERRER VANRELL, M^a P., “El llamado superior “interés del menor” de los nacidos como consecuencia del contrato de gestar para otro. Aspectos bioéticos”, *ob. cit.*, pp. 95-100. Se analizan específicamente por esta autora los aspectos de la propuesta relacionados con el carácter altruista de los contratos (donde se manifiesta claramente desconfianza con las bondades y efectividad de tal medida dadas las dificultades y problemas propios de un embarazo), así como las cuestiones relacionadas con el interés superior del menor y la salvaguarda de la gestante, que considera se vulnerarían con la aprobación de tal regulación; SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C., “Gestación por sustitución: una realidad y dos soluciones en la experiencia jurídica española” *ob. cit.*, pp. 28-29. La autora plantea en su trabajo lo que considera serían las bases adecuadas para

Proposición de 2017, el 3 de julio de 2019 se presenta, ya ante la nueva configuración del Congreso del Congreso de los Diputados en la nueva Legislatura, otra nueva Proposición de Ley⁵².

El ambas Proposiciones se parte del carácter altruista de la subrogación (art. 5), que sólo admite los supuestos de Subrogación Gestacional (art. 6) en la que la mujer gestante no puede aportar material genético propio. Sin embargo frente a la Proposición de 2017, en la que se excluía la existencia de vínculos de parentesco consanguíneo con el o los progenitores subrogantes (art. 4.3), en la Proposición de 2019 desaparece tal exigencia del citado artículo 4.3 que en una

una futura regulación de la GS (definición del tipo de GS que se pretende regular, determinación de los requisitos de las partes: mujer gestante, progenitor o progenitores comitentes, carácter gratuito u oneroso del acuerdo, carácter revocable o irrevocable del acuerdo y por tanto momento de determinación de la filiación, intervención judicial en el proceso y sus consecuencias, regulación del derecho de los menores a conocer sus orígenes, exclusión de agencias intermediarias, cobertura médico sanitaria entre otras cuestiones).

Aun antes de la publicación de la Propuesta la doctrina ya había venido manejando los criterios que serían necesarios para una regulación adecuada sobre la GS, tal y como hace CABEZUDO BAJO sobre el análisis comparativo con la regulación permisiva vigente en California (CABEZUDO BAJO MJ., “Avances hacia una regulación de la gestación por sustitución en España en base al modelo regulado en el Estado de California”, *ob. cit.*, pp. 59-120).

⁵² En fase de corrección de las segundas pruebas de este trabajo se ha incorporado una nueva Proposición de Ley del mismo Grupo Parlamentario de Ciudadanos, la Proposición de Ley de 3 de julio de 2019, una vez constituidas las Cámaras de la XIII Legislatura (Proposición nº 122/000015)-BOCG 16 de julio de 2019-Serie B, nº 46.1, p. 2-12).

En lo que se refiere al tema de la filiación que es objeto del presente trabajo el contenido básicamente reproduce lo recogido en este trabajo en relación con la Proposición de Ley de 2017, por lo que se mantiene la redacción original del texto. Sin embargo han variado algunas cuestiones en la segunda Proposición de Ley respecto de la primera, que básicamente tienen que ver con la posibilidad de permitir la Gestación por sustitución existiendo relaciones de parentesco entre la mujer gestante y los comitentes, con la exigencia expresa de la acreditación de la idoneidad de los comitentes mediante la aportación del correspondiente “certificado de idoneidad”, así como con la sustitución del control notarial por el control judicial, en lo que se refiere al proceso de celebración y desarrollo del contrato de Gestación por sustitución, lo que supone desde mi punto de vista afrontar un proceso más garantista para los intereses afectados, básicamente el de la mujer gestante y el de los menores que puedan nacer como consecuencia de tal proceso.

redacción un tanto compleja y confusa no excluye “ex ante” la posibilidad de que tal vínculo de consanguinidad exista, lo que será posible y se concretará como viable si así se considera adecuado si concurren en la gestante las condiciones médicas y psicológicas adecuadas para, pese a la relación de parentesco acometer el proceso de gestación⁵³.

Conscientes los proponentes de la necesidad de proteger los derechos de la mujer gestante las propuestas dedican específicamente dos preceptos (los artículos 6 y 7) a regular los derechos de la mujer y los requisitos para ser gestante.

Se regulan igualmente los requisitos exigidos al o los progenitores subrogantes (art. 8) y entre ellos la necesidad de que al menos uno de ellos aporte material genético propio. De forma que en todo caso, la fecundación nunca podría ser absolutamente heteróloga. Novedoso en la Proposición de 2019 frente a la de 2017 es que la acreditación de la capacidad, aptitud y motivación para ejercer las responsabilidades parentales, deberá documentarse mediante “certificado de idoneidad” conforme a los criterios que reglamentariamente se establezcan. No hablaba la propuesta de 2017 de la acreditación mediante tal certificado, lo que aproxima las exigencias de los progenitores comitentes a las de los adoptantes en este punto.

No estaría de más la exigencia de algún tipo de evaluación adicional (o al menos mencionada en el certificado de idoneidad) en aquellos casos en los que exista parentesco por consanguinidad con la mujer gestante, de la misma forma que se le exige a ella para permitir considerarla como apta en tales casos.

Al margen de que las proposiciones de Ley se centran en otros aspectos fundamentales de la Gestación subrogada (como el contrato de gestación —art. 9—, las reglas específicas relativas al Registro

⁵³ En algún caso, como es el de la Ley 19.167 TRHA de URUGUAY, de 29 de noviembre de 2013, debe existir necesariamente relación de parentesco de 2º grado de consanguinidad entre gestante y subrogante o su pareja, y se permite además que la gestante aporte su propio material genético, esto es, que sus óvulos sean fecundados con esperma de alguno de los comitentes. (Promulgación: 22/11/2013; Publicación: 29/11/2013 (Registro Nacional de Leyes y Decretos: Tomo: 2; Semestre: 2 (2013), página: 2088) Reglamentada por: Decreto N° 84/015 de 27/02/2015 y Decreto N° 311/014 de 30/10/2014. (<https://www.imo.com.uy/bases/leyes/19167-2013>).

Nacional de GS —arts. 15 a 19— o las reglas sobre infracciones y sanciones (arts. 21 a 27), nos interesa entrar más específicamente en el Capítulo III (arts. 10 a 14) dedicado fundamentalmente a los criterios establecidos para la determinación de la filiación. Obligado es sin embargo hacer referencia, en relación con el citado artículo 9, a una de las novedades fundamentales de la Proposición de Ley de 2019 frente a la de 2017, de gran relevancia y trascendencia: la necesaria aprobación judicial del contrato de Gestación por sustitución. Tal exigencia implica que, frente a la unidad de acto prevista en 2017 al otorgarse el contrato de GS ante notario, con carácter previo al uso de cualquier técnica de reproducción asistida, en 2019 aparecen dos momentos diferentes con relevancia en el proceso, lo que si bien queda meridianamente claro a la hora de regular esos dos momentos en el artículo 9, no ha sido objeto de abordaje posteriormente al delimitar en el Capítulo III las cuestiones que tienen que ver con la fecundación, el parto y la determinación de la filiación de los nacidos.

Caber decir que en ambas Proposiciones se incurren, creemos, en las mismas debilidades y defectos que se podían predicar de la LTRHA de 2006, agravadas en todo caso por la desatención, consciente o no, de las llamadas de atención que se han hecho al respecto desde la puesta en marcha de la Ley de Técnicas, relativas por ejemplo al reconocimiento de una nueva fuente filiatoria derivada de la voluntad procreacional, de la aplicación de las reglas del CC sobre determinación, reclamación o impugnación de la filiación biológica con las incoherencias a lo que ello conduce, o de la falta de conexión previosa del legislador, de coordinar la normativa sustantiva prevista en el texto que se propone, con las disposiciones de la LRC de 2011, máxime cuando en estos momentos ya existe (cosa que no ocurría en 2006 cuando se aprobó la LTRHA) una LRC parcialmente en vigor, al menos en lo que se refiere a los preceptos aplicables a la inscripción del nacimiento y la filiación.

Por otro lado resulta cuanto menos llamativo que la regulación que se propone no se haya incardinado dentro de un proceso de modificación de la propia LTRHA en la medida en que, aunque se puede considerar que la Gestación por sustitución no se trata de un tipo especial de TRA, sí es cierto que no sólo se incluyó y así consta, dentro de la LTRHA al regularla en su art. 10, sino que a ella se llega utilizando específicamente los instrumentos previstos por dicha normativa.

Nos referimos a algunos de los aspectos relevantes en relación con la determinación de la filiación, comunes a ambas Proposiciones de Ley:

- a) *En cuanto a la determinación legal de la filiación* (arts. 11 y 12)⁵⁴, la Propuesta vuelve a reproducir en el primero de los preceptos citados el esquema del artículo 7.1 LTRHA que tantos problemas ha provocado en la práctica al remitirse a las leyes civiles en cuanto a la regulación de la filiación de los nacidos

⁵⁴ La redacción de los preceptos que analizamos a continuación no varía entre las Proposiciones de ley de 2017 y 2019, a salvo que en 2019 se utiliza la expresión “Gestación por sustitución” donde en 2017 se habla de “Gestación subrogada”. Como se puede observar sin embargo no en todos los preceptos del nuevo texto se ha introducido la modificación citada, quizás por la premura del partido proponente para su presentación al comienzo de la legislatura (y con la oportunidad de su coincidencia con las fiestas del Orgullo Gay 2019). En todo caso nos referimos obviamente a los preceptos de la propuesta de 2019:

Artículo 11. *Filiación de los hijos nacidos mediante gestación por sustitución:*
 1. *La filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución se regulará por las leyes civiles, a salvo de las especificaciones establecidas en los artículos siguientes.* 2. *En ningún momento se establecerá vínculo de filiación entre la mujer gestante por subrogación y el niño o niños que pudieran nacer.* 3. *En ningún caso, la inscripción en el Registro Civil reflejará datos de los que se pueda inferir el carácter de la generación.* 4. *En caso de parejas, el progenitor subrogante que no hubiese aportado material genético a la gestación por subrogación podrá manifestar, conforme a la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto del hijo o hijos del progenitor subrogante que sí lo hubiese aportado.*

Artículo 12. *Determinación legal de la filiación:* 1. *La persona o personas progenitores subrogantes, cuando hayan formalizado el contrato de gestación por sustitución y se haya producido la transferencia embrionaria a la mujer, no podrán impugnar la filiación del hijo o hijos nacidos como consecuencia de tal gestación.* 2. *A los efectos previstos en el artículo 45 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, será el progenitor o los progenitores subrogantes los obligados a promover la inscripción correspondiente, debiendo aportar copia autenticada del contrato de gestación por subrogación debidamente registrado.* 3. *Se considera documento oficial a los efectos previstos en el apartado 3 del artículo 44 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, el contrato de gestación válidamente formalizado.* 4. *La revelación de la identidad de la mujer gestante por subrogación o del donante no progenitor subrogante en los supuestos en que proceda conforme al artículo 5.5 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, no implica en ningún caso determinación legal de la filiación.*

mediante Gestación por sustitución. La redacción de su párrafo primero es exactamente la misma.

Se excluye expresamente la vinculación filiatoria del niño o niños que pudieran nacer con la mujer gestante y, reproduciendo el contenido del art. 7.2 LTRHA se declara el carácter reservado de la inscripción de la filiación en el Registro, que en ningún caso reflejará datos de los que se pueda inferir el carácter de la generación⁵⁵

El sistema previsto para la determinación de la filiación con el progenitor que no aporte el material genético creemos que, en caso de prosperar la propuesta, debería ser objeto de revisión para evitar la confusión (ya de por sí latente en la propia LTRHA) entre los diferentes tipos de consentimientos previstos y posibles.

Así, en caso de parejas, conforme al art. 11.4, el progenitor que no aporte material genético, se señala, podrá manifestar el consentimiento conforme a la LRC, para que se determine a su favor la filiación respecto del hijo/s del progenitor subrogante que sí lo hubiera aportado. Entendemos en este caso que la remisión parece entenderse asimilable a la prevista en el art. 7.3 LTRHA ya que prácticamente la redacción que se da a la norma es la misma y por tanto asimilable igualmente para hacer aplicable la regla del art. 44.5 LRC prevista para la inscripción de la doble maternidad matrimonial. Dicho esto, es evidente que el art. 11.4 mencionado no dice conforme a qué norma de la LRC de 2011 ha de prestarse el consentimiento y por tanto

⁵⁵ La formulación del apartado 3 del art. 11, igual que el apartado 2 del art. 7 LTRHA, resulta desde nuestro punto de vista una mera declaración de intenciones, útil sólo en los casos en los que los progenitores subrogantes constituyan una pareja heterosexual, donde de no indicar nada en el Registro sobre el origen de la generación, nada puede inferirse sobre el mismo realmente. No ocurre así en la hipótesis en que los progenitores subrogantes sean dos varones, porque por mucho que no se indique el origen de la generación (mediante el recurso a la Gestación Subrogada), la inscripción de la doble paternidad conforme a los parámetros de la LRC exclusivamente podrá producirse precisamente en los casos de GS. En definitiva, a los únicos que favorece tal reserva es fundamentalmente a las parejas heterosexuales que recurran a la GS como medio para alcanzar la paternidad y a los hijos de las mismas.

conforme a cuál de los posibles consentimientos que prevé la LTRHA y la propia LRC se asimilará dicho consentimiento, habida cuenta de que la LRC citada prevé diferentes tipos de consentimiento.

Es más, la alusión a dicho consentimiento para ser considerado como progenitor de los hijos del progenitor subrogante que sí hubiera aportado material genético, se compadece poco con el resto de las normas de la Propuesta, de las que se deduce claramente que la vinculación filiatoria existe desde el mismo momento en que, celebrado el contrato de gestación (ex art. 9), se produzca la transferencia embrionaria a la mujer gestante (ex. art. 10. 1 y 2).

Igualmente se desprende la vinculación citada en el párrafo anterior, por si existiera alguna duda al respecto, del contenido del art. 12 de la Proposición, conforme al cual: Una vez producida la transferencia embrionaria, ninguno de los progenitores subrogantes podrá impugnar la paternidad de los nacidos (12.1); serán dichos progenitores los obligados a promover la inscripción en el Registro (art. 12.2) conforme exige el art. 45 LRC de 2011 y además, por si hubiera alguna duda más al respecto, el propio art. 12.3 manifiesta que, a los efectos de lo previsto en el art. 44.3 LRC (práctica de la inscripción sobre la existencia del documento oficial que acredite el nacimiento), se considerará como tal el contrato de gestación válidamente formalizado. Por tanto parece evidente que la determinación de la filiación respecto del progenitor no aportante del material genético no se determina por el consentimiento posterior al nacimiento sino, como en el resto de los casos previstos en la LTRHA (excepto el extraño supuesto del art. 7.3 para la doble maternidad matrimonial), mediante el previo consentimiento, manifestación clara de la voluntad procreacional, expresado en caso de llegar a ella a través de la Gestación por sustitución, en el propio contrato celebrado al respecto entre los comitentes y la mujer gestante y una vez que éste sea aprobado por la autoridad judicial conforme se prevé en la Proposición de 2019.

- b) La Proposición prevé las consecuencias de la premoriencia de uno de los dos progenitores subrogantes, así como del fallecimiento de los progenitores subrogantes durante la gestación.

A la primera situación da respuesta su art. 13⁵⁶, con matices parecidos a los establecidos en el art. 9 LTRHA regulador de los efectos de la premoriencia del marido y por tanto de los efectos de la fecundación post mortem. De hecho, se ha tratado de adaptar la redacción de éste último precepto a la situación ¿“análoga”? de premoriencia de uno de los progenitores subrogantes, con poco éxito desde nuestro punto de vista. Y ello por una cuestión meramente numérica: en el caso de la fecundación post mortem del art. 9 LTRHA, tan sólo cabe la posible premoriencia de una persona, el marido de la mujer gestante, mientras que en el caso aparentemente regulado en el art. 13 de la Propuesta es posible que premueran ambos, que premuera el aportante de gametos o que premuera quien no aportó material genético alguno y sólo dio su consentimiento en el contrato de gestación subrogada para convertirse en progenitor legal del marido.

Estas variables creemos que no son contempladas de forma adecuada por la norma propuesta. Realmente lo que se hace en el citado precepto es pensar en la situación de premoriencia del progenitor aportante de material genético que hubiera prestado consentimiento para su utilización en los 12 meses siguientes

⁵⁶ “Artículo 13. Premoriencia de uno de los dos progenitores subrogantes:1. No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo o hijos nacidos como consecuencia de la gestación subrogada regulada en esta Ley y el progenitor fallecido, salvo que en el momento de su muerte ya se hubiese producido la transferencia embrionaria al útero de la mujer parte del contrato de gestación por subrogación. 2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, siempre que el progenitor subrogante fallecido hubiese prestado su consentimiento previamente en el contrato de gestación subrogada y hubiese aportado su material genético, podrá ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para la fecundación y posterior transferencia embrionaria a la mujer parte del contrato de gestación por subrogación. Tal generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación.

El consentimiento para la aplicación de la gestación subrogada en dichas circunstancias podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de ésta”.

a su fallecimiento, supuesto en el que, con la misma respuesta que ofrece el art. 9 LTRHA, dicho progenitor sí podría quedar determinado como tal respecto del hijo fecundado tras su fallecimiento. No, sin embargo respecto del otro progenitor que no aportó su material genético.

La segunda cuestión, que por razones obvias no se contempla en la LTRHA, en la medida en que, en la GS, se disocian gestación y paternidad, se refiere al supuesto en que fallezcan durante la gestación el o los progenitores subrogantes, que se comprometieron mediante el correspondiente contrato a asumir la paternidad desde el momento mismo de su celebración y desde la misma implantación embrionaria. En tal caso el contrato de GS mantendrá su validez a efectos de determinar la filiación del o los fallecidos, debiendo inscribirse la misma por parte de las personas obligadas a ello según el art. 45 LRC de 2011. A ello da respuesta el art. 14⁵⁷.

3.2. Nacimientos en el extranjero y los problemas de su reconocimiento en España. Los problemas de inscripción de dichos nacimientos en el Registro Civil Español. Propuestas legales e intentos de regulación

3.2.1. Breve análisis de la situación legal y jurisprudencial. Posicionamiento contradictorio entre la DGRN y el TS

Posiblemente se resuma la situación en la que se encuentra nuestro ordenamiento jurídico en este punto, como de caótica jurídicamente

⁵⁷ Nos planteamos, en la hipótesis de prosperase esta u otra Proposición de Ley como la que analizamos, si ante la opción prevista en el art. 14 señalado y en previsión de que ello pudiera ocurrir, cabría la posibilidad de dar juego a la autonomía de la voluntad de forma que los progenitores subrogantes pudieran haber pactado previamente en el propio contrato de GS una solución diferente sobre la filiación del nacido, para el caso de fallecimiento de ambos progenitores durante el proceso de gestación. Esto es, si cabría la posibilidad de pactar en tal supuesto la atribución de la paternidad a la propia mujer gestante. Desde nuestro punto de vista creo que sería impensable tal opción, que podría considerarse como un acto de disponibilidad sobre el estado civil del nasciturus y por tanto indisponible al juego de la autonomía de la voluntad.

y carente de una regulación y respuesta unánime que permita afirmar que en los momentos actuales se está actuando en un tema tan sensible, con una coherencia elemental. No sólo existe una contradicción de planteamientos entre la DGRN y el TS, sino incluso en el seno de la propia DGRN.

Quizás estas palabras previas puedan resultar inusitadamente duras, pero desde nuestro punto de vista son afirmaciones que posiblemente compartan, creemos, tanto quienes estimamos que ha de darse una respuesta permisiva al tema de la Gestación por sustitución Internacional y nacional, como por parte quienes se oponen a la misma.

Aunque en otro momento, al analizar precisamente la posible filiación de los hijos de parejas, casadas o no, de varones⁵⁸, ya hicimos referencia a la evolución que se estaba produciendo al respecto, ciertamente tan sólo se dio cuenta entonces (año 2011) del estado de la cuestión incipiente. Aunque ya entonces se puso de manifiesto que resultaba inadecuado (como ahora ratificamos) que la solución al tema viniera de la mano de la solución del caso concreto⁵⁹ y no

⁵⁸ BENAVENTE MOREDA, P., “La filiación de los hijos de parejas, casadas o unidas de hecho, del mismo sexo. La situación legal y jurisprudencial actual” *ob. cit.*, pp. 103 a 114.

⁵⁹ De hecho, como brevemente analizaremos, la respuesta específica que, desde la STS de 6 de febrero de 2014 (RJ/2014/833) y Auto TS de 2 de febrero de 2015 (RJ/2015/141) ha unificado el tratamiento, al menos desde la perspectiva jurisprudencial, arranca de un supuesto específico de GS llevada a cabo en California, con unas características y condicionantes concretos y determinados, relativo a una pareja de varones que recurrieron a dicha TRA bajo el amparo de la legislación Californiana que respaldaba específicamente el supuesto. Ciertamente no sólo o no exclusivamente ha sido la resolución del caso concreto la que, en puridad ha provocado todo el desarrollo posterior, ya que ciertamente se ha partido como referente legal de apoyo del contenido del art. 10 LTRHA al que aludimos más arriba. Pero lo cierto es que ha sido el tratamiento y evolución de “ese caso” el que ha constituido la columna vertebral del debate y del posicionamiento judicial y social, acompañado de una posición contradictoria de la DGRN que presenta un panorama cuanto menos llamativo al ser conscientes de que en España existen parejas que han podido inscribir a sus hijos como tales, otras que no y otras que, en unos casos ha podido y en otros han tenido que recurrir al procedimiento de adopción para poder constar como progenitores de los hijos nacidos en el extranjero.

Obviamente este panorama “dice poco y malo” del engranaje jurídico de un ordenamiento que crea cuanto menos una situación y sensación de inseguridad

de una forma de legislar pausada y meditada en consonancia con la trascendencia que requiere legislar en materia de filiación por un lado, y coordinar lo que se legisla con el resto de la normativa sobre la materia aplicable al caso⁶⁰.

En 2009 la DGRN (R. de 18 de febrero (DGRN/2009/1735) resuelve por primera vez sobre la solicitud de dos ciudadanos españoles, varones, casados en 2005, de inscripción en el Registro Civil Consular de Los Ángeles (Estados Unidos), del nacimiento de sus hijos, nacidos en San Diego, California, en octubre de 2008, mediante “gestación por sustitución”. El Encargado del Registro Civil Consular, denegó lo solicitado por los interesados, con apoyo en la prohibición de la denominada “gestación de sustitución” (art. 10 LTRHA). Los padres interpusieron recurso ante la DGRN, solicitando la inscripción de los menores en el Registro Civil español. La DGRN admitió el recurso y aceptó la inscripción de los nacidos como hijos del matrimonio, por aplicación del art. 81 RRC⁶¹. La DGRN consideró además que la certificación registral californiana (que es lo que se había aportado para

jurídica, que en definitiva, y ello es lo relevante, perjudica seriamente a la parte más débil de todo el proceso: el o los menores nacidos recurriendo al procedimiento de GS.

⁶⁰ Como veremos en el apartado siguiente, en que trataremos de analizar la legislación aplicable a los supuestos de reconocimiento de filiación derivada de GS con elemento internacional, la situación, fruto de los diferentes avatares legales que han rodeado a la maltrecha LRC de 2011, las diferentes modificaciones sobrevenidas sufridas por la misma y la aun ausencia de entrada en vigor completa, están creando un caldo de cultivo propicio a la actividad legislativa de los órganos judiciales, lo que desde nuestro punto de vista provoca una situación insostenible por contradictoria, como se puede ver simplemente al analizar, como hacemos aquí, la diferencia de criterio en el tema mantenida por el TS y la DGRN.

⁶¹ La DGRN consideró que se trataba de la inscripción del nacimiento mediante presentación de la correspondiente certificación registral extranjera en la que consta el nacimiento y la filiación del nacido, y en tal caso el acceso de la misma al Registro Civil español constituía no una cuestión de “Derecho aplicable”, sino una cuestión de “validez extraterritorial de decisiones extranjeras en España”, en este caso, una cuestión de acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro, lo que excluye, por tanto, la utilización de las normas españolas de conflicto de Leyes, y en concreto, la del art. 9.4 del Código civil. Por tanto, también excluía la aplicación de la Ley sustantiva a la que tales normas de conflicto españolas pudieran conducir, como la Ley 14/2006, de 26 de mayo de 2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida y por tanto la inaplicación de la prohibición prevista en el art. 10 LTRA.

proceder a la inscripción), ni vulneraba el orden público internacional, ni perjudicaba la estructura jurídica básica del Derecho español y, por ello, tampoco lesionaba la organización moral y jurídica general, básica y fundamental de aquélla⁶².

Dicha Resolución fue recurrida por la Fiscalía, siendo estimada la pretensión anulatoria de la doble inscripción de paternidad tanto en instancia (*SJPI n.º 15 de Valencia de 17 de septiembre de 2010-AC/2010/1707*) como en apelación (*SAP Valencia de 23 de noviembre de 2011-AC/2011/1561*). Posición que se confirma por el *TS en sentencia de 6 de febrero de 2014 (RJ/2014/833)* y posterior *Auto de 2 de febrero de 2015 (RJ/2015/141)* con la que culmina el proceso iniciado en 2009 con la resolución ya citada. A su contenido nos referiremos un poco más tarde, solo anticipar que el TS tanto en su sentencia como en el auto posterior anula la inscripción registral de los nacimientos y entiende que aceptar la gestación por sustitución como medio de determinación de la filiación vulnera el Orden Público español.

Siguiendo con el estricto relato de “hechos” en la evolución del tratamiento de la GS en España, obligada es la referencia a la posición mantenida por la DGRN más allá de la resolución de 2009 que admitió la inscripción en el Registro Civil de los menores nacidos en

⁶² Afirmaba la DGRN que la actuación de los cónyuges, al pretender la inscripción en el Registro de los menores, no implica una actuación en fraude de Ley (art. 12.4 del CC para los casos internacionales y, en general, el art. 6.4 del mismo cuerpo legal). Los interesados no habían utilizado, según la DGRN, una “norma de conflicto” ni tampoco cualquier otra norma con el fin de eludir una Ley imperativa española. No se había alterado el punto de conexión de la norma de conflicto española, mediante, por ejemplo, un cambio artificioso de la nacionalidad de los nacidos para provocar la aplicación de la Ley de California mediante la creación de una conexión existente pero ficticia y vacía de contenido con el Estado de California. Y tampoco se podía estimar que hubieran incurrido en el conocido como “Fórum Shopping fraudulento” al haber situado la cuestión de la determinación de la filiación en manos de las autoridades californianas con el fin de eludir la Ley imperativa española. La certificación registral californiana no era una sentencia judicial que cause estado de cosa juzgada y que se intentara introducir en España para provocar un estado inalterable de filiación oponible *erga omnes*. (Vid. QUIÑONES ESCAMEZ, A., “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009”, InDret, 2009 (www.indret.com)).

California y de las resoluciones puntuales en las que ha tenido que resolver sobre impugnaciones concretas de filiación. Entre la primera de las sentencias citadas, del JPI de Valencia de septiembre de 2010 y la de la AP de Valencia de 2011, el Centro Directivo emitió la *Instrucción de 5 de octubre de 2010* (BOE 7.10.2010) sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, dictada con la finalidad de “establecer los criterios que determinen las condiciones de acceso al Registro Civil Español de los nacidos en el extranjero mediante estas técnicas de reproducción asistida”.

Conforme a la citada Instrucción, para atribuir la filiación a los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución debe existir una previa resolución judicial, dictada por Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido (Directriz primera 1).

Por otro lado, salvo que resulte aplicable un Convenio Internacional, la resolución judicial extranjera deberá ser objeto de *exequátur*, según el procedimiento contemplado en la LEC 1881⁶³. Para inscribir el nacimiento en el Registro será necesaria la presentación de la solicitud de inscripción y el auto judicial que ponga fin al procedimiento de *exequátur* (Directriz primera 2).

No obstante lo anterior, en el caso de que la resolución judicial extranjera tuviera su origen en un procedimiento judicial análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, el encargado del Registro Civil controlará incidentalmente, como requisito previo a su inscripción, si tal resolución puede ser reconocida en España (Directriz primera 3). En ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y la filiación del nacido, una certificación registral extranjera, o la simple declaración, acompañada de certificación médica,

⁶³ Hoy procede hacer referencia a los arts. 41 a 61 (Título V Del reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y documentos públicos extranjeros, del procedimiento de exequátur y de la inscripción en Registros públicos) de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil (BOE, 31.7.2015, n° 182, scc I, p. 65906/RCL/2015/1200). Conforme a la D.derogatoria única.1 de dicha Ley, quedan derogados los arts. 951 a 958 LEC 1881, por los que seguía regulándose hasta ahora el procedimiento de exequatur.

relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante (Directriz segunda)⁶⁴.

La DGRN por tanto abre una vía para proceder a la inscripción de las filiaciones derivadas de un contrato de GS celebrado en el extranjero por progenitores españoles. Puerta que parece cerrarse posteriormente con la STS de febrero de 2014.

Dicho esto, retomemos el iter de los acontecimientos y volvamos precisamente a dicha STS de 6 de febrero de 2014, en la que, frente a la posición mantenida por la DGRN en su Instrucción de 2010, el TS, resolviendo en el caso concreto del que arrancaba nuestro relato, desestima la inscripción de los nacimientos producidos en California mediante GS por vulnerar el Orden Público internacional, dado que el contrato de gestación por sustitución se encuentra prohibido expresamente en el art. 10 de la LTRHA de 2006. El TS establece claramente que el control no debe limitarse a aspectos formales, sino que ha de extenderse a cuestiones de fondo y por ello hay que entender que se produce una vulneración del Orden Público porque se mercantiliza la

⁶⁴ Con más detalle se analiza el contenido de dicha Instrucción en BENAVENTE MOREDA, P., “La filiación de los hijos de parejas, casadas o unidas de hecho...” *ob. cit.*, p. 110 a 114; J. R. DE VERDA BEAMONTE, tras analizar cada una de las directrices de la Instrucción de la DGRN, considera que la misma está prestando cobertura administrativa a un “turismo reproductivo”, el cual trata de eludir la aplicación del precepto legal (art. 10.1 LTRHA), que claramente establece la nulidad del contrato de gestación por sustitución, norma que considera de orden público, que responde al principio común en los países de Europa continental de que no puede ser objeto de tráfico jurídico las facultades reproductivas y de gestación de la mujer, porque eso supondría poner en el comercio una función de la mujer tan elevada como es la maternidad. Afirma en definitiva el autor, que la Instrucción no es que pretenda atribuir ciertos efectos jurídicos a una institución prohibida por el Derecho español, sino que está proponiendo la recepción sustantiva de la misma, lo que no le parece admisible (DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)” *Diario La Ley* n.º 7501, Sección Tribuna, 3 Nov. 2010. *La Ley* 13471/2001, p. 8). Sobre la misma Vid. igualmente VELA SANCHEZ, AJ., 2015. Gestación por encargo: tratamiento judicial y soluciones prácticas. La cuestión jurídica de las madres de alquiler. Reus, Madrid, p. 185-186. Vid. igualmente FERRER VANRELL, M^a P., “El llamado superior “interés del menor” de los nacidos como consecuencia del contrato de gestar para otro. Aspectos bioéticos”, *ob. cit.*, pp. 81-82.

gestación y se produce una cosificación de la mujer gestante y del hijo fruto de tal sistema de gestación. Las normas contenidas en el art. 10 LTRHA, señala el TS, integran también el OP internacional español en lo que respecta a la filiación que en ella se determina⁶⁵

Tres meses después de que el TS español se pronunciara anulando la inscripción registral de la filiación de los menores nacidos en California, el TEDH (scc.5^a) se pronuncia directamente sobre dos supuestos similares al resuelto por el TS en las Sentencias Menneson y Labassee contra Francia de 26 de junio 2014 (JUR\2014\176908 y JUR\2014\176905 respectivamente) en las que se condena a Francia por violación del art. 8 del CEDH por vulneración del derecho a la vida privada y familiar de los menores, nacidos en California y Minesota respectivamente, a los que se les negaba la inscripción como hijos de las correspondientes parejas subrogantes, como consecuencia de la prohibición en el ordenamiento francés del contrato de Gesta-

⁶⁵ No debe olvidarse que la STS que comentamos tuvo un voto particular, formulado por el magistrado J.A. Seijas Quintana, al que se adhirieron otros tres magistrados más. Voto que parte precisamente del desacuerdo existente con las razones por las que fue desestimado el recurso en relación con el acceso al Registro de la certificación expedida por la autoridad administrativa de California (los disidentes entiende que se había aplicado correctamente el art. 81 RRC, considerando inaplicable el art. 10 LTRHA, ya que la filiación habría quedado ya determinada conforme a la legislación californiana); el orden público (los disidentes entendieron que no se sometía a la autoridad española la legalidad del contrato, sino el reconocimiento y eficacia de una decisión extranjera, válida y eficaz conforme a su normativa). Y la denegación del reconocimiento sólo podría haberse producido cuando se contraría el OP entendido desde el interés superior del menor, criterio éste relevante por lo que se verá posteriormente en la Propuesta recientemente presentada, de introducción de un nuevo art. 101 LRC 2011 para solventar precisamente los problemas derivados de los supuestos de GS celebrados en el extranjero), y el interés superior del menor.

En esa línea crítica resultan especialmente interesantes las reflexiones que realiza GARCÍA ALGUACIL, que tras analizar el contenido de la sentencia profundiza entre los dos aspectos relevantes de la misma que considera inadecuadamente abordados por el TS, la nulidad del contrato de GS y los efectos de la misma y el problema de la determinación de la filiación de los nacidos como consecuencia del mismo (GARCÍA ALGUACIL, M^aJ. “Las claves de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014”. En Torres García, Teodora (dir.), Infante Ruiz, Francisco, Otero Crespo, Marta y Rodríguez González, Amalia (coords.). *Construyendo la igualdad. La feminización del Derecho Privado*. Tirant lo Blanch. Valencia 2017, pp. 57-82.

ción Subrogada, con la ausencia absoluta de efectos incluso respecto del progenitor que hubiera, en su caso, aportado su propio material genético⁶⁶.

Inmediatamente después del pronunciamiento del TEDH en ambas sentencias, consideradas claramente contradictorias con el pronunciamiento del TS español, se interpone en representación de los progenitores subrogantes, incidente de nulidad contra la STS de 6 de febrero de 2014 por considerarla contraria a la doctrina que se desprende de las decisiones de Estrasburgo. El resultado, el *Auto del TS de 2 febrero 2015 (RJ 2015/141)* que desestima la pretensión de nulidad, considerando que frente a los casos resueltos por el TEDH, en los que el interés superior del menor quedaba efectivamente desprotegido al no permitir por vía alguna la determinación de la paternidad ni siquiera al comitente aportante del esperma, no ocurría lo mismo en el caso español al respaldo de la legislación española protectora de los intereses de los menores por otras vías a los que los comitentes podían acudir para determinar la paternidad, no existiendo por tanto en tal caso la pretendida vulneración del art. 8 del Convenio (aludiendo con ello a la posibilidad prevista en el art. 10.3 LTRHA que lo permite, así como a la recomendación realizada por el TS al Ministerio Fiscal de adoptar las medidas necesarias para determinar la paternidad)⁶⁷.

⁶⁶ Vid. FARNÓS AMORÓS E., “La filiación derivada de reproducción asistida: Voluntad y biología”, *ob. cit.*, p. 41 ss. Según señala la autora, que analiza con profundidad el contenido de ambas decisiones: “*La principal diferencia que se observa entre los fallos del TEDH y el del TS en la sentencia ya analizada de 6 de febrero del mismo año es el valor que otorgan al interés superior del menor: mientras que el TEDH lo sitúa por encima del OP internacional francés, el TS español otorga prevalencia al OP internacional español y por ello impide que el acuerdo de GS despliegue sus efectos en España...*”.

⁶⁷ Posteriormente se ha vuelto a pronunciar el TEDH en dos supuestos similares a los casos Mennesson y Labassee. Se trata de los casos FOULON y BOUVET vs Francia de 21 de julio de 2016 (TEDH 2016/61) y LABOIRE vs Francia de 19 de enero de 2017 (JUR/2017/14349). En ellos, el TEDH, vuelve a condenar a Francia por violación del art. 8 del CEDH (vida familiar de los menores) ya que si bien tras las sentencias de 2014 se produce un cambio en la doctrina jurisprudencial francesa, permitiendo, en sendas sentencias de 3 de julio de 2015 la determinación de la filiación por reconocimiento o posesión de estado respecto del progenitor que aportó el material genético, sin embargo el Tribunal considera que la fórmula utilizada por el Gobierno francés que permite el recurso a tales vías, como hipotéticas, pero que no resuelven ni extraen ninguna conclusión en

Como consecuencia de las posiciones claramente contradictorio entre la DGRN y el TS en esta materia se ha venido produciendo una situación cuanto menos preocupante en las diferentes resoluciones dictadas tras la Instrucción de la DGRN de 2010 y una vez firme la STS de febrero de 2014.

Así, inicialmente la DGRN a partir de dicha Instrucción comienza a admitir, siguiendo los dictados de ésta, la inscripción de los nacimientos producidos en el extranjero que tuvieran origen en una resolución judicial de autoridad extranjera, sin necesidad de exigir el exequatur, si se

cuanto a la admisibilidad o a la fundamentación de las demandas. Por ello el Tribunal, considerando las circunstancias del asunto, no observa ninguna razón para concluir algo diferente que en los asuntos *Mennesson* y *Labassee*. El Tribunal concluye en consecuencia que no ha habido violación del artículo 8 del Convenio respecto al derecho de los demandantes al respeto de su vida familiar, pero que sí ha habido violación de esta disposición con respecto al derecho de los demandantes segunda, cuarto y quinto respecto a su vida privada (los menores). Obligado en este punto es referirnos a la posición mantenida por el TEDH en su primera respuesta a la Consulta realizada por la Corte de Casación francesa, de 10 de abril de 2019, en relación con la forma en que ha de procederse respecto de las inscripciones en el registro de los niños nacidos como consecuencia de un proceso de Gestación subrogada practicado en el extranjero, en relación con la madre de intención (consulta derivada fundamentalmente del pronunciamiento del propio TEDH en los casos *Mennesson* y *Labassee* recién citados). En este sentido el TEDH siguiendo el criterio del respeto al “margen de apreciación de los Estados” resuelve indicando que “*Les Etats n’ont pas l’obligation de procéder à la transcription de l’acte de naissance d’un enfant né d’une GPA à l’étranger pour établir son lien de filiation avec la mère d’intention, l’adoption pouvant être une modalité de reconnaissance de ce lien*” por lo que se evidencia la no obligatoriedad de transcribir el acta de nacimiento del nacido tal y como se practicó en el lugar de nacimiento.

Si bien (creemos que ello es trascendente a los efectos que se dirán, al afectar al contenido de dos recientes pronunciamientos de la DGRN español de febrero de 2019 y por tanto anteriores al posicionamiento de Estrasburgo), termina señalándose que: “*Il importe cependant que les modalités prévues par le droit interne garantissent l’effectivité et la célérité de leur mise en oeuvre, conformément à l’intérêt supérieur de l’enfant*”. Ello pone de manifiesto que cualquier sistema de inscripción del nacido deberá garantizar, en atención al interés superior del menor, la efectividad y celeridad en la inscripción. Algo que por otro lado, no se predica desde luego en los procedimientos de adopción seguidos conforme a la vigente legislación española. (Vid. Avis consultatif P-16-2018-001-Pdf, CEDH 132 (2019) 10.04.2019) (https://www.echr.coe.int/Documents/Press_Q_A_Advisory_opinion_ENG.PDF; [https://hudoc.echr.coe.int/leng-press#{"itemid":\["003-6380685-8364782"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/leng-press#{))

habían basado en un procedimiento equiparable al de Jurisdicción Voluntaria previsto por la LEC de 1881 (Tal es el caso de las RRDGRN 3 de mayo 2011(JUR 2012/107637), 6 de mayo 2011(JUR/2012/110698 y 147776), 9 de junio de 2011(JUR/2012/151437, 151438 y 151439), 23 de septiembre 2011(JUR 2012/168313 y 168314), 12 diciembre 2011(JUR 2012/307190), 22 de diciembre 2011 (JUR 2012/4307191)).

No se admitía sin embargo la inscripción en aquellos casos en los que la determinación de la filiación viniera de la mano de un mero certificado de nacimiento expedido en el extranjero ((RRDGRN 23 de septiembre 2011 (JUR 2012/168312), 27 de junio 2011 (JUR 2012/151441), 6 de mayo 2011 (JUR 2012/114782), 19 diciembre 2014 (RJ 2015/256866 y 259979)

La aparición de la STS de febrero de 2014 paralizó momentáneamente las inscripciones, hasta que el conflicto entre DGRN y TS se agudiza de nuevo como consecuencia de la Circular/Informe emitido por la DGRN de 11 de julio de 2014 por el que se ordena a los Registros la Inscripción de los nacimientos, siguiendo las directrices de la Instrucción de la DGRN de 2010, sin que, se apunta, la STS de 6 de febrero de 2014 constituya obstáculo alguno para la procedencia de las inscripciones⁶⁸. De hecho, con posterioridad a dicho Informe se reitera la posición permisiva de la DGRN en resoluciones como las de 19 diciembre 2014 (RJ 2015/5079; JUR 2015/256852 y 256807) y 16 de enero de 2015 (JUR 2015/259893) entre otras.

Finalmente (de momento) la contradicción se vuelve a instalar en el seno de la propia DGRN cuando a raíz del problema ocasionado como consecuencia del nacimiento en Ucrania, por medio de Gestación por sustitución, de numerosos niños de familias españolas que habían recurrido a dicho proceso al amparo de la legislación permisiva de aquél país, se cierra la vía de inscripción en el Consulado, imposibilitando el retorno de las familias con los menores a España. Son dos las Instrucciones de la DGRN (previas como se ha indicado a la respuesta consultiva del TEDH de 10.4.2019), las que con una

⁶⁸ Consultado en la Web del Colegio de Abogados de León (<https://www.ical.es/actualidad/noticias/la-dgrn-remite-a-los-criterios-establecidos-por-la-instruccion-de-5-de-octubre-de-2010-para-la-inscripcion-registral-de-los-ninos-nacidos-de-vientre-de-alquiler/1583>) (noticia de 30.7.2014).

diferencia de apenas cuatro días establecen posiciones claramente contradictorias en torno a la posibilidad de inscribir los nacimientos de los menores que vengan de la mano de una certificación registral.

La primera de ellas, la *Instrucción de 14 de febrero de 2019 sobre “Actualización del Régimen registral de la Filiación de los nacidos mediante Gestación por Sustitución”*⁶⁹.

En la misma, se analizaba de forma detallada el marco legal, jurisprudencial y doctrinal vigente, destacando la necesidad de *actuar y adaptar* a las nuevas realidades normativas y jurisprudenciales la Instrucción de la propia Dirección, de 5.10.2010 a la que derogaba. Conforme a la misma se establecía la posibilidad de inscripción de los nacidos en dicho país, no sólo cuando la filiación se había determinado como consecuencia de una decisión judicial sino también en los casos en los que traía su origen en una certificación de nacimiento:

Así, en primer lugar se admitía la inscripción de los nacidos en el extranjero por GS, presentando la solicitud de inscripción junto con resolución judicial dictada por tribunal competente, siguiendo en este punto los dictados de la Instrucción de 2010 ya mencionada.

En segundo lugar e igualmente con criterio semejante a la Instrucción de 2010 se fijaba la inadmisión como título de inscripción de la mera certificación registral extranjera o declaración acompañada de certificación médica en la que no constase la identidad de la gestante. Debía por ello constar la filiación del padre y quedar acreditada la maternidad biológica de la gestante siendo en tal caso posible la inscripción por la certificación si constaba también la filiación materna. Para hacer constar la paternidad del cónyuge o pareja del comitente genitor biológico se recurriría a la adopción.

Por último, en aquellos casos en los que la legislación extranjera no determinase la maternidad para la mujer gestante sino para mujer distinta de la gestante (comitente) se establecía la necesidad de buscar solución que evite la situación de abandono del nacido, fundamentalmente tomando en consideración la existencia de vínculo con la

⁶⁹ Consultado en https://e04-elmundo.uecdn.es/documentos/2019/02/16/instruccion_gestacion.pdf

comitente si aportó su óvulo a la fecundación, aplicando en tal caso el criterio del art. 10.3 LTRHA.

La segunda *Instrucción, de 18 de febrero de 2019* (BOE nº 45 de 21.2.2019), anula la Instrucción anterior retomando el contenido y vigencia de la Instrucción de 2010 y en tal sentido: a) deja sin efecto la RDGR de 14.2.2019, a todos los efectos, incluso derogatorios en relación con los nacidos con posterioridad a la entrada en vigor de la propia instrucción (21.2.2019); b) Desestima las solicitudes de inscripción en el Registro Civil consular posteriores a su entrada en vigor, salvo que se apoyen en sentencia firme dotada de exequatur u objeto de control incidental conforme a la Instrucción de la DGRN de 2010; c) Establece la posible obtención del pasaporte y permiso de los menores para viajar a España a fin de iniciar procedimiento de inscripción de filiación.

En definitiva, no solo existe una contradicción entre el TS y la DGRN, sino que la propia DGRN entra en contradicción consigo misma, fruto evidente de un claro desacuerdo con el Gobierno de España que se patentiza de forma clara en un comunicado del Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación español, emitido desde el Servicio de Prensa de la Moncloa el día 17 de febrero, previo a la Instrucción que acabamos de mencionar, en el que el Ministerio”. (...) *recuerda que los cónsules y encargados de los Asuntos Consulares están sujetos, como responsables de los Registros Civiles Consulares, al contenido de las Instrucciones de dicha Dirección General, a la normativa sobre Registro Civil y a la Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, sin dejar de dar solución a las situaciones de hecho que se hayan creado, atendiendo al interés superior del menor.*

En el caso concreto de Ucrania, la Embajada de España en Kiev está realizando gestiones con las autoridades ucranianas para estudiar las alternativas existentes, y atenderá de manera individualizada a las familias españolas que se encuentran en el país para informarles sobre la legislación vigente y las posibilidades legales y para ayudarles a buscar la mejor solución posible en estrecho contacto con el Ministerio de Justicia.

En todo caso, el Gobierno tiene la obligación de preservar y proteger los derechos de las madres biológicas involucradas en este pro-

ceso, independientemente de su nacionalidad, así como de proteger el interés superior del menor.

A la vista de esta situación, el Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación sigue desaconsejando el inicio de cualquier proceso de gestación subrogada, recomendación que este Ministerio lleva haciendo desde hace años”⁷⁰

3.2.2. La inscripción en el Registro Civil de la filiación derivada de contrato de Gestación subrogada celebrado en el extranjero⁷¹

Más allá de lo dispuesto en el art. 10 LTRHA y las interpretaciones contradictorias entre el TS y la DGRN conforme se ha relatado en el apartado anterior, trataremos de analizar los instrumentos con los que se cuenta y con los que se ha intentado contar, para permitir o posibilitar la inscripción en el Registro Civil de los nacimientos producidos en el extranjero como consecuencia de un contrato de Gestación por sustitución.

Ciertamente la forma inicial de abordar el problema de la inscripción registral de los nacimientos acaecidos en el extranjero en tales casos se gestionó desde la DGRN atendiendo al sistema de inscripción y reconocimiento de sentencias, documentos y certificaciones extranjeras. Así se abordó de hecho como hemos visto en la primera Resolución a la que hemos aludido en este trabajo, la de 18 de febrero de 2009.

La normativa invocada por la DGRN para permitir la inscripción de las decisiones extranjeras sobre GS era la prevista en la LRC 1957 y su Reglamento (RRC), así como las normas de la LEC reguladoras del exequatur.

⁷⁰ <http://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/exteriores/Paginas/2019/170219gestacion-subrogada.aspx> (Fecha de consulta:28.4.2019)

⁷¹ Sobre la evolución de las posibles vías de inscripción registral vid. FERRER VANRELL, M^a P., “El llamado superior “interés del menor” de los nacidos como consecuencia del contrato de gestar para otro. Aspectos bioéticos”, *ob. cit.*, pp. 84-85.

Así, tratándose de *Certificaciones de Nacimiento*, emitidas por autoridades extranjeras, la DGRN conforme a la RDGRN de 18 de febrero de 2009, invocaba la aplicación de los arts. 81, 85, 86 y 88 RRC de 1958 (FD 3º y 4º) conforme a los cuales el documento (certificado emitido por la autoridad extranjera en este caso), sea judicial, administrativo o notarial debía ser considerado como título para inscribir el hecho de que da fe, siéndolo también el documento auténtico extranjero con fuerza en España con arreglo a las leyes o a los Tratados Internacionales. Tal certificado en todo caso debía reunir las características previstas en el art. 85 RRC (que sea regular y auténtico, de forma que el asiento de que certifica, en cuanto a los hechos de que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la ley española).

Matiza posteriormente la DGRN en su Instrucción de 5 de octubre de 2010, que incorpora la doctrina consolidada por el TS, aplicando las reglas establecidas en los arts. 954 ss LEC de 1881, vigente después de la entrada en vigor de la LEC de 2000, conforme a las cuales se regula el procedimiento de exequatur o reconocimiento de las decisiones judiciales extranjeras, señalándose no obstante, como vimos más arriba, que en aquellos casos en los que el procedimiento en el que se había determinado la filiación conforme al derecho extranjero fuera un procedimiento similar al de Jurisdicción Voluntaria, la inscripción no debería pasar por el procedimiento de exequatur, bastando a tales efectos con el reconocimiento incidental de la resolución como requisito previo a su inscripción.

Dicho esto, el siguiente paso nos dirige hacia el análisis de la regulación en la LRC de 2011, en la que específicamente podemos derivar nuestro análisis hacia el art. 44 de la misma que se refiere expresamente a la inscripción del nacimiento y la filiación, así como a sus artículos 94 a 100 que bajo el Título X, Normas de Derecho Internacional Privado, regulan expresamente el sistema de inscripción de las Resoluciones Judiciales extranjeras, documentos extranjeros extrajudiciales y certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros.

Debe señalarse en todo caso como punto de partida que, si bien el art. 44⁷² entró en vigor el 15 de octubre de 2015⁷³, sin embargo los artículos 94 a 100 no entrarán en vigor hasta 30 de junio de 2020⁷⁴.

En cualquier caso, el art. 44 LRC, no previó en su regulación inicial absolutamente nada, ni relativo al sistema de inscripción de la filiación derivada del uso de Técnicas de Reproducción Asistida, ni por supuesto nada relativo a la inscripción de las filiaciones derivadas de un proceso de GS, que el propio art. 10 LTRHA consideraba y considera como contratos nulos. Por tanto nada regulaba ni regula tampoco en relación con el sistema de posible inscripción de las filiaciones en tales casos cuando tienen su origen en un Contrato de Gestación por sustitución celebrado en el extranjero.

Sin embargo conviene tener en cuenta que en un momento de la evolución del citado precepto, desde su redacción originaria en 2011, hasta la vigente regulación, se produjo un intento de introdu-

⁷² Con la vigente redacción, debida a la modificación que le otorgó el art. 2.1 de la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil (BOE 167, 14.7.2015).

⁷³ Conforme a la D. Final 10ª tras la redacción que le confiere el art. 2.10 de la Ley 19/2015 citada.

⁷⁴ Tengase en cuenta que conforme a la D.F 10ª de la LRC de 2011, modificada ya en numerosas ocasiones (la más reciente por Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en relación a la ocupación ilegal de viviendas), la LRC (con las salvedades expresadas en la citada Disposición) no entrará en vigor hasta el 30 de junio de 2020, por lo que, los arts que se refieren específicamente a las normas de derecho Internacional Privado (arts. 94 a 100, relativos precisamente al sistema de inscripción de las resoluciones judiciales extranjeras (art. 96), documentos extranjeros extrajudiciales (art. 97) y certificaciones de asientos extendidos en Registros extranjeros (art. 98), no entrarán en vigor hasta junio de 2020.

A ello hemos de añadir que, aun sin haber entrado en vigor, dichos preceptos en cuanto se refieren al procedimiento de exequatur previsto en los arts. 940 ss LEC de 1881, han de ser modificados por el actual procedimiento previsto en los arts 41 a 61 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil (Ley 29/2015, de 30 de julio (RCL/2015/1200)).

De la misma forma hay que entender que la referencia hecha al procedimiento seguido en el extranjero como análogo al de Jurisdicción Voluntaria ha de entenderse ahora con referencia no al previsto originariamente al de la LEC de 1881, sino al previsto específicamente en los artículos 11 y 12 de la LJV de 2015.

cir formalmente parte del contenido de la Instrucción de la DGRN de 2010 a la que venimos aludiendo, de forma que, atendiendo a la promesa del Gobierno de incluir una solución a los nacidos mediante “gestación por sustitución”, se incluyó un pfo. 7 al artículo 44 en el Proyecto de Ley de 18 de junio de 2014 de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil (BOCG. Congreso de los Diputados, 23.6.2014, n° 101-1 p. 1) en el que se indicaba que: *”En los casos de nacimiento fuera de España, cuyo régimen de filiación esté sujeto a la legislación extranjera, se consignará para hacer constar la filiación paterna no matrimonial la declaración conforme del padre y de la madre sobre dicha filiación; si la madre estuviera casada y la legislación extranjera lo exigiera, se precisará la conformidad del marido respecto de tal filiación. En cualquier otro caso, para la inscripción en el Registro Civil de la filiación del nacido será necesario que haya sido declarada en una resolución judicial reconocida en España mediante un procedimiento de exequátur”*⁷⁵.

Dicho lo anterior, tan sólo se encuentra por tanto en vigor en los momentos actuales el art. 44 LRC de 2011. No así como acabamos de ver, las normas de Derecho Internacional Privado relativas a la eficacia de las resoluciones judiciales extranjeras (art. 96 LRC), documentación extrajudicial extranjera (art. 97 LRC 2011) o Certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros (art. 98 LRC 2011).

Igualmente en cuanto al procedimiento de exequatur al que alude el art. 96.2 citado, ya no ha de entenderse realizada la referencia al previsto en la LEC de 1881, sino a las normas contenidas, como hemos indicado, en los arts. 41 a 61 de la Ley 29/2015 de Cooperación Judicial Internacional en materia civil, que se encuentra en vigor con

⁷⁵ En trámite de enmiendas el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso propuso (enmienda n° 116), la supresión del apartado 7 del art. 44 del Proyecto. Como única justificación, una lacónica referencia: Mejora técnica.(BOCG. 26.5.2015. Congreso de los Diputados, Serie A-n° 101-2, p. 82-83.

En el texto del Proyecto que llega al Senado ya no aparece el contenido del pfo.7 del art. 44 tal y como se recogía en el Proyecto inicial, desapareciendo toda referencia a los supuestos de filiación determinada conforme a la legislación extranjera, así como de la necesidad de que pudiera exigirse seguir un procedimiento de exequatur para dar validez a una resolución judicial extranjera (BOCG. Senado, n° 539, 11.6.2015).

independencia de que los preceptos de la LRC citados aún no lo estén. Igual que, en su caso, resultan aplicables las normas contenidas en los arts. 11 y 12 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria de 2015, que sustituyen a la normativa prevista al efecto en la LEC de 1881, en vigor hasta el momento en que lo hizo la LJV. Pues bien y sin entrar en detalles de análisis de dichos preceptos, que exceden del contenido expreso de nuestro trabajo, en todas estas normas recién invocadas, el legislador, más allá de las interpretaciones que la DGRN realizara en su Instrucción de 2010, se termina haciendo remisión, para el reconocimiento de efectos a los actos judiciales o de jurisdicción voluntaria, a la necesidad de ser acordes con el Orden Público español.

Es por tanto la interpretación del Orden Público la que, siguiendo el criterio del TS mantenido en su Sentencia de 2014 y ratificado en el Auto de 2015, supone un impedimento cierto a la inscripción de los nacimientos producidos en el extranjero como consecuencia de un Contrato de Gestación por sustitución, lo que sigue entrando en contradicción con la práctica real que nos sitúa ante respuestas diferentes y permisivas (en unos casos sí y en otros no) de la inscripción.

Por ello y ante este panorama, ante la ausencia de regulación específica aparece con un cierto carácter de “aire fresco” aunque no suficiente como para calificarlo de bocanada real de aire fresco, la *Propuesta presentada por LA FUNDACIÓN FIDE & FUNDACIÓN GARRIGUES de 1 de octubre de 2018: “Propuesta de reforma de la regulación española sobre la inscripción de relaciones constituidas en el extranjero mediante gestación Subrogada”*⁷⁶.

La Propuesta se decanta por introducir un nuevo y último artículo 101 en la LRC, dentro del Título X, dedicado precisamente a las normas de Derecho Internacional Privado, con propuesta de entrada en vigor con carácter inmediato, lo que de alguna forma solucionaría parcialmente el problema de la Inscripción de los nacimientos produ-

⁷⁶ El documento así como el desarrollo seguido para su discusión y aprobación se puede consultar en la Web de la Fundación FIDE (<https://www.fidefundacion.es/attachment/1085483/>)(última consulta 17.12.2018). Resulta de interés su lectura porque resume hasta el último objeto de debate, el proceso seguido en España en el tema, del que hemos dado cuenta en este trabajo y que resulta imprescindible para entender los diferentes pasos que se están dando y los que aún quedan por dar desde nuestro punto de vista.

cidos en el extranjero fruto de un contrato de Gestación Subrogada, al tratar de paliar, de alguna forma, el que hemos señalado como problema en el que confluyen todos los recursos legales (en vigor o no) a los que hemos hecho referencia anteriormente: el problema de la interpretación del Orden Público y su vulneración al admitir la inscripción de tales filiaciones, al que si nos damos cuenta se ha conducido fundamentalmente el problema de momento. Igualmente y como medida para cerrar el círculo, se pretende la integración de su contenido en la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil (en concreto en su art. 62), precisamente también para potenciar una interpretación del Orden Público que tome en consideración el interés superior del menor tal y como se define en los Instrumentos europeos en vigor en España.

Así se propone un nuevo artículo 101 LRC, conforme al cual se prevé que: *“En el caso de la inscripción de títulos extranjeros que acrediten una relación de filiación constituida en el extranjero mediante gestación subrogada, la apreciación de la eventual contradicción con el orden público español deberá tener en cuenta necesariamente el respeto al interés superior del menor, tal y como éste aparece definido en los instrumentos europeos y convencionales en vigor en España”*.

Resulta obvio, a la vista de lo que se ha señalado, que es necesario dar una respuesta en este punto al sistema de acceso de los nacimientos de menores fuera de España fruto de un proceso de Gestación por sustitución permitido conforme a un ordenamiento extranjero. Las contradicciones a las que nos está conduciendo la falta de uniformidad entre el tratamiento del tema por parte del legislador, del TS y de la propia DGRN no conducen más que a una clase desprotección de los intereses, en este punto, más dignos de protección, que son los de los menores que han venido al mundo ajenos a la vía o medio por el cual se ha producido su nacimiento, lo que resulta claramente discriminatorio si se tiene en cuenta al menos el Dictamen no vinculante emitido por parte del TEDH el 10 de abril de 2019.

4. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALES URÍA ACEVEDO, MA., *El derecho a la identidad en la filiación*. Tirant monografías 787. Valencia: Tirant lo Blanch. 2012.
- ANDREÚ MARTÍNEZ, B., “La doble maternidad tras la reforma del artículo 7.3 LTRHA y la resolución de la DGRN de 8 febrero de 2017: ¿Realmente avanzamos o hemos retrocedido? *InDret*. Barcelona, abril 2018, pp. 1-35 (www.indret.com)
- BARBER CÁRCAMO, R., “Reproducción asistida y determinación de la filiación”. *REDUR* 8, diciembre 2010, pp. 25-37.
- BARBER CÁRCAMO, R., *La filiación en España: una visión crítica*, Cizur Menor: Thomson Aranzadi. 2013.
- BARBER CÁRCAMO, R., “Doble maternidad legal, filiación y relaciones parentales”. *Derecho privado y Constitución*. Nº 28, 2014, pp. 93-136.
- BENAVENTE MOREDA, P., “La filiación de los hijos de parejas, casadas o unidas de hecho, del mismo sexo. La situación legal y jurisprudencial actual”. *Anuario de Derecho Civil*, LXIV, I. 2011, pp. 75-12.
- BENAVENTE MOREDA, P., “Los Errores de Legislar en Paralelo: La Problemática Aplicación de las Reglas sobre Filiación (Determinación, Acciones de Reclamación e Impugnación) en la Filiación Derivada del Uso de Técnicas de Reproducción Humana Asistida”. *Oñati Socio-Legal Series*, Vol. 7, nº 1 (2017) editado por las profs. **Marisa Herrera**, **Natalia de la Torre** y **Agustina Pérez** (Universidad de Buenos Aires): *Derechos reproductivos y Reproducción Asistida. Género, diversidad sexual y Familias en Plural*. (Posted: 25 Apr 2016 Last revised: 1 Mar 2017) Oñati Socio-legal Series, forthcoming DRAFT ISSN: 2079-5971. Abril, 21 2016 (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2768263)
- BLANCO-MORALES LIMONES, P., “Una filiación: tres modalidades de establecimiento. La tensión entre la ley, la biología y el afecto”. *Millennium. Derecho Internacional Privado*. DiPr. Edit. Tirant lo Blanch. Zaragoza. 2018. Nº 1. pp. 1-16. (<http://www.millenniumdipr.com/archivos/1433416687.pdf>)
- CABEZUDO BAJO MJ., “Avances hacia una regulación de la gestación por sustitución en España en base al modelo regulado en el Estado de California”. *Revista de Derecho y Genoma Humano. Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada* Núm. 46, Enero-Junio 2017, Editorial Dykinson, pp. 59-120.
- CASADO, M., NAVARRO-MICHEL, M., “Documento sobre Gestación por Sustitución”. Observatorio de Bioética i Dret, Universitat de Barcelona. Barcelona, 20019. (www.bioeticaidret.cat; www.bioeticayderecho.ube.edu)

- CABRERA CARO, L., “Implicaciones éticas y jurídicas de la Gestación por sustitución: mater Semper certa est?”. En Martos Calabrús, MA (dir), Bastante Granell, V. (coord.). *En torno a la filiación y las relaciones paterno filiales*. Comares. Granada, 2018. pp. 47-62.
- CASTILLO MARTÍNEZ, C., “La doble inscripción de la filiación matrimonial y la justificación del requisito del uso de técnicas de reproducción asistida. Comentario a la RDGRN de 8 de febrero de 2017”. *Actualidad Civil*, 2017 (4), p. 21-32.
(http://laleydigital.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAC1PTW-DMAz9Nc1xoqgfu-RAwqVSVRCIO-wymcSCaFlSJYbCu19aasmy9d6z_RwX593yx9swIi-PoIj8wUDSCLb3ix2dvJmyhS7gPGoNY-JaRJ7ANRp5nLA7-cYHJ9EDGOwFh3WW05mWbpch3--zzwCYMMQn4l-nREbL-B9MM5Ja16iNHEEgi4rMqf4tZWzSbfpfH6W2yO6gnWN3E-yUKeqsuL2haNYBEhqqKGGHnlyTME4-1B4n5l1vwm4vuj1xGT-wwY3TOEsIunC6xZneC8RIIMx15NYJpmyqyQ9KsOj0-61_BAxuYS8BAAA=WKE)
- DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, MS., “Acción de reclamación de la filiación y doble maternidad legal. A propósito de las SSTs de 5.12.2013 y 15.1.2014”. In *Dret*.1/2015. (<http://www.indret.com/es/>)
- DÍAZ ROMERO MR., *Autonomía de la voluntad y contrato de Gestación Subrogada: Efectos jurídicos*. Thomson Reuters Aranzadi. Cizur Menor (Navarra). 2018
- FARNÓS AMORÓS E., *Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*. Barcelona: Atelier. 2011.
- FARNÓS AMORÓS E., 2015. La filiación derivada de reproducción asistida: Voluntad y biología. *Anuario de Derecho Civil*. LXVIII I, pp. 5 a 61.
- FARNÓS AMORÓS, E., “Más allá del reconocimiento: propuestas para regular la gestación por sustitución”, en CARRIO, A. (Coord.), Marcial Pons, Barcelona (*en prensa*).
- FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A., VERDERA SERVER, R., “Retos actuales de la determinación extrajudicial de la filiación”. *Retos actuales de la Filiación* (Asociación de profesores de Derecho Civil), Tecnos, 2018, pp. 15-69.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, S., HERNÁNDEZ CORROCHANO, E., KONVALINKA, NA. Y SANCHEZ MOLINA, R., “La Gestación subrogada bajo prismas diferentes. Cuatro corrientes de análisis para un mismo tema”, *Antropología experimental* n° 18, 2018. Texto 21: p. 319-335 (<http://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rae>)
- FERRER VANRELL, Mª P., “El llamado superior “interés del menor” de los nacidos como consecuencia del contrato de gestar para otro. Aspectos bioéticos”. En Lledó Yagüe Francisco, Ferrer Vanrell, Mª Pilar, Torres La-

- na, José Ángel y Achón Bruñen M^aJosé (dirs), Monje Balmaseda, Óscar (coord.). *Estudio sistemático de la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia*. Dykinson. Madrid, 2018. pp. 73-100.
- GARCÍA ALGUACIL, M^aJ. “Las claves de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014”. En Torres García, Teodora (dir.), Infante Ruiz, Francisco, Otero Crespo, Marta y Rodríguez González, Amalia (coords.). *Construyendo la igualdad. La feminización del Derecho Privado*. Tirant lo Blanch. Valencia 2017, pp. 57-82.
- GARCÍA VICENTE, JR., “Comentarios a los arts. 235-1 a 235-14”. En: Egea y Fernández J, Ferrer y Riba J. (Directors). Farnós Amorós E. (Coord): *Comentaria al llibre segon del Codi civil de Catalunya. Família i relacions convivencials d' ajuda mútua*. Barcelona: Atelier. 2014, pp. 581 a 514.
- GUERRA PALERMO, MJ. “Contra la mercantilización de los cuerpos de las mujeres. La “Gestación subrogada” como nuevo negocio transaccional” en Rodríguez Delgado, J.: Vulnerabilidad, justicia y salud global. *Dilemata, Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, n° 26, 2018. pp. 39-51.
- GONZÁLES PÉREZ DE CASTRO, M., *La verdad biológica en la determinación de la filiación*. Dykinson. Madrid. 2013.
- H.PUELO, Alicia, “Nuevas formas de desigualdad en un mundo globalizado. El alquiler de úteros como extractivismo” en *Revista Europea de Derechos Fundamentales* · primer semestre 2017: 29, pp. 165-184.
- HEREDIA CERVANTES I., 2015. La inscripción de relaciones de filiación constituidas en el extranjero mediante gestación por sustitución: seis años desperdiciados. En: Benavente Moreda P.y Farnós Amorós E, (coord.). *Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual*. Boletín del Ministerio de Justicia. Monográfico. n° 2179.2015, pp. 339-396.
https://www.google.es/search?q=Treinta+a%20a%C3%B1os+de+reproducci%C3%B3n+asistida+en+Espa%C3%B1a:una+mirada+interdisciplinaria+a+un+fen%C3%B3meno+global+y+actual.+Bolet%C3%ADn+del+Ministerio+de+Justicia.+Monogr%C3%A1fico.+n%C2%BA+2179.+339-396&ie=utf-8&oe=utf-8&gws_rd=cr&ei=obNdVsbRNIf2Uo3UgaAO.
- HERRERA, M., 2014, Principales cambios en las relaciones de familia en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. *Edit. Infojus*. (www.infojus.gov.ar).
- HERRERA, M., DE LA TORRE, N., FERNÁNDEZ, S., *Manual de Derecho de las Familias*, Abeledoperrot, Buenos Aires, 2015.

- HERRERA, M., DE LA TORRE, N., FERNÁNDEZ, S., *Derecho Filial. Perspectiva contemporánea de las tres fuentes filiales*. Thomson Reuters. La Ley, Buenos Aires, 2018.
- INIESTA DELGADO J.J. “La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida”. En: Yzquierdo Tolsada y Cuenca Casas, (dirs). *Tratado de Derecho de Familia*. Vol. VI..Cizur Menor.Aranzadi: Thomson Reuters Aranzadi, 2011, pp. 735-850.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., HERRERA, M., LAMM, E., 2012. Ampliando el campo del derecho filial en el derecho argentino (1) Texto y contexto de las técnicas de reproducción humana asistida. *Revista Derecho Privado*. Año I N. 1. Ediciones Infojus, p. 3 Id Infojus: DACF120032 (<http://www.infojus.gob.ar/aida-kemelmajer-carlucci-ampliando-campo-derecho-filial-derecho-argentino-texto-contexto-tecnicas-reproduccion-humana-asistida-dacf120032-2012/123456789-0abc-defg2300-1fcanirtcod>)
- LAMM, E., *El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. Hacia una nueva concepción de las relaciones de filiación: en las fronteras del derecho civil y la bioética*. Universidad de Barcelona. Facultad de Derecho, 2010.
- LAMM, E., 2012. La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. *Revista de bioética y derecho*. N.24.77-91.
- LAMM, E., “Repensando la Gestación por sustitución desde el Feminismo”: MJ-DOC-13769-AR | MJD13769 <https://aldiaargentina.microjuris.com/2018/12/03/repensando-la-gestacion-por-sustitucion-desde-el-feminismo/> (fecha de consulta 3.12.2018).
- LÁZARO PALAU CM, “Reflexiones en torno a la maternidad subrogada”. En Martos Calabrús, MA (dir), Bastante Granell, V. (coord.). *En torno a la filiación y las relaciones paterno filiales*. Comares. Granada, 2018, pp. 19-29.
- NANCLARES VALLE J., 2008 “Reproducción asistida y doble maternidad por naturaleza” - BIB 2008/575-Aranzadi civil n° 7.
- NAVARRO CASTRO, M., 2012. Artículo 44. Inscripción de nacimiento y filiación, en Comentarios a la Ley de Registro Civil (COBACHO GÓMEZ, JA; LECIÑENA IBARRA, A., dir).Thomson Reuters Aranzadi, 2012, pp. 681 a 703.
- NÚÑEZ, R., FEITO, L., ABELLÁN, F., 2016 “Propuesta de bases generales para la regulación en España de la Gestación por sustitución” editado por el Grupo de Ética y buena práctica clínica, de la Sociedad española de fertilidad. (<https://www.sefertilidad.net/docs/grupos/etica/propuestaBases.pdf>).
- ORTEGA LOZANO, R, ÁLVAREZ DÍAZ, J.A., HERREROS RUIZ VAL-DEPEÑAS, B. y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, MA. “Gestación subrogada:

- aspectos éticos”, en Rosana Triviño Caballero: Cuestiones abiertas sobre la gestación subrogada” *Dilemata, Revista Internacional de éticas aplicadas* n° 28, 2018. p. 63 a 74.
- PALACIOS GONZÁLEZ, MD., “Técnicas de reproducción asistida, determinación de la filiación e interés superior del menor”. En Martos Calabrús, MA (dir), Bastante Granell, V. (coord.): *En torno a la filiación y las relaciones paterno filiales*. Comares. Granada, 2018, pp. 65 a 77.
- PANIZA FULLANA, A., “Doble maternidad de hecho y su problemática”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 7/2011 parte Jurisprudencia. Comentarios, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2011. (Bib/2011/1597).
- PÉREZ CONESA, C., “Determinación de filiación extramatrimonial por posesión de estado de mujer homosexual tras la ruptura de relación de pareja con otra mujer, madre biológica del menor nacido mediante técnica de reproducción asistida. Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2014. Voto particular”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil num.2/2014 parte Comentario*. 2014. Aranzadi, BIB 2014/968
- POZZOLO, Susanna, (coord.) “Surrogacy” or Pregnancy for others. A first round of opinions”. Participants: Antonia Durán Ayago, Anika König, Barbara Katz Rothman, Pilar Benavente Moreda, Susanne L. Goessl, Sophie Dannecker, Laura Nuño Gómez, Cinzia) En Piciocchi, Judit Zeller-AG *AboutGender. International journal of gender studies*. 2016, vol.5, n°10, pp. 331-357. <http://www.aboutgender.unige.it>.
- QUICIOS MOLINA, S., “¿Cómo puede determinarse la maternidad de la esposa de la mujer que ha dado a luz un hijo concebido utilizando alguna técnica de reproducción asistida? Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2013”. *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, N.95, 2014, pp. 18 ss. (<http://proview.thomsonreuters.com>).
- QUICIOS MOLINA, S., *Determinación e impugnación de la filiación*. Thomson Reuters Aranzadi. Madrid, 2014.
- QUICIOS MOLINA, S., “Determinación de una segunda maternidad no adoptiva: Estado de la cuestión”. *Retos actuales de la Filiación* (Asociación de profesores de Derecho Civil), Tecnos, 2018, pp. 185-227.
- ROCA GUILLAMÓN, J., DE LAS HERAS GARCÍA, MA. 2012. Artículo 4. Hechos y actos inscribibles. En Cobacho Gómez, JA., Leciñena Ibarra, C., (Dtrs). *Comentarios a la Ley de Registro Civil*. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, p. 121 ss.
- RODRÍGUEZ GUITÍAN A., “Nuevos dilemas jurídicos de la reproducción asistida en España”. En Benavente Moreda, P., Farnós Amorós, E., (coords): *Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada*

- interdisciplinaria a un fenómeno global y actual. Boletín del Ministerio de Justicia.* Año LXIX.Nº 2179. 2015, pp. 85 a 174.
- SALMERÓN MANZANO E, “La maternidad subrogada en España: posible regulación legal de un contrato nulo”. En Martos Calabrús, MA (dir), Bastante Granell, V. (coord.). *En torno a la filiación y las relaciones paterno filiales.* Comares. Granada, 2018, pp. 31-43.
- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C., “Gestación por sustitución: una realidad y dos soluciones en la experiencia jurídica española”; *InDret*, Barcelona, octubre 2018, pp. 1 a 41 (<http://www.indret.com/es/>).
- SANCIÑENA ASURMENDI, C., “Impugnación de la paternidad por reconocimiento de complacencia”. *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* num.104/2017 parte Sentencias, Resoluciones, Comentarios. Editorial Civitas, SA, Pamplona. 2017. (BIB 2017\12558)
- TAMAYO HAYA, S., 2013. Hacia un nuevo modelo de filiación basado en la voluntad en las sociedades contemporáneas. *Revista Digital Facultad de Derecho*, (http://portal.uned.es/pls/portal/docs/PAGE/UNED_MAIN/LAUNIVERSIDAD/UBICACIONES/06/PUBLICACIONES/REVISTA%20DIGITAL%20FACULTAD%20DE%20DERECHO/NUMEROS%20PUBLICADOS/NUMERO%20VI/NUEVOMODELODEFIILIACION.PDF)
- TOMÁS MARTÍNEZ G., “El consentimiento en relación con la doble filiación materna matrimonial y la práctica del Registro”. *Actualidad Civil* nº 7, La Ley 1796/2010. 2010, pp. 748 ss.
- VAQUERO PINTO, M.J., “¿Debe admitirse y regularse la Gestación por sustitución?”. *Retos actuales de la Filiación* (Asociación de profesores de Derecho Civil), Tecnos, 2018, pp. 229-268.
- VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, L. ”Determinación de la filiación por posesión de estado en el seno de una pareja de mujeres: el protagonismo de los consentimientos implicados como elementos impulsores de la determinación legal de la filiación”. En Torres García, Teodora (dir.), Infante Ruiz, Francisco, Otero Crespo, Marta y Rodríguez González, Amalia (coords.). *Construyendo la igualdad. La feminización del Derecho Privado.* Tirant lo Blanch. Valencia 2017, pp. 349-368.
- VELA SANCHEZ, AJ., *Gestación por encargo: tratamiento judicial y soluciones prácticas. La cuestión jurídica de las madres de alquiler.* Reus, Madrid. 2015.
- VELA SÁNCHEZ, AJ., “Crimen en el bar. Regulemos ya en España el convenio de gestación por sustitución”, *Revista Internacional de doctrina y jurisprudencia* nº 16, octubre 2017, pp. 1-20

¿RESULTA OPORTUNO DAR UN TRATAMIENTO JURÍDICO A LA GESTACIÓN SUBROGADA EN NUESTRO PAÍS?¹

FRANCISCO JAVIER MATIA PORTILLA
*Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Valladolid*

1. INTENCIONES

En ocasiones el Derecho nos depara problemas estructurales en lo que atañe a su aplicación práctica. Uno de los temas más interesantes es analizar la vigencia social de las normas jurídicas y los efectos que aquélla presenta en el campo jurídico². Y un buen ejemplo de esta dilemática es la teoría y práctica relacionada con la gestación subrogada³.

¹ Este trabajo ha sido publicado en la *Revista de Derecho Político* 105 (2019), pp. 81-125. La versión es idéntica en todo el trabajo, excepto en esta primera nota a pié de página.

² Esta cuestión no es novedosa en la doctrina, sino que es tratada extensamente por Hans Kelsen, para quien la eficacia del Derecho tiene que ver con la adecuación práctica de los comportamientos sociales a la norma: “Para que un orden jurídico nacional sea válido es necesario que sea eficaz, es decir, que los hechos sean, en cierta medida, conformes a este orden” (*Teoría pura del Derecho*. 4ª ed. Eudeba. Buenos Aires, 2009, p. 115). Sobre la idea de eficacia en el pensamiento de Kelsen pueden consultarse, entre otros muchos, CALVO SOLER, Raúl: “La ineficacia de las normas jurídicas en la teoría pura del Derecho”. *Isnomía* 27 (2007), pp. 171 ss. y CORREAS, Óscar: “Kelsen y Gramsci o de la eficacia como signo de hegemonía”. *Crítica Jurídica* 10 (1992), pp. 37 ss.

³ Hemos optado por emplear esta denominación, aunque hay otras muchas como son maternidad subrogada o vientres de alquiler. Es obvio que este último nombre revela ya un posicionamiento negativo acerca del fenómeno. Con carácter general, un buen resumen de los avatares de esta técnica de reproducción ha sido realizado por Antonio José VELA SÁNCHEZ (en *Gestación por encargo: tratamiento judicial y soluciones prácticas: la cuestión jurídica de las madres de alquiler*. Reus. Barcelona, 2015) y María del Rosario DÍAZ ROMERO (en

Desde un punto de vista estrictamente jurídico conviene recordar que “será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”⁴. Más aún, el ordenamiento jurídico español tipifica como delito diversas actuaciones que guardan una evidente conexión con la gestación subrogada, como son las de ocultar o entregar “a terceros un hijo para alterar o modificar su filiación” (artículo 220.2 del Código Penal, CP en adelante) o, mediando compensación económica, entregar “a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concurre relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación” (artículo 221.1 CP), y ello con independencia de que la entrega del bebe se produzca en el extranjero (artículo 221.2 CP).

Partiendo de estas premisas normativas, ¿cómo es posible que en nuestro país sea muy superior el número de niños habidos por gestación subrogada, que es una técnica prohibida, al de los adoptados⁵?

Autonomía de la voluntad y contrato de gestión subrogada. Efectos Jurídicos. Aranzadi. Cizur Menor, 2018).

⁴ Artículo 10.1 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA, en adelante). El siguiente apartado del mismo artículo dispone que “La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”, y se deja abierta la posibilidad, en el tercero y último, “la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”.

⁵ Aunque sea imposible arrojar datos exactos, de los datos aportados por distintas fuentes (todas ellas recogidas en el Informe final elaborado por Emakunde en febrero de 2018 *¿Gestación subrogada o vientres de alquiler?*, disponible en <http://emakunde.blog.euskadi.eus/wp-content/uploads/2018/07/INFORMECOMPLETO21042018.pdf>), podemos concluir que están en torno al millar de niños por año, frente a las adopciones internacionales, que se encuentran en claro declive (1191 en 2013, 824 en 2014, 799 en 2015, 567 en 2016 y 531 en 2017) (Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social: *Estadísticas de adopción internacional Años 2013-2017*, p. 2, disponible en <https://www.mscbs.gob.es/ssi/familiasInfancia/Infancia/adopciones/2017ESTADiSTICAdatos20132017.pdf>). Es probable que el éxito de la gestación subrogada en relación con la adopción internacional se explique por diversas razones, algunas más confesables (los amplios plazos para la adopción internacional, los límites de edad para adoptar) que otras (la posibilidad de contar con el descendiente desde el primer mo-

¿Cómo resulta posible que el recurso prioritario para que los padres comitentes vean cumplidos sus deseos de ser padres sea recurrir a una técnica prohibida por el Derecho español y que puede originar, además, una condena penal?

Resulta evidente que existe un divorcio entre la regulación normativa del fenómeno y la realidad social. Divorcio que acredita que existe un profundo debate social y político sobre la gestación subrogada que lleva a posiciones extremas. Mientras que algunos defienden que el fenómeno debe ser erradicado de nuestras sociedades, otros patrocinan una regulación que no impida que el o los padres (en sentido amplio) comitentes puedan llegar a acuerdos con mujeres que puedan ayudarles a formar la familia que, por si mismos, no pueden lograr. Realizaremos un somero resumen de este debate social y político en el primer epígrafe del presente estudio.

En todo caso, interesa más en un estudio jurídico tratar de explicitar como esa prohibición legal convive con otras normas (en sentido amplio) que han permitido que, en la práctica, el fenómeno de la gestación subrogada se produzca hoy de una forma mucho más habitual. Centraremos nuestra mirada, de forma instrumental, en el segundo apartado, en el Estado francés, ya que sus instituciones han sido contundentes en contra de la gestación subrogada. Veremos cómo, sin embargo, sus posiciones iniciales se han ido atemperando de forma progresiva.

En el tercer apartado del presente estudio traeremos a colación, en particular, la creación de normas y jurisprudencia, estatal y europea, que ha facilitado en la práctica la gestación subrogada en nuestro país, complementando así la restrictiva visión inicial que ofrecemos en esta introducción.

Finalmente, ofreceremos nuestra opinión sobre si debe regularse (y, en su caso, cómo) la gestación subrogada en nuestro país. Conviene adelantar ya que, aunque nuestra posición esté influenciada por

mento). En todo caso, Anna María MORERO BELTRÁN señala que las cifras aportadas deben tomarse con prudencia, ya que no hay un registro nacional específico [en “Características de las familias creadas por gestación subrogada en el Estado español”. *Papeles del CEIC 2* (2018), disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6550963.pdf>]. Todos los hipervínculos citados en el presente trabajo se encontraban activos el 31/12/2018, fecha de su finalización.

algunas de las consideraciones que se realicen en los primeros apartados del presente estudio, somos conscientes de que no expresa más que una valoración personal y, por tanto, sometida al mejor criterio del lector. Nos parece que la simple expresión de una fundamentación razonada acerca de esta cuestión resulta útil porque ayudará a situar los argumentos de debate.

Una última observación hemos de realizar antes de entrar en materia. Este trabajo se inscribe en una obra colectiva sobre los derechos LGTBI porque resulta claro que estamos ante un tema de interés para parejas formadas por personas del mismo sexo (y, en este caso, especialmente para las gays). Pero es evidente que este tema es también de interés para otros muchas personas, como son las parejas heterosexuales o de lesbianas⁶ que no pueden tener descendencias o las personas individualmente consideradas.

⁶ Conviene recordar que, sin embargo, el Gobierno español ha desconocido manifiestamente el artículo 6.1 LTRHA, que dispone que “Toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas [de reproducción asistida] reguladas en esta Ley”, “con independencia de su estado civil y orientación sexual”. En efecto, la Orden SSI/2065/2014, de 31 de octubre, por la que se modifican los anexos I, II y III del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, vincula la prestación de estas técnicas con la imposibilidad de conseguir la gestación por medios naturales (lo que resulta imposible para una pareja de lesbianas) o para evitar enfermedades o trastornos genéticos (que no es el caso). No resulta de extrañar que la Sentencia del Juzgado de lo Social 18 de Madrid de 15 de septiembre de 2015 condene a la Fundación Díaz de Madrid por haber interrumpido el tratamiento a una pareja de lesbianas, y no haber aplicado la Ley y no haber interpretado la norma reglamentaria de acuerdo con la Ley, de rango superior (FD 6) (ver https://www.eldiario.es/sociedad/Gobierno-exclusion-lesbianas-reproduccion-asistida_0_438506504.html y las noticias vinculadas a ella). En todo caso, Sanidad ha anunciado recientemente que modificará la (manifiestamente ilegal) Orden para dar acceso a las técnicas de reproducción asistida a las mujeres individualmente consideradas y a las parejas de lesbianas (<https://www.actasanitaria.com/sanidad-incluirea-de-nuevo-el-acceso-a-reproduccion-asistida-de-mujeres-solas-y-lesbianas/>).

2. EL DEBATE SOCIAL Y POLÍTICO SOBRE LA GESTACIÓN SUBROGADA

Las posiciones sociales en el tema que nos ocupan son, en la mayor parte de los casos, inconciliables. Mientras que para algunos la gestación subrogada es una técnica machista e incompatible con la dignidad de la mujer, para otros se trata de un mecanismo legítimo de integración de intereses (en sentido amplio, como luego se indicará).

Comencemos por los abolicionistas. Un buen resumen de esta posición se recoge en el reciente Comunicado Internacional para la prohibición global del alquiler de vientres lanzado por la *Red Estatal Contra el Alquiler de Vientres*⁷. Los argumentos empleados son, de forma muy resumida, los siguientes:

- Vulnera la dignidad y diversos derechos de la mujer (integridad física y psicológica y derecho a la filiación). Se suele afirmar, en esta dirección, que la gestación subrogada cosifica a la mujer.
- Además de convertir a los recién nacidos en objeto de transacción contractual y comercial, vulnera también su derecho a conocer su origen.
- No existe, en puridad, la subrogación altruista (ya que exige, en todo caso, la firma de un contrato, la renuncia de derechos fundamentales y compensaciones económicas).
- Se acusa a la industria del alquiler de vientres de actuar con las mismas tácticas que las redes de tráfico y trata de seres humanos, sirviéndose de mujeres en situación de vulnerabilidad, y de presionar a los Gobiernos de todo el mundo para la legalización de la gestación subrogada. Esta última acusación se extiende a la ONU y dos de sus Agencias (Fondo de Población de Naciones Unidas, UNFPA y el Alto Comisionado para los Derechos Humanos, OHCHR).
- Se acusa la debilidad del Estado de Derecho en los Estados en los que se utiliza esta técnica.

⁷ Comunicado que puede ser consultado en <http://www.noalquilesvientres.com/1066-2/#1536935530840-5c380b79-f675>. No deja de ser llamativo que la página web se denomine “noalquilesvientres.com”, porque no deja de evidenciar el divorcio existente entre el Derecho español y la realidad.

- Se recuerda que los Estados ni pueden ni deben permitir el traslado internacional de los niños y niñas nacidos/as a través del alquiler de vientres ni su registro o inscripción ya que con ello alientan un fraude de sus propias leyes y avalan una práctica que conculca los derechos humanos de menores y mujeres

Estamos, se dirá ante una nueva modalidad del tráfico de mujeres y de menores. Y se glosarán más efectos perjudiciales, de todo tipo, para la mujer y para el bebé⁸. Y se utilizarán expresiones que subrayan la profunda abyección que la gestación subrogada comporta: vientre de alquiler, alquiler de mujeres, la gestante concebida como horno o incubadora, etc.

Algunos argumentos adicionales se utilizan en el manifiesto contenido en la página web <http://nosomosvasijas.eu/>, como son los siguientes:

- La elección de la mujer no se limita al momento inicial de gestación, sino que también debe poder alterar, modificar o variar el objeto de sus preferencias. En la gestación subrogada el ejercicio de tales derechos supone un incumplimiento de contrato.
- La maternidad subrogada implica el control sexual de la mujer y no puede concebirse como técnica de reproducción humana asistida, sino como una violencia obstétrica extrema, que subraya la desigualdad estructural de la mujer.

Hay también, claro, defensores de la gestación subrogada. Así, por ejemplo, desde la *Asociación por la Gestación Subrogada en España*, las mujeres con capacidad de gestar y de decidir hacerlo, han pretendido responder a las críticas recogidas en el último manifiesto al que se ha hecho referencia a través de un comunicado⁹, con los siguientes argumentos:

⁸ Ver, entre otros, OLZA, Ibone: “Las secuelas psicológicas para el bebé en la gestación subrogada”, disponible en https://www.mentesana.es/psicologia/hijos/secuelas-psicologicas-bebe-gestacion-subrogada_1145.

⁹ Disponible en <http://gestacionsubrogadaenespaña.es/index.php/2013-10-17-13-37-28/noticias-asociacion/68-comunicado-de-las-mujeres-de-la-asociacion-por-la-gestacion-subrogada-con-capacidad-de-gestar-y-de-decidir-hacerlo-en-contestacion-al-manifiesto-publicado-en-nosomosvasijas-eu> y en <http://lassociacio.org/mujeres-a-favor-de-la-gestacion-subrogada-responden-al-manifiesto-no-somos-vasijas/>.

- Subrayan la importancia, para muchas personas, de poder formar una familia con hijos e hijas y critican que insulten a las mujeres gestantes a las que aquellas les están muy agradecidas.
- Reivindican la libertad de la mujer (“la mujer decide, la sociedad respeta”; “nosotras parimos, nosotras decidimos”), y sostienen que los abolicionistas quieren impedir a las mujeres decidir y parir.
- Defienden, en resumen, que la gestación subrogada es una técnica de reproducción asistida que, bien regulada, sólo trae felicidad a quienes la viven en primera persona que, por otra parte, son los únicos interesados.
- La regulación de la gestación subrogada en EEUU, Canadá o el Reino Unido, garantiza al máximo los derechos de todas las personas que intervienen en él y, muy especialmente, los de las mujeres que se ofrecen como gestantes.
- Afirman que existen estudios en estos países que demuestran que no hay daños psicológicos para las gestantes ni ningún tipo de problema derivado del uso de esta técnica para los niños y niñas. Y que la principal razón de las madres gestantes no es la económica.
- Defienden, en definitiva, que los problemas vienen generados por falta de regulación de la gestación subrogada o porque, de existir, sea deficiente, y que se pueden superar a través de una regulación garantista.

La Asociación no se limita a mantener esta posición, sino que ofrece, también, en su página web, una proposición de Ley de gestación por subrogación elaborada por Joan Cerdà. Aunque resulta imposible resumir ésta en toda su extensión, sí conviene subrayar alguno de sus contenidos:

- La gestación por subrogación se prevé como última ratio, al haberse agotado otras posibilidades o ser incompatibles con ellas (art. 2.2.).
- La mujer gestante debe tener más de 18 años, haber gestado un hijo previamente y encontrarse en buenas condiciones físicas y psíquicas. Se inscribirá en el Registro nacional de gestación por subrogación.

- La gestación subrogada no tendrá carácter lucrativo. La compensación económica resarcitoria que se pueda fijar sólo podrá compensar las molestias físicas, los gastos de desplazamiento y laborales y el lucro cesante inherentes al procedimiento, y proporcionar a la mujer gestante las condiciones idóneas durante los estudios y tratamiento pre-gestacional, la gestación y el post-parto.
- El progenitor subrogante será una persona o una pareja.
- La madre gestante podrá decidir interrumpir su embarazo si se produce alguna de las causas previstas en la LO 2/2010, devolviendo el dinero recibido de los progenitores subrogantes.
- Tras el alumbramiento el bebe nacido pasará a estar cargo de los progenitores subrogantes, responsables de inscribirlo en el Registro Civil. Estos no podrán impugnar la filiación desde el momento en que se haya producido la transferencia embrionaria a la mujer gestante.

Hay otros colectivos que defienden la gestación subrogada, como la asociación *Son nuestros hijos*¹⁰, que en su manifiesto¹¹ pide respeto para las mujeres que donan su capacidad de gestar, respeto para los niños nacidos por gestación subrogada y respeto para las familias.

Examinados unos y otros argumentos, es oportuno realizar dos consideraciones complementarias. La primera es que estamos en un debate de máximos, en el que no se deja espacio a posturas intermedias. Y también que sería un error entender que este debate se articula en el tradicional desacuerdo entre la izquierda (abolicionista) y la derecha (permissiva). El asunto es mucho más complejo, como puede acreditarse con un ejemplo menor. Como es sabido la Vicepresidenta Carmen Calvo ha defendido en diversas ocasiones¹² que la posición oficial del partido es la proscripción de la gestación subrogada (a la que apela vientre de alquiler) en contra de la votada y decidida por

¹⁰ <http://www.sonnuestroshijos.com/>.

¹¹ <https://nosotrasparimosnosotrasdecidimos.com/manifiesto.html>.

¹² Ver https://elpais.com/politica/2018/06/09/actualidad/1528557286_424452.html.

las juventudes socialistas¹³. También se han expresado otras mujeres socialistas, como Aurora González Ginzo¹⁴, en contra de la posición oficial y a favor de la gestación subrogada.

La segunda consideración es que estamos ante una materia en la que la legislación estatal presenta una eficacia limitada, como lo evidencia la propia realidad española que ha sido descrita al comienzo del presente estudio. Aún y con todo, puede ser interesante recordar que estamos ante una materia que recibe un tratamiento desigual en distintos Estados y que tampoco ha sido frontalmente tratada ni por el Tribunal de Estrasburgo ni por la Corte de Luxemburgo. Al examen de estas cuestiones dedicamos las siguientes líneas.

3. LA GESTACIÓN SUBROGADA EN FRANCIA

Como es bien sabido, la regulación estatal de la maternidad subrogada varía mucho entre diferentes Estados. No aludimos ahora exclusivamente a la cuestión de si esta técnica está permitida o prohibida, sino también a que existen muchas divergencias normativas sobre los sujetos que pueden emplearla en su caso.

En efecto, si centremos nuestra mirada en los países donde la gestación subrogada está contemplada, observaremos que mientras que en algunos casos se reserva a nacionales (Reino Unido), en otros se limita a matrimonios (Ucrania, Kazajistán, Rusia) o parejas heterosexuales (Portugal, Rusia), o de mujeres (Portugal, Rusia), pero no hombres solteros o pareja de gais (Portugal). En otros casos, se abre a todo tipo de personas, situación personal u orientación sexual (Canadá). Especial interés presenta para el colectivo LGTBI el modelo norteamericano, dado que diversos Estados federados (California, Connecticut, Delaware, Maine, Nevada, Nuevo Hampshire y del distrito de Columbia.) contemplan la gestación subrogada para cualquier tipo de familia.

¹³ Ver <https://youtu.be/5FMUqS4QXo8>, y <https://www.libremercado.com/2018-06-18/las-juventudes-socialistas-a-favor-de-la-gestacion-subrogada-la-ministra-calvo-nos-ha-escupido-a-la-cara-1276620555/>.

¹⁴ Ver https://www.eldiario.es/tribunaabierta/Gestacion-subrogada-reflexiones-mujer-socialista_6_655194497.html.

No tiene excesivo interés realizar aquí un examen de Derecho comparado¹⁵. Optamos, por el momento, por centrarnos en el análisis de lo ocurrido en el Estado francés por dos razones. De un lado, porque su régimen jurídico es muy similar al español. De otro, porque ha originado una buena parte de la relevante jurisprudencia que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dictado en la materia.

El Comité Consultivo Nacional (francés) de Ética entiende, en su Informe sobre los problemas éticos derivados de las técnicas de reproducción artificial (1984)¹⁶, que el recurso a la gestación subrogada es ilícito, porque supone “la cesión de un niño. Un contrato como este es nulo por su objeto y se acuerda en fraude de Ley a la relativa a la adopción”. En definitiva, estamos en presencia de “un acto grave que consiste en provocar un nacimiento, [que] entraña riesgos para todos los que, de buena fe, participan en el mismo”¹⁷.

Resulta lógico, desde esta perspectiva, que se impida la existencia de asociaciones que impulsan la utilización de la gestación subrogada. El Consejo de Estado respalda la negativa a inscribir a la Asociación *Les Cicognes* porque promueven actuaciones que dan lugar a “que uno de los padres se comprometa a abandonar a un niño tras el nacimiento”¹⁸. Y la Decisión de la Sala de lo Civil del Tribunal de Casación de 13 de diciembre de 1989 confirma la disolución de otra Asociación (*Alma Mater*), que pretende resolver mediante la gestación subrogada el problema de parejas con problemas de procreación, por tener un carácter

¹⁵ Resulta interesante consultar el análisis realizado por Laurence BRUNET (dir.); Janeen CARRUTHERS; Konstantina DAVAKI; Derek KIN; Claire MARZO y Julie MCCANDLESS sobre *El régimen de subrogación en los Estados miembros de la UE*. El trabajo, realizado a instancia de la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo y entregado en mayo de 2012 puede ser consultado en [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI_ET\(2013\)474403\(SUM01\)_ES.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI_ET(2013)474403(SUM01)_ES.pdf).

¹⁶ *Avis sur les problèmes éthiques nés es techniques de reproduction artificielle*. Rapport (n° 3 - 23 octobre 1984), disponible en <https://www.ccne-ethique.fr/sites/default/files/publications/avis003.pdf>.

¹⁷ *Ibidem*, pp. 3 y 4. Se insiste en estos argumentos más adelante, pp. 11 ss. Se concluirá que esta técnica “es ilícita por su objeto y su causa. Consagra además un fraude a la Ley sobre adopción”, p. 14.

¹⁸ Conseil d’Etat, Assemblée, du 22 janvier 1988, 80936, disponible en <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007738485>.

ilícito de tal técnica, “que se deducen de los principios generales del Código Civil y de las reglas que son comunes a todas las filiaciones”¹⁹.

Dos años después subrayará la misma Sala que esta técnica atenta contra los principios de la indisponibilidad del cuerpo humano y de la filiación de las personas²⁰, negando la posibilidad de que la madre intencional pueda adoptar al bebé nacido.

No resulta de extrañar que posteriormente se incluya en el Código Civil francés una disposición que establece que “todo acuerdo sobre la procreación o la gestación por cuenta de otro es nula”²¹. Y también se ha tipificado tal actuación como delictiva en el artículo 227-12 del Código Penal²². Y esta doctrina no se ha modificado con la apertura de la figura del matrimonio a las parejas formadas por dos personas del mismo sexo. En efecto, el Tribunal Constitucional estima que ni esta reforma legislativa modifica el alcance el artículo 16-7 del Código Civil ni permite a las parejas formadas por dos personas del mismo sexo solicitar asistencia médica para procrear²³.

No hay voces, al menos públicas, que cuestionen esta visión de las cosas. Así, por ejemplo, el Consejo de Estado francés entiende, en 2009²⁴, que concurren diversas objeciones a la eventual legalización de la gestación subrogada, como son (a) el interés superior del me-

¹⁹ Cour de Cassation. Chambre civile 1, du 13 décembre 1989, 88-15.655, disponible en <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITE XT000007023438>.

²⁰ Cour de Cassation. Assemblée plénière, du 31 mai 1991, 90-20.105, disponible en <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITE XT000007026778>.

²¹ Artículo 16.7 del Código Civil, incorporado por Ley 94-653, de 29 de julio de 1994, relativa al respeto del cuerpo humano.

²² Ver este precepto y también el 227-13, disponibles ambos en https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?jsessionid=76D09019D84CC5323B7EF3EEC14F1699.tplgfr37s_2?idArticle=LEGIARTI000006418043&cidTexte=LEGI TEXT000006070719&dateTexte=2018121.

²³ Considerando 44 de la Decisión del Consejo Constitucional francés 2013-669 DC, de 17 de mayo. Disponible en <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2013/2013669DC.htm>.

²⁴ Estudio sobre *La révision des lois de bioéthique* (2009), disponible en http://www.conseil-etat.fr/content/download/1177/3559/version/1/file/etude-bioethique_ok.pdf. Conviene hacer notar que el Consejo ha recibido un nuevo encargo en 2018.

nor (que podría sentirse abandonado por su madre gestante y vería afectada su filiación), (b) la protección de la madre gestante (de su salud, física y psicológica) y (c) la posible mercantilización que podría producirse y diversos principios jurídicos que lo impiden (indisponibilidad de la filiación personal del menor y del cuerpo humano de la madre gestante)²⁵. Nueve años más tarde, el Consejo de Estado hace notar que mientras que hay mayor presión social, se siguen oponiendo dos visiones sobre la gestación subrogada, una abolicionista²⁶ y otra permisiva, y reafirma las razones que justifican la proscripción del modelo en Francia (principios de indisponibilidad del cuerpo humano y de la filiación de las personas; el hecho de que la mujer deba renunciar a los derechos vinculados con su embarazo, atentado contra la integridad corporal de la madre, perjuicios para el menor, etc.). Afirma, y esto es una novedad, que, “a la vista de la jurisprudencia, nada impide afirmar, sin embargo, que la legalización de la gestación subrogada fuera inconstitucional, pese a que dañe la sustancia misma el modelo bioético francés tal y como existe hoy en día”²⁷. Pero también “podría considerarse necesariamente que la gestación subrogada constituye por sí misma, una práctica contraria a la dignidad de la persona humana para que una ley que legalice tal práctica sea considerada inconstitucional. Nada en la jurisprudencia del Consejo Constitucional le impide ir en esta dirección, pero nada se lo impone”²⁸. Ahora bien, aclara el Consejo de Estado, incluso una Ley constitucional que regule la cuestión seguiría comprometiendo los principios de indisponibilidad del cuerpo humano y de la filiación de las personas y ocasionando perjuicios para el menor (que vería fragmentados su origen genético, gestacional y social, y sería separado bruscamente de su madre natural²⁹).

²⁵ *Ibidem*, pp. 49-50.

²⁶ Puede concebirse como un contrato nulo (que afecta a la vida diaria de la mujer) o como una técnica reproductiva (Conseil d'Etat: *Étude Révision de la loi de bioéthique: quelles options pour demain?*, 2018, pp. 77-78).

²⁷ *Ibidem*, p. 79 (resumen pp. 77-79).

²⁸ *Ibidem*, p. 80.

²⁹ *Ibidem*, p. 81.

También el Comité Consultivo Nacional (francés) de Ética se ha reafirmado en diversas ocasiones³⁰ en la prohibición de la gestación subrogada que deriva de la imposibilidad de *patrimonializar* el cuerpo humano.

Debe alabarse la coherencia de los tribunales franceses. Si se considera que la gestación subrogada es una técnica reproductora ilegal y delictiva en Francia, resulta lógico pensar que no se puede avalar su realización en el extranjero, ni de forma directa ni de forma indirecta (esto es, asumiendo sus consecuencias). Desde esta perspectiva, resulta lógico que, dado que “es contrario al principio de indisponi-

³⁰ En el Dictamen 110 (de 1 de abril de 2010), sobre problemas éticos suscitados por la gestación subrogada (disponible en https://www.ccne-ethique.fr/sites/default/files/publications/avis_110.pdf) se afirma que la existencia de una Ley habilitadora no impedirá los riesgos vinculados a esta técnica, y planteará problemas difíciles de resolver (¿puede la madre gestante optar por quedarse con el bebé?), y se cuestiona si esta técnica compromete la dignidad y la imagen simbólica de la mujer, y el futuro del menor afectado. Y en el 126 (de 15 de junio de 2017), sobre las demandas societarias de recurso a la asistencia médica para la procreación (disponible en https://www.ccne-ethique.fr/sites/default/files/publications/ccne_avis_ndeg126_amp_version-def.pdf, esp. pp. 29 ss.), se recoge una visión aún más crítica con la gestación subrogada. Su análisis acredita “un número importante de riesgos y de violencias, médicos, psíquicos, económicos”, p. 40. Y le asombra “la aceptación del riesgo, débil pero existente, de muerte o atentado grave de la gestante. Este no parece ser tomado en consideración ni por los padres de intención ni por los defensores” de la gestación subrogada, p. 40. Estima, finalmente, que no cabe hablar de la mujer para gestar un hijo ajeno en este caso porque la misma no permite ni renunciar a algunos de sus derechos ni disponer de un niño (*idem*). El Dictamen ha sido valorado por Laurence BRUNET, en “L’avis du CCNE no126 (15 juin 2017) sur les demandes sociétales de recours à l’assistance médicale à la procréation: un pas en avant et deux en arrière...”. *Médecine & Droit* 2018, pp. 5-8.

En nuestro país, debe citarse también el *Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada*, de 19 de mayo de 2017, disponible en http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.pdf, en el que se sugiere (pp. 86-87) la reforma de la actual legislación española, para que la nulidad de contrato de gestación alcance también a los celebrados en el extranjero y se persiga la prohibición universal de esta técnica. Discrepa de esta posición Antonio José VELA SÁNCHEZ en “¿En serio? Yo alucino con el comité: a propósito del ‘Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada’ de 19 de mayo de 2017”. *Diario La Ley* 9035 (2017).

bilidad de la filiación de las personas, principio esencial del Derecho francés, pueda producir efectos, sobre la filiación, una convención que porta sobre la gestación subrogada que, lícita en el extranjero, es radicalmente nula en los términos fijados en los artículos 16-7 y 16-9 del Código Civil”³¹. En otro célebre pronunciamiento posterior se indicará que la actuación de los padres intencionales es fraudulenta, concluyendo que, “concurriendo este fraude, ni el interés superior del menor que garantiza el artículo 3.1 del Convenio Internacional de los Derechos del Niño (CIDN, en adelante) ni el respeto de la vida privada y familiar en el sentido del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH, en adelante) podrían ser eficazmente invocados para impedir la negativa de transcripción y la anulación del reconocimiento”³².

¿Qué efectos tiene esta negativa? Se indica en la última Sentencia reseñada que la decisión de no inscribir ni “priva a los menores de la filiación materna y paterna que el Derecho de California reconoce ni les impide vivir con los esposos X en Francia”, ni atenta contra su derecho al respeto de la vida privada y familiar (artículo 8 CEDH) ni contra el interés superior del menor (artículo 3.1 CIDN).

Sin embargo, el Tribunal de Estrasburgo ha entendido que las decisiones del Tribunal de Casación sí lesionan el derecho a la vida privada del menor, matizando seriamente su alcance. Siempre que el menor sea hijo biológico de uno de los padres intencionales, deberá reconocérsele tal vinculación sin más trámites. En efecto, “a la vista de la importancia de la filiación biológica en tanto que elemento de identidad de cada uno [...], no se podría entender que es conforme al

³¹ Cour de Cassation civile. Chambre civile 1, 6 avril 2011, 10-19.053, Considerando 5. Disponible en <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000030841896>.

³² Cour de Cassation civile. Chambre civile 1, 13 septembre 2013, 12-30.138, Publié au bulletin, disponible en <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000027949258>. Esta doctrina ha sido confirmada por las Sentencias 371 du 6 avril 2011 (09-17.130) —Cour de Cassation. Première chambre civile— (https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/371_6_19627.html), y 281 du 19 mars 2014 (13-50.005) —Cour de Cassation. Première chambre civile— ECLI:FR:CCASS:2014:C100281, disponible igualmente en https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/281_19_28731.html.

interés de un menor privarle de un vínculo jurídico de esta naturaleza cuando la realidad biológica de este vínculo se establece y que el menor y su padre afectado reivindicán su pleno reconocimiento”³³.

El Tribunal de Casación ha tenido a bien modificar su jurisprudencia para adecuarla a la doctrina del Tribunal de Estrasburgo que acabamos de mencionar, imponiendo así la inscripción del menor cuando mantiene un vínculo biológico con uno de los padres de intención³⁴. Y aunque el Tribunal de Estrasburgo valora positivamente este dato reitera su doctrina en una Sentencia de 21 de julio de 2016³⁵, condena por las mismas razones al Estado francés, respecto de una actuación previa de éste.

³³ SSTEDH de 26 de junio de 2014, recaídas en los asuntos Labassee (asunto 65941/11, § 79) y Mennesson (asunto 65192/11, § 100). Aunque no resulta preciso adentrarse ahora en el examen de estas resoluciones, conviene llamar la atención sobre la idea de que, a juicio de la Sala, la negativa a inscribir al menor no vulnera el derecho a la vida privada de los padres, aunque afecte negativamente al menor (tanto en el plano social como jurídico —para mantenerse en suelo francés tras su mayoría de edad y en sus derechos sucesorios, en particular—). Ver, en el plano doctrinal, DURÁN AYAGO, Antonia: “Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Mennesson c. France (núm. 65192/11) y caso Labassee c. France (núm. 65941/11) de 26 de junio de 2014: interés superior del menor y gestión por sustitución”. *Ars Iuris Salmanticensis* 2014/2, pp. 280-282, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5060345&orden=0&info=link.>, y, en relación con el asunto Mennesson, FLORES RODRÍGUEZ, Jesús: “Vientres de alquiler: más cerca de su reconocimiento legal en Europa. Comentario a la STEDH de 26 de junio de 2014, recurso núm. 65192/11”. *Diario La Ley* 8363 (2014).

Esta jurisprudencia ha sido retomada en los casos Foulon et Bouvet (asuntos 9063/14 y 10410/14, Sentencia de 21 de julio de 2016) y Laborie (asunto 39725/04, Sentencia de 19 de enero de 2017). Es de justicia recordar que en 2015 se garantiza que los derechos sucesorios de los hijos habidos por gestación subrogada en el extranjero son los mismos (ver <http://www.lefigaro.fr/vox/societe/2015/04/28/31003-20150428ARTFIG00354-les-enfants-nes-par-gpa-reconnus-heritiers.php>). También resulta de interés en la materia el caso D. y otros c. Bélgica (asunto 29176/13, Sentencia de 8 de julio de 2014).

³⁴ Cour de Cassation. Assemblée plénière, 3 juillet 2015, 14-21.323, Publié au bulletin, disponible en <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000030841802>. Ver, en el plano doctrinal, LE MAIGAT, Patrice: “Toujours pas de paix pour les ‘enfants fantômes de la République’”. *La Revue des droits de l’homme* [En ligne], *Actualités Droits-Libertés*, mis en ligne le 10 mars 2016, disponible en <http://revdh.revues.org/2039>; DOI: 10.4000/revdh.2039.

³⁵ Asuntos 9063/14 y 10410/14, § 56.

Pero resulta evidente que esta variación judicial no resuelve todos los problemas.

En primer lugar, no se reconoce el vínculo existente entre el menor y la madre intencional que no lo ha engendrado³⁶. El Tribunal de Casación entiende que este interés debe ser evacuado a través del mecanismo de la adopción. En efecto, “la adopción permite, si las condiciones legales se cumplen y si es conforme con el interés del menor, crear un vínculo de filiación entre los menores y la esposa de su padre”³⁷.

En segundo lugar, no se reconoce la filiación del padre intencional que no aporta material biológico al menor. Y esta realidad ha sido avalada en la muy interesante STEDH (Gran Sala) de 24 de enero de 2017 recaída en el difundido asunto Paradiso y Campanelli contra Italia. Como es sabido, esta importante resolución se separa del criterio mantenido anteriormente por la Sección Segunda³⁸, que concluyó que la decisión judicial de no reconocer la filiación entre el menor y sus padres intencionales, y alejar a aquél de estos, vulneraba su derecho a la vida privada y familiar. En relación con la vida familiar, la Gran Sala entiende que “la ausencia de todo vínculo biológico entre el menor y los padres intencionales, la corta duración de la relación con el menor y la precariedad de los lazos desde el punto de vista jurídico, y pese a la existencia de un proyecto parental y la calidad de los lazos afectivos, el Tribunal estima que las condiciones que permitan concluir la existencia de una vida familiar *de facto* no se cumplen”³⁹.

³⁶ Ver Cour de Cassation civile. Chambre civile 1, 29 novembre 2017, 16-50.061, Publié au bulletin, disponible en <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000036136244&fastReqId=540482224&fastPos=1>.

³⁷ Cour de Cassation civile. Chambre civile 1, 5 juillet 2017, 15-28.597, Publié au bulletin, disponible en <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000035144412>.

³⁸ Sentencia de 27 de enero de 2015. Ver, en el plano doctrinal, VELA SÁNCHEZ, Antonio José: “¿Ha variado el TEDH su Doctrina favorable a los convenios de gestación por sustitución realizados en países que legalmente los permiten?”. *Diario La Ley* 8953 (2017).

³⁹ § 157. Recuerda la alta jurisdicción que del derecho al respeto de la vida familiar no forma parte ni el derecho a fundar una familia ni a adoptar, sino que dicho derecho presupone la existencia de una familia (§ 141). Pues bien, aquí se trata de determinar si existe, o no, una vida familiar *de facto* entre los recurrentes y el menor, lo que dependerá de la existencia de vínculos personales (§ 140). Y la

Sí que entiende comprometida la vida privada⁴⁰, pero considera que la medida que la afecta está prevista por la Ley (§ 173), persigue un fin legítimo (defensa del orden y protección de los derechos del menor, § 175) y es necesaria en un Estado democrático (recordando que la decisión cuestionada se fundamenta en la ausencia de vínculo genético entre los recurrentes y el menor y en la violación de la legislación nacional sobre adopción internacional y sobre procreación médicamente asistida, § 188, lo que explica la decisión de considerar al menor en situación de abandono, § 196). En definitiva, la Gran Sala del Tribunal de Estrasburgo concluye que la decisión del Estado italiano de dar al niño en adopción, alejándole de sus padres de intención, no lesiona el derecho a la vida privada y familiar⁴¹.

Gran Sala entenderá que no por una serie de razones: (a) no existe vínculo biológico entre los padres intencionales y el menor (§ 142); (b) la actuación ilegal de los padres (tanto desde la perspectiva de la adopción internacional como desde la procreación asistida); (c) el escaso tiempo de convivencia (dos meses con la madre intencional en Rusia y seis meses los tres en Italia) (§ 149).

⁴⁰ “Desde el momento en que el procedimiento ante el Tribunal de menores se refiere a la cuestión de la existencia de lazos biológicos entre el menor y el recurrente, este procedimiento y el establecimiento de datos genéticos tienen un impacto sobre la identidad de este último, así como sobre la relación de los dos recurrentes” (§ 163).

⁴¹ Conviene recordar, para decirlo todo, que la decisión se adopta por mayoría de once votos contra seis, y que esta resolución se acompaña de un buen número de votos particulares suscritos por diferentes Magistrados (concordante del Magistrado Raimondi; concordante de los Magistrados De Gaetano, Pinto de Albuquerque, Wojtyczek y Dedov; concordante del Magistrado de Dedov y discrepante común de los Magistrados Lazarova Trajkovska, Bianku, Laffranque, Lemmens y Grozev). Especial interés presentan los dos últimos. Los Magistrados discrepantes defienden que sí había vida familiar, ya que existieron vínculos afectivos estrechos y crecientes en los años en que no se había cuestionado el vínculo biológico entre el padre y la menor. Por otra parte, consideran que la decisión judicial de considerar que la menor se encuentra en situación de abandono por un problema estrictamente jurídico y no fáctico, constituye una valoración excesivamente formal que resulta incompatible con el artículo 8 CEDH. Se concluye, en todo caso, que la medida es desproporcionada puesto que con ella se pretende conferir cierto carácter extraterritorial al Derecho italiano, y que el órgano judicial no ha tomado en consideración el impacto negativo que alejar al menor de sus padres tendrá sobre aquél, lo que resulta, de por sí, desproporcionado por falta de ponderación.

También presenta mucho interés el Voto Particular (concordante) del Magistrado Dedov, en el que se comienza afirmando que “el fenómeno de la gestación

Sin embargo, el propio Tribunal de Casación ha abandonado esta exigencia de que quede expresamente acreditado el material genético común entre el padre y el menor. Es probable que este cambio jurisprudencial tenga su explicación en la Circular aprobada por el Ministro de Justicia el 25 de enero de 2013, sobre la emisión de certificados de nacionalidad francesa, en la que se hace notar que no se puede oponer la inscripción del menor por la mera sospecha de que se haya recurrido a la gestación subrogada⁴². Y esta idea ha sido expresamente retomada en las Sentencias 824 y 825 dictadas por el Tribunal de

subrogada es, en sí mismo, muy peligroso para el bienestar de la sociedad”. Tras recordar el artículo 3 CDFUE, y citar algunos argumentos que podrían justificar la maternidad subrogada (economía de mercado, diversidad, solidaridad, resolución de problemas de paro, reducción de tensiones sociales, etc.) afirma que estamos ante un dilema milenario, relacionado con el compromiso de los seres humanos “con la dignidad y la integridad humana”. Afirma Dedov que dos razones justificarían la gestación subrogada (evitar los problemas físicos derivados del embarazo y tener un hijo en una situación de infertilidad), pero seamos conscientes de que “devendrá una actividad comercial importante y lucrativa para el tercer mundo”. No cree posible que estemos ante una práctica solidaria, y estima que “un donante puede compartir ciertas partes de su cuerpo con beneficiarios en un solo caso: inmediatamente después de su muerte” (donación). Se insiste en que estamos en una práctica que se realiza por gente pobre o en países pobres, afirmando que resulta “extremadamente hipócrita prohibir la gestación subrogada en su propio país para proteger a las mujeres que allí residen y permitir el recurso a este tipo de técnica en el extranjero”. El Magistrado considera que, “con el fin de impedir la degradación moral y ética de la sociedad, el Tribunal debería sostener acciones fundadas sobre los valores y no esconderse detrás del margen de apreciación. Estos valores (dignidad, integridad, igualdad, solidaridad, [...]) no están en conflicto con el respeto de la vida privada y familiar”. Y es que “si la gestación subrogada no es en principio compatible con la noción de derechos fundamentales, debería ser contrarrestada por una sanción individual y un debate público con el fin de prevenir tales prácticas en el futuro”. Concluye Dedov que “cuando la solidaridad social no es respaldada o protegida de manera eficaz en la práctica por las autoridades (que se limitan a realizar declaraciones en los documentos oficiales), esto plantea problemas de discriminación o desigualdades sociales que pueden conducir a una desestabilización o una degradación de la sociedad; esta amenaza no debe ser subestimada”.

⁴² http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/JUSC1301528C.pdf. El Consejo de Estado ha confirmado la validez de la circular en su Decisión 365779, de 12 de diciembre de 2014, disponible en <http://www.conseil-etat.fr/fr/arianeweb/CE/decision/2014-12-12/365779>.

Casación el 5 de julio de 2017⁴³. En la primera de ellas⁴⁴ se indica que no se puede cuestionar el vínculo biológico dado que la anotación de la filiación en Francia del documento americano no está subordinada a la existencia de una pericial judicial, y que, además, la Sentencia de California indica que se ha utilizado el patrimonio genético del padre de intención. Ahora bien, dado que la mujer de intención no ha alumbrado al menor, no se acepta su inscripción. Y, por supuesto, cuestión distinta es que se plantee la falsedad de los documentos aportados por los padres de intención⁴⁵.

Sin embargo, ese mismo día se aprueba otra Sentencia relevante, en la que se indica que el marido del padre del menor nacido en el extranjero puede adoptarle. En efecto, “el recurso a la gestación en el extranjero no impide por sí mismo la declaración de adopción, por el esposo del padre, del menor nacido de esta procreación, si las condiciones legales de la adopción se reúnen y es conforme con el interés del menor”⁴⁶.

Estamos pues, ante una evolución problemática de la jurisprudencia relacionada con la gestación subrogada. Aunque es una técnica in-

⁴³ En este día se aprueban cuatro Sentencias que se van a examinar de forma breve. Puede consultarse, sobre todas ellas, el comunicado “Gestación subrogada realizada en el extranjero, inscripción del nacimiento y adopción simple”, disponible en https://www.courdecassation.fr/communiqués_4309/gpa_realisee_37266.html.

⁴⁴ Arrêt n° 824 du 05 juillet 2017 (15-28.597) —Cour de Cassation. Première chambre civile— ECLI:FR:CCASS:2017:C100824, disponible en https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/824_05_37263.html. La misma doctrina se utiliza en Arrêt n° 825 du 05 juillet 2017 (16-16.901; 16-50.025) —Cour de Cassation. Première chambre civile— ECLI:FR:CCASS:2017:C100825, disponible en https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/825_05_37264.html y en Arrêt n° 637 du 5 octobre 2018 (12-30.138) —Cour de Cassation. Assemblée plénière— ECLI:FR:CCASS:2018:AP00637, disponible en https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/assemblee_pleniere_22/637_5_40366.html.

⁴⁵ En estos casos, en los que se finge un embarazo inexistente, se puede actuar al amparo del artículo 48 del Código Civil Francés. Ver Arrêt n° 827 du 5 juillet 2017 (16-16.495) —Cour de Cassation. Première chambre civile— ECLI:FR:CCASS:2017:C100827, disponible en https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/827_5_37261.html.

⁴⁶ Arrêt n° 826 du 05 juillet 2017 (16-16.455) —Cour de Cassation. Première chambre civile— ECLI:FR:CCASS:2017:C100826, disponible en https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/826_05_37265.html.

compatible y contraria con el Derecho francés, los padres que tengan reconocida su paternidad (biológica) en un documento oficial de otro Estado podrá ver reconocida su filiación en el Derecho interno. No solamente se garantiza la inscripción del menor como nacional⁴⁷, sino que también han sido asegurados sus derechos sucesorios.

Sin embargo, este derecho no protege ni a las madres de intención ni, en el caso de parejas formadas por dos gays, a la pareja del padre. Y tal solución no sería lógicamente aplicable, en principio, a las parejas formadas por dos mujeres. Se produce así una cierta diferenciación de tratamiento entre los padres de intención que podría ser cuestionable desde la perspectiva del principio de igualdad.

Es probable que el propio Tribunal de Casación sea consciente de los efectos de su doctrina. Y ello explicaría que haya optado por servirse recientemente del novedoso mecanismo de opiniones consultivas previsto en el Protocolo 16 anejo al Convenio Europeo de Derechos Humanos para someter sus dudas al Tribunal de Estrasburgo⁴⁸. Se hace con ocasión del asunto *Mennesson*, dado que la madre considera que los tribunales franceses deniegan su inscripción como madre de forma harto discutible. El tribunal de Casación trata de explicar, detenidamente, el impacto que la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo ha provocado tanto en el reconocimiento de la filiación paterna (no la materna, siguiendo la máxima *mater semper certa est*), como en las normas sobre la adopción (inaplicando algunas de ellas, como son las previstas en los artículos 343-2 y 348-5, entre otras). Y la duda se plantea, claro, sobre la no inscripción de la madre de intención: “la cuestión que se plantea es, primero, saber si, negando la transcripción del acto de nacimiento sobre los registros de estado civil francés tratándose de la madre de intención, mientras que la transcripción ha sido admitida para el padre biológico del menor, un Estado parte

⁴⁷ Ver, con carácter general, ILIADOU, Marianna: “Surrogacy and positive obligations under the European Convention on Human Rights”. *Revista Española de Derecho Europeo* 2017/2, pp. 127 ss.

⁴⁸ Ver el comunicado disponible en https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/communiqués_presse_8004/etranger_transcription_8981/lire_communique_gpa_40367.html y las Sentencia 637 (https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/communiqués_presse_8004/etranger_transcription_8981/lire_arret_n_637_40369.html).

desconoce el artículo 8 del Convenio a la vista tanto de la madre de intención como de los menores nacidos de una gestación subrogada en el extranjero. A este respecto, el Tribunal de Casación se pregunta sobre si se debe distinguir según que el menor haya sido concebido o no con los gametos de la madre de intención⁴⁹. En fin, se plantea la cuestión de saber si la posibilidad para la madre de intención de adoptar al menor de su cónyuge, padre biológico, que constituye una vía que permite establecer su filiación, es suficiente para responder a las exigencias del artículo 8 del Convenio”⁵⁰.

Aunque la solicitud de esta opinión consultiva debe merecer una valoración positiva, sorprende que no se cuestione si la distinta actuación sobre el padre de intención y la madre de intención podría resultar discriminatoria. Recordemos que, en la práctica, la filiación biológica de aquél se presupone (sin que sea objeto de pericial alguna, salvo en el caso, excepcional, en el que se discuta la veracidad del certificado o resolución extranjera) mientras que la mujer podrá aspirar, en el mejor de los casos, a adoptar a su hijo (aunque puedan compartir material genético).

⁴⁹ Primera pregunta: “Negándose a transcribir sobre los registros del estado civil el nacimiento de un menor nacido en el extranjero a través de una gestación subrogada en la que se designa como ‘madre legal’ a la ‘madre de intención’, mientras que la transcripción del acto ha sido admitida en tanto que designa al ‘padre de intención’ padre biológico del menor, ¿un Estado parte excede el margen de apreciación del que dispone a la vista del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos? A este respecto, ¿debe distinguirse según que el menor sea concebido o no con gametos de la ‘madre de intención?’”.

⁵⁰ Arrêt n° 638 du 5 octobre 2018 (10-19.053) — Cour de Cassation. Assemblée plénière — ECLI:FR:CCASS:2018:AP00638, disponible en https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/assemblee_pleniere_22/638_5_40365.html. La segunda pregunta realizada es la siguiente: “En la hipótesis de una respuesta positiva a una de las dos cuestiones precedentes, ¿la posibilidad para la madre de intención de adoptar al menor de su cónyuge, padre biológico, que constituye un modo de establecimiento de su filiación, permite respetar las exigencias del artículo 8 del Convenio?”.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha admitido a trámite⁵¹ y evacuado la Opinión Consultiva mediante Dictamen de 10 de abril de 2019⁵².

Para dar respuesta a la primera cuestión planteada (determinar si el derecho al respeto de la vida privada de un niño nacido en el extranjero mediante maternidad subrogada requiere la posibilidad de un reconocimiento en derecho interno de un vínculo de filiación entre el menor y la madre de intención, designada en el acto de nacimiento legalmente establecido en el extranjero como madre legal), el Tribunal centra su mirada en el interés superior del menor. Tras constatar que la denegación de tal filiación afecta al derecho a la vida privada del menor de forma significativa⁵³, aunque deba hacerse compatible con evitar los riesgos de abuso que puede comportar la maternidad subrogada⁵⁴, concluye que “el derecho a la respeto de la vida privada [...] de un niño nacido en el extranjero mediante maternidad subrogada requiere que el Derecho interno ofrezca una posibilidad de reconocimiento de un vínculo de filiación entre este niño y la madre de intención, designada en el acto de nacimiento legalmente declarada en el extranjero como ‘madre legal’”⁵⁵. Esta

⁵¹ De acuerdo con el comunicado de prensa emitido el 4 de diciembre de 2018 por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/fre-press?i=003-6268815-8165309>.

⁵² Opinión Consultiva de la Gran Sala relativa al reconocimiento en Derecho interno de un vínculo de filiación entre un niño nacido mediante maternidad subrogada realizada en el extranjero y la madre de intención solicitada por el Tribunal de Casación francés (asunto P16-2018-001), disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=003-6380431-8364345>.

⁵³ §39. En particular le sitúa en forma de incertidumbre jurídica en cuanto a su identidad en la sociedad, dificulta tanto el acceso a su condición de nacional como a su permanencia en el país de residencia y compromete sus derechos sucesorios (*ibídem*, § 40).

⁵⁴ *Ibídem*, § 41.

⁵⁵ *Ibídem*, § 46. Llega a esta conclusión mediante dos premisas. La primera es que la imposibilidad general y absoluta de obtener tal reconocimiento sería incompatible con el interés superior del menor (*ibídem*, § 42). Y aunque entiende que se pueda defender una noción más amplia del margen de apreciación nacional en este caso, por tratarse de una materia sobre la que no hay consenso en los Estados miembros del Consejo de Europa (*ibídem*, § 43), opta por una noción estricta “cuando un aspecto especialmente importante de la identidad de un indi-

necesidad es aún más acusada si el niño ha sido concebido con gametos de la madre de intención⁵⁶.

Siendo la respuesta afirmativa, el Tribunal Supremo francés pregunta al Tribunal de Estrasburgo si tal reconocimiento debe darse mediante inscripción, o son admisibles otras vías alternativas (como la adopción). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos sostiene que lo relevante es que el proceso previsto a tal fin sea tan breve como sea posible⁵⁷. Ahora bien, “la elección de los medios previstos para permitir el reconocimiento del vínculo niño-padres de intención cae en el margen de apreciación estatal”, sin que el Convenio imponga “a los Estados proceder a la transcripción del acto de nacimiento en el extranjero”⁵⁸.

Podemos concluir que el Estado francés, firme defensor de la proscripción de la gestación subrogada, se ha visto obligada a admitir la filiación de los padres (que se presume biológica salvo prueba en contrario) y la consiguiente nacionalidad a los hijos nacidos por esta técnica en el extranjero, y a facilitar la adopción por la madre (o la pareja) del cónyuge. Los hechos parecen haberse impuesto a la norma.

Nos interesa ahora determinar si en España ha ocurrido algo parecido. Sin embargo, debemos hacer notar, antes de abandonar el examen del caso galo, que el Consejo Constitucional francés ha señalado que resulta constitucionalmente admisible que los tratamientos de fecundación beneficien a las parejas heterosexuales y no a las homosexuales⁵⁹, afirmación que resulta cuestionable y que, en todo caso,

viduo se encuentra en juego” (*ibidem*, § 44), y va mucho más lejos (ver §§ 40-42) (§ 45).

⁵⁶ *Ibidem*, § 47.

⁵⁷ *Ibidem*, § 49. Insiste en esta idea en los §§ 54 y 55.

⁵⁸ *Ibidem*, §§ 51 y 53. Recuerda, eso sí, que el procedimiento de adopción francés únicamente está abierto a los padres de intención casados (*Ibidem*, § 57).

⁵⁹ “Las disposiciones impugnadas [de la Ley que abre el matrimonio a las parejas formadas por personas del mismo sexo] no tienen ni por objeto ni por efecto modificar el alcance de las disposiciones del artículo 16-7 del código civil en cuanto establece que ‘toda convención que afecta a la procreación o gestación por cuenta de otro es nula’; que, por otra parte, resulta del artículo L. 2141-2 del código de salud pública que la asistencia médica para la procreación tiene por objeto remediar la infertilidad patológica, médicamente diagnosticada de una pareja formada por un hombre y una mujer en edad de procrear, sean casados o

debería ser revisada por el legislador democrático si estima que así debe hacerse⁶⁰.

no; que las parejas formadas por un hombre y una mujer se encuentran, desde la perspectiva de la procreación, en una situación diferente de la de las parejas formadas por personas del mismo sexo; que el principio de igualdad no se opone a que el legislador regule de forma diversa situaciones diferentes cuando la diferencia de tratamiento que se deriva de ello se encuentra en vínculo directo con el objeto de la Ley que adopta; que, por consiguiente, ni el principio de igualdad ni el objetivo de valor constitucional de accesibilidad y de inteligibilidad de la Ley imponen que, abriendo el matrimonio y la adopción a las parejas de personas del mismo sexo, el legislador modifique la legislación que rige estas materias distintas” (Decisión 2013-669 DC, du 17 mai 2013, párrafo 44, disponible en <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2013/2013669DC.htm>).

En relación, en particular, con la maternidad subrogada, hay posiciones doctrinales encontradas. Gerardo RUIZ-RICO RUIZ se pregunta si la actual redacción del artículo 7.3 de la Ley española 14/2006, “al considerar o permitir la posibilidad de que —únicamente— las mujeres casadas puedan beneficiarse de la aplicación de las TRHA para obtener la filiación a favor de la madre no gestante, está generando indirectamente una situación o efecto discriminatorios en las parejas de varones” [en “La problemática constitucional derivada de las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA): el caso de la maternidad subrogada”. *Revista de Derecho Político* 99 (2017), p. 73, disponible en <http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/19306/16191>], pero Ana MARRADES PUIG recuerda que hay cosas que no son posibles y el Derecho no existe para posibilitar lo imposible sino para solucionar problemas reales [en “La gestación subrogada en el marco de la Constitución española: una cuestión de derechos”. *Estudios de Deusto* 65\1 (2017), p. 231, disponible en <http://revista-estudios.revistas.deusto.es/article/view/1320/1582>, y “El debate sobre la gestación subrogada en España: entre el deseo, la dignidad y los derechos”. *Revista Europea de Derechos Fundamentales* 30 (2017), p. 161, disponible en <http://journals.sfu.ca/redf/index.php/redf/article/view/435/422>]. Sin embargo, como recuerda el profesor Ruiz-Rico Ruiz estamos en un campo en el que el avance de la técnica permite superar la “desigualdad de hecho biológica”, aunque no estemos, en puridad, ante una técnica de reproducción asistida en este sentido [MARRADES PUIG, Ana: “La gestación...”, *cit.*, p. 231]. También se muestra crítico en este punto Octavio SALAZAR BENÍTEZ [en “La gestación por sustitución desde una perspectiva jurídica: algunas reflexiones sobre el conflicto entre deseos y derechos”. *Revista de Derecho Político* 99 (2017), pp. 83-84, disponible en <http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/viewFile/19307/16192>]. Marie-Xavière CATTO señala que la Ley podría dar preferencia a las parejas de gays de cara a la adopción o a la ectogénesis y que la regulación de la gestación subrogada podría beneficiar a todas las parejas hetero u homosexuales (en “La gestación pour autrui: d’un problème d’ordre public au conflit d’intérêts?”. En

⁶⁰

4. ¿Y QUÉ HA PASADO EN ESPAÑA EN RELACIÓN CON LA GESTACIÓN SUBROGADA?

No sorprenderá al lector que en España también se hayan extraído consecuencias prácticas de la gestación subrogada realizada en el extranjero, aunque la realizada en suelo español es nula y además incurre en la comisión de un ilícito penal.

Comenzando por la inscripción de hijos nacidos en el extranjero, conviene recordar que nuestro Código penal declara que la persona que reciba al hijo será castigada “aunque la entrega del menor se hubiera efectuado en país extranjero” (artículo 221.2 CP). Pero este tipo penal nunca ha sido aplicado.

Sin embargo, sí que se ha tratado de impedir, en un primer momento, la inscripción de hijos habidos en el extranjero mediante gestación subrogada. Destaca, en este punto, la difundida Sentencia del Tribunal Supremo de 835/2013, de 6 de febrero de 2014⁶¹. En ella se

Revue des Droits de l'Homme 2013/3, p. 152, disponible en <http://revdb.files.wordpress.com/2013/06/7seminairecatto1.pdf>.

⁶¹ RJ 2014\833. Resolución confirmada por ATS de 2 de febrero de 2015 (RJ 2015\141), que rechaza la nulidad de actuaciones solicitada. La decisión afecta a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009, que acuerda la transcripción de los bebés sin prejuzgar sobre el fondo del asunto (ver, en el plano doctrinal, Quiñones Escámez, Ana: “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada”. *Indret* 2009, pp. 1 ss., disponible en http://www.indret.com/pdf/657_es.pdf). La actuación judicial ha sido siempre perjudicial a los intereses de los padres de intención, tanto en primera instancia (Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valencia 15 193/2010, de 15 de septiembre, AC 2010\1707) como en segunda instancia (Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10ª, 826/2011, de 23 de noviembre, AC 2011\1561. En el plano doctrinal, JIMÉNEZ MARTÍNEZ, María Victoria: “La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución. Problemas actuales”. *Anuario Facultad de Derecho* 2012, pp. 365 ss.). La Sentencia ha sido comentada por José Manuel de TORRES PEREA [“Comentario de la STS de 6 de febrero de 2014 sobre maternidad por sustitución desde la perspectiva del interés del menor”. *Diario La Ley*, 8281 (2014)], María José GARCÍA ALGUACIL (“¿Incoherencia legislativa o despropósito judicial?: a propósito de la STS de 6 de febrero de 2014”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* 2014\3, pp. 79 ss.), Tania VÁZQUEZ MUIÑA [“No se puede inscribir en el Registro Civil español la filiación surgida en el extranjero mediante gestación por sustitución. Comentario a la STS de 6 de febrero de 2014”. *Actualidad Jurídica Iberoamericana* 8 (2018), pp. 80-96],

confirma que, pese a que dos menores figuren como hijos de un matrimonio formado por dos hombres en un documento de California, no pueden ser inscritos en el Registro Civil español. Los padres de intención consideran que esta medida resulta discriminatoria, vulnera el interés del menor (al perjudicar su posición jurídica y desprotegerle, al despreciar a los mejores padres que pueden tener y al ignorar su identidad única, que ya ha sido determinada en California), y no compromete el orden público internacional español.

El Tribunal Supremo entiende que el consulado debe comprobar la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española (artículo 23 Ley del Registro Civil). Y debe respetar el orden público, “entendido básicamente como el sistema de derechos y libertades individuales garantizados en la Constitución y en los convenios internacionales de derechos humanos ratificados por España, y los valores y principios que estos encarnan”⁶². Y a juicio del Alto Tribunal, esto ocurre con la gestación subrogada, que vulnera “la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, ‘cosificando’ a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de ‘ciudadanía censitaria’ en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos

Antonio José VELA SÁNCHEZ [“Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución no pueden ser inscritos en el Registro Civil español”. *Diario La Ley* 8279 (2014)] y Antonia PANIZA FULLANA (“Gestación por sustitución e inscripción de la filiación en el Registro Civil español: la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014”. *Revista Doctrinal Civil-Mercantil* 2014\1, pp. 59 ss.). Ver, también, VELA SÁNCHEZ, Antonio José: “Soluciones prácticas para la eficacia en España de un convenio de gestación por encargo”. *Diario La Ley* 8309 (2014). Especial interés presenta FULCHIRON, Hugues y GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: “L’ordre public international à l’épreuve des droits de l’enfant: non à la GPA internationale, oui à l’intégration de l’enfant dans sa famille”. *Revue Critique de Droit International Privé* 2014\3, pp. 531 y ss., por establecer un debate con la legislación y jurisprudencia francesa, y, de las mismas autoras, en castellano, “Algunas reflexiones sobre la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 a la luz de la condena de Francia por el TEDH (Sentencias Labassée y Menesson de 26 de junio de 2014)”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* 2015\3, pp. 67 ss. (BIB 2015\1399).

⁶² FD 3.4. Ver STC 54/1989, de 23 de febrero.

pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población” (FD 3.6). Se concluye que las normas nacionales sobre gestación subrogada integran el orden público internacional español (FD 3.7), y que en este caso los padres de intención han huido del ordenamiento español para formalizar un contrato nulo, en el que no se les reconoce filiación con el menor que puede desencadenar responsabilidad penal. Concluye la Sala afirmando que “la decisión de la autoridad registral de California al atribuir la condición de padres al matrimonio que contrató la gestación por sustitución con una mujer que dio a luz en dicho Estado es contraria al orden público internacional español por resultar incompatible con normas que regulan aspectos esenciales de las relaciones familiares, en concreto de la filiación, inspiradas en los valores constitucionales de dignidad de la persona, respeto a su integridad moral y protección de la infancia” (FD 3.10).

En relación con la eventual discriminación por orientación sexual, se desestima porque la negativa a inscribir la filiación se explica por su origen prohibido, y no por otras razones.

Más interés presenta determinar cuál es la mejor forma de garantizar el interés superior del menor en un supuesto como el descrito. Tras recordar su importancia [artículos 3 CIDN y 24.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE en adelante) y 39 de la Constitución Española] aclara que estamos ante un concepto jurídico indeterminado (FD 5.3). El primer alegato de los padres comitentes es que, si ellos son los que han deseado a sus hijos, estos estarán mejor con ellos, lo que supondría que el legislador español vulnera el interés superior del menor al no reconocer dicha filiación o que se debería consentir la entrega de menores procedentes de familias desestructuradas o de entornos problemáticos... (FD 5.5). Entiende la Sala que el interés superior del menor no puede desconocer la Ley, sino para su interpretación y aplicación (FD. 5.6) y que además “el establecimiento de una filiación que contradiga los criterios previstos en la ley para su determinación supone también un perjuicio para el menor” (para su dignidad, al convertirlo en objeto de tráfico mercantil) (FD 5.8).

Los recurrentes sostienen que los tribunales españoles desconocen la identidad única del menor, al no aceptar la establecida en California. El Tribunal niega este extremo dado que “en el caso aquí enjuici-

ciado los menores no tienen vinculación efectiva con Estados Unidos” (FD 5.9).

La Sala se plantea si, como sostienen los recurrentes, la no inscripción de los menores les sitúa en una situación de desprotección. Considera el Tribunal que, si uno de los padres de intención lo es también biológicamente, puede reclamar la filiación de los menores, y que existen otros mecanismos (acogimiento, adopción) que permiten formalizar la integración real de los menores en un núcleo familiar (FD 5.11). Entiende, en todo caso, que la solución que se debe tomar en consideración la efectiva integración de los menores en un entorno familiar *de facto* (SSTEDH de 28 de junio de 2007, caso Wagner y otro c. Luxemburgo y de 4 de octubre de 2012, caso Harroudj c. Francia) (FD 5.12).

La Sentencia se acompaña de un interesante voto discrepante firmado por el Magistrado D. José Antonio Seijas Quintana, al que se adhieren los Magistrados José Ramón Ferrándiz Gabriel, Francisco Javier Arroyo Fiestas y Sebastián Sastre Papiol. Estiman estos Magistrados, en primer lugar, que el Consulado debió limitarse a inscribir el contenido del documento sin necesidad de controlar su legalidad conforme a la ley española, por haberse producido conforme a la ley californiana (artículo 81 Reglamento del Registro Civil). Por otra parte, estiman que la inscripción no lesiona el orden público porque lo que se somete a la autoridad española no es la legalidad del contrato, sino el reconocimiento de una decisión extranjera válida y legal conforme a su normativa, salvo que comprometa el interés superior del menor. Recuerdan, en la misma dirección, que las normas en esta materia se están flexibilizando, como prueba la “Instrucción de la Dirección de los Registros y del Notariado sobre ‘régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución’, de 5 de octubre de 2010, con la que se permite la inscripción en el Registro Civil de los hijos nacidos a través de gestación por sustitución en los países cuya normativa lo permita siempre que alguno de los progenitores sea español” o la jurisprudencia social que reconoce prestaciones de paternidad o maternidad por parte de los comitentes (a la que luego se aludirá en este trabajo). Entienden los Magistrados discrepantes que la mayoría ha invocado la excepción del orden público de una forma preventiva, sin que se haya acreditado lesión de la dignidad ni de los padres, ni de la mujer ni de los nacidos. Y subrayan que el interés de

estos se ve afectado gravemente por la Sentencia, ya que les sitúa en un limbo jurídico, recordando que “el carácter ilegal de una filiación no justifica ningún trato diferenciado” (STSJ de Madrid —Sala de lo Social— de 13 de marzo de 2013) (Apartado 2.5).

El Voto Particular va, quizás, más allá del marco legal al que los Tribunales se encuentran sometidos cuando afirma que la gestación subrogada “a) supone una manifestación del derecho a procrear, especialmente importante, para quienes no pueden tener un hijo genéticamente propio, como en este caso; b) no se puede subestimar sin más la capacidad de consentir de la madre gestante; c) el consentimiento de la madre se hace ante la autoridad judicial, que vela porque se preste con libertad y conocimiento de las consecuencias, y d) tratándose de un acuerdo voluntario y libre difícilmente se le explota o cosifica en contra de su libertad y autonomía y en ningún caso afecta al interés del menor que nace en el seno de una familia que lo quiere. Es al niño al que se da una familia y no a la familia un niño y es el Estado el que debe ofrecer un marco legal que le proteja y le proporcione la necesaria seguridad jurídica”⁶³. Por más que puedan compartirse muchas de estas afirmaciones, no se puede olvidar que la gestación subrogada está prohibida en nuestro país.

Sin embargo, conviene recordar que los hechos acaecidos en el Consulado de San Diego se produjeron en 2008, y que la repercusión del caso que nos ocupa llevó a la Dirección General Dirección General de los Registros y del Notariado a dictar la Instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución en el extranjero⁶⁴, que pretende

⁶³ Apartado 2.3. Gerardo RUIZ-RICO RUIZ considera más acertado el Voto Particular que la fundamentación ofrecida por la mayoría, entendiendo que se debe priorizar el interés superior del menor sobre el eventual incumplimiento de una norma legislativa (en “La problemática...”, *cit.*, p. 66). El mismo autor estima más acertado un acercamiento a la cuestión caso por caso, en el que se determine si hay garantías que han asegurado que la actuación de la madre gestante ha sido autónoma y libre.

⁶⁴ Publicada en el BOE 243, de 7 de octubre de 2010, pp. 84803 ss. Se ha cuestionado la eventual ilegalidad de la misma por contravenir el artículo 10 LTRHA (Ver FERRER VANRELL, María Pilar: “La discutible constitucionalidad de la instrucción de la DGRN 5-10-2010 sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos por gestación de sustitución”. *Revista de Derecho, Empresa y So-*

facilitar la inscripción de los nacidos siempre que se apoye en una resolución judicial dictada por Tribunal competente⁶⁵. De esta forma lo habitual es que se obtenga sin problemas la inscripción del menor una vez que ha establecido, mediante resolución judicial, la filiación biológica con el progenitor o la madre⁶⁶.

Ahora bien, esta solución, creada para resolver la situación originada en California, no resuelve otros supuestos distintos⁶⁷. De hecho,

ciudad 2013\1, pp. 57 ss.). Aunque se pretendió colmar esta eventual laguna a través de la introducción de un nuevo apartado en el artículo 44 de la futura Ley de Registro Civil, ésta iniciativa no prosperó. En la actualidad, la Fundación Garrigues ha elaborado muy recientemente una “Propuesta de reforma de la regulación española sobre inscripción de relaciones de filiación constituidas en el extranjero mediante gestación subrogada” (disponible en <https://www.fidefundacion.es/attachment/1085483/>).

Por otra parte, también se ha cuestionado el contenido de la Instrucción. De un lado porque “toda la responsabilidad del hecho registral recae sobre el encargado del registro y ni la instrucción, ni ningún otro instrumento del ordenamiento proporcionan algún tipo de solución, frente a las múltiples particularidades, supuestos y excepciones que se presentan en la realidad cotidiana del trabajo consular” [PERTUSA RODRÍGUEZ, Luis: “Dimensión consular de la gestación por sustitución en Derecho internacional privado”. *Cuadernos de Derecho Transnacional* 2018\2, p. 614, disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/issue/view/562>). De otra, y por razones bien distintas, porque esta normativa ignora principios recogidos en el Derecho internacional privado y burocratizan artificial e innecesariamente el acceso al Registro Civil español de la filiación acreditada en país extranjero (CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier: “Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”. *Cuadernos de Derecho Transnacional* 2011\1, pp. 247 ss., disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/issue/view/287>).

⁶⁵ Aunque su validez se condiciona al exequátur de la resolución judicial extranjera la propia Instrucción permite que el encargado del Registro Civil pueda realizar un control incidental sobre la misma.

⁶⁶ Ver el Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Pozuelo de Alarcón de 25 de junio de 2013 (AC\2013\281), que otorga exequatur a una resolución judicial de San Diego que reconoce la maternidad del menor nacido en ausencia de paternidad.

⁶⁷ Por ejemplo, en otros países, en los que la regulación de la maternidad subrogada contempla que el hijo aparezca ya cómo hijo de los padres comitentes no existe la resolución judicial exigida por la Instrucción. Peligro tempranamente advertido por ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Noelia y CARRIZO AGUADO, David: “Tratamiento legal del contrato de gestación por sustitución en el Derecho

no está claro que el Gobierno español quiera facilitar la inscripción de los niños nacidos en el extranjero mediante la gestación subrogada⁶⁸, aunque finalmente en la práctica se imponga una solución pragmática que permite, cuando menos, que los menores puedan ingresar en España⁶⁹.

Esta solución es muy cercana a la que se había producido en Francia. Y, como ella, no se encuentra exenta de algunos inconvenientes como ya hicimos notar en su momento.

Los Tribunales españoles han sido también muy claros al defender que los padres de intención pueden acceder a las prestaciones por maternidad del sistema de la Seguridad Social⁷⁰. El Tribunal Supremo ha señalado reiteradamente que “las normas en materia de protección de

internacional privado español a la luz de la STS de 6 de febrero de 2014. Dime niño, ¿de quién eres...?”. *La Notaria* 2014\2, p. 68, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4875741.pdf>.

⁶⁸ La Instrucción de 14 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución (disponible en <https://www.civil-mercantil.com/sites/civil-mercantil.com/files/INSTRUCCION-14-FEBRERO.pdf>), contemplaba la posibilidad de presentar informes de ADN a fin de acreditar el vínculo biológico paterno. No obstante, la posterior Instrucción de 18 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución (disponible en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-2367) deja sin efecto la anterior, y restaura la vigencia de la Instrucción de 2010.

⁶⁹ Esto es lo que ha ocurrido, en dos ocasiones, en Ucrania. La más reciente, el pasado mes de febrero. El Consulado, en vez de ajustar su actuación a la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo analizada en este mismo trabajo, pone trabas a la inscripción de menores. Ha optado en ocasiones por facilitar un mero salvoconducto que permita al menor llegar a nuestro país (ver <https://www.europapress.es/sociedad/noticia-cinco-familias-ninos-nacidos-gestacion-subrogada-ucrania-llegan-espana-hay-cumplir-ley-ue-20190221181742.html>) y recoge una información en su página web poco conciliable con su función de auxiliar a los españoles que requieran de sus servicios (<http://www.exteriores.gob.es/Embajadas/KIEV/es/Embajada/ServiciosConsulares/Servicios%20consulares%20en%20Kiev/Registro/Paginas/Nacimientos.aspx>, apartado “maternidad subrogada”).

⁷⁰ Ver, en el plano doctrinal, VELA SÁNCHEZ, Antonio José: “La gestación por sustitución en las Salas de lo Social del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia: a propósito de la prestación por maternidad en los casos de nacimientos derivados de convenio gestacional”. *Diario La Ley* 8927 (2017).

la maternidad han de ser interpretadas a la luz del principio general del interés superior del menor que se integra en el núcleo familiar con el progenitor o progenitores que le prestan atención y cuidados parentales” y que “la suspensión de la relación laboral y el reconocimiento de la prestación por maternidad constituye un medio idóneo para preservar las especiales relaciones que median entre el padre/madre y el hijo durante el periodo posterior al nacimiento, por lo que esta situación ha de ser debidamente protegida en la misma forma que lo son la maternidad, la adopción y el acogimiento”. El Tribunal señala, además, que, “cuando el padre legal está materialmente al cuidado del menor, la única forma de atender la situación de necesidad consiste en permitirle el acceso a la protección de la maternidad” y concluye afirmando que la nulidad del contrato de gestación por sustitución “no puede perjudicar la situación del menor”⁷¹. Esta doctrina, que puede considerarse totalmente asentada⁷², es bastante lógica. Si la prestación de maternidad pretende asegurar el mejor cuidado del menor, resultaría un despropósito negarla cuando hay un hijo necesitado de especial atención.

⁷¹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª) 347/2018, de 22 de marzo, FD 2 (RJ\2018\1414), que se remite a lo ya adelantado por las SSTs de 25 de octubre de 2016 (RJ 2016\6167) y 16 de noviembre de 2016 (RJ 2016/6152) (ambas extensamente glosadas en SALAZAR BENÍTEZ, Octavio: “La gestación...”, cit., pp. 99 ss.). También parten de estas las dos Sentencias de la misma Sección de 30 de noviembre, que son las 1021/2016 (RJ 2016/6514) y 1022/2016 (RJ 2016\6516), la de 14 de diciembre de 2017 (Sentencia 1002/2017, RJ 2017\5889) y la de 13 de marzo de 2018 (Sentencia 277/2018, RJ 2018\1518). Ver, en el plano doctrinal, MIGUEL DÍEZ, Alejandro: “Análisis de la gestación subrogada a la vista de los últimos pronunciamientos del Tribunal Supremo”. *Observatorio de Recursos Humanos y Relaciones Laborales* 130 (2018), pp. 72-73, disponible en <https://www.abdonpedrajas.com/pics/eventos/rllscc130.pdf>; GARCÍA SÁNCHEZ, Jesús David: “La prestación por maternidad en un supuesto de gestación subrogada”. *Revista de Información Laboral* 9 (2017), pp. 75 ss. y HIERRO HIERRO, Francisco Javier: “Maternidad subrogada y prestaciones de seguridad social”. *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo* 190 (2016), pp. 179 ss.

⁷² Limitando nuestra mirada al año 2018, deberían citarse las Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia (Sala de lo Social, Sección 1ª) de Madrid 529/2018, de 8 de junio (JUR\2018\223128), del País Vasco 931/2018, de 2 de mayo (JUR\2018\212894) y de Cataluña 2573/2018, de 27 de abril (AS\2018\2036). También realiza un detenido resumen jurisprudencial Octavio SALAZAR BENÍTEZ (en “La gestación...”, cit., pp. 99 ss.).

No contradice esta valoración que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea haya manejado un criterio diferente en las Sentencias de 18 de marzo de 2014, recaídas en los casos C.D. y S.T. y Z y *A Government Department, The Board of management of a community school*.

El debate procesal gira, en el asunto C. D. y S. T., sobre el alcance subjetivo de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia⁷³. El artículo 2 recoge la definición de trabajadora embarazada, trabajadora que ha dado a luz y trabajadora en periodo de lactancia, y el artículo 8 establece un permiso de maternidad. La cuestión a determinar es si una trabajadora que ha tenido un hijo recurriendo a una mujer gestante está en condiciones de solicitar un permiso de maternidad. La Abogada General Kokott entiende “una madre intencional que ha tenido un hijo en virtud de un contrato de maternidad subrogada tiene derecho, tras el nacimiento del niño y aunque no amamante a su hijo, a un permiso de maternidad”⁷⁴ en atención a las normas descritas. No comparte este parecer el Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁷⁵. A su juicio, “el permiso de maternidad previsto en el artículo 8 de esa Directiva tiene la finalidad de proteger la salud de la madre del niño durante la específica situación de vulnerabilidad derivada de su embarazo” (§ 35) y de que haya dado a luz (§ 36). Esto supone que “los Estados miembros no están obligados en virtud del artículo 8 de la Directiva 92/85 a conferir un permiso de maternidad a una trabajadora, en su calidad de madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución, incluso cuando puede amamantar a ese niño tras su nacimiento o lo amamanta efectivamente” (§ 43), aunque puedan existir disposiciones legislativas, reglamentarias o administrativas estatales más favorables. Además, se indica que esta in-

⁷³ DOCE 348, de 28 de noviembre de 1992, pp. 1 ss.

⁷⁴ Conclusiones de la Abogada General Kokott evacuadas el 26 de septiembre de 2013 en relación con el caso C.D. contra S.T., asuntos C-167/12, apartado 90.

⁷⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 18 de marzo de 2014 en el caso C. D. y S. T. (asunto C-167/12).

interpretación de la directiva de la Unión Europea no consagra ninguna discriminación por razón de sexo (§ 54).

En el asunto *Z. y A Government department y The Board of management of a community school* se cuestiona, en resumen del Abogado General Nils Wahl, si “si el derecho de una mujer que ha tenido a su hija biológica por maternidad subrogada a disfrutar de un permiso retribuido equivalente al permiso por maternidad o adopción está protegido *con arreglo al Derecho de la UE*”⁷⁶, aunque también se cuestione, expresamente, que las directivas afectadas vulneren derechos fundamentales consagrados en la Carta (especialmente, el principio de igualdad). El hecho es que no podía gestar por sí misma al carecer de útero. Comienza el Abogado General recordando que la Directiva 92/85 protege a las mujeres embarazadas y que han dado a luz, lo que no es aplicable a la trabajadora afectada⁷⁷, aunque los Estados pueden ofrecer una protección más amplia (apartado 49). Y ello no resulta discriminatorio, porque tampoco favorece a las madres adoptantes ni a los padres (apartado 51).

El Abogado General considera que no altera esta conclusión la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación⁷⁸, puesto que “un hombre padre de un niño nacido mediante maternidad subrogada (o incluso de cualquier otro modo) sería tratado exactamente de la misma forma que la Sra. Z en una situación comparable”⁷⁹. Tampoco existe “ninguna disposición en la legislación de la UE que obligue a los Estados miembros a conceder un permiso retribuido a los padres adoptivos” (apartado 65), que podría ser un supuesto comparable con el habido, aunque también podrían darse diferencias de tratamiento entre ambos por

⁷⁶ Conclusiones evacuadas el 26 de septiembre de 2013 relacionadas con el asunto C-363/12, apartado 38. El subrayado corresponde al original.

⁷⁷ *Ibidem*, apartados 45-46. En definitiva, “la Sra. Z no está comprendida en el ámbito de aplicación *ratione personae* de la Directiva 92/85” (apartado 50 *in fine*).

⁷⁸ DOUE 204, de 26 de julio de 2006, pp. 23 ss.

⁷⁹ Conclusiones evacuadas el 26 de septiembre de 2013 en relación con el asunto C-363/12, apartado 63.

parte del Derecho nacional (apartado 67). Dado que la pretensión de la actora se sitúa en el Derecho nacional y no de la Unión Europea, no resulta preciso examinar la compatibilidad de una directiva con determinadas disposiciones de los Tratados (artículos 3.3 TUE y 8 y 157 TFUE) y de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (artículos 21, 23, 33 y 34) que no son aplicables al caso que nos ocupa (apartados 70 ss.).

Y tampoco puede defenderse, a juicio del Abogado General, la aplicación de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación⁸⁰, que trata de paliar las situaciones de discapacidad que suponen un obstáculo para ejercer una actividad profesional⁸¹, lo que no ocurre en el presente caso⁸².

El Tribunal de Justicia (Gran Sala) mantiene en el caso *Z y A Government Department, The Board of management of a community school*⁸³ que no se ha producido discriminación de género alguna en el caso que nos ocupa, en el que se niega permiso de maternidad a una mujer que, careciendo de útero, ha recurrido a la gestación subrogada para tener descendencia. En efecto, no hay discriminación ni directa, ya que “un hombre que fuera padre de un niño gracias a un convenio de gestación por sustitución sería tratado de la misma forma que una madre subrogante en una situación comparable” (§ 52) ni indirecta, puesto que “ningún dato obrante en los autos permite apreciar que la denegación de la concesión del permiso en cuestión perjudique especialmente a las trabajadoras en comparación con los trabajadores” (§

⁸⁰ DOCE 303, de 2 diciembre de 2000, pp. 16 ss.

⁸¹ Conclusiones evacuadas el 26 de septiembre de 2013 en relación con el asunto C-363/12, apartado 96. En todo caso, resulta “difícil aceptar que pueda inferirse del artículo 5 de la Directiva 2000/78 una obligación del empresario de conceder un permiso laboral retribuido” (*ibidem*, apartado 104), medida que además se considera desproporcionada y lesiva para el empresario (apartado 108). Tampoco se vincula el permiso con la limitación de la recurrente (apartado 109).

⁸² De ahí que las normas de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad no les afecten, dado que no recoge disposiciones incondicionales y suficientes precisas (*ibidem*, apartado 114. Ver también los 116-119).

⁸³ Sentencia de 18 de marzo de 2014 en el caso *Z y A Government Department, The Board of management of a community school* (asunto C-363/12)

54). La Sala recuerda, además, que la Sentencia C. D. ya ha declarado que la Directiva 92/85 no impone que los Estados confieran un permiso de maternidad a una trabajadora que ha tenido descendencia a través de la gestación subrogada (§ 58). Por otra parte, la Directiva 2006/54 no obliga a los Estados a establecer permisos de paternidad y/o de adopción (§ 62). Y dado que esta norma no resulta aplicable, no resulta preciso pronunciarse sobre su validez a la vista de diversas disposiciones recogidas en los Tratados y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (§ 64). Finalmente, en relación con la Directiva 2000/78 se recuerda que debe ser interpretada de conformidad con la Convención de la ONU (§ 75). Aunque la afectada, que carece de útero, pueda sufrir un grave sufrimiento por tal dolencia, “el concepto de ‘discapacidad’, en el sentido de la Directiva 2000/78, supone que la limitación que aqueja a la persona, al interactuar con diversas barreras, pueda impedir su participación plena y efectiva en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores” (§ 80), lo que no es el caso. Dado que no le es aplicable la directiva, tampoco resulta preciso examinar su validez desde la perspectiva de su compatibilidad ni con el Derecho originario (§ 83) ni con la citada Convención (que no contiene disposiciones incondicionales y suficiente precisas, § 83).

Hemos visto como, mientras que, en el Derecho español, se acepta con naturalidad que el permiso de maternidad debe operar también en los supuestos de gestación subrogada, en el Derecho de la Unión Europea se limita la protección a la mujer embarazada que da a luz⁸⁴. Esta aparente discrepancia se explica, en principio, por el distinto bien protegido en uno y otro ordenamiento. Mientras que el Derecho español centra su doctrina en el cuidado del recién nacido, la normativa de la Unión pretende proteger la posición de la mujer trabajadora que decide gestar un hijo y dar a luz. Y estos enfoques diferentes pueden originar la paradoja de que mientras la mujer ges-

⁸⁴ Sobre la jurisprudencia comunitaria y su incidencia en el Derecho español puede consultarse HIERRO HIERRO, Francisco Javier: “Prestaciones de Seguridad Social y nuevas formas de familia: la jurisprudencia comunitaria sobre la maternidad subrogada”. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social* 127 (2017), pp. 95 ss., disponible en https://expinterweb.empleo.gob.es/libreriavirtual/descargas.action?f_codigo=W0141727&codigoOpcion=3.

tante que alumbre un hijo para otros padres intencionales no pudiera beneficiarse del permiso de maternidad de acuerdo con el Derecho español, sí le sea aplicable la normativa de la Unión. Y claro, explica también lo contrario, que es, precisamente, lo que ha pasado: que la madre de intención se vea beneficiada por una norma estatal que no venga exigida por el Derecho de la Unión.

Esta diferencia de tratamiento no carece enteramente de sentido, si se acepta que el permiso de maternidad es una medida que persigue diversos fines a la vez, como son la recuperación física de la madre (gestante) y el cuidado del bebé (por parte de la madre gestante o intencional). Sin embargo, conviene recordar que, según reza el artículo 24.2 CDFUE, “en todos los actos relativos a los niños llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del niño constituirá una consideración primordial”. Si el Tribunal de Justicia de la Unión Europea aceptara que un permiso de maternidad afecta al recién nacido, o al menor (en el caso de adopción), podría permitirse reconsiderar el alcance de una norma primigeniamente dirigida a proteger a la mujer trabajadora embarazada. Es cierto que estaríamos ante una interpretación constructiva en una materia, además, polémica⁸⁵, por lo que puede comprenderse la prudencia mostrada por el Tribunal de Luxemburgo.

En todo caso, lo que queríamos demostrar es que, en el Derecho español, como ha ocurrido también en Francia, pese a que la gestación subrogada es un contrato nulo y constituye una acción tipificada penalmente, se han extraído consecuencias jurídicas de la misma. Se ha facilitado la inscripción de menores gestados en el extranjero⁸⁶, y se han reconocido prestaciones sociales para los padres de intención.

Conviene señalar, además, que esas consecuencias se asegurarían en cualquier Estado que sea parte del Consejo de Europa si (a) se

⁸⁵ Ver apartado 120 de las Conclusiones del Abogado General Nils Wahl evacuadas el 26 de septiembre de 2013 en relación con el asunto C-363/12.

⁸⁶ No nos parece posible no hacerlo, la verdad, si se piensa en su interés superior. A nuestro modesto entender, la sanción del fraude de Ley de los padres comitentes de valerse de la maternidad subrogada en el exterior, por estar prohibida en nuestro país, no puede imponerse al menor, ajeno a la conducta y que merece una especial protección. En contra, SALAZAR BENÍTEZ, Octavio: “La gestación...”, *cit.*, p. 113.

mantiene un vínculo biológico entre un progenitor y el recién nacido y/o (b) se acredita la existencia de una vida familiar *de facto* que derive de una convivencia prolongada antes de iniciar los trámites para su inscripción en el registro civil español. Sería, en efecto, impensable que el Tribunal de Estrasburgo avalara la separación de un menor que convive con sus padres intencionales durante un lapso temporal extenso. Por eso, y por otras razones, resulta preciso dar una respuesta positiva a la cuestión inicial planteada en el presente estudio.

5. RESULTA OPORTUNO DAR UN TRATAMIENTO JURÍDICO A LA GESTACIÓN SUBROGADA

Aunque podría ponerse aquí punto y final al presente estudio, puede ser conveniente ahondar en las razones que motivan la conveniencia de regular la cuestión y esbozar algunas orientaciones que, a nuestro modesto entender, podrían guiar, en su caso, dicha normativa.

Desde una perspectiva general, resulta absurdo no regular lo que está ocurriendo⁸⁷. Es tanto como desconocer la realidad. Si dos ordenamientos jurídicos que han tratado de impedir la práctica de la gestación subrogada con normas claras y contundentes, han fracasado con total éxito, es legítimo pensar que a lo mejor la dirección seguida no es la mejor⁸⁸. Esta razón bastaría, con carácter

⁸⁷ En muchos trabajos se hace notar esa divergencia entre lo que se deriva de las normas y lo que ocurre en la realidad. Ver, por ejemplo, LAMM, Eleonora: “Gestación por sustitución: Realidad y Derecho”. *Indret* 2012/3, disponible en <https://docplayer.es/4497161-Indret-gestacion-por-sustitucion-eleonora-lamm-analisis-del-derecho-realidad-y-derecho.html>, en relación con Argentina y CERVILLA GARZÓN, María Dolores: “Gestación subrogada y dignidad de la mujer”. *Actualidad Jurídica Iberoamericana* 9 (2018), pp. 10 ss, y EMALDI CIRIÓN, Aitziber: “La maternidad subrogada vulnera el principio constitucional de la seguridad jurídica. La imperiosa necesidad de buscar una solución al problema español: cambio legislativo o cumplimiento de la Ley”. *Dilemata* 28 (2018), pp. 123 ss., disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6694798&orden=0&info=link>, en relación con nuestro país.

⁸⁸ Sin embargo, hay autores que piensan que hay que profundizar en la misma dirección, asegurando también la “nulidad de los contratos sea también aplicable a aquellos celebrados en el extranjero” [FERNÁNDEZ MUÑIZ, Pablo Ignacio: “Gestación subrogada, ¿cuestión de derechos? *Dilemata* 26 (2018), p. 36]. El autor, vocal del Comité de Bioética de España, afirma también que esta variación

general⁸⁹, para repensar algunas decisiones recientes sobre otros fenómenos sociales que pueden plantear reparos morales o jurídicos⁹⁰.

normativa “no produzca el efecto colateral de dejar desprotegidos a los niños que nacen de los procesos que estén en curso”, lo que evidencia que el problema está en los niños habidos de tal proceso. Además, deben recordarse que nos vinculan los criterios establecidos por el Tribunal de Estrasburgo (sobre el vínculo biológico y la noción fáctica de vida familiar), lo que dificulta mucho cualquier posición que decida no reconocer a los niños habidos en el extranjero a través de esta técnica. Por estas razones, nos parece muy difícil que se pueda lograr la prohibición global de esta técnica. Ver, en el mismo sentido del autor citado, GUERRA PALMERO, María José: “Contra la mercantilización de los cuerpos de las mujeres. La ‘gestación subrogada’ como nuevo negocio transnacional”. En *Dilemata* 26 (2018), pp. 39 ss., esp. p. 49, y la abundante bibliografía que se cita (disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6278543>). Esta última autora afirma que los defensores de la reglamentación están “condicionada y presionada por el lobby de la industria de la tecno-reproducción”, lo que no es el caso.

⁸⁹ Por supuesto, que hay quienes opinan que tanto la prostitución como la gestación subrogadas son ataques contra la mujer y se encuentran al servicio del (hetero)patriarcado y del capitalismo. En efecto, “Dos industrias comercializan funciones humanas básicas: la sexualidad y la reproducción. Asimismo, estas constituyen, como es el caso, la base de la opresión histórica de las mujeres y de su división permanente en ‘putas y santas’” (EKIS EDMAN, Kajsa: *El ser y la mercancía. Prostitución, vientres de alquiler y disociación*. Bellaterra. Barcelona, 2017, traducción del prefacio de la edición sueca de 2014 realizada por Susana ROSTAGNOL, en la “Revisión crítica” del citado volumen en *Papeles del CEIC* 2 (2018), disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6550966.pdf>). Sin embargo, hay indicios que permiten separar ambos fenómenos, como es que la prostitución es mayoritaria (aunque no exclusivamente) contratada por hombres, mientras que son muchas las mujeres que recurren a la gestación subrogada. Hay, sin embargo, quien ha ido más lejos, estableciendo “la gestación subrogada como ejemplo de los vínculos de opresión entre las mujeres y los animales no humanos”, como María Isabel BALZA MÚGICA [en “Una biopolítica feminista de la carne”. *Asparkia: investigación feminista* 33 (2018), pp. 27 ss., disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6697188.pdf>]. Son también críticas con la maternidad subrogada Ana MARRADES PUIG, Ana (en “La gestación...”, *cit.*, esp. pp. 235-240 y “El debate...”, *cit.*, esp. p. 154), por entenderla incompatible con la dignidad, la libertad y la integridad de la mujer, entre otras razones. En el mismo sentido GONZÁLEZ GRANADO, Javier: “La nulidad del contrato de gestación subrogada. Razones jurídicas”. Disponible en <http://tallerdederechos.com/contrato-de-gestacion-subrogada/o> y SALAZAR BENÍTEZ, Octavio, que razona desde la perspectiva de género (en “La gestación...”, *cit.*, pp. 94 ss., 105 y 116-117).

Esta misma conclusión se deriva del interesantísimo análisis de Derecho comparado recogido en la citada Opinión Consultiva del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Reflejaremos los principales datos que se aportan en el siguiente cuadro resumen, limitándonos aquí a señalar el conjunto de países examinados y remitiéndonos, en el detalle, al citado documento.

Ana MARRADES PUIG sostiene, además, que hay recientes estudios e investigaciones que muestran que a través del embarazo se transmite carga genética, lo que complejiza, aún más, la cuestión (pp. 228 y 168 de los trabajos citados). Y en un artículo de prensa muy reciente se habla de un bebé con ADN de tres progenitores (además de los padres, de la mujer donante de óvulo) (Corral, Miguel G: “Investigadores españoles ‘crean’ el primer bebé de tres progenitores para luchar contra la infertilidad”. *El Mundo* de 11 de abril de 2019, disponible en <https://www.elmundo.es/ciencia-y-salud/salud/2019/04/11/5caf7cc8fc6c830f7d8b473d.html>).

Desde una perspectiva bien distinta se ha defendido que la gestación subrogada permite acabar con el paradigma de que gestar y criar a un niño son una misma cosa y permite separar la gestación del rol materno (LAMM, Eleonora: “Gestación por sustitución y género: repensando el feminismo. En GARCÍA MANRIQUE, Ricardo y BELBRAN PEDREIRA, María Elena: *El cuerpo diseminado: estatuto, uso y disposición de los biomateriales humanos*. Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 191 ss. y disponible en <https://aldiaargentina.microjuris.com/2018/12/03/repensando-la-gestacion-por-sustitucion-desde-el-feminismo/>). También se muestra partidario de la maternidad subrogada Gerardo RUIZ-RICO RUIZ, afirmando que “no tendría sentido restringir la autonomía individual de quienes desean alcanzar esa plenitud en su desarrollo personal mediante un acuerdo de voluntades para la gestación de una mujer con la que no se tiene relación o vínculo alguno convivencial o marital” (en “La problemática...”, *cit.*, p. 75).

⁹⁰ Estoy pensando, en particular, en la impugnación del sindicato denominado “Organización de Trabajadoras Sexuales”, en siglas OTRAS, por parte de la asociación Plataforma 8 de marzo de Sevilla y de la Comisión para la investigación de malos tratos a mujeres, que ha dado lugar a que la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional declare su nulidad en la Sentencia 174/2018, de 19 de noviembre, disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=AN&reference=8580902&links=sindicato%20OTRAS&optimize=20181122&publicinterface=true>. Aunque se comparta el rechazo al fenómeno de la prostitución, resulta legítimo dudar de que sea mejor negar el fenómeno (por cierto, alegal en nuestro país) que establecer normas que confieran cobertura social y asistencial a las personas afectadas.

Se analiza la situación en los cuarenta y tres Estados que son parte del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁹¹. Tras examinar en la primera línea si la maternidad subrogada está autorizada, tolerada o expresa o implícitamente prohibida, veremos, a continuación, en cuantos Estados se contempla el reconocimiento del padre (por vinculación genética) o de la madre de intención (aunque carezca de ésta) y concluiremos el análisis viendo si dicho reconocimiento se realiza mediante la inscripción en el registro civil, por una específica resolución judicial o, finalmente, mediante adopción (aunque es posible que el Estado contemple más de uno de estos medios)⁹².

Autorizada	Tolerada	Prohibida	Total	
9	10	24	43	Tratamiento jurídico
19		12	31	Permite establecer paternidad padre intención (con vínculo genético)
12		7	19	Permite establecer maternidad madre de intención (sin vínculo genético)
16/19		7/24 (si vínculo genético)		Establecimiento mediante inscripción
19/19		9/24		Establecimiento por decisión judicial distinto de la adopción
5/19		12/24		Establecimiento mediante adopción, sin que deba existir vinculación genética en todo caso

⁹¹ Son Albania, Alemania, Andorra, Armenia, Austria, Azerbaiyan, Bélgica, Bosnia-Herzegovina, Bulgaria, Chipre, Croacia, España, Estonia, Finlandia, Georgia, Grecia, Hungría, Irlanda, Islandia, Italia, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Malta, República de Moldova, Mónaco, Montenegro, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, República de Macedonia, República Checa, Rumania, Reino Unido, Rusia, Serbia, Eslovaquia, Eslovenia, Suecia, Turquía y Ucrania (Opinión consultiva citada, § 22).

⁹² El cuadro es un resumen de los §§ 23 y 24, en los que se concretan los países que se integran en cada apartado del cuadro adjunto.

A la vista de estos datos, es evidente que estamos ante una realidad social que exige ser regulada, con independencia del reparo que cada uno tenga.

Pero es que, además, como ya se ha visto, la cuestión aquí planteada no presenta, para muchas personas, reparo moral alguno. Estamos en presencia de un tema que mantiene defensores y detractores en personas que forman parte de todo el espectro político, y que ha calado en la sociedad (tanto en los hombres como en las mujeres, y con independencia de su orientación sexual⁹³).

La situación actual recuerda en mucho, a lo acaecido en los años setenta y ochenta del siglo pasado, con el aborto. Como se recordará en aquél momento la interrupción voluntaria del aborto estaba sancionada en nuestro país, y no era infrecuente que las mujeres tuvieran que viajar a Londres para poder hacer lo que aquí se les impedía. De hecho el Tribunal Constitucional tuvo que declarar “el derecho de los recurrentes a no ser condenados en España por el aborto cometido en el extranjero”⁹⁴. Lo más relevante es que, en aquellos momentos, al igual que ocurre ahora con la gestación subrogada, se pueda denunciar, como hace el Tribunal Supremo, con toda razón, la existencia de una “*ciudadanía censitaria* en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población”⁹⁵. Lo que se afirma es que la

⁹³ En el primer muestreo realizado en nuestro país, participan más hombres que mujeres (65,1% y 34,9%), pero la presencia de estas últimas no deja de ser significativa, de las que se declaran homosexuales una leve mayoría (50,9% sobre el 46,2%). En Morero Beltrán, Anna María: “Características...”, *cit.*, pp. 9. Frente a la creencia popular, recurren más a ella las parejas heterosexuales que las homosexuales (80-85% frente al 15-20%) (*ibidem*, p. 10). La mayoría de las personas encuestadas están casadas (81,2%), tienen pareja (95%) y conviven con ella (92,7%). (*idem*). De hecho, la tramitación se hace muy habitualmente en pareja (89,8%) (*ibidem*, p. 11).

⁹⁴ Fallo de la STC 75/1984, de 27 de junio de 1984. Y el autor de este trabajo no ha sido capaz de localizar una sola condena penal que aplique el artículo 221.2 CP.

⁹⁵ Miguel Ángel PRESNO LINERA y Pilar JIMÉNEZ BLANCO hacen notar que la jurisprudencia que facilitara la inscripción de niños habidos por gestación subrogada en el extranjero “genera un verdadero elitismo socio-económico para el acceso a la filiación y fomenta el turismo gestacional” [en “Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia”].

regulación actual no impide la gestación subrogada, sino que la reserva a aquellas personas o parejas que tengan un cierto nivel adquisitivo (o, cuando menos, de endeudamiento) y, además, tampoco regula ninguna garantía ni protección para las partes, con independencia de que sean nacionales⁹⁶.

A la vista de estos datos se entenderá que se haya partido, en este epígrafe, de la conveniencia de regular en nuestro país la gestación subrogada⁹⁷. Aunque se comprende perfectamente la posición moral de las personas que discrepan de esta técnica de reproducción asistida, como de las que no comparten que las mujeres deben decidir libremente si desean o no ser madres, la función del Derecho es, a nuestro modesto entender, regular las relaciones sociales, canalizándolas y delimitándolas. Luego los justiciables decidirán si se sirven o no de ellas.

denia española y europea”. *Revista Española de Derecho Europeo* 51 (2014), pp. 9-44, disponible, como manuscrito, en <https://presnolinera.files.wordpress.com/2014/12/libertad-igualdad-maternidad-gestacion3b3n-por-sustitucion3b3n-revista-espac3b1ola-de-derecho-europeo-nc2ba-51.pdf>, por el que se cita, p. 38].

⁹⁶ En este sentido, la no regulación de la gestación subrogada no solamente es neutra, sino que posibilita la efectiva lesión de derechos (eso sí, cometidos fuera de nuestras fronteras). Ver, en el plano doctrinal, LAMM, Eleonora: “Una vez más sobre gestación por sustitución, porque sin marco legal se siguen sumando violaciones a derechos humanos”. En *Ars Iuris Salmanticensis* 2016\1, pp. 61 ss., disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5615145&orden=0&info=link>. Federico de MONTALVO JÄÄSKELÄINEN entiende que regular la gestación subrogada comprometería el estatuto constitucional de la familia (en “Una reflexión sobre la oportunidad de regular la gestación subrogada desde la perspectiva de la familia como institución garantizada constitucionalmente”. *Derecho y salud* 2017, Extra 1, pp. 26 ss., esp. 46-47, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6334682.pdf>).

⁹⁷ Se descarta, por quimérica, la pretensión de erradicar esta técnica del mundo mundial, ya que no nuestra capacidad de decisión es, por esencia, limitada, aunque haya sido patrocinada por autores y expertos (ver, ahora, por todos, *Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada*, de 19 de mayo de 2017, cit.). Bastaría con hacer notar, además, que las principales jurisdicciones de algunos Estados de nuestro entorno han declarado su constitucionalidad, por lo que sería complicado convencerles de algo en los que ellos no creen. Nos remitimos, sin más, a la nota 99 del presente estudio.

Solamente aquellas que producen un rechazo social muy mayoritario o protejan derechos fundamentales deben ser proscritas⁹⁸.

Ya se ha visto que no ocurre esto necesariamente con la gestación subrogada. Por esta razón puede ser razonable pensar en su introducción en el Derecho español⁹⁹. Y resulta también conveniente avanzar algunas¹⁰⁰ sugerencias sobre qué regulación sería más o menos respetuosa con nuestro marco constitucional¹⁰¹. Por eso se van a reali-

⁹⁸ En directa conexión con esta cuestión está si se pueden oponer, y en qué medida, las normas de orden público estatal para condicionar actuaciones que son legales en terceros países. Conviene subrayar que mientras que los tribunales franceses hablan de principios del orden públicos que deben ser asegurados, los españoles aluden al orden público internacional español. Es evidente que estamos ante nociones no idénticas y en las que sería oportuno ahondar en el plano doctrinal.

⁹⁹ En este sentido, resulta conveniente recordar que el Tribunal Constitucional portugués ha declarado la constitucionalidad de la gestación subrogada introducida en el Derecho luso a través de la Ley 25/2016, de 22 de agosto, aunque haya entendido que algunas de sus disposiciones son inconstitucionales. Sobre esta relevante resolución (Sentencia 225/2018, de 24 de abril, disponible en <https://dre.pt/application/file/a/115227161>) puede consultarse LAZCOZ MORATINOS, Guillermo: “Acerca de la constitucionalidad o no, de la maternidad subrogada: Sentencia 225/2018 del Tribunal Constitucional portugués”. *Dilemata* 28 (2010), disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6694799&orden=0&info=link>, y VELA SÁNCHEZ, Antonio José: “Y el sueño se convirtió en pesadilla: el Tribunal Constitucional Portugués declara la inconstitucionalidad de la legislación sobre gestación por sustitución (I)”. *Diario La Ley* 9237 (2018) y “Y el sueño se convirtió en pesadilla: el Tribunal Constitucional Portugués declara la inconstitucionalidad de la legislación sobre gestación por sustitución (II)”. *Diario La Ley* 9250 (2018).

¹⁰⁰ Lamentablemente, existen otras cuestiones sobre las que no podemos avanzar una opinión por no disponer de ella. Así, por ejemplo, se ha sugerido que tenga que haber material genético de los comitentes para evitar que algunas mujeres deleguen las incomodidades derivadas del embarazo en otras (SALAZAR BENÍTEZ, Octavio: “La gestación...”, *cit.*, p. 110), pero tal previsión puede perjudicar a algunas personas y acaso podría ser evitada si se impone un trámite previo de autorización que debería ser negativa en un supuesto como el descrito. También discrepamos de la idea de que se reserve el proceso a personas nacionales (*ibidem*, p. 110), por entender que, si el proceso cuenta con las garantías previstas, no hay motivos que expliquen negar el mismo, cuando menos, a los residentes extranjeros que vivan en nuestro país.

¹⁰¹ Otros autores apuestan también por la regulación de la gestación subrogada. Entre ellos destacan las obras de Leonora LAMM (*Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Universidad de Barcelona. Barcelona, 2013), Miguel Ángel PRESNO LINERA y Pilar JIMÉNEZ BLANCO

zar algunas consideraciones que, ya se adelanta, generarán opiniones encontradas entre sus lectores. En cierta medida es inevitable que sea así. Nuestras recomendaciones, además de polémicas, son, también, provisionales. Es, obviamente, el legislador democrático el encargado de debatir, elaborar y, en su caso, aprobar las leyes. Nuestras ideas pueden ser útiles, eso sí, para el debate doctrinal y para situar algunos

(en “Libertad...”, *cit.*, p. 38), Daniel GARCÍA SAN JOSÉ: [“La gestación por sustitución y las obligaciones emanadas para los Estados parte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: repercusiones en el ordenamiento jurídico español del activismo y de la autolimitación judicial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con la gestación por sustitución”. *Revista Española de Derecho Constitucional* 113 (2018), p. 127], Antonio José VELA SÁNCHEZ [“Crimen en el bar: regulemos ya en España el convenio de gestación por sustitución”. *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia* 16 (2017), disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6347466.pdf>, y *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*. Comares. Granada, 2012] o Jesús Estebán CÁRCAR BENITO (“La gestación por sustitución dentro del derecho a la asistencia sanitaria: su configuración y prioridad en una futura regulación”. *Derecho y Salud* 2017, Extra 1, pp. 160 ss., esp. p. 172 ss., disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6334692.pdf>), entre otros. Esta postura también se mantiene desde sectores muy críticos con la gestación subrogada [Ver, VELÁZQUEZ, Lourdes: “Algunos aspectos acerca del consentimiento informado en la gestación subrogada”. *Dilemática* 26 (2018), p. 23, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6278530.pdf>]. Dentro del Comité de Bioética español Carlos María Romeo Casabona no excluye abrir la gestación subrogada “a ciertas situaciones, siempre vistas como excepcionales” en el Voto que acompaña al *Informe sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada*, *cit.*, p. 90.

Por otra parte, hay un borrador elaborado por la Asociación por la Gestación Subrogada en España, que, aún en revisión, puede ser consultado en <http://gestacionsubrogadaenespana.es/index.php/2013-10-16-13-08-07/proposicion-de-ley> y una proposición de Ley presentada por el Grupo Parlamentario de Ciudadanos, cuyo texto puede ser consultado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. Serie B, núm. 145-1*, disponible electrónicamente en http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-145-1.PDF, que no ha sido siquiera tomado en consideración. Las restantes iniciativas parlamentarias en la materia, con nulos resultados, son una pregunta oral (expediente 180/000651), ocho preguntas escritas (expedientes 184/035271, 184/024222, 184/017166, 184/017165, 184/013285, 184/013129, 184/003344 y 184/002319), un informe solicitado al Ministerio de Empleo y Seguridad Social (expediente 186/000486) y dos proposiciones no de Ley, rechazadas (expedientes 161/003649 y 161/001307).

de los interrogantes que toda legislación sobre la gestación subrogada puede suscitar.

Realizadas estas precisiones previas, podemos entrar en materia.

En primer lugar, ¿debe optarse por una gestación subrogada retribuida o altruista? La primera pregunta que se suele realizar es si resulta constitucionalmente aceptable el comercio con el útero de una mujer. Es obvio que la opción de la gestación altruista elimina una buena parte de las objeciones al respecto¹⁰². No obstante, son muchos los que niegan la posible existencia de esta modalidad, puesto que sería difícilmente entendible, que una mujer asumiera el coste físico y psíquico que conlleva un embarazo y un parto *gratia et amore*¹⁰³. Yo añadiría que además la delimitación retribución/altruismo no es evidente en esta materia, puesto que siempre se asume que los padres intencionales deben asumir los gastos derivados del cuidado de la gestante y del feto e indemnizar los perjuicios ocasionados en la gestante (por ejemplo, los laborales). Es probable que el legislador pueda encontrar un punto de equilibrio regulando la gestación subrogada en su modalidad altruista que contemple la posibilidad de resarcir los perjuicios (que no daños, como luego veremos) sufridos por la gestante. Se podría regular así una cuantificación por el propio legislador, que impida el lucro (al menos, el lucro excesivo) de la madre gestante, y que garantice, al tiempo, una indemnización razonable para ella. Somos conscientes de que esta regulación será tildada por unos como limitadora de la libertad de las partes para alcanzar un acuerdo y por otros como encubridora de una regulación que retribuye el uso del cuerpo de la mujer. Pero creemos que solamente un punto de equilibrio hará que la norma sea eficiente.

En segundo lugar, debe pensarse si la gestación subrogada debe dejarse a la libre voluntad entre las partes o si debe condicionarse su viabilidad a que concurran determinadas circunstancias. Parece que esta técnica deberá reservarse a aquéllos supuestos donde existe una imposibilidad de concebir de la(s) persona(s) comitente(s) por sí misma(s).

¹⁰² Se ampararía, así, la gestación que se haga “desde la generosidad” (SALAZAR BENÍTEZ, Octavio: “La gestación...”, *cit.*, pp. 107-109).

¹⁰³ Ver, como ejemplo, y por todos, MARRADES PUIG, Ana: “La gestación...”, *cit.*, pp. 224-225, cuando señala que se paga más en un modelo altruista como Canadá que en otro retribuido como es el de Ucrania.

No resulta razonable que su utilización se vincule, por ejemplo, con razones puramente estéticas o con no asumir las consecuencias de un embarazo si este es plausible.

En tercer lugar, debe garantizarse la libertad de actuación de las partes, para evitar situaciones de abuso de una parte sobre la otra. Y, en este sentido, la Ley podría imponer algunas cautelas materiales y procedimentales. Entre las primeras estarían algunos requisitos materiales que deben cumplir ambas. En la persona comitente se podría pedir una edad mínima y una decisión clara e incondicional. En la (futura) madre gestante, que haya sido previamente madre (para asegurarnos de que tenga claro a qué se compromete), y que exprese su acuerdo de forma clara. Resulta evidente que su compromiso debe ser libre y no está viciado por presiones (de los padres comitentes o de otras personas), porque ello haría nulo el contrato de gestación.

En cuarto lugar, deben asegurarse los derechos de la madre gestante. Derechos a interrumpir el embarazo (restituyendo lo entregado por la contraparte) o a quedarse con el menor a su cargo (restituyendo lo entregado por la contraparte y excluyendo en este caso las responsabilidades futuras de los padres de intención sobre el menor¹⁰⁴). La Ley debería contemplar otros supuestos, como es la pérdida del bebé. En este caso, podría entenderse que los padres de intención, además de no recuperar lo ya gastado, asumieran, en principio, los gastos sanitarios derivados de esta circunstancia.

En quinto lugar, deben asegurarse también los derechos del o de los padres de intención. Aquí se podría pensar si se debe excluir a una persona o colectivo, pero en nuestra opinión debería poder celebrar un contrato de gestación toda persona física, matrimonio, o pareja, con independencia del sexo y orientación sexual de sus miembros. Si todas ellas pueden adoptar, resulta lógico que también puedan recurrir a la gestación subrogada para tener descendencia. Por otra parte,

¹⁰⁴ Compartimos en este punto la tesis de Luís MUÑOZ DE DIOS SÁEZ de que la gestante ni siquiera puede renunciar a su hijo en el momento del nacimiento, como parece deducirse del tenor literal empleado en el artículo 45 de la Ley 20/2011, sino que lo que se posibilita es su no inscripción hasta el momento en que decida darlo en adopción [ver MARRADES PUIG, Ana: “La gestación...”, *cit.*, p. 226]. Ver, en el mismo sentido, SALAZAR BENÍTEZ, Octavio: “La gestación...”, *cit.*, pp. 111-112.

los padres de intención no podrían echarse atrás una vez que el embarazo se ha producido (y esto es relevante por lo que luego diremos).

En sexto lugar, deben asegurarse también el interés superior del menor. Y esto explica que puedan imponerse limitaciones suplementarias a los padres de intención (por ejemplo, estableciendo una edad máxima para acudir a esta técnica de reproducción asistida, que posibilite una patria potestad eventual sobre el periodo infantil y juvenil del menor, o imponiendo un sumario examen de las condiciones psico-pedagógicas y socio-económicas, que aseguren un adecuado desarrollo del menor). También implica que los padres no pueden negarse a aceptar al menor que la madre gestante haya decidido parir, aunque sufra síndromes o enfermedades, y con independencia de que éstos hayan sido detectadas en el embarazo, o se hayan producido durante el parto.

En séptimo y último lugar, habría que someter todo el proceso a la previa autorización y seguimiento de instancias públicas (de carácter judicial o autoridad pública) y acabar así con las Agencias que se dedican a estas cuestiones¹⁰⁵. De un lado, porque el Estado podría así garantizar todos los derechos a los que se ha hecho referencia con anterioridad y garantizar también el interés del menor. De otro, porque las agencias actúan con criterios empresariales que deben ser erradicados en una materia tan sensible como la que nos ocupa.

Si se aceptan todas estas sugerencias, se verán que unas y otras interactúan entre sí. Así, por ejemplo, hacen que la(s) persona(s) intencionales deba(n) tener una edad mínima (para asegurar la madurez necesaria) y no superar otra máxima (que garantice una expectativa del menor a ser cuidado y educado en el seno de su familia). Es seguro, sin embargo, que a la hora de redactar estas sugerencias podrán suscitarse otras cuestiones aquí no previstas.

¹⁰⁵ Octavio Salazar recuerda (En “La gestación...”, *cit.*, pp. 89-90, nota 20) que mientras que en algunos países hay una autorización previa por parte de un órgano judicial o comité específico que supervisa el cumplimiento de las condiciones previstas en la ley, en otros se regula exclusivamente la transferencia de la filiación post-parto. Es obvio que resulta más aconsejable optar por un modelo en el que haya una supervisión previa y externa del cumplimiento de las garantías previstas en la Ley y un seguimiento posterior del proceso. El autor opta finalmente, por un control judicial (*ibídem*, p. 109).

En todo caso, lo relevante es entender que, según nuestra opinión, no toda regulación de la gestación subrogada resulta incompatible con la dignidad de la mujer. Se trata, como casi siempre en el Derecho, de que éste sirva para canalizar las relaciones sociales y proteger los derechos de las partes en juego. Ojalá se pueda encontrar ese punto de equilibrio.

6. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Noelia y CARRIZO AGUADO, David: “Tratamiento legal del contrato de gestación por sustitución en el Derecho internacional privado español a la luz de la STS de 6 de febrero de 2014. Dime niño, ¿de quién eres...?”. *La Notaria* 2014\2, pp. 59-75, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4875741.pdf>.
- BALZA MÚGICA, María Isabel: “Una biopolítica feminista de la carne”. *Asparkia: investigación feminista* 33 (2018), pp. 27-44, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6697188.pdf>.
- BRUNET, Laurence: “L’avis du CCNE no126 (15 juin 2017) sur les demandes sociétales de recours à l’assistance médicale à la procréation: un pas en avant et deux en arrière...”. *Médecine & Droit* 2018, pp. 5-9, disponible en <https://reader.elsevier.com/reader/sd/pii/S1246739117301112?token=7CFDD9AF2AB404891F7CA5D39C4FEFD2AF53B19C3147E25534C3F2D358CBAB1E59C4B7736E24AE57E594CA5BC5F65F8F>.
- BRUNET, Laurence BRUNET (dir.); CARRUTHERS, Janeen; DAVAKI, Konstantina; KIN, Derek; MARZO, Claire y MCCANDLESS, Julie: *El régimen de subrogación en los Estados miembros de la UE*. Informe disponible en [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI_ET\(2013\)474403\(SUM01\)_ES.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI_ET(2013)474403(SUM01)_ES.pdf).
- CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier: “Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”. *Cuadernos de Derecho Transnacional* 2011\1, pp. 247-262, disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/issue/view/287>.
- CALVO SOLER, Raúl: “La ineficacia de las normas jurídicas en la teoría pura del Derecho”. *Isnomía* 27 (2007), pp. 171-194.
- CÁRCAR BENITO, Jesús Estebán: “La gestación por sustitución dentro del derecho a la asistencia sanitaria: su configuración y prioridad en una futura regulación”. *Derecho y Salud* 2017, Extra 1, pp. 160 ss., esp. pp. 160-

- 174, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descargar/articulo/6334692.pdf>.
- CATTO, Marie-Xavière: “La gestation pour autrui: d’un problème d’ordre public au conflit d’intérêts?”. En *Revue des Droits de l’Homme* 2013/3, disponible en <http://revdh.files.wordpress.com/2013/06/7seminairecatto1.pdf>.
- CERVILLA GARZÓN, María Dolores: “Gestación subrogada y dignidad de la mujer”. *Actualidad Jurídica Iberoamericana* 9 (2018), pp. 10-44.
- CORREAS, Óscar: “Kelsen y Gramsci o de la eficacia como signo de hegemonía”. *Crítica Jurídica* 10 (1992), pp. 37-93.
- DÍAZ ROMERO, María del Rosario: *Autonomía de la voluntad y contrato de gestión subrogada. Efectos Jurídicos*. Aranzadi. Cizur Menor, 2018.
- DURÁN AYAGO, Antonia: “Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Mennesson c. France (núm. 65192/11) y caso Labassee c. France (núm. 65941/11) de 26 de junio de 2014: interés superior del menor y gestión por sustitución”. *Ars Iuris Salmanticensis* 2014\2, pp. 280-282, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5060345&orden=0&info=link>.
- EKIS EDMAN, Kaja: *El ser y la mercancía. Prostitución, vientres de alquiler y disociación*. Bellaterra. Barcelona, 2017.
- EMALDI CIRIÓN, Aitziber: “La maternidad subrogada vulnera el principio constitucional de la seguridad jurídica. La imperiosa necesidad de buscar una solución al problema español: cambio legislativo o cumplimiento de la Ley”. *Dilemata* 28 (2018), pp. 123-135, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6694798&orden=0&info=link>.
- FERNÁNDEZ MUÑIZ, Pablo Ignacio: “Gestación subrogada, ¿cuestión de derechos?”. *Dilemata* 26 (2018), pp. 27-37, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descargar/articulo/6278536.pdf>.
- FERRER VANRELL, María Pilar: “La discutible constitucionalidad de la instrucción de la DGRN 5-10-2010 sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos por gestación de sustitución”. *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad* 2013\1, pp. 57-76, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descargar/articulo/5594816.pdf>.
- FULCHIRON, Hugues y GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: “L’ordre public international à l’épreuve des droits de l’enfant: non à la GPA internationale, oui à l’intégration de l’enfant dans sa famille”. *Revue Critique de Droit International Privé* 2014\3, pp. 531-558.
- FULCHIRON, Hugues y GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: “Algunas reflexiones sobre la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 a la luz de la condena de Francia por el TEDH (Sentencias Labassée y Menesson de 26 de junio de 2014)”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* 2015\3, pp. 67-108 (BIB 2015\1399).

- FLORES RODRÍGUEZ, Jesús: “Vientres de alquiler: más cerca de su reconocimiento legal en Europa. Comentario a la STEDH de 26 de junio de 2014, recurso núm. 65192/11”. *Diario La Ley* 8363 (2014).
- GARCÍA ALGUACIL, María José: “¿Incoherencia legislativa o despropósito judicial?: a propósito de la STS de 6 de febrero de 2014”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* 2014\3, pp. 79-110
- GARCÍA SAN JOSÉ, Daniel: “La gestación por sustitución y las obligaciones emanadas para los Estados parte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: repercusiones en el ordenamiento jurídico español del activismo y de la autolimitación judicial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con la gestación por sustitución”. *Revista Española de Derecho Constitucional* 113 (2018), pp. 103-130.
- GARCÍA SÁNCHEZ, Jesús David: “La prestación por maternidad en un supuesto de gestación subrogada”. *Revista de Información Laboral* 9 (2017), pp. 75-87.
- GONZÁLEZ GRANADO, Javier: “La nulidad del contrato de gestación subrogada. Razones jurídicas”. Disponible en <http://tallerdederechos.com/contrato-de-gestacion-subrogada/>.
- GUERRA PALMERO, María José: “Contra la mercantilización de los cuerpos de las mujeres. La ‘gestación subrogada’ como nuevo negocio transnacional”. En *Dilemata* 26 (2018), pp. 39-51, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6278543>.
- HIERRO HIERRO, Francisco Javier: “Maternidad subrogada y prestaciones de seguridad social”. *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo* 190 (2016), pp. 179-222.
- HIERRO HIERRO, Francisco Javier: “Prestaciones de Seguridad Social y nuevas formas de familia: la jurisprudencia comunitaria sobre la maternidad subrogada”. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social* 127 (2017), pp. 95-120, disponible en https://expinterweb.empleo.gob.es/libreriavirtual/descargas.action?f_codigo=W0141727&codigoOpcion=3.
- ILIADOU, Marianna: “Surrogacy and positive obligations under the European Convention on Human Rights”. *Revista Española de Derecho Europeo* 2017\2, pp. 127-160.
- KELSEN, Hans: *Teoría pura del Derecho*. 4ª ed. Eudeba. Buenos Aires, 2009.
- LAMM, Eleonora: “Gestación por sustitución y género: repensando el feminismo. En GARCÍA MANRIQUE, Ricardo y BELBRAN PEDREIRA, María Elena: *El cuerpo diseminado: estatuto, uso y disposición de los biomateriales humanos*. Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 191-220.
- LAMM, Eleonora: “Gestación por sustitución: Realidad y Derecho”. *Indret* 2012\3, pp. 1-49, disponible en <https://docplayer.es/4497161-Indret-gestacion-por-sustitucion-eleonora-lamm-analisis-del-derecho-realidad-y-derecho.html>.

- LAMM, Eleonora: “Una vez más sobre gestación por sustitución, porque sin marco legal se siguen sumando violaciones a derechos humanos”. En *Ars Iuris Salmanticensis* 2016\1, pp. 61-107, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5615145&orden=0&info=link>.
- LAMM, Leonora: *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Universidad de Barcelona. Barcelona, 2013.
- LAZCOZ MORATINOS, Guillermo: “Acerca de la constitucionalidad o no, de la maternidad subrogada: Sentencia 225/2018 del Tribunal Constitucional portugués”. *Dilemata* 28 (2010), pp. 137-151, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6694799&orden=0&info=link>.
- LE MAIGAT, Patrice: “Toujours pas de paix pour les ‘enfants fantômes de la République’”. *La Revue des droits de l’homme* [En ligne], *Actualités Droits-Libertés*, mis en ligne le 10 mars 2016, disponible en <http://revue.dh.revues.org/2039>.
- MARRADES PUIG, Ana: “El debate sobre la gestación subrogada en España: entre el deseo, la dignidad y los derechos”. *Revista Europea de Derechos Fundamentales* 30 (2017), p. 161, disponible en <http://journals.sfu.ca/redf/index.php/redf/article/view/435/422>.
- MARRADES PUIG, Ana: “La gestación subrogada en el marco de la Constitución española: una cuestión de derechos”. *Estudios de Deusto* 65\1 (2017), pp. 219-241, disponible en <http://revista-estudios.revistas.deusto.es/article/view/1320/1582>.
- MIGUEL DÍEZ, Alejandro: “Análisis de la gestación subrogada a la vista de los últimos pronunciamientos del Tribunal Supremo”. *Observatorio de Recursos Humanos y Relaciones Laborales* 130 (2018), pp. 72-73, disponible en <https://www.abdonpedrajas.com/pics/eventos/rllscc130.pdf>.
- MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Fedérico: “Una reflexión sobre la oportunidad de regular la gestación subrogada desde la perspectiva de la familia como institución garantizada constitucionalmente”. *Derecho y salud* 2017, Extra 1, pp. 26-47, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/6334682.pdf>.
- MORERO BELTRÁN, Anna María: “Características de las familias creadas por gestación subrogada en el Estado español”. *Papeles del CEIC* 2 (2018), pp. 1-27, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/6550963.pdf>.
- OLZA, Ibone: “Las secuelas psicológicas para el bebé en la gestación subrogada”, disponible en https://www.mentesana.es/psicologia/hijos/secuelas-psicologicas-bebe-gestacion-subrogada_1145.
- PANIZA FULLANA, Antonia: “Gestación por sustitución e inscripción de la filiación en el Registro Civil español: la Sentencia del Tribunal Supremo

- de 6 de febrero de 2014”. *Revista Doctrinal Civil-Mercantil* 2014\1, pp. 59-67.
- PERTUSA RODRÍGUEZ, Luis: “Dimensión consular de la gestación por sustitución en Derecho internacional privado”. *Cuadernos de Derecho Transnacional* 2018\2, pp. 597-614, disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/issue/view/562>.
- PRESNO LINERA, Miguel Ángel y JIMÉNEZ BLANCO, Pilar: “Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea”. *Revista Española de Derecho Europeo* 51 (2014), pp. 9-44, disponible, como manuscrito, en <https://presnolinera.files.wordpress.com/2014/12/libertad-igualdad-maternidad-gestacion3b3n-por-sustitucion3b3n-revista-espac3b1ola-de-derecho-europeo-nc2ba-51.pdf>.
- QUIÑONES ESCÁMEZ, Ana: “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada”. *Indret* 2009, pp. 1 ss., disponible en http://www.indret.com/pdf/657_es.pdf.
- ROSTAGNOL Susana: “Ekman, Kajsa Ekis. El ser y la mercancía. Prostitución, vientres de alquiler y disociación. Barcelona: Bellaterra, 2017, 251 pp. ”. *Papeles del CEIC* 2 (2018), p. 10, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6550966.pdf>.
- RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo: “La problemática constitucional derivada de las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA): el caso de la maternidad subrogada”. *Revista de Derecho Político* 99 (2017), pp. 49-78. Disponible en <http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/19306/16191>.
- SALAZAR BENÍTEZ, Octavio: “La gestación por sustitución desde una perspectiva jurídica: algunas reflexiones sobre el conflicto entre deseos y derechos”. *Revista de Derecho Político* 99 (2017), pp. 79-120, disponible en <http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/19307/16192>.
- TORRES PEREA, José Manuel de: “Comentario de la STS de 6 de febrero de 2014 sobre maternidad por sustitución desde la perspectiva del interés del menor”. *Diario La Ley*, 8281 (2014)]
- VÁZQUEZ MUIÑA, Tania: “No se puede inscribir en el Registro Civil español la filiación surgida en el extranjero mediante gestación por sustitución. Comentario a la STS de 6 de febrero de 2014”. *Actualidad Jurídica Iberoamericana* 8 (2018), pp. 80-96.
- VELA SÁNCHEZ, Antonio José: “¿En serio? Yo alucino con el comité: a propósito del ‘Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada’ de 19 de mayo de 2017”. *Diario La Ley* 9035 (2017).

- VELA SÁNCHEZ, Antonio José: “¿Ha variado el TEDH su Doctrina favorable a los convenios de gestación por sustitución realizados en países que legalmente los permiten?”. *Diario La Ley* 8953 (2017).
- VELA SÁNCHEZ, Antonio José: “Crimen en el bar: regulemos ya en España el convenio de gestación por sustitución”. *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia* 16 (2017), 20 pp., disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descargalarticulo/6347466.pdf>.
- VELA SÁNCHEZ, Antonio José: “Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución no pueden ser inscritos en el Registro Civil español”. *Diario La Ley* 8279 (2014).
- VELA SÁNCHEZ, Antonio José: “Soluciones prácticas para la eficacia en España de un convenio de gestación por encargo”. *Diario La Ley* 8309 (2014).
- VELA SÁNCHEZ, Antonio José: “Y el sueño se convirtió en pesadilla: el Tribunal Constitucional Portugués declara la inconstitucionalidad de la legislación sobre gestación por sustitución (I)”. *Diario La Ley* 9237 (2018).
- VELA SÁNCHEZ, Antonio José: “Y el sueño se convirtió en pesadilla: el Tribunal Constitucional Portugués declara la inconstitucionalidad de la legislación sobre gestación por sustitución (II)”. *Diario La Ley* 9250 (2018).
- VELA SÁNCHEZ, Antonio José: *Gestación por encargo: tratamiento judicial y soluciones prácticas: la cuestión jurídica de las madres de alquiler*. Reus. Barcelona, 2015.
- VELA SÁNCHEZ, Antonio José: *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*. Comares. Granada, 2012.
- VELÁZQUEZ, Lourdes: “Algunos aspectos acerca del consentimiento informado en la gestación subrogada”. *Dilemática* 26 (2018), pp. 15-25, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descargalarticulo/6278530.pdf>.
- VILAR GONZÁLEZ, Silvia: “Las Sentencias de 27 de enero de 2015 y de 24 de enero de 2017 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso ‘Paradiso y Campanelli contra Italia’ y la vulneración del derecho a la vida privada y familiar en materia de gestación subrogada”. *Revista de Derecho y Genoma Humano. Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada* 46 (2017), pp. 235-249.

INTERSEXUALIDAD: UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA

ANTONIO ARROYO GIL
Universidad Autónoma de Madrid

1. INTRODUCCIÓN

El propósito de este trabajo no es otro que realizar un acercamiento a la situación en que se encuentran (o podrían/deberían encontrar) las personas intersexuales en España a partir de la normativa vigente, tanto de carácter internacional como nacional, prestando una especial atención a aquellos instrumentos jurídicos (o de *soft law*) que inciden más directamente en dos de los principales problemas que padece este colectivo: las intervenciones quirúrgicas de asignación de sexo (que se practican, sobre todo, a los recién nacidos) y el reconocimiento registral y documental de su identidad sexual, no siempre reconducible al binomio: sexo masculino - sexo femenino.

2. ¿QUIÉNES SON LAS PERSONAS INTERSEXUALES?

Más allá de cuáles sean los factores que determinan que una persona desarrolle naturalmente características sexuales propias de lo que denominamos “intersexualidad”¹, es común entender que las personas intersexuales² son aquellas que, desde un punto de vista biológico

¹ Son muy interesantes, a este respecto, las consideraciones que realiza Ieuan Hugues, del Departamento de Pediatría de la Universidad de Cambridge (Reino Unido), acerca de las condiciones genéticas y hormonales que condicionan el desarrollo fetal, y que pueden acabar conduciendo a que una persona presente características sexuales de ambos sexos. Vid. HUGUES, Ieuan: “Biology of fetal sex development”, en Scherpe, J. M./Dutta, A./Helms, T. (eds.), *The legal status of intersex persons*, Intersentia, Cambridge, 2018, pp. 25 ss.

² Término, en sí mismo, controvertido, si bien es el que más se ha consolidado internacionalmente y el que mayor consenso genera entre las asociaciones en defensa de los derechos de estas personas, que lo prefieren, en todo caso, al

no “se dejan” clasificar pacíficamente en ninguno de los dos sexos al uso (femenino o masculino), dadas las “singularidades cromosómicas, hormonales y/o anatómicas” que presentan, características de ambos sexos, con mayor o menor grado de intensidad³. Más allá de otras

de “desórdenes del desarrollo sexual” (DSD en sus siglas en inglés: *Disorders of sexual development*), dadas sus connotaciones patológicas. Vid. LAUROBA LACASA, Elena: “Las personas intersexuales y el derecho: posibles respuestas jurídicas para un colectivo invisible”, *Derecho Privado y Constitución*, 32, 2018, p. 17.

³ Así lo entiende la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA, en sus siglas en inglés), en su informe *The fundamental rights situation of intersex people*, 04/2015, p. 2 [disponible en: <https://fra.europa.eu/en/publication/2015/fundamental-rights-situation-intersex-people>].

En sentido similar, el Documento temático “Derechos humanos y personas intersex”, publicado por el Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa (abril 2015), hace suya la definición de GHATTAS, Dan Christian: *Human Rights between the Sexes. A preliminary study in the life of inter* individuals*, Heinrich Böll Stiftung, Publication Series on Democracy, Vol. 34, 2013, p. 10., de conformidad con la cual “[l]as personas intersex son aquellas que, en relación a su sexo cromosómico, gonadal o anatómico, no pueden ser clasificadas de acuerdo a las normas médicas sobre los cuerpos llamados ‘masculinos’ o ‘femeninos’. Esto se hace evidente, por ejemplo, en características sexuales secundarias, tales como la masa muscular, la distribución pilosa y la estatura, o en características sexuales primarias tales como los genitales interiores y exteriores y/o la estructura cromosómica y hormonal”.

Vid. asimismo, LAUROBA LACASA, Elena: “Las personas intersexuales...”, p. 14.

En España, la abundante normativa autonómica de protección de las personas LGTBI, apunta, por lo general, en esta misma dirección. Así, por ejemplo, el apartado 3 del art. 1 de la Ley 2/2016, de 29 de marzo, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad de Madrid, define la intersexualidad en los siguientes términos: “Variedad de situaciones en las cuales, una persona nace con una anatomía reproductiva o sexual que no parece encajar en las definiciones típicas de masculino y femenino”. Aunque ya en la pionera Ley Foral 12/2009, de 19 de noviembre, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales, en su Exposición de Motivos, se dejaba constancia de que “el sexo va más allá de la simple apreciación visual de los órganos genitales externos presentes en el momento del nacimiento: como ha ido estableciendo la ciencia médica moderna, se trata de una realidad compleja, consecuencia de una cadena de eventos cromosómicos, gonadales y hormonales, entre otros, que en su sucesión determinan lo que comúnmente conocemos como hombres y mujeres; dicha cadena de eventos sufre en ocasiones rupturas y diferencias que producen como resultado la existencia de personas con características cruzadas

consideraciones, tales peculiaridades ponen seriamente en entredicho una premisa que, aunque ha sido, y es, absolutamente predominante en las clasificaciones médicas, jurídicas y culturales, resulta, sin embargo, muy controvertida, a saber, el binarismo sexual, es decir, que el sexo es o bien masculino o bien femenino.

Con carácter general, aunque de manera imprecisa, la intersexualidad se solía asociar a la ambigüedad genital, de modo que cuando una persona nacía con genitales de ambos sexos lo común era optar por una intervención quirúrgica para extirpar aquellos que, siguiendo normalmente el criterio médico, no se consideraban predominantes⁴. Incluso hoy en día en muchos países sigue rigiendo esta visión, lo que avala dichas operaciones de “(re)asignación de sexo”⁵.

de uno y otro sexo. (...) la intersexualidad está presente en aquellas personas que presentan características físicas de uno y otro sexo, en mayor o menor grado (...).”

⁴ A diferencia de lo que se suele entender por “hermafroditismo”, en donde la presencia de ambos sexos es completa, en el caso de la intersexualidad esa concurrencia no suele darse en condiciones de igualdad, de ahí que tradicionalmente (e incluso hoy en día en muchos países) se trate de “averiguar”, o “decidir”, cuál es el sexo predominante en una persona intersexual (recién nacidos, por lo general) para proceder a la consiguiente operación de “asignación” de sexo, optándose en la mayor parte de los casos por el sexo femenino, dado que es el más fácilmente “(re)construible” mediante cirugía.

Además, esa “asignación” de sexo viene, en buena medida, determinada por “las expectativas sociales sobre el género, basadas en la anatomía genital externa”, como destaca críticamente GARCÍA LÓPEZ, Daniel J.: “La intersexualidad en el discurso médico-jurídico”, *Eunomía*, 8, 2015, p. 58. En su opinión, “[a] partir del siglo XX no es posible ni médica ni jurídicamente el sexo verdadero, pues la asignación de género ya no es constitutiva sino performativa (al existir una variedad de sexos en la persona: cromosómico, gonadal, genital, hormonal, psicológico), pero al darle una posición central a los genitales a la hora de asignar un género se establece esa vinculación normativa entre identidad y genitalidad”, p. 60.

⁵ Aunque debe ser tomado con cierta prudencia, en su informe de 2015, la FRA sostiene que la “(re)asignación de sexo o cirugía relacionada con el sexo parece realizarse en niños intersexuales y jóvenes en al menos 21 Estados miembros de la UE”, entre los que se encuentra España, si bien se desconoce con qué frecuencia se llevan a cabo tales operaciones. En todos estos países se requiere el consentimiento informado del paciente y/o de sus representantes legales para llevar a cabo la cirugía, excepto en casos de emergencia médica.

Más recientemente, en el ámbito de Estados Unidos, el informe “I want to be like Nature made me (Medically unnecessary surgeries on intersex children in

No obstante, la intersexualidad no se reduce simplemente a esto, sino que presenta muchas más manifestaciones, algunas de las cuales no son evidentes, como las de carácter cromosómico, hasta el punto de que, en ocasiones, no se descubre que una persona es intersexual hasta su pubertad o mucho más tarde, con ocasión, por ejemplo, de algún análisis clínico, o, incluso, una vez fallecida, tras haberle realizado la autopsia⁶.

the US)”, elaborado por Human Rights Watch en colaboración con InterACT (Advocates for Intersex Youth), de julio de 2017 (disponible en https://www.hrw.org/sites/default/files/report_pdf/lgbtintersex0717_web_0.pdf), deja igualmente constancia de que, de conformidad con las fuentes de datos disponibles, en Estados Unidos los médicos continúan realizando intervenciones quirúrgicas de carácter estético en niños con “características sexuales atípicas”, a menudo antes de cumplir un año de edad, p. 48.

No obstante, como señala LAUROBA LACASA, Elena: “Las personas intersexuales...”, p. 25, la situación está cambiando, sobre todo, desde 2006, año en que “se publicó el ‘Consensus Statement on Management of Intersex Disorders’, que ya no consideraba la operación como la solución idónea en todos los supuestos (la atención al sexo cromosómico modula el criterio monolítico: la genitalidad externa ya no es suficiente). Paralelamente, se ha constatado que los menores intersexuales no operados tienen un desarrollo psicosocial sano (...) y que un número muy significativo de intersexuales adultos operados tempranamente hubieran preferido que la intervención no se produjera (...). Por último, el número de organismos internacionales que propugnan evitar intervenciones innecesarias crece a diario, aunque —no nos engañemos—, en ese debate externo al ámbito sanitario, también hay defensores de las cirugías en beneficio de los menores”. Vid. LEE, Peter A./HOUK, Christopher P./AHMED, S. Faisal/HUGHES, Ieuan A.: “Consensus Statement on Management of Intersex Disorders”, *Pediatrics*, 118, 2006 (disponible en: <http://pediatrics.aappublications.org/content/118/2/e488>).

Muy significativo es también que desde 2013 la ONU recoja en su informe “Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment” un llamamiento a todos los Estados para que rechacen cualquier ley que permita tratamientos intrusivos e irreversibles, incluida la “cirugía de normalización genital”, practicada sin el consentimiento libre e informado de la persona concernida. Disponible en: https://www.ohchr.org/documents/hrbodies/hrcouncil/regularsession/session22/a.hrc.22.53_english.pdf

En esta misma línea, el Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa reconoció por vez primera en 2015 el derecho de las personas intersexuales a no ser sometidas a tratamientos de asignación de sexo.

⁶ Véase el referido informe 04/2015 de la FRA, p. 2. Vid. asimismo LAUROBA LACASA, Elena: “Las personas intersexuales...”, p. 14.

Aunque el tema, desde luego, merece una reflexión profunda, no nos podemos detener ahora en la distinción entre sexo y género, así como en sus conexiones. Simplemente dejaremos apuntado que la intersexualidad tiene más que ver con el sexo de una persona⁷ que con el género de la misma, si entendemos que aquel apela esencialmente a rasgos biológicos o físicos, y este a otros de carácter, sobre todo, cultural y simbólico.

Tampoco podemos confundir el sexo, dentro del que la intersexualidad vendría a ser una manifestación más, con la orientación sexual. En la medida en que una persona intersexual puede identificarse, o no, con el sexo masculino o femenino, es perfectamente posible que se pueda sentir heterosexual, homosexual o bisexual⁸; no obstante, también puede escapar a esa clasificación, en la medida en que no se identifique ni con un hombre ni con una mujer, pese a que se pueda sentir sexualmente atraída por hombres, por mujeres o por ambos.

Por otro lado, y pese a sus puntos de conexión, es también importante diferenciar la intersexualidad y la identidad de género, que se predica de las personas transexuales, es decir, aquellas que habiendo nacido con una determinada genitalidad (masculina o femenina) no se sienten identificadas con la misma⁹.

⁷ En este sentido, la FRA, en el informe citado, sostiene que “la intersexualidad se refiere a las características corporales de una persona”, de forma que a la hora de abordar los problemas asociados al tratamiento desigual de las personas intersexuales en las políticas de la UE, debería huirse de los supuestos de discriminación por motivos de orientación sexual y/o identidad de género, para enfocar tal tratamiento como un supuesto de discriminación por razón de sexo, p. 3. Vid. asimismo LAUROBA LACASA, Elena: “Las personas intersexuales...”, p. 19.

⁸ Vid. Informe 04/2015 de la FRA, p. 3.

⁹ Tal y como se destaca en el Informe de 2011 (publicado en 2012), “Trans and intersex people. Discrimination on the grounds of sex, gender identity and gender expression” (disponible en: <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/9b338479-c1b5-4d88-a1f8-a248a19466f1>), elaborado por Silvan Agius y Christa Tobles, y preparado y financiado por la Dirección General de Justicia de la Comisión Europea, “[l]as personas intersexuales son diferentes de las personas trans en la medida en que su estado no está relacionado con el género, sino que con su condición biológica (características genéticas, hormonales y físicas), que no es exclusivamente masculina ni exclusivamente femenina, sino que presenta caracteres típicos de ambas a la vez o no se encuentra claramente definida como alguna de ellas”, p. 12.

En realidad, el problema es más complejo de lo que a primera vista parece, pues, en el fondo, como apuntábamos más arriba, la clave de bóveda se encuentra en el reconocimiento, o la negación, del binarismo sexual. Si se afirma este, en el caso de las personas intersexuales habrá que optar por un sexo determinado de los dos posibles (masculino o femenino); pero si se niega se debería asumir sin mayores dificultades que el sexo propio de estas personas no es ni masculino ni femenino, sino otro o diverso¹⁰, merecedor de la misma consideración y sin que, por tanto, se pueda ser discriminado por ello.

Aceptar esta posibilidad, que el sexo no es binario¹¹, tiene innumerables implicaciones y consecuencias desde muy diversos puntos

¹⁰ Como, entre otros países, ha sucedido en Alemania a partir de la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 10 de octubre de 2017 (1 BvR 2019/16 - Rn. (1-69), en la que se insta a la Administración alemana a permitir que en el registro de nacimiento se pueda inscribir, de manera positiva, a una persona con un sexo diferente a masculino o femenino (ya sea como “intersexual” o “diverso”). Con anterioridad a esta sentencia, desde una reforma de la ley del estado civil de 2013, que seguía la recomendación del Comité Ético Alemán, se aceptaba ya la posibilidad de que en el caso de que una persona (un bebé) no pudiera ser identificado “como perteneciente al género masculino o femenino”, se pudiera dejar en blanco el apartado correspondiente en el registro de nacimiento. El TCF alemán entendió que esto atentaba contra el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 2.1 en relación con el art. 1.1 de la Ley Fundamental de Bonn), que también comprende la identidad sexual de aquellas personas que no se identifican con el sexo masculino o femenino. Además, según el Tribunal, la prohibición de discriminación por razón de sexo prevista en el art. 3.3 LFB protege también a todas las personas que de manera persistente no se identifican ni con el sexo masculino ni con el femenino. No permitir a estas personas registrar su sexo de manera positiva, sino simplemente hacerlo en negativo (al no identificarse ni con el sexo masculino ni con el femenino), según el TCF también supone una vulneración de este derecho a no ser discriminadas. En razón de todo ello, el TCF conminó al Gobierno alemán a que reformara la legislación registral para adecuarla a estas previsiones antes del 31 de diciembre de 2018.

¹¹ Progresivamente, a nivel documentativo y registral, se va aceptando ya en diversos países la existencia de un sexo diferente al masculino y al femenino. Además del caso antes citado de Alemania, en otros países o Estados, con mayor o menor amplitud, se reconoce jurídicamente —o se van dando pasos, fundamentalmente judiciales, en ese sentido— que hay personas que no se identifican con el binarismo sexual, permitiéndoles que se identifiquen con un sexo indeterminado o diverso. Así sucede, por ejemplo, en Australia, India, Nepal, Sudáfrica, Malasia, Nueva Zelanda, Austria u Holanda, o en los Estados de California, Colorado, Oregón o Whashington D. C. en los EE.UU. La propia Asamblea Parlamentaria

del Consejo de Europa, en su Resolución de 22 de abril de 2015, insta a los Estados partes a considerar la inclusión de una tercera opción de género en los documentos de identidad de las personas que así lo soliciten.

En España, la Proposición de Ley sobre la protección jurídica de las personas trans y el derecho a la libre determinación de la identidad sexual y expresión de género, presentada por el Grupo Parlamentario Confederado de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, el 23 de febrero de 2018, iba en esta misma línea, al prever, con un carácter muy amplio —según se anunciaba en el punto IV de su Exposición de Motivos— que “[l]as personas de género no binario también quedan protegidas bajo el presente título, donde es atendida de forma particular la necesidad de una categoría jurídica que responda a una expresión no binaria de existir y ser como persona. (...) A tal efecto, junto a un procedimiento de rectificación registral rápido, transparente y accesible que tiene como base la autodeterminación, tal y como insta a los Estados el Consejo de Europa, esta Ley impone el respeto a la identidad sexual y expresión de género expresada por la persona, a su solo requerimiento, arbitrando un sistema que permita identificar a la persona sin menoscabar su dignidad, en aquellos casos en los que la naturaleza de la gestión haga necesario registrar los datos obrantes en el Registro Civil y no se haya procedido a su rectificación”.

Desde la teoría feminista y *queer*, destacan en la crítica al binarismo sexual los trabajos de Judith Butler. Véase, entre otros, BUTLER, Judith: *Deshacer el género*, Paidós, Barcelona, 2006. Vid. igualmente los trabajos de Anne Fausto-Sterling. En particular (traducido al castellano), véase FAUSTO-STERLING, Anne: *Cuerpos sexuados*. La política de género y la construcción de la sexualidad, Melusina, Barcelona, 2006, en donde pone en cuestión las categorías (biológicas y sociales) de sexo y género, y de identidad sexual y de género.

En la misma línea, en nuestro país, vid. GARCÍA LÓPEZ, Daniel J. (ed.): *Sobre el derecho de los hermafroditas*, Melusina, Barcelona, 2015, que en su extenso estudio introductorio lleva a cabo un repaso del tratamiento que la intersexualidad ha recibido a lo largo de la historia, poniendo el acento crítico en las perniciosas consecuencias de su medicalización (cirugía, hormonación, etc.), sobre todo a partir del tristemente célebre protocolo del psicólogo John Money, popularizado a mediados del siglo pasado, y llamando a la esperanza de su progresiva superación desde postulados que ponen el acento en la importancia (e imprescindibilidad) del consentimiento de la persona afectada.

De igual forma, BENAVENTE MOREDA, Pilar: “Orientación sexual e identidad de género y relaciones jurídico privadas”, RGDC, 17, 2013 (Número especial dedicado a “El movimiento LGTB en perspectiva constitucional”, coord. por Elvira Perales, A./Matia Portilla, J./Arroyo Gil, A.), cuestiona el mantenimiento del binarismo sexual; y aunque se muestra partidaria de que sean las propias personas intersexuales quienes en su edad adulta tomen la decisión sobre su propia identidad, no se resiste, sin embargo, a cuestionarse si, en realidad, es necesario elegir. “¿Y si no hay nada que elegir?” -(se) pregunta, dejando la respuesta abierta para la reflexión y discusión, p. 21.

de vista (biológicos, médicos, legales, culturales, etc.). Escapa a los propósitos de este trabajo acometer un estudio riguroso de su posible alcance. No obstante, sí se quiere dejar constancia de que ese debate existe, y que en los últimos años se están dando pasos importantes en el reconocimiento de esa realidad diversa, en la medida en que la existencia de personas con características sexuales (del tipo que sean) difícilmente inscribibles en el sexo masculino o femenino así lo evidencia.

Con todo, más allá de que se acepte o no el binarismo sexual, y a la espera de ver cómo va evolucionando, desde esas diferentes perspectivas, el tratamiento de esta cuestión, lo que sí urge ya es afianzar -también en España- los pasos emprendidos a favor del reconocimiento del derecho de estas personas a no sufrir ningún tipo de discriminación (o de trato diferenciado carente de otra justificación que no sea la mera adscripción a uno de esos dos sexo: masculino o femenino) por ser como son, lo que, entre otras cosas, entronca con otros derechos humanos y/o fundamentales tan básicos como el derecho a la integridad física y moral o el derecho al libre desarrollo de su personalidad, reflejo directo de su dignidad como personas.

Aunque no existe un registro fiable del porcentaje de personas intersexuales en términos globales, se calcula que este puede oscilar entre el 0,05% y el 1,7% de la población mundial. De confirmarse este último dato, y por hacernos una idea aproximada de lo que el mismo significa en términos comparativos, el número de intersexuales sería similar al de pelirrojos¹². Si bien cuando hablamos de la dignidad humana el dato numérico no es lo relevante, pues tal dignidad se predica

¹² Datos extraídos de la definición que de intersexualidad hace ILGA-Europe (Asociación Internacional de Gays, Lesbianas, Bisexuales, Trans e Intersexuales en Europa y Asia Central) en su web: <https://www.ilga-europe.org/what-we-do/our-advocacy-work/trans-and-intersex/intersex>

Por su parte, de acuerdo con los datos que maneja la Intersex Society of North America - ISNA: "How common is intersex?" (disponible en: <http://www.isna.org/faq/frequency>), el número total de personas cuyos cuerpos difieren del estándar masculino o femenino es de 1 por cada 100 nacimientos. Y el número total de personas que son sometidas a una cirugía de "normalización" genital oscila entre 1 y 2 por cada 1000 nacimientos.

En España, según GARCÍA LÓPEZ, Daniel J.: "La intersexualidad...", p. 67, se calcula que en el año 2012 nacieron aproximadamente 227 personas intersexuales.

de todas y cada una de las personas, lo cierto es que el mismo sí ayuda a situar la cuestión en el lugar que le corresponde, y, en consecuencia, nos obliga a no seguir mirando hacia otro lado, una vez que tomamos conciencia del padecimiento a que son sometidas muchas de estas personas desde su mismo nacimiento a través de cirugías de “asignación sexual”, que, de no ser necesarias desde un punto de vista médico, bien podrían ser consideradas auténticas mutilaciones genitales¹³.

3. POR QUÉ UN TRABAJO SOBRE INTERSEXUALIDAD EN UN LIBRO SOBRE DERECHOS DE LGTB

La intersexualidad, como hemos visto, no es una determinada manifestación de la orientación sexual, pues puede haber personas intersexuales que se identifiquen como heterosexuales, homosexuales

¹³ Vid. KESSLER, Suzanne J.: *Lessons from the intersexed*, Rutgers University Press, New Brunswick, 1998, pp. 39 ss.

España ha sido el décimo Estado severamente reprendido por el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas en su 77ª sesión (febrero de 2018) por practicar Mutilación Genital Intersex (MGI). Vid. CRC77, así como las recomendaciones intersex vinculantes (CRC/C/ESP/CO/5-6), disponibles en: http://intersex.shadowreport.org/public/2018-Spain_CRC_C_ESP_CO_5-6_30177_E.pdf, entre las que destaca la recomendación de “que el Estado parte prohíba los tratamientos médicos o quirúrgicos innecesarios en niños intersex, cuando esos procedimientos impliquen un riesgo de daño y puedan ser pospuestos con seguridad hasta que el niño pueda participar activamente en la toma de decisiones”. Conviene recordar, a estos efectos, que la mutilación genital en el ordenamiento jurídico español se encuentra sancionada gravemente en el art. 149 del Código penal en los siguientes términos:

“1. El que causara a otro, por cualquier medio o procedimiento, la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, o una grave enfermedad somática o psíquica, será castigado con la pena de prisión de seis a 12 años.

2. El que causara a otro una mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones será castigado con la pena de prisión de seis a 12 años. Si la víctima fuera menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, será aplicable la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de cuatro a 10 años, si el juez lo estima adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección”.

o bisexuales, o que, por el contrario, rehúsen cualquiera de esas categorías, en la medida en que nieguen el *a priori* del binarismo sexual.

Tampoco se puede confundir con la identidad de género, propia de las personas cissexuales o transexuales, en la medida en que al poseer rasgos biológicos de ambos sexos tal clasificación resultaría de muy difícil aplicación a las personas intersexuales. No obstante, sí podría darse el caso, no infrecuente, de que una persona intersexual hubiera sido sometida (al poco de nacer o durante su infancia, normalmente) a una intervención quirúrgica para “asignarle” un determinado sexo, y que posteriormente esa persona no se sintiese identificada con este. Pero esto, más que una manifestación de la llamada disforia de género, característica de las personas transexuales, y considerada hasta hace poco un trastorno psiquiátrico por la OMS¹⁴, en realidad, no es más que consecuencia de “una errónea asignación de género” a la que se pretendió llegar por la vía quirúrgica, mediante la “construcción” de un determinado sexo.

Quizás la estrecha vinculación que, frecuentemente, se establece entre las personas intersexuales y transexuales tenga su principal punto de encuentro en la necesidad que unas y otras sienten, y demandan, de que su realidad (física y/o psicológica) no sea calificada como un desorden (o patología) que, por necesidad, haya de ser tratado médicamente¹⁵.

Detrás de todo ello se esconde un derecho a la propia identidad¹⁶, que, más específicamente, podría calificarse de sexual¹⁷, que compren-

¹⁴ La OMS, en su undécima revisión de la clasificación de enfermedades (ICD-11) de 2018, deja de considerar la transexualidad como una enfermedad mental (incluida, como anteriormente, dentro de los “trastornos de la personalidad y el comportamiento”), si bien la mantiene como “incongruencia de género” (dentro del capítulo de “condiciones relativas a la salud sexual”), esto es, como una mera falta de adecuación del cuerpo al género que siente la persona. Se puede consultar en: <https://icd.who.int/>

¹⁵ LAUROBA LACASA, Elena: “Las personas intersexuales...”, p. 21

¹⁶ En la línea apuntada por BENAVENTE MOREDA, Pilar “Identidad y contexto inmediato de la persona (identidad personal, el nombre de la persona, identidad sexual y su protección)”, AFDUAM, 17, 2013, p. 120.

¹⁷ Comparto, en este punto, la apreciación de LAUROBA LACASA, Elena: “Las personas intersexuales...”, p. 21, cuando sostiene que “el concepto de identidad sexual, que algunos análisis estiman sinónimo de identidad de género, (...) tam-

dería aspectos tanto físicos o corporales como psicológicos o mentales, y que en el ordenamiento jurídico español perfectamente cabría derivar del derecho al libre desarrollo de la personalidad reconocido en el art. 10.1 CE.

El demandado respeto a la “identidad de género” de las personas transexuales es, en efecto, equiparable al que se reclama para la “identidad sexual” de las personas intersexuales. Lo que supone anteponer la propia percepción que unas y otras tienen de sí mismas (su identidad, en definitiva) a la pretensión de encuadrarlas en (o, peor aún, adecuarlas a) clasificaciones rígidas supuestamente objetivas y exclusivas (sexo masculino-sexo femenino; hombre-mujer; heterosexual-homosexual-bisexual).

Los conocimientos científicos y la experiencia acumulada son ya más que suficientes como para llevarnos a admitir sin excusas que tanto las personas transexuales como las intersexuales contradicen la identificación sexo-género o el binarismo sexual (masculino-femenino)¹⁸. Y que, en consecuencia, esas singularidades deben de ser igualmente respetadas, sin que puedan ser motivo de discriminación alguna.

En definitiva, la transexualidad y la intersexualidad, pese a su cercanía, en tanto que ambas tienen que ver con una determinada forma de entender la identidad personal, son perfectamente deslindables, dado que apuntan hacia realidades diferentes. En un caso, la falta de correspondencia entre los rasgos biológicos de carácter sexual y el género sentido, lo que, de ser deseado por la propia persona, puede justificar la correspondiente intervención quirúrgica para adecuar

bien puede entenderse como macroconcepto que incorpora los índices sexo, orientación sexual, identidad de género y expresión de género”, augurando que esta será probablemente la acepción que se consolide en los próximos años.

¹⁸ En realidad, como señalaba ya hace tres décadas Andreas WACKE en su sugerente trabajo “Del hermafroditismo a la transexualidad”, ADC, XLIII, vol. 3, 1990, tal binarismo sexual, en perspectiva histórica, nunca se ha dado, ya que “[e]l hermafroditismo humano existe (...) desde que existe la humanidad”, p. 681. En esta misma línea NIETO PIÑEROBA, José Antonio: *Transexualidad, intersexualidad y dualidad de género*, Bellaterra, Barcelona, 2008, aboga idealmente por la superación del binarismo sexual, defendiendo que, mientras tanto, al menos, habría que posponer la intervención quirúrgica hasta que la persona intersexual pueda tomar su propia decisión bien informada.

aquellos rasgos físicos, en lo posible, a los que se consideran propios del género sentido. Y, en el otro, la existencia de rasgos biológicos de ambos sexos, que pueden explicar que una persona intersexual no se sienta identificada ni con el sexo masculino ni con el femenino, y, en su caso, que tampoco se sienta ni hombre ni mujer, pudiendo optar, en consecuencia, por mantener esos rasgos físicos, más aún cuando los mismos, como es habitual, no supongan ningún riesgo serio para su salud.

Con todo, pese a tales diferencias, en los últimos tiempos las reivindicaciones de las personas intersexuales han sido asumidas, en buena medida, por los colectivos y asociaciones LGTB. Más allá de que esto también sea objeto de viva discusión, básicamente, porque pueda acabar difuminando -o distorsionando- el núcleo de sus demandas, lo cierto es que nos pareció que las referidas conexiones justificaban la incorporación de un trabajo sobre intersexualidad a un libro sobre derechos de las personas LGTB. De ahí la inclusión del presente artículo en esta obra colectiva.

4. MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL

Los derechos de las personas intersexuales, aunque no se encuentren mencionados como tales, sí están protegidos por el derecho internacional de los derechos humanos. A este respecto, presentan un especial interés, bajo el paraguas de la ONU, la Convención sobre los Derechos del Niño (CRC, en sus siglas en inglés); en el marco del Consejo de Europa, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH); y en el ámbito de la Unión Europea, la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE. Todos estos acuerdos vinculan a España. Seguidamente, haremos una breve mención a cada uno de ellos.

Pero antes merece la pena que nos detengamos un momento para hacer referencia a los llamados *Principios de Yogyakarta*¹⁹, elaborados por un grupo internacional de expertos en derechos humanos,

¹⁹ *Principios de Yogyakarta*. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género (9 de noviembre de 2006): http://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2016/08/principles_sp.pdf

reunidos en noviembre de 2006 en esta ciudad indonesia, y que, aunque no sean jurídicamente vinculantes, se han convertido en una guía muy útil para aplicar los estándares de la legislación internacional sobre derechos humanos a las personas que padecen algún tipo de discriminación como consecuencia de su orientación sexual e identidad de género. A través de estos 29 principios se identifican, por un lado, los derechos que corresponden a las personas LGTBI, y, por el otro, las “obligaciones” que incumben a los Estados para que aquellos se puedan disfrutar plenamente.

A la luz de estos principios, en relación con las personas intersexuales, podemos encontrar que, en el ámbito de su salud, les ofrece protección contra los abusos médicos el principio 18, en donde se establece el deber de los Estados de adoptar “todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de asegurar la plena protección contra prácticas médicas dañinas basadas en la orientación sexual o la identidad de género, incluso en estereotipos, ya sea derivados de la cultura o de otra fuente, en cuanto a la conducta, la apariencia física o las que se perciben como normas en cuanto al género” (A); “todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de asegurar que el cuerpo de ninguna criatura sea alterado irreversiblemente por medio de procedimientos médicos que procuren imponerle una identidad de género sin su consentimiento pleno, libre e informado, de acuerdo a su edad y madurez y guiándose por el principio de que en todas las acciones concernientes a niñas y niños se tendrá como principal consideración su interés superior” (B); y establecer “mecanismos de protección infantil encaminados a que ningún niño o niña corra el riesgo de sufrir abusos médicos o sea sometido o sometida a ellos” (C).

Sin embargo, habrá que esperar diez años para que las personas intersexuales vean plenamente reconocida su singularidad y protección en estos principios, mediante la revisión que se llevó a cabo de los mismos con el fin de incluir aquellos aspectos que, afectando también a las personas LGTBI, habían quedado, sin embargo, fuera de su contenido original, entre otros, determinadas referencias a la expresión de género y a las características sexuales. De este modo, en noviembre de 2017 se adoptaron en la ciudad suiza de Ginebra,

los *Principios de Yogyakarta plus 10*²⁰, 9 nuevos principios que vienen a complementar los 29 ya reconocidos hace diez años, así como a añadir obligaciones adicionales de los Estados en relación con algunos de estos²¹.

Entre los derechos y las consiguientes obligaciones (más bien, recomendaciones) que se establecen para los Estados en estos nuevos principios y que afectan de manera más directa a las personas intersexuales, se encuentran el derecho al reconocimiento legal, que conlleva una obligación de los Estados de dejar de registrar el sexo/género de las personas, y hasta que tal cosa suceda, el deber de facilitar un mecanismo ágil y rápido que facilite el cambio de uno/otro a instancia de la persona interesada (principio 31), así como el derecho a la integridad corporal y mental (principio 32), que incluye el rechazo de los procedimientos médicos invasivos e irreversibles que modifiquen las características sexuales de una persona sin su consentimiento previo, libre e informado, a menos que sea necesario para evitar un daño serio, urgente e irreparable para la persona concernida.

Como se señalaba *supra*, estos principios, aunque no sean vinculantes, integrando, a lo sumo, lo que podríamos entender como una especie de *soft law*, sí han ido adquiriendo un peso creciente en la interpretación y, en su caso, aprobación o modificación de normativas estatales contra la discriminación de las personas por razón de su orientación sexual, identidad de género o características sexuales. Su presentación a modo de Carta global para los derechos de las personas LGTBI+ ante el Consejo de Derechos Humanos de la ONU, en Ginebra, el 26 de marzo de 2007, supone, indudablemente, un aval muy importante que los convierte en un parámetro muy valioso para medir el grado de respeto de los derechos de estas personas, entre los que se encuentran, sobre todo a partir de los nuevos principios

²⁰ *The Yogyakarta principles plus 10*. Additional principles and State obligations on the application of international human rights law in relation to sexual orientation, gender identity, gender expression and sex characteristics to complement the Yogyakarta Principles (As adopted on 10 November 2017), Geneva): http://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2017/11/A5_yogyakartaWEB-2.pdf

²¹ Vid. BENAVENTE MOREDA, Pilar: “Identidad y contexto inmediato de la persona...”, pp. 118 ss.

acordados en 2017, los de las personas intersexuales, por parte de los Estados y Gobiernos de todo el mundo.

4.1. ONU

Según se apuntaba, en el marco de la ONU, y en relación con los menores intersexuales, presenta un gran interés la Convención sobre los Derechos del Niño (CRC). En concreto, tiene una especial relevancia el art. 3 CRC, que en su apartado 1 dispone que “[e]n todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

El párrafo 26 del Comentario general explicativo núm. 14 del Comité sobre lo que se entiende por “interés superior del niño” incluye dentro de las “instituciones públicas o privadas de bienestar social” a aquellas que estén relacionadas con los derechos económicos, sociales y culturales, como la salud, pero también las relacionadas con los derechos civiles y las libertades, como el registro de nacimiento, aplicable en los casos de niños nacidos con variaciones en las características sexuales cuyos padres se sienten presionados por la legislación nacional a la hora de registrar con celeridad el nacimiento de sus hijos asignándole un determinado sexo (masculino o femenino).

En el terreno de la salud y las intervenciones médicas, las decisiones sobre la práctica de una cirugía genital invasiva e irreversible en bebés o menores, así como el tratamiento hormonal de niños con variaciones de las características sexuales, pueden suponer una violación grave de sus derechos a la vida (art. 6 CRC), a la preservación de su identidad, en tanto que obligación de los Estados partes (art. 8.1 CRC), a expresar sus opiniones y participar en las decisiones que les afectan (art. 12 CRC) y a no ser objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada (art. 16 CRC), que abarca la integridad física y la autodeterminación.

Además, ese tipo de prácticas podrían suponer también una infracción del deber que incumbe a los Estados partes de “adoptar todas las medidas eficaces y apropiadas para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños” (art. 24.2 CRC).

Por último, nos podríamos plantear si esas intervenciones quirúrgicas o tratamientos hormonales a que se ven sometidos en ocasiones los niños intersexuales no suponen asimismo una violación del art. 37.a) CRC, que impone el deber de los Estados de velar por que “[n]ingún niño sea sometido a (...) tratos (...) inhuman[o]s o degradantes”²². Y, en consonancia, de haberse producido ya tales prácticas, el deber que corresponde a tales Estados partes de adoptar “todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de cualquier (...) forma de trato (...) inhumanos o degradantes”, recuperación y reintegración que habrá de llevarse a cabo “en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño” (art. 39 CRC).

En esta misma línea, el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la CRC por los Estados partes, el Comité de los Derechos del Niño, ha considerado en diversas ocasiones que las intervenciones quirúrgicas y hormonales invasivas e irreversibles, no de emergencia, en niños intersexuales sin consentimiento son dañinas y violan los derechos del niño²³. En concreto, en sus observaciones finales sobre Suiza en 2015 y sobre Francia e Irlanda en 2016, el Comité manifestó su preocupación por la práctica rutinaria de estas cirugías médicamente innecesarias y de otros tratamientos en niños

²² Ya en 2008 el Relator Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Manfred Nowak, declaró que: “Mientras que un tratamiento médico plenamente justificado puede provocar dolores o sufrimientos graves, los tratamientos médicos de carácter alterador e irreversible, en caso de que carezcan de finalidad terapéutica o traten de corregir o aliviar una discapacidad pueden constituir tortura y malos tratos si se aplican o administran sin el consentimiento libre e informado del paciente” [A/63/175 (28 de julio de 2008), párrafo 47]. Tres años más tarde, en 2011, el Comité contra la Tortura de la ONU, en su Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 19 de la Convención (Observaciones finales del Comité contra la Tortura), en su revisión de Alemania, abordó específicamente este tema en el contexto de las cirugías sobre personas intersexuales e hizo varias recomendaciones con respecto al consentimiento informado, la reparación y la compensación por dichos tratamientos médicos [CATCAT/C/DEU/CO/5, párrafo 20].

²³ Así, por ejemplo, en relación con Suiza (CRC/C/CHE/CO/2-4), Chile (CRC/C/CHL/CO/4-5), Irlanda (CRC/C/IRL/CO/3-4), Francia (CRC/C/FRA/CO/5), Reino Unido (CRC/C/GBR/CO/5), Nepal (CRC/C/NPL/CO/3-5), Sudáfrica (CRC/C/ZAF/CO/2) o Nueva Zelanda (CRC/C/NZL/CO/5).

intersexuales que pueden ser irreversibles, recomendando a los Estados que desarrollen e implementen un protocolo de atención médica basado en los derechos de los niños intersexuales, que garantice su integridad corporal y su autonomía.

Ya en 2009 el Relator Especial de Naciones Unidas sobre el derecho a la salud había declarado que “[l]os proveedores de atención médica deberían esforzarse por posponer las intervenciones invasivas e irreversibles que no sean de emergencia hasta que el niño esté lo suficientemente maduro como para proporcionar consentimiento informado”, destacando en nota a pie de página que “esto es particularmente problemático en el caso de cirugía de genitales intersexuales, al ser un procedimiento doloroso y de alto riesgo sin beneficios médicos comprobados”²⁴, remitiéndose a tal efecto a lo fallado por la Corte Constitucional colombiana en sus Sentencias SU-337/99 y T-551/99²⁵.

4.2. Consejo de Europa

En el ámbito del Consejo Europa merece una atención especial la Resolución 2191 (2017) de la Asamblea Parlamentaria, adoptada en

²⁴ A/64/272, 2009: ‘Right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health’ (párrafo 49, nota al pie de página núm. 67). Se puede consultar en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N09/450/88/PDF/N0945088.pdf?OpenElement>.

²⁵ En la primera de estas sentencias (<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/su337-99.htm>), la Corte Constitucional colombiana sostiene que la intervención quirúrgica de una niña intersexual (“seudohermafroditismo masculino”), a la luz del art. 16 de la Constitución Política de Colombia (CPC), que garantiza el derecho al libre desarrollo de la personalidad, queda supeditada a que la menor preste su consentimiento informado, una vez que esta adquiera consciencia de su identidad de género. La Corte fundamenta su fallo en la protección del derecho a la identidad sexual, al libre desarrollo de la personalidad y a la igualdad de la menor (arts. 1, 5, 13 y 16 CPC).

En la segunda sentencia (<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/t-551-99.htm>), la Corte insiste en que el consentimiento (sustitutorio de los padres o del propio menor, según su grado de madurez) ha de ser no solo informado, sino también “cualificado y persistente”.

Vid. también las ulteriores sentencias de la propia Corte Constitucional colombiana: T-692/1999; T-850/2000; T-1390/2000 y T-1025/2002.

Véase al respecto, BENAVENTE MOREDA, Pilar: “Identidad y contexto inmedia-to de la persona...”, pp. 124 ss.

el debate que tuvo lugar el 12 de octubre de 2017, bajo el título “Promoting the human rights of and eliminating discrimination against intersex people”²⁶, que parte del informe del Comité de igualdad y no discriminación (Doc. 14404, de 25 de septiembre de 2017), presentado por el relator Piet De Bruyn²⁷.

En esta resolución, la Asamblea Parlamentaria parte del reconocimiento de que “las personas intersexuales nacen con características sexuales biológicas que no se ajustan a las normas sociales o definiciones médicas sobre lo que hace a una persona masculina o femenina”. Asimismo, destaca que las personas intersexuales, pese a encontrarse, por regla general, físicamente sanas, sin que sus características corporales constituyan un riesgo para su salud, durante mucho tiempo, sin embargo, han sido tratadas médicamente, esto es, como si fuesen enfermas, procurando adecuar los cuerpos de los niños al paradigma masculino o femenino, muchas veces, a través de la cirugía o de los tratamientos hormonales, educando después a esos niños de acuerdo con el género correspondiente al sexo que se les ha asignado.

Este enfoque es considerado por la Asamblea Parlamentaria una grave violación de la integridad física que afecta, en muchos casos, a niños o menores incapaces de prestar su consentimiento y cuya identidad de género (y sexual) es desconocida, sobre todo, cuando dichos tratamientos carecen de un verdadero propósito terapéutico, en la medida en que, más bien, lo que tratan es de minimizar determinados problemas sociales (falta de aceptación, rechazo, estigmatización, discriminación, etc.). Además, muchos padres se ven fuertemente presionados para tomar una decisión, con suma rapidez y sin información suficiente, sobre qué hacer con sus hijos recién nacidos con tales características.

De ahí que la Asamblea ponga el énfasis en la necesidad de asegurar que la ley no cree o perpetúe determinadas barreras que dificultan la igualdad de las personas intersexuales, garantizando que aquellas que no se identifiquen como pertenecientes al sexo masculino o fe-

²⁶ Se puede consultar en: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=24232&>

²⁷ Disponible en: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-DocDetails-en.asp?FileID=24027&lang=en>

menino puedan tener acceso al reconocimiento legal de su identidad de género. Asimismo, debería permitírseles rectificar fácilmente aquel sexo con el que se les haya registrado de manera errónea al nacer, tomando como criterio únicamente la propia identidad, tal y como se acordó ya en relación con las personas transexuales en la Resolución 2048 (2015) de la Asamblea Parlamentaria sobre discriminación contra personas transgénero en Europa.

En atención a tales consideraciones, la Asamblea Parlamentaria entiende que en este terreno se pueden ver afectados distintos preceptos del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH), especialmente, los artículos 3 y 8: prohibición de tortura y de penas o tratos inhumanos o degradantes y derecho al respeto a la vida privada, respectivamente.

A la luz de todo lo anterior, y teniendo en cuenta las disposiciones de la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano, en relación con 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 (el llamado “Convenio de Oviedo”), así como las relevantes recomendaciones formuladas por la propia Asamblea Parlamentaria en su Resolución 1952 (2013) sobre el derecho de los niños a la integridad física, sin olvidar las realizadas por el Comisionado de Derechos Humanos del Consejo de Europa y por diversos organismos internacionales en el marco de las Naciones Unidas, la Asamblea solicita a los Estados miembros del Consejo de Europa que adopten una serie de medidas para garantizar la protección efectiva del derecho de los niños a la integridad física y a la autonomía corporal, y para empoderar a las personas intersexuales en lo que respecta a estos derechos, como, por ejemplo, la prohibición de la cirugía de “normalización” sexual innecesaria desde el punto de vista médico²⁸, la esterilización y otros tratamientos practicados en niños intersexuales sin su consentimiento informado; la garantía de que, excepto en los casos en que la vida

²⁸ De conformidad con el art. 6.1 del Convenio de Oviedo, “sólo podrá efectuarse una intervención a una persona que no tenga capacidad para expresar su consentimiento cuando redunde en su beneficio directo”, lo que “cuestionaría que tengan cabida operaciones consideradas, en puridad, cosméticas”. Vid. LAUROBA LACASA, Elena: “Las personas intersexuales...”, p. 29.

del niño esté en riesgo inmediato, cualquier tratamiento que busque alterar las características sexuales del niño, incluidas sus gónadas, genitales u órganos sexuales internos, se aplaza hasta que el niño pueda participar en la toma de la decisión, basada en el derecho a la libre determinación y en el principio del consentimiento libre e informado; la prestación de apoyo psicológico a las personas intersexuales y a sus familias; etc.

Igualmente interesantes son las medidas propuestas en relación con el estado civil y el reconocimiento legal de género. La Asamblea solicita a los Estados que las leyes y prácticas que regulan el registro de nacimientos, en particular en lo que respecta a la inscripción del sexo de un recién nacido, respeten debidamente el derecho a la vida privada, siendo suficientemente flexibles para afrontar la situación de los niños intersexuales, sin obligar a los padres o profesionales médicos a revelar tal condición; o que simplifiquen los procedimientos legales de reconocimiento de género de acuerdo con las recomendaciones adoptadas por la Asamblea en la Resolución 2048 (2015), garantizando, en particular, que estos procedimientos sean rápidos, transparentes y accesibles para todos y se basen en la autodeterminación personal; o que aseguren que, siempre que las autoridades públicas utilicen las clasificaciones de género, se dispone de una gama de opciones para todas las personas, incluidas las personas intersexuales que no se identifican como pertenecientes al sexo masculino o femenino; o que valoren la posibilidad de hacer que el registro de sexo en los certificados de nacimiento y otros documentos de identidad sea opcional para todos; o que garanticen que, de conformidad con el derecho al respeto de la vida privada, no se impida a las personas intersexuales formar parte de -o permanecer en- una sociedad civil o matrimonio, como consecuencia del reconocimiento legal de su género; o, en fin, que realicen una investigación sobre el daño causado por los tratamientos de “normalización” sexual invasivos y/o irreversibles practicados en individuos sin su consentimiento y valoren la posibilidad de otorgarles una compensación a quienes hayan sufrido algún daño como consecuencia de los mismos.

Aunque se trata de una Resolución sin carácter vinculante, supone, sin embargo, por el prestigio de la autoridad internacional de que procede, el Consejo de Europa, un paso decisivo a favor del reconocimiento de la identidad de las personas intersexuales y sus derechos.

Como apuntó la Asamblea Parlamentaria en esta Resolución 2191 (2017), los derechos del CEDH que se ven cuestionados en el ámbito de las intervenciones médicas de carácter hormonal y, sobre todo, quirúrgico, de las personas intersexuales, son fundamentalmente los comprendidos en los arts. 3 (prohibición de tortura y de penas o tratos inhumanos o degradantes) y 8 (derecho al respeto a la vida privada).

En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) ha destacado que dentro de la esfera personal protegida por este último precepto se encuentran incluidos elementos tales como la identificación de género, el nombre, la orientación sexual y la vida sexual²⁹, o que el derecho a la identidad sexual y el libre desarrollo de la persona son aspectos fundamentales en el derecho al respeto de la vida privada³⁰.

En definitiva, parece incuestionable que en los Estados partes del Consejo de Europa, vinculados a lo dispuesto en el CEDH, los derechos de las personas intersexuales, entre los que se encuentran el derecho a la identidad sexual, a no sufrir discriminación alguna por razón de la misma, y a no padecer intervenciones quirúrgicas o tratamientos hormonales innecesarios desde el punto de vista médico, porque no esté en riesgo la salud del afectado, tal y como vienen siendo entendidos e interpretados por la Asamblea Parlamentaria y la jurisprudencia del TEDH, se encuentran suficientemente protegidos, incumbiendo a los Estados partes la garantía de su respeto.

4.3. Unión Europea

Sin perjuicio de que las instituciones europeas hubieran aprobado ya diversas resoluciones y recomendaciones para combatir distintos tipos de discriminación contras las personas LGTB³¹, en relación con

²⁹ Vid., entre otras, las SSTEDH de 12 de junio de 2003, caso Van Kück v. Germany (núm. 35968/97); y de 6 de abril de 2017, caso A. P., Garçon et Nicot c. France (núms. 79885/12, 52471/13 y 52596/13).

³⁰ Vid. STEDH de 10 de marzo de 2015, caso Y.Y. v. Turkey (núm. 14793/08).

³¹ Según recuerda LAUROBA LACASA, Elena: “Las personas intersexuales...”, pp. 41-42, la UE, “[d]esde la voluntad de erradicar la discriminación entre hombres y mujeres, y contra transexuales, aprueba la Recomendación CM/Rec (2010) del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre las medidas para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género; las

las personas intersexuales merece ser destacado el informe de 2011 (publicado en 2012), “Trans and intersex people. Discrimination on the grounds of sex, gender identity and gender expression”, elaborado por Silvan Agius y Christa Tobles, y preparado y financiado por la Dirección General de Justicia de la Comisión Europea³².

En él se realiza una clara diferenciación entre las personas transsexuales e intersexuales, constatando que las acciones antidiscriminatorias, en el caso de las primeras, han de centrarse en la identidad de género, mientras que en el caso de las segundas, la discriminación de que son objeto es una “forma particularmente compleja de discriminación sexual”, p. 7, índice este que se corresponde con el que defienden mayoritariamente las asociaciones intersexuales como óptimo para el ejercicio de acciones antidiscriminatorias (nota al pie de página núm. 86).

En este informe se contienen asimismo interesantes observaciones sobre la medicalización y patologización de los cuerpos intersexuales al entender que padecen un DSD. Especialmente interesante es el apartado final (VII), dedicado exclusivamente a analizar la discriminación de que son objeto las personas intersexuales, poniendo el énfasis en su derecho a la integridad corporal.

Igualmente reseñable a los efectos que aquí interesan es el informe de 2015 (Focus 04/2015) de la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, a que ya hicimos referencia *supra*: “The fundamental rights situation of intersex people”. En este documento se lleva a cabo un análisis de cuál es la situación legal en que se encuentran las personas intersexuales desde una perspectiva de derechos fundamentales, dejando constancia, entre otras cosas, de que aún existen muchos Estados miembros de la UE en los que se exige

resoluciones del Parlamento Europeo de 8 de febrero de 1994, de 18 de enero de 2006 y de 24 de mayo de 2012, relativas a la igualdad de derechos de lesbianas y gays y a la lucha contra la discriminación y la homofobia; la resolución del Parlamento Europeo, de 4 de febrero de 2014, sobre la hoja de ruta de la UE contra la homofobia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género o la Directiva 2000/78/CE, del Consejo, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación”.

³² Se puede consultar en: <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/9b338479-c1b5-4d88-a1f8-a248a19466f1>

legalmente que los nacimientos estén certificados y los nacidos sean registrados como hombres o mujeres. Además, en al menos 21 de ellos los niños intersexuales son sometidos a cirugías de “normalización” del sexo, pudiendo en 8 un representante legal dar su consentimiento para aquellas intervenciones médicas de “normalización” sexual con independencia de cuál sea la capacidad del niño para decidir. En otros 18 Estados se requiere el consentimiento del paciente siempre que el niño tenga la capacidad de decidir. Finalmente, se deja asimismo constancia de que la discriminación de las personas intersexuales se corresponde más bien con la discriminación sexual que con aquella otra basada en la orientación sexual y/o la identidad de género, en la medida en que la misma concierne a características (sexuales) físicas.

Y se llega a las siguientes conclusiones: Mejorar la información de los profesionales legales y médicos sobre los derechos fundamentales de las personas intersexuales, especialmente los niños; mejorar los marcadores de género en los documentos de identidad y registros de nacimiento para proteger mejor a las personas intersexuales; y evitar los tratamientos médicos no consentidos de “normalización sexual” en las personas intersexuales.

Más allá de estos importantes documentos, sin carácter vinculante, el texto jurídico fundamental de la UE en materia de derechos humanos es la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que es derecho vigente en todos los Estados miembros de la misma. Aunque en ella no haya ninguna referencia explícita a las personas intersexuales, su dignidad, como la de cualquier otra persona, indudablemente, es inviolable y merecedora de respeto y protección, según dispone el art. 1 CDFUE. Además, también se encontrarían protegidas por el derecho a la integridad física y psíquica (art. 3.1 CDFUE), debiéndose respetar, en particular, en el marco de la medicina, “el consentimiento libre e informado” (art. 3.2 CDFUE). De igual modo, las personas intersexuales disfrutan del derecho a una vida privada, de acuerdo con el art. 7 CDFUE. De aquí cabría derivar que aquella que presente características sexuales diferentes de las más comunes tiene también derecho a la integridad física y la vida privada, debiendo la ley afirmar positivamente su sexo, reconociendo, además, la posibilidad de modificarlo registralmente cuando no se encuentre en sintonía con el que les fue asignado al nacer.

Asimismo, y por lo que se refiere a los niños, los mismos tienen reconocido el derecho a expresar sus puntos de vista libremente y a que sus opiniones sean tomadas en consideración en aquellos asuntos que les conciernan directamente de acuerdo con su edad y madurez (art. 24 CDFUE), lo que ha de ser tenido especialmente en cuenta en el terreno de las intervenciones quirúrgicas de asignación de sexo de los menores intersexuales.

Finalmente, de conformidad con el apartado 1 del art. 21 CDFUE, queda prohibida “toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, (...) características genéticas (...) u orientación sexual”, de modo que parece asimismo incuestionable que, en razón de estos criterios, y muy particularmente el relativo al “sexo”, tampoco cabe establecer ningún tipo de discriminación de las personas intersexuales en el ámbito de la UE, en áreas como, por ejemplo el empleo, el acceso a bienes y servicios y la libertad de movimiento, en donde la UE es competente.

4.4. Conclusión provisional

Como hemos podido comprobar con este breve (y no exhaustivo) repaso de algunos instrumentos internacionales y europeos sobre derechos humanos, los derechos de las personas intersexuales, de manera más o menos explícita, también encuentran en ellos reconocimiento y protección. Aunque todavía queda mucho por avanzar en este sentido, se puede sostener con buenos fundamentos que los tratados de derechos humanos, en efecto, ofrecen a las personas intersexuales garantías contra la discriminación y las violaciones de sus derechos a la integridad corporal, a una vida privada, al más alto nivel posible de salud, a la autodeterminación y al reconocimiento legal de su identidad sexual. Veremos a continuación si estos estándares internacionales son respetados por el legislador español.

5. MARCO JURÍDICO ESPAÑOL

En el ordenamiento jurídico español, por el momento, más allá de algunas menciones muy limitadas en alguna normativa autonómica, no se ha abordado de manera directa la regulación de la situación en

que se encuentran las personas intersexuales. Existe, digámoslo así, una especie de ignorancia, intencionada o no, pero, en todo caso, cada vez menos justificable, de ciertos problemas que atañen de manera seria a este colectivo, en tanto que están en juego bienes y derechos tan básicos como, en primer lugar, el elemental reconocimiento de su existencia singular o, lo que a estos efectos viene a ser lo mismo, la aceptación y reconocimiento de su identidad sexual, de difícil (o imposible) reconducción al cuestionado binarismo, que solo reconoce la existencia de sexos masculino y femenino. También se encuentran directamente afectados sus derechos a la integridad física o a la salud, así como a no ser discriminados por razón de sexo.

Este silencio del ordenamiento jurídico español no nos impide, sin embargo, llevar a cabo una labor de prospección de ciertos derechos de rango fundamental, y otros reconocidos por el legislador, estatal o autonómico, que, sin excesivas dificultades podrían ser igualmente de aplicación a las personas intersexuales, más aún cuando, como hemos visto, en la normativa internacional sobre derechos humanos, a la que se abre hermenéuticamente nuestro ordenamiento por la vía del art. 10.2 CE, hemos podido también encontrar rastros y huellas crecientes de una sensibilidad cada vez más desarrollada hacia la situación en que se hallan estas personas, y que merece una respuesta que les evite los muchos sufrimientos y padecimientos a que todavía hoy se ven sometidas.

Dadas las características de este trabajo, y sus limitaciones espaciales, no me podré detener a estudiar con detalle cuáles son esos derechos, facultades y/o normas. Por el contrario, me limitaré prácticamente a enunciarlos, con el único, pero -espero que- no intrascendental propósito de dejar constancia de la existencia de una realidad (la de las personas intersexuales) que merece ser atendida desde este mismo instante con las herramientas normativas (y jurisprudenciales) de que disponemos, y en un futuro, de mejor modo, mediante la aprobación de la legislación que se precise a tal efecto.

5.1. Constitución

Aunque el derecho a la protección de la salud, reconocido en el art. 43 CE, merecería un análisis detenido, en la medida en que en España aún hay personas intersexuales que, según hemos visto, son

sometidas a cirugías de “asignación de sexo” (menores o, más bien, recién nacidos, en su mayoría), y a procedimientos de hormonación que inevitablemente afectan a su salud, dado que tal derecho, jurídico-constitucionalmente, no goza del rango de fundamental, estando sujeto, en buena medida, a lo que el legislador disponga, en este punto centraremos el grueso del análisis en otros bienes o derechos que o bien sirven de fundamento del orden político y de la paz social, o bien ostentan directamente el rango de fundamentales, con todas las garantías adicionales que ello supone. En todo caso, será inevitable más adelante, al hacer referencia a la legislación estatal, volver a mencionar la necesidad de proteger debidamente este derecho a la salud de las personas intersexuales.

5.1.1. Dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE)

Sobre lo que sea la dignidad humana, más allá del concreto contenido de los derechos fundamentales y demás bienes constitucionalmente reconocidos, se ha debatido largo y tendido, sin que haya sido posible llegar a un acuerdo generalmente aceptado. No obstante, sí suele admitirse que una de las manifestaciones de esa dignidad humana pasa por tratar a toda persona como un fin en sí mismo, y no como un mero medio o instrumento para conseguir otro fin. De igual modo, tampoco sería conforme a la dignidad humana la cosificación de una persona, lo que, entre otras cosas, repugnaría la idea de introducir a la misma en el tráfico comercial (*res extra commercium*). El Tribunal Constitucional español, a tal efecto, expresamente ha señalado que el respeto a la dignidad humana conlleva la prohibición de instrumentalizar a una persona³³, o considerarla como un objeto de mercado; prohibición esta última que se extiende al cuerpo y al material biológico humano³⁴.

A mayor abundamiento, el propio Tribunal ha reconocido que en la concreción del principio de dignidad humana la radical igualdad de todas las personas no es óbice para que puedan ser tenidas singular-

³³ STC 53/1985, de 11 de abril (FJ 11).

³⁴ SSTC 212/1996, de 19 de diciembre, y 166/1999, de 27 de septiembre.

mente en cuenta determinadas circunstancias³⁵, entre las que cabría entender que la identidad sexual es una de ellas. De manera más concreta, en el ámbito de los derechos (y prohibiciones) contenidos en el art. 15 CE, el Tribunal ha entendido que “la dignidad de la persona constituye una cualidad ínsita a la misma (...) a la que se contraponen frontal y radicalmente los comportamientos prohibidos” por ese precepto, “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”³⁶.

Desde otra perspectiva, la dignidad, en tanto que cualidad espiritual inherente al ser humano, demanda que cada persona pueda tomar decisiones, de manera autónoma, consciente y responsable, sobre su propia vida, que merecen el respeto de los demás³⁷. Su conexión con el libre desarrollo de la personalidad es, por tanto, muy estrecha³⁸, lo que quizás explique que ambas encuentren reconocimiento en el mismo precepto constitucional (art. 10.1 CE).

Si bien es cierto que este entendimiento material de la dignidad humana resulta un tanto “vaporoso”, y que, como se ha denunciado ya, conlleva el riesgo de que, por esa misma indefinición, pueda dar lugar a un uso desmedido, en uno u otro sentido, por parte de los aplicadores del Derecho³⁹, lo cierto es que el mismo apunta a una idea esencial, a saber, que una persona no puede desarrollar una vida digna si no se le reconoce un amplio haz de facultades para tomar decisiones autónomas sobre su propia vida, entre las que cabría encuadrar aquellas que tienen que ver con la integridad física o corporal y con la

³⁵ STC 53/1985, de 11 de abril.

³⁶ STC 181/2004, de 2 de noviembre (FJ 13).

³⁷ O, en palabras de Díez-PICAZO GIMÉNEZ, Luis María: *Sistema de derechos fundamentales*, Civitas-Thomson-Reuters, Madrid, 2013, “cada persona puede y debe trazar por sí misma su propio proyecto vital, sin que el Estado deba interferirse salvo para salvaguardar los derechos similares de los demás”.

³⁸ Vid. BILBAO UBILLOS, Juan María: “Artículo 10.1”, en Pérez Tremps, P./Saiz Arnaiz, A. (dirs.), *Comentario a la Constitución Española*. 40 Aniversario 1978-2018, Libro Homenaje a Luis López Guerra, Tomo I (Preámbulo a artículo 96), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 266.

³⁹ Vid. JIMÉNEZ CAMPO, Javier: “Artículo 10.1”, en Casas Baamonde, M^a. E./Rodríguez Piñero, M. (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*. XXX Aniversario, Wolters Kluwer, Madrid, 2008, pp. 178 ss.

propia percepción que esa persona tiene sobre su identidad sexual. Lo que inevitablemente nos conduce a asumir y respetar a aquellas personas, con determinadas características sexuales, que no se identifican ni con el sexo masculino ni con el femenino. Y, a mayor abundamiento, nos conduce también a hacer la reflexión de si el poder público no debería arbitrar una solución para que dichas personas, a efectos registrales, documentales, etc., puedan ver reconocida con plenitud de derechos esa identidad sexual.

El Tribunal Constitucional, en diferentes ocasiones, ha reconocido también la estrecha relación que existe entre la dignidad humana y los derechos a la integridad física y moral⁴⁰, por un lado, y la prohibición de tortura y tratos inhumanos o degradantes⁴¹, por el otro. Y aunque tales vinculaciones, en estos contextos, no se hayan predicado nunca respecto de la situación en que se encuentra una persona intersexual (que puede ser sometida, a muy temprana edad, a intervenciones quirúrgicas que conlleven amputación o grave afectación de determinados órganos sexuales), conviene no perder de vista que ese paso argumentativo, cuando llegue el momento, se podría dar sin demasiadas dificultades a partir de la jurisprudencia actualmente existente, que busca proteger, con todas las garantías posibles, a una persona frente a aquel tipo de prácticas que pueden considerarse atentatorias contra su integridad física, como veremos más adelante.

En el ámbito del derecho antidiscriminatorio la apelación a la dignidad humana también ha sido frecuente. Singularmente, en relación con el sexo, el Tribunal ha sostenido que “la conducta discriminatoria se cualifica por el resultado peyorativo para la mujer que la sufre, que ve limitados sus derechos o sus legítimas expectativas por la concurrencia de un factor cuya virtualidad justificativa ha sido expresamente descartada por la Constitución, dado su carácter atentatorio a la dignidad del ser humano”⁴². Pues bien, salvando las distancias, me parece que esta misma argumentación se podría predicar respecto de aquellas personas que, a causa de sus singulares características sexuales, no se ajustan al binarismo “sexo masculino - sexo femenino”.

⁴⁰ STC 150/2011, de 29 de septiembre.

⁴¹ STC 181/2004, de 2 de noviembre.

⁴² STC 66/2014, de 5 de mayo (FJ 2). Vid. también SSTC 214/2006, de 3 de julio, FJ 3; 324/2006, de 20 de noviembre, FJ 4; y 3/2007, de 15 de enero, FJ 2.

Por su parte, el “libre desarrollo de la personalidad” a que antes nos referíamos, pese a que no sea un derecho fundamental, sino, más bien, una manifestación del “principio general de libertad” del art. 1.1 CE⁴³, también ha servido de apoyo al Tribunal Constitucional para tomar importantes decisiones sobre la licitud, o no, de determinadas intervenciones corporales en las que no se cuente con el consentimiento libre e informado del afectado. Es célebre, en este sentido, la Sentencia de 1990 sobre la huelga de hambre de los presos del GRAPO, en la que el Tribunal vino a reconocer que la libertad de autodeterminación personal (trasunto del libre desarrollo de la personalidad) comprende la posibilidad de rechazar la asistencia médica o cualquier tratamiento terapéutico forzosos⁴⁴.

Por último, especial interés a los efectos de este trabajo tiene la Sentencia 215/1994, en la que el Tribunal fundamentó su rechazo a la esterilización forzosa de las personas incapaces mediante la apelación, precisamente, al libre desarrollo de la personalidad, en la medida en que tales intervenciones quirúrgicas practicadas sobre su cuerpo sin su consentimiento, conllevaban una ablación de sus potencialidades genéticas e impedían, por tanto, el ejercicio de su libertad de procreación⁴⁵. Como se habrá adivinado ya, estas razones fácilmente son extrapolables al ámbito de las personas intersexuales con el fin de defender la prohibición de aquellas intervenciones quirúrgicas que no estén justificadas en estrictas razones de salud.

Si -como afirma el Tribunal- “[p]royectada sobre los derechos individuales, la regla del art. 10.1 C.E. implica que, en cuanto ‘valor espiritual y moral inherente a la persona’ (STC 53/1985, fundamento jurídico 8.º), la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre (...), constituyendo, en consecuencia, un *minimum* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que, 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”⁴⁶, cabría finalmente preguntarse si no es hora ya de cons-

⁴³ STC 83/1984, de 24 de julio (FJ 3).

⁴⁴ STC 120/1990, de 27 de junio (FJ 8).

⁴⁵ STC 215/1994, de 14 de julio (FJ 4).

⁴⁶ STC 120/1990, de 27 de junio (FJ 5).

truir un estatuto jurídico de las personas intersexuales que partiendo del respeto a sus singularidades (cromosómicas, gonadales y/o genitales) asegure su dignidad frente a intervenciones (quirúrgicas), tratamientos médicos o rigídicos (registrales o documentales) que la ponen seriamente en entredicho.

5.1.2. Igualdad y prohibición de discriminación por razón de sexo (art. 14 CE)

Como es de sobra conocido, el art 14 CE garantiza el derecho fundamental de todos los ciudadanos a ser iguales ante la ley, o, por extensión, el derecho fundamental de cada persona a ser tratada por los poderes públicos de manera igual que cualquier otra persona que se encuentre en una situación o posición equivalente, de forma que solo será jurídico-constitucionalmente aceptable aquella diferencia de trato que tenga una justificación objetiva, proporcionada y razonable, respecto de la finalidad de la norma, considerándose cualquiera otra que carezca de esta justificación una discriminación prohibida por este mismo precepto⁴⁷, por ser también contraria la dignidad humana (art. 10.1 CE), así como al valor superior del ordenamiento jurídico “igualdad” (art. 1.2 CE), y al mandato dirigido a los poderes públicos para que promueva las condiciones a fin de que aquella igualdad (formal) del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud (art. 9.2 CE).

La justificación del establecimiento de dicha diferencia de trato estará sometida a un juicio de igualdad especialmente riguroso y estricto cuando la misma se base en alguno de los rasgos mencionados en el propio art. 14 CE. Son estos los conocidos como “rasgos sospechosos”, entre los que se encuentra expresamente mencionado el “sexo”⁴⁸, pero dentro de los cuales también cabría incluir la identidad

⁴⁷ Vid. GIMÉNEZ GLUCK, David: “Artículo 14”, en Pérez Tremps, P./Saiz Arnaiz, A. (dirs.), *Comentario a la Constitución Española*. 40 Aniversario 1978-2018, Libro Homenaje a Luis López Guerra, Tomo I (Preámbulo a artículo 96), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 341 ss.

⁴⁸ La jurisprudencia constitucional basada en este rasgo (sexo) es muy abundante. Valgan por todas las SSTC 59/2008, de 14 de mayo (FJ 5); y 200/2001, de 4 de octubre (FJ 4).

sexual, dada la cláusula de apertura final de este precepto a “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

A partir de esta simple constatación, podríamos preguntarnos si en el terreno de los tratamientos médicos (y, en especial, de las intervenciones quirúrgicas) y del reconocimiento registral o documental no se está produciendo una discriminación por razón de identidad sexual. En el primer caso, porque hay menores que son sometidos a operaciones con el fin de adecuar su morfología sexual a uno de los sexos al uso, el masculino o el femenino, sin que existan motivos de salud que lo aconsejen; y, en el segundo, directamente porque se les niega el reconocimiento a las personas que no se identifican con alguno de esos sexos.

Merece también la pena traer a colación lo que sucede en el ámbito educativo con la segregación sexual en los centros docentes privados concertados, reconocida en el art. 84.3 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOE), y la disposición transitoria segunda de la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa (LOMCE), y avalada por el Tribunal Constitucional en sentencias recientes⁴⁹.

Como ha señalado con todo acierto el magistrado José Antonio Xiol Ríos en sus votos particulares a dichas resoluciones, esa normativa estatal “implica una situación intrínsecamente sospechosa de discriminación por razón de sexo y de identidad sexual”, entre otras cosas, porque “la segregación sexual binaria excluye con carácter absoluto a las personas intersexuales del ámbito educativo”⁵⁰.

Según Xiol Ríos, “[l]a segregación sexual (...) [a]l tomar como presupuesto el sexo desde una perspectiva binaria hombre-mujer, incide en un (...) motivo de discriminación vinculado a la identidad sexual”. En su opinión, en este tipo de razonamientos se parte de un prejuicio a combatir: “la percepción de que solo existen dos únicos

⁴⁹ SSTC 74/2018, de 5 de julio; 67/2018, de 21 de junio; 66/2018, de 21 de junio; 53/2018, de 24 de mayo; 49/2018, de 10 de mayo; y 31/2018, de 10 de abril.

⁵⁰ Voto particular que formula el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos a la STC 74/2018, de 5 de julio, que reproduce íntegramente el formulado a la STC 31/2018, de 10 de abril, y, por remisión a este, en los formulados a las SSTC 49/2018, de 10 de mayo, 53/2018, de 24 de mayo, 66/2018, de 21 de junio y 67/2018, de 21 de junio.

sexos y de que todo individuo ha de tener encaje en uno de ellos”, lo que le lleva a sostener que “[c]ualquier normativa basada en el prejuicio de la dualidad sexual provoca un inmediato efecto de exclusión total de aquellas personas, como los intersexuales, que no pueden ser identificadas con ninguno de estos dos sexos, provocando con ello una nueva forma de discriminación, en este caso no por segregación, sino por exclusión”.

Su conclusión, expuesta con toda crudeza, no puede sino ser compartida aquí: “No puedo imaginar la violencia institucional y el sentido de desolación y abandono que para estas personas implica ser radicalmente negados por el ordenamiento jurídico y que se les imponga una identidad sexual que ni tienen ni sienten necesariamente como propia a modo de ficción legal para que puedan ser integrados socialmente. Esta consideración y mi profundo convencimiento de la necesidad de respetar la diversidad como fundamento de una sociedad democrática es otro de los elementos que me lleva a afirmar ya no solo el carácter intrínsecamente sospechoso de discriminación por razón de sexo de la segregación sexual binaria sino, directamente, su carácter discriminatorio por razón de identidad sexual respecto de los intersexuales por representar su forma más extrema y por ello nunca justificable: su negación y exclusión radical”.

Para finalizar este epígrafe, me gustaría también compartir el optimismo con el que concluye este voto particular el magistrado Xiol, que está llamado a convertirse en un referente constitucional en nuestro país en la defensa de los derechos de las personas intersexuales: “Algún día, espero no muy lejano, sueño tener la posibilidad de celebrar que la sociedad se ha elevado y trascendido a cualquier tipo de segregación sexual. Mientras tanto, parafraseando al Juez Harlan en su Voto particular a la *Sentencia Plessy v. Ferguson* (1896) 163 US 53 hace más de 120 años —demasiado tiempo para lo poco que parece que se ha avanzado en algunos temas— solo me resta decir: cuando están en juego los derechos fundamentales de los ciudadanos, niego categóricamente a los legisladores o a los jueces la posibilidad de fijarse en su sexo o identidad sexual”. Porque -cabría añadir- de hacerlo estarían provocando una vulneración intolerable del derecho a la igualdad y de la prohibición de discriminación contenidos en el art. 14 CE.

5.1.3. Derecho a la integridad física y moral y prohibición de tratos inhumanos y degradantes (art. 15 CE)

El art. 15 CE reconoce el derecho de todos “a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”.

En concreto, “mediante el derecho a la integridad física lo que se protege es el derecho de la persona a la incolumidad corporal, esto es, su derecho a no sufrir lesión o menoscabo en su cuerpo o en su apariencia externa sin su consentimiento”⁵¹. En este sentido, y por lo que se refiere a las personas intersexuales, las principales dudas se plantean en relación con las intervenciones forzosas que algunas de ellas padecen sobre su propio cuerpo (en particular, los menores que son sometidos a cirugías de “asignación” sexual, sin que puedan manifestar su consentimiento al respecto). Tales intervenciones, más allá de que puedan poner en riesgo su derecho a la intimidad, conllevan, sin duda, una afectación de su derecho a la integridad física, que para no ser lesiva del mismo, exige reunir -según la jurisprudencia constitucional- los siguientes requisitos⁵²: 1º) Respeto a la dignidad humana (art. 10.1 CE), lo que conlleva la prohibición absoluta de tratos inhumanos o degradantes (art. 15.1 CE), de modo que se considerará “ilegítima toda intervención que sea grave o intensa”⁵³ (...) o que se intente imponer por la fuerza física”. Además, ninguna intervención puede suponer un riesgo o quebranto para la salud⁵⁴. 2º) Existencia de un interés o exigencia constitucionales que justifiquen (directa o indirectamente) dicha intervención. 3º) Previsión legal de la medida. 4º) Resolución judicial, si bien se puede prescindir de este requisito, sobre todo, cuando tales intervenciones son leves (y sin perjuicio de que las mismas puedan ser sometidas a control judicial ulterior). 5º)

⁵¹ STC 207/1996, de 16 de diciembre (FJ 2).

⁵² Tal y como los ha sistematizado REY MARTÍNEZ, Fernando: “Artículo 15”, en Pérez Tremps, P./Saiz Arnaiz, A. (dirs.), *Comentario a la Constitución Española*. 40 Aniversario 1978-2018, Libro Homenaje a Luis López Guerra, Tomo I (Preámbulo a artículo 96), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 365 ss.

⁵³ STC 207/1996, de 16 de diciembre.

⁵⁴ SSTC 7/1994, de 17 de enero; y 207/1996, de 16 de diciembre.

Justificación por parte del órgano judicial de la proporcionalidad de la medida limitativa del derecho fundamental afectado⁵⁵.

A la luz de estos requisitos, no parece que las intervenciones de “asignación” de sexo practicadas en menores que no tienen ningún problema de salud cumplan con (todos) ellos, por lo que podrían ser consideradas ilegítimas. Algo similar puede decirse en relación con los tratamientos hormonales, que, cuando menos, pueden conllevar también un quebranto de la salud de la persona afectada.

Sin embargo, en atención asimismo a la jurisprudencia constitucional, resulta más complicado considerar que tales intervenciones constituyen un acto de tortura, o un trato inhumano o degradante (en tanto que nociones jurídicas graduadas de una misma escala), pues, como recuerda el profesor Fernando Rey, todas estas conductas, para ser consideradas tales, “requieren tres elementos: el padecimiento, dolor o sufrimiento de la víctima, que puede ser físico o moral; el carácter vejatorio del comportamiento y la intención de someter la voluntad de la víctima”⁵⁶. Y no parece que los mismos -en particular los dos últimos- se den en el caso de las intervenciones quirúrgicas de “asignación” de sexo a que nos venimos refiriendo.

5.2. Normativa estatal

5.2.1. De lege data

En este punto, centraremos el análisis en aquella normativa que más directamente afecta a las personas intersexuales en relación con sus derechos a la integridad física y a no sufrir discriminación alguna por razón de su identidad sexual a la hora de proceder a la inscripción registral pertinente.

En primer lugar, interesa destacar la importancia de un concepto que, por lo que se refiere a los menores, presenta, sobre todo desde 2015, una gran *vis expansiva*: el interés superior del menor. De acuerdo con lo dispuesto en el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial

⁵⁵ STC 207/1996, de 16 de diciembre.

⁵⁶ REY MARTÍNEZ, Fernando: “Artículo 15”..., p. 361.

del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (modificada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia), “[t]odo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir” (apdo. 1).

En el apartado 2 de este mismo precepto se dispone que “[a] efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales (...): d) “La preservación de la (...) orientación e identidad sexual (...) del menor, así como la no discriminación del mismo por éstas o cualesquiera otras condiciones, (...) garantizando el desarrollo armónico de su personalidad”.

Por su parte, en el apartado 3 se establece que “[e]stos criterios se ponderarán teniendo en cuenta los siguientes elementos generales: (...) b) La necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad, ya sea por (...) su orientación e identidad sexual”.

Además, “[e]n caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes”, pero “[e]n caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir” (apdo. 4).

Finalmente, se prevé que “[t]oda medida en el interés superior del menor deberá ser adoptada respetando las debidas garantías del proceso y, en particular: a) Los derechos del menor a ser informado, oído y escuchado, y a participar en el proceso de acuerdo con la normativa vigente”.

Además, el art. 11.2 de esta misma Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor (modificado por la Ley 26/2015, de 28

de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia) establece que “[s]erán principios rectores de la actuación de los poderes públicos en relación con los menores: (...) l) El libre desarrollo de su personalidad conforme a su orientación e identidad sexual”.

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha entendido que el interés superior del menor prima sobre los deseos de sus progenitores (o tutores legales), de forma que en caso de conflicto corresponde decidir a la autoridad administrativa o judicial competente⁵⁷.

Cabría entonces preguntarse si, aceptando la posibilidad de que se puede llevar a cabo una intervención quirúrgica de “asignación” de sexo a un menor intersexual decidida así por los padres (o tutores legales), no sería exigible, en aplicación de esta normativa legal y jurisprudencia constitucional, que, en atención precisamente a ese interés superior del menor, interviniera también en la decisión final una autoridad independiente, sobre todo, cuando tal intervención no esté justificada por motivos de salud del propio menor⁵⁸.

Sin embargo, esto no es lo que sucede en la práctica. Por el contrario, tales intervenciones, se han justificado y, aunque sean cada vez menos, se siguen justificando por la existencia de una supuesta “urgencia o emergencia psicosocial”, al entender que si no se realiza esa operación “el menor sufrirá una serie de problemas en su desarrollo y en su relación con la sociedad”. Pero esto, como ha denunciado con toda razón, entre nosotros, Daniel García, no es de recibo, pues supone una suspensión del deber de consentimiento informado, previsto en el art. 8 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, al privar al directamente interesado de la toma de una decisión que le afecta de manera muy grave

⁵⁷ STC 141/2000, de 29 de mayo (FJ 5).

⁵⁸ En esta misma línea, Elena Lauroba se pregunta que “[s]i para determinados actos, por su relevancia (por ejemplo, patrimoniales) es necesaria la autorización del juez, ¿por qué dejar a los progenitores solos en esta materia? ¿No sería más beneficioso idear mecanismos que permitieran compartir la responsabilidad?”. Vid. LAUROBA LACASA, Elena: “Las personas intersexuales...”, p. 31.

y directa⁵⁹. Pese a ello, el propio Tribunal Supremo ha convalidado en estos casos de (falsa) urgencia la innecesariedad de tal consentimiento informado en aplicación del art. 9.2 de la referida Ley de Autonomía del Paciente⁶⁰, que permite tal ausencia del consentimiento “cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él”.

A este respecto, conviene además tener en cuenta que el reconocimiento de la representación legal por parte de los progenitores de sus hijos menores no emancipados, previsto en el art. 162 Código civil, encuentra su excepción, de acuerdo con el apartado 1º de este mismo precepto, en aquellos “actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda realizar por sí mismo”. Indudablemente, en el ámbito de la intervención quirúrgica de un menor intersexual no justificada en motivos de salud, el consentimiento de los progenitores no puede ser entendido como un acto legítimo de ejercicio de la representación legal, sino que supone, más bien, una intervención sustitutoria de estos en relación con los derechos de la personalidad de aquel, que, en su caso, podría encontrar fundamento en el ejercicio de las responsabilidades parentales y en el deber de velar por sus hijos (art. 154.3.1º CC)⁶¹.

El problema es que este mismo precepto dispone también que “[l]a patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental”, y que estos, si “tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten”.

Parece claro que en el ámbito al que nos venimos refiriendo, el de las intervenciones quirúrgicas de “asignación” de sexo no motivadas por razones de salud, puede ponerse seriamente en duda que se esté actuando de conformidad con lo establecido en este precepto, no solo

⁵⁹ Vid. GARCÍA LÓPEZ, Daniel J.: “La intersexualidad en el discurso médico-jurídico”, *Eunomía*, 8, 2015, pp. 62 ss.

⁶⁰ STS (Sala de lo CA) de 16 de mayo de 2005.

⁶¹ Vid. AGÓN LÓPEZ, Juan Guillermo: *Consentimiento informado y responsabilidad médica*, La Ley-Wolters Kluwer Agón, Madrid, 2017, pp. 165 ss.

porque no se respete, como es obligado, la integridad física del menor afectado, sino también porque es (o puede ser) perfectamente posible esperar a que el menor tenga suficiente madurez para que el mismo sea oído antes de adoptar esa decisión que tan seriamente le afecta.

Por lo que se refiere al reconocimiento de la identidad sexual de las personas intersexuales a nivel registral, tenemos que tener en cuenta lo previsto en el aún vigente art. 92 de la antigua Ley de 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil, que dispone expresamente que “[l]as inscripciones sólo pueden rectificarse por sentencia firme en juicio ordinario”.

No obstante esta previsión, de conformidad con el art. 93.2 de esta misma ley, en la redacción dada por el apartado cuarto de la Disposición final *segunda de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas*, se admite la rectificación “previo expediente gubernativo” de “[l]a indicación equivocada del sexo cuando (...) no haya duda sobre la identidad del nacido por las demás circunstancias, así como la mención registral relativa al sexo de las personas en los casos de disforia de género”.

De este modo, de conformidad con la legislación vigente hasta el 30 de junio de 2020, fecha en que entrará enteramente en vigor la nueva Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, las personas intersexuales podrán rectificar la inscripción registral del sexo mediante un simple expediente gubernativo, esto es, sin necesidad de resolución judicial, al considerarse una rectificación derivada de un error originario en la inscripción (“discordancia originaria”)⁶². Así lo ha acabado entendiendo, finalmente, tras haber mantenido una doctrina un tanto contradictoria, la DGRN. Por su parte, en el caso de las personas transexuales, al no haber -supuestamente- error en la consignación del sexo, sino un cambio ulterior a través de la cirugía correspondiente, se requiere sentencia judicial para proceder a tal rectificación registral.

En opinión de algún autor, esta puntualización es útil para delimitar a las personas transexuales de las intersexuales, en la medida en

⁶² BENAVENTE MOREDA, Pilar “Identidad y contexto inmediato de la persona...”, 126

que “si los primeros pretenden cambiar su sexo inscrito, los segundos pretenden corregirlo”⁶³. Sin embargo, me parece que esta aseveración merece alguna matización, pues, en realidad, es más que dudoso que las personas transexuales quieran “cambiar” de sexo; más bien lo que sucede es que el que tenían asignado no era el correcto.

Con todo, el auténtico problema no está aquí, o, al menos, no se reduce a esto, pues si pensamos, sobre todo, en las personas intersexuales nos daremos cuenta de que muchas veces el reconocimiento de su identidad sexual no se ve satisfecho con la posibilidad de un mero cambio de sexo, de masculino a femenino, o viceversa. Por el contrario, muchas veces lo que sucede es que estas personas, que, como sabemos, presentan ciertas características sexuales de ambos sexos en diferente proporción, no se sienten identificadas ni con uno ni con el otro. De nuevo, como un obstáculo imposible de superar, aparece el problema del binarismo sexual.

Curiosamente, como señala Pilar Benavente, de acuerdo con el nuevo art. 91 LRC de 2011, que estará en vigor a partir del 30 de junio de 2020, no cabe aquella interpretación, ya que ahora “solo se prevé la modificación por medio de expediente registral, de los asientos sobre “[l]a mención 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. En tales casos, la inscripción tendrá eficacia constitutiva” (art. 91.2). “Es decir, tan solo procederá por vía de expediente registral la rectificación relativa al nombre y sexo de las personas en caso de transexualidad, no en caso de intersexualidad, puesto que el artículo 4 de la Ley 3/2007 solo se refiere a aquellos supuestos y no a estos”⁶⁴. Quizás convendría que el legislador, antes de que entre en vigor esta norma, valorara la posibilidad de corregir esta disfunción carente de justificación.

⁶³ LAUROBA LACASA, Elena: “Las personas intersexuales...”, p. 36.

⁶⁴ BENAVENTE MOREDA, Pilar “Identidad y contexto inmediato de la persona...”, p. 126.

5.2.2. *De lege ferenda*

En estos momentos se encuentran en tramitación parlamentaria dos proposiciones de ley que afectan de manera directa al estatuto jurídico de las personas intersexuales⁶⁵.

Por un lado, la *Proposición de Ley (122/000072) para la reforma de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, para permitir la rectificación registral de la mención relativa al sexo y nombre de los menores transexuales y/o trans, para modificar exigencias establecidas en el artículo 4 respecto al registro del cambio de sexo, y para posibilitar medidas para mejorar la integración de las personas extranjeras residentes en España*, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista el 3 de marzo de 2017.

Entre otras muchas cosas, a través de ella se pretende, según se expresa en su Exposición de Motivos, “reconocer expresamente como beneficiarios y beneficiarias de esta ley a las personas intersexuales a las que en el momento de la inscripción registral se les asignó un sexo no concordante con el propio sexo sentido. Es obvio que realizándose dicha inscripción registral en los días posteriores al nacimiento, resulta imposible conocer en ese momento cuál va a ser el sexo sentido por la persona recién nacida. De ahí la necesidad de su inclusión por medio de esta reforma, en la línea ya mantenida por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en su Resolución 1952(2013) Children’s right to physical integrity, en la que instaba a la protección de las personas intersexuales (así como la eliminación de los tratamientos médicos innecesarios), por el informe de la ONU sobre tortura infantil de 2013 (Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, firmado por Juan E. Méndez) o, por lo señalado un año más tarde (mayo 2014) por el Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa, Nils Mulnieks”.

⁶⁵ Para un análisis más detenido de las mismas, vid. BENAVENTE MOREDA, Pilar: “Menores transexuales e intersexuales. La definición de la identidad sexual en la minoría de edad y el interés superior del menor”, RJUAM, 38, 2018, pp. 301 ss.

El propio Grupo Parlamentario Socialista ha presentado una enmienda (la núm. 4) de modificación, en la que se solicita sustituir la redacción del apartado 1 del artículo 4 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, por el siguiente texto: “(...)La persona interesada podrá solicitar que figure en blanco la mención relativa al sexo de su inscripción de nacimiento si no se siente identificada con ninguna categoría; teniendo derecho, asimismo, a que figure en la misma forma en sus documentos de identidad”.

Aunque está por ver si finalmente esta proposición de ley será aprobada, lo que sí parece claro es que la misma supone un avance muy importante en el reconocimiento de la autonomía de la voluntad de la propia persona para definir su identidad sexual a partir de su autopercepción.

Por otro lado, se encuentra también en tramitación parlamentaria la *Proposición de ley (122/000097) contra la discriminación por orientación sexual, identidad o expresión de género y características sexuales, y de igualdad social de lesbianas, gais, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales*, presentada por el Grupo Parlamentario Confederado de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, el 12 de mayo de 2017.

Se trata de una proposición de ley mucho más ambiciosa que la anterior y que, por lo que se refiere a las personas intersexuales, considera de manera más completa su situación jurídica. De hecho, dedica todo un capítulo (el XVIII) a las “transidentidades” y a la “intersexualidad” (arts. 76-86).

En concreto, en el art. 21, relativo a la atención sanitaria integral a personas intersexuales, además de preverse el establecimiento de “un protocolo específico de actuación en materia de intersexualidad que incluirá la atención psicológica adecuada y los tratamientos de asignación del sexo requeridos en atención al género sentido” (apdo. 1), se establece, asimismo, la obligación de la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas, en el marco de sus respectivas competencias, de velar “por la erradicación de las prácticas de reasignación de sexo de los recién nacidos, salvo en los casos en que las indicaciones médicas exijan lo contrario en aras a proteger la salud de la persona recién nacida” (apdo. 2).

Dentro del referido Título XVIII, en el art. 76, s”[s]e reconoce el derecho humano a la autodeterminación de la identidad de género sin injerencias ni discriminaciones. No se podrá limitar, restringir, excluir o suprimir el derecho a la libre autodeterminación de género de las personas, debiendo interpretarse y aplicarse normas siempre a favor del libre y pleno ejercicio de este derecho. El reconocimiento del género sentido en ningún caso vendrá supeditado al haber obtenido su reconocimiento legal”.

Por su parte, en art. 79 se dispone que “[n]inguna persona será obligada a someterse a tratamiento, procedimiento médico o quirúrgico, así como a cualquier examen psicológico que coarte su libertad de autodeterminación de género”.

En el art. 82 se establece que “[l]as personas transexuales, transgénero y las personas intersexuales tendrán derecho a recibir una atención integral y adecuada a sus necesidades sociales, sanitarias, jurídicas, laborales y educativas, entre otras, en igualdad efectiva de condiciones y sin discriminación con el resto de la ciudadanía”.

O, en fin, en el art. 85, se preceptúa que “[d]eberán establecerse por reglamento las condiciones para que las personas transexuales, transgénero y las personas intersexuales sean nombradas y tratadas de acuerdo con la identidad de género manifestada, en especial en los documentos que acreditan su identidad, aunque sean menores de edad”.

Aunque tampoco se puede prever qué suerte correrá esta proposición de ley, y más allá de que su contenido, en una parte nada despreciable, contenga más un catálogo de buenas intenciones que auténticas disposiciones normativas, jurídicamente exigibles, por tanto, lo cierto es que la misma denota también una creciente sensibilidad hacia la necesidad de que se produzca una plena igualdad real de todas las personas con independencia de su orientación sexual o identidades de género y sexual.

En particular, por lo que afecta a las personas intersexuales, la apuesta, al igual que sucedía con la proposición de ley anteriormente mencionada, es que las mismas dispongan de plena autonomía para definir su identidad, de conformidad con la percepción que a tal efecto tengan de sí mismas. Pero este buen propósito, inspirado, sin duda, por el principio de respeto máximo a la autonomía de la voluntad en

un aspecto tan sensible como es el que afecta a nuestra autopercepción sexual y de género, puede que acabe chocando con una realidad mucho más compleja, de carácter no solo jurídico, sino también, y primordialmente, social y cultural, que ha sido construida a lo largo de la historia sobre un eje primordial: el del binarismo sexual. De ahí que la apuesta por su superación deba de ir acompañada por las cautelas y garantías necesarias para no generar contradicciones e inseguridades jurídicas que a nadie benefician. Eso es lo que, con toda razón, viene defendiendo desde hace tiempo entre nosotros la profesora Pilar Benavente, entre otros, en los trabajos mencionados en este escrito⁶⁶. Que no quepa ninguna duda de su firme y leal compromiso

⁶⁶ Resulta particularmente pertinente traer aquí a colación el análisis y la crítica que realiza la profesora Benavente a la Instrucción de 23 de octubre de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre cambio de nombre en el Registro Civil de personas transexuales, que establece “*las siguientes directrices para orientar la actuación de los encargados del Registro Civil, ante las solicitudes de cambio de nombre para la imposición de uno correspondiente al sexo diferente al que resulta de la inscripción de nacimiento:*

Primero. En el supuesto de que un mayor de edad o un menor emancipado solicitara el cambio de nombre, para la asignación de uno correspondiente al sexo diferente del resultante de la inscripción de nacimiento, tal solicitud será atendida, con tal de que ante el encargado del Registro Civil, o bien en documento público, el solicitante declare que se siente del sexo correspondiente al nombre solicitado, y que no le es posible obtener el cambio de la inscripción de su sexo en el Registro Civil, por no cumplir los requisitos del art. 4 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas.

Segundo. Los padres de los menores de edad, actuando conjuntamente, o quienes ejerzan la tutela sobre los mismos, podrán solicitar la inscripción del cambio de nombre, que será atendida en el Registro Civil, con tal de que ante el encargado del Registro Civil, o bien en documento público, los representantes del menor actuando conjuntamente declaren que el mismo siente como propio el sexo correspondiente al nombre solicitado de forma clara e incontestable. La solicitud será también firmada por el menor, si tuviera más de doce años. Si el menor tuviera una edad inferior, deberá en todo caso ser oído por el encargado del Registro Civil, mediante una comunicación comprensible para el mismo y adaptada a su edad y grado de madurez”.

Como señala Benavente, aunque se comparta el espíritu de fondo de esta Instrucción, el problema es que su contenido debería haber estado incluido en una ley, pues, “nos guste o no, altera sustancialmente la interpretación y sentido de la normativa vigente (LRC 1957 y RRC 1958) en materia de determinación y cambio de nombre, así como de la LRC 2011”. Además, “[s]e altera también

con la igualdad real de las personas LGTBI, y que, sin embargo, denuncie algunas de las contradicciones e inseguridades jurídicas a que una regulación “buenista” en este terreno podría dar lugar, debería hacernos reflexionar pausadamente sobre el modo en que han de irse dando los pasos necesarios para que esa ansiada igualdad sea no solo posible, sino también efectiva.

5.3. *Normativas autonómicas*

En la mayoría de las Comunidades Autónomas se han ido aprobando en los últimos años diferentes leyes de igualdad y contra la discriminación de las personas LGTBI, que, en alguna medida, han tratado o bien de suplir la falta de regulación estatal al respecto, o bien de ofrecer una respuesta autonómica a determinados problemas y demandas de este colectivo que, en buena lógica competencial, deberían haber sido abordadas por el legislador estatal, lo que ha dado lugar, como referíamos en el epígrafe anterior, a ciertas contradicciones e inseguridades jurídicas de difícil aceptación⁶⁷.

Especial atención han recibido en todas ellas las personas transexuales. Y, a tal efecto, interesa destacar aquí cómo buena parte de esta legislación autonómica, en su apuesta por primar la autonomía

lo dispuesto en la Ley 3/2007 en la medida en que para que los transexuales mayores de edad cambien no solo su sexo sino también su nombre, se requiere el cumplimiento de determinados requisitos de los que se prescinde en la Instrucción citada. Dicho de otra forma, la DGRN emite una instrucción “contra legem” en la medida en que permite que los Registradores interpreten la ley de una forma distinta a lo que la propia ley dice. Insisto, aunque se esté totalmente de acuerdo con la solución, ésta no justifica los medios utilizados para ello”. Vid. BENAVENTE MOREDA, Pilar: “Menores transexuales e intersexuales...”, pp. 299 ss.

Tener en cuenta, además, la reciente sentencia del Tribunal Constitucional que declara la inconstitucionalidad del art. 1.1 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, en la medida en que impide que un menor de edad “con suficiente madurez y que se encuentra en una situación estable de transexualidad” pueda efectuar tal petición de rectificación registral (STC 99/2019, de 18 de julio).

⁶⁷ De nuevo me remito aquí al análisis crítico que lleva a cabo la profesora Benavente del contenido de esta normativa autonómica. Vid. BENAVENTE MOREDA, Pilar: “Menores transexuales e intersexuales...”, pp. 39 ss. (del manuscrito). Vid. asimismo, LAUROBA LACASA, Elena: “Las personas intersexuales...”, pp. 43 ss.

de la voluntad de las personas afectadas (mayores y menores de edad) a la hora de definir su identidad sexual, han reconocido la posibilidad de que en diversos documentos oficiales las mismas puedan hacer constar esa identidad, pese a que se contradiga con la que consta en el Registro civil. Lógicamente, el legislador autonómico no puede regular el cambio de sexo de una persona, pues eso es competencia del legislador estatal, que ya aprobó la Ley 3/2007. Pero lo que sí contienen la mayoría de las normas autonómicas es un capítulo dedicado a regular “la ‘identidad’ de las personas transexuales al margen del sexo asignado en el momento del nacimiento y por tanto previendo la posibilidad de ser identificadas mediante una documentación administrativa diferente de la registral para todas aquellas cuestiones en las que correspondiendo la competencia a la CCAA se exija la acreditación personal del individuo”, lo que inevitablemente genera un grave problema de doble identificación, la registral y la administrativa⁶⁸.

Además, en estas normativas autonómicas cada vez se va prestando mayor atención a la intersexualidad; de hecho, la mayoría de ellas regula específicamente la situación jurídica de las personas intersexuales, apostando, entre otras cosas, por la prohibición de aquellas intervenciones médicas sobre las mismas que carezcan de justificación en términos de salud; en particular, se muestra un claro rechazo a las cirugías de “asignación” de sexo practicadas sobre los recién nacidos que presenten características sexuales propias tanto del sexo masculino como del femenino⁶⁹.

⁶⁸ Vid. BENAVENTE MOREDA, Pilar: “Menores transexuales e intersexuales...”, p. 309.

⁶⁹ Así, por ejemplo, en el Preámbulo de la Ley 2/2016, de 29 de marzo, de identidad y expresión de género e igualdad social y no discriminación de la Comunidad de Madrid, se dispone, de manera expresa y muy categórica y significativa, que “[e]n el caso de las personas intersexuales, y de manera novedosa, la presente norma garantiza la integridad corporal de los menores intersexuales hasta que estos definen su identidad sentida y les ofrece protección de su intimidad y dignidad frente a prácticas de exposición y análisis de carácter abusivo. La protección de las personas intersexuales exige el reconocimiento de la diversidad de los cuerpos humanos y la erradicación del prejuicio según el cual existe un único patrón normativo de corrección corporal, que lleva a que menores intersexuales sean operados en su infancia para asimilarlos al patrón normativo de hombre o mujer, sin saber cuál es la identidad de dicha persona y cometiendo con ello frecuentes errores que luego condicionan gravemente

6. CONCLUSIONES FINALES

Como acabamos de ver, existen argumento suficientes para entender que, de conformidad con la normativa española de carácter constitucional y legal (estatal y autonómica), interpretada a la luz de la normativa internacional sobre derechos humanos, las intervenciones quirúrgicas de las personas intersexuales, que no estén motivadas por razones perentorias de salud, únicamente se deben considerar lícitas cuando se realizan con el consentimiento libre e informado de la propia persona directamente afectada por las mismas. A partir de esta constatación, cabe defender que en el caso de los menores intersexuales tales operaciones se deberían de posponer, en todo caso, hasta que ellos mismos pudieran tomar tal decisión. En consecuencia, las cirugías de “asignación” de sexo que aún se practican a algunos recién nacidos, y que no estén motivadas por razones médicas, han de ser consideradas como un atentado severo a la integridad física de estas personas, sin que el consentimiento paterno (o de los tutores legales) pueda servir de cobertura para su práctica.

Dicho de otro modo, las personas intersexuales, incluidos, lógicamente, los menores de edad, no pueden ser tratadas médicamente como si fueran enfermos. De ahí que este tipo de cirugías se deban de posponer el tiempo necesario para que la propia persona intersexual,

la vida de la persona intersexual. Sin conocimiento de la identidad de género sentida por la persona intersexual: hombre, mujer o simplemente intersexual, cualquier intervención quirúrgica que asimile al menor a una identidad puede ser una autentica castración traumática”. Y, a tal efecto, el art. 4.3 de la misma Ley establece que “[q]uedan prohibidas en los servicios sanitarios de la Comunidad de Madrid las terapias de aversión o de conversión de las manifestaciones de identidad de género libremente manifestadas por las personas, así como las cirugías genitales de las personas intersexuales que no obedezcan a la decisión de la propia persona afectada a la necesidad de asegurar una funcionalidad biológica por motivos de salud”.

En un sentido similar se manifiesta la Ley balear 8/2016, de 30 de mayo, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, trans, bisexuales e intersexuales y para erradicar la LGTBI fobia, que en su art. 23.2 dispone: “El sistema sanitario público de las Illes Balears velará por la erradicación de las prácticas de modificación genital en bebés recién nacidos atendiendo únicamente a criterios quirúrgicos y en un momento en el cual se desconoce cuál es la identidad real de la persona intersexual recién nacida. Todo ello con la excepción de los criterios médicos basados en la protección de la salud de la persona recién nacida”.

suficientemente madura, pueda tomar una decisión libre tras una información detallada. A partir del máximo respeto al principio de autonomía en la definición de la identidad sexual, y desde la perspectiva de procurar el mayor respeto posible al bienestar físico y psíquico del menor intersexual⁷⁰, el ordenamiento jurídico debería establecer las garantías necesarias para evitar unas prácticas quirúrgicas de “asignación” de sexo que aún se siguen produciendo, y que bien podrían ser caracterizadas de delictivas, en tanto que suponen un serio atentado contra la integridad física de quienes las padecen.

Por lo que se refiere al reconocimiento registral y documental de la identidad sexual de las personas intersexuales, cabría entender igualmente a la luz de esta normativa que el legislador estatal español debería dar ya el paso de posibilitar en el Registro civil o bien que se puede dejar en blanco la casilla correspondientes a sexo (masculino o femenino) hasta que la propia persona afectada pueda tomar una decisión bien informada por sí misma sobre su identidad sexual, o bien que se puede optar, en positivo, por una tercera posibilidad (sexo “diverso” o “intersexual” u “otro”, por ejemplo)⁷¹. Aunque, quizás, la solución más adecuada pase por eliminar ese dato, sustituyéndolo en un futuro por otros de carácter biométrico que ya se están desarrollando y que, además, parecen más fiables a la hora de facilitar la identificación de una persona⁷².

⁷⁰ Vid. LAUROBA LACASA, Elena: “Las personas intersexuales...”, p. 32.

⁷¹ Tal y como el Tribunal Constitucional Federal alemán señaló al legislador federal en la Sentencia de 10 de octubre de 2017 [1 BvR 2019/16 - Rn. (1-69)]

⁷² Sin embargo, de momento, no parece ser esta la opción que está en la mente del legislador. De acuerdo con la nueva Ley del Registro Civil (Ley 20/2011, de 21 de julio), que entrará en vigor el 30 de junio de 2020, son hechos y actos inscribibles los que se refieren a “el sexo y el cambio de sexo” (art. 4.4^o). Además, la inscripción hace fe, entre otras cosas, del “sexo” del inscrito (art. 44.2). Por su parte, el aún vigente Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil, establece asimismo que en el parte de nacimiento constará el “sexo del nacido” (art. 167), y, en consecuencia, en la inscripción de nacimiento constará también especialmente “[s]i el nacido es varón o mujer y el nombre impuesto” (art. 170). De este modo, el círculo se encuentra, por el momento, bien cerrado. Todas estas obligaciones jurídicas de carácter registral y documental declaran “la verdad oficial” de los hechos, por más que la naturaleza se empeñe en contradecirlas. Y a partir de ahí empieza el “calvario” para muchos progenitores de niñas/os intersexuales, y, lo que es peor, para ellas/os mismas/os. Vid. GARCÍA LÓPEZ, Daniel J.: “La intersexualidad...”, p. 64 ss.

El propio Tribunal Supremo español (Sala de lo Civil), en su Auto de 10 de marzo de 2016, mediante el que plantea cuestión de inconstitucionalidad frente al art. 1 de la Ley 3/2007, que limita la legitimación para solicitar el cambio en la mención registral del sexo y del nombre a las personas transexuales mayores de edad, fundamenta la procedencia del cambio en la mención registral del sexo de las personas transexuales en principios y derechos fundamentales reconocidos en la Constitución que bien podrían ser aplicables a las demandas de las personas intersexuales que no se sienten identificadas con ninguno de los sexos al uso (masculino y femenino). Para el Tribunal Supremo está en riesgo el respeto a la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), así como la salvaguarda de determinados derechos fundamentales, como la protección de la integridad física y moral (art. 15 CE) y el derecho a la intimidad personal y a la propia imagen (art. 18.1 CE), o constitucionales, como el derecho a la salud (art. 43 CE), todos ellos en relación con el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE). A tal efecto, entiende que las personas menores de edad también son titulares de esos derechos, aunque con limitaciones o restricciones en su disfrute que deben tener una justificación adecuada y proporcionada en la falta de madurez para ejercer el derecho o en la necesidad de protección que la propia Constitución reconoce a los menores. Estas justificaciones no operan de modo uniforme durante toda la minoría de edad, por lo que admiten modulaciones a lo largo de ese periodo. Cuando se trata de un menor con suficiente madurez, que realiza una petición seria por encontrarse en una situación estable de transexualidad, el tribunal tiene dudas de que la restricción absoluta que supone la exigencia de la mayoría de edad para poder solicitar el cambio en la mención registral del sexo y del nombre sea acorde a los principios y derechos fundamentales citados, por lo que ha planteado al Tribunal Constitucional la presunta vulneración por parte del artículo 1 de la Ley 3/2007 de los preceptos constitucionales que los regulan⁷³.

⁷³ Recientemente, el Tribunal Constitucional ha dictado sentencia confirmando las dudas del Tribunal Supremo (STC 99/2019). Vid. *supra* nota al pie número 67. Asimismo, véase BENAVENTE MOREDA, Pilar: "Menores transexuales e intersexuales...", pp. 296 ss.

Salvando las distancias, los argumentos que justifican las dudas del Tribunal Supremo en relación con los menores transexuales, podrían ser perfectamente predicables de la situación en que se encuentran los menores intersexuales respecto de la inscripción registral que da fe de su sexo, pero que, como el propio legislador llegó a asumir, puede dar lugar a un “error originario”, lo que nos lleva a preguntarnos si no sería preferible dejar la pregunta sobre este dato para un momento posterior, abriendo, en todo caso, al posibilidad de que además de masculino y femenino se reconozca una identidad sexual diferente.

En tanto que eso sucede, merece la pena fijar la atención en el ejemplo de Malta, país pionero en la aprobación de una legislación prohibitiva de este tipo de intervenciones quirúrgicas, carentes de justificación en términos médicos y practicadas sin el consentimiento de las personas directamente afectadas por las mismas. La *Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act*, aprobada por el Parlamento maltés el 1 de abril de 2015⁷⁴, en efecto, al tiempo que reconoce a los ciudadanos malteses el derecho a la identidad de género y a su libre desarrollo, así como a ser tratados e identificados documentalmente de acuerdo con tal identidad, y a su integridad corporal y autonomía física (art. 3.1), sin que sea necesario someterse a tratamiento hormonal o a cirugía de asignación para solicitar el cambio de sexo, legitima también a los menores de edad para acceder a todos los derechos establecidos en dicha ley, ofreciendo además la opción de que el sexo o la identidad de género no conste en los documentos oficiales⁷⁵.

En nuestro país, disponemos ya de normativas autonómicas que ofrecen también a las personas intersexuales una respuesta avanzada en este terreno, al apostar por la despatologización y la prohibición de la cirugía genital en los recién nacidos, por motivos que no estén relacionados directamente con su salud. Quizás tengamos aquí un buen punto de partida para seguir avanzando en la aprobación de una legislación estatal que garantice el pleno respeto de la identidad sexual

⁷⁴ Disponible en:

<http://justiceservices.gov.mt/DownloadDocument.aspx?app=lom&itemid=12312&l=1>

⁷⁵ Vid. BENAVENTE MOREDA, Pilar: “Menores transexuales e intersexuales...”, notas al pie de página 24 y 41, en pp. 287 y 299, respectivamente.

de las personas intersexuales y de sus derechos, entre los que ocupa un lugar destacado el derecho a la integridad física.

Pero para que eso ocurra y sea efectivo, como paso previo, habrá que comenzar a superar el (aún mayoritario) entendimiento binario del sexo, a partir de la aceptación de una realidad natural, que por minoritaria que sea, merece todo el respeto, y sobre la que carece de justificación alguna cualquier intervención médica destinada a alterarla que no cuente con el consentimiento expreso, libre y bien informado de quien va a padecerla.

7. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AGIUS, Silvan/TOBLES, Christa: “Trans and intersex people. Discrimination on the grounds of sex, gender identity and gender expression”, 2012 (disponible en: <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/9b338479-c1b5-4d88-a1f8-a248a19466f1>).
- AGÓN LÓPEZ, Juan Guillermo: *Consentimiento informado y responsabilidad médica*, La Ley-Wolters Kluwer Agón, Madrid, 2017.
- BENAVENTE MOREDA, Pilar: “Identidad y contexto inmediato de la persona (identidad personal, el nombre de la persona, identidad sexual y su protección)”, AFDUAM, 17, 2013.
- BENAVENTE MOREDA, Pilar: “Menores transexuales e intersexuales. La definición de la identidad sexual en la minoría de edad y el interés superior del menor”, RJUAM, 38, 2018.
- BENAVENTE MOREDA, Pilar: “Orientación sexual e identidad de género y relaciones jurídico privadas”, RGDC, 17, 2013 (Número especial dedicado a “El movimiento LGTB en perspectiva constitucional”, coord. por Elvira Perales, A./Matia Portilla, J./Arroyo Gil, A.).
- BILBAO UBILLOS, Juan María: “Artículo 10.1”, en Pérez Tremps, P./Saiz Arnaiz, A. (dirs.), *Comentario a la Constitución Española*. 40 Aniversario 1978-2018, Libro Homenaje a Luis López Guerra, Tomo I (Preámbulo a artículo 96), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- BUTLER, Judith: *Deshacer el género*, Paidós, Barcelona, 2006.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Luis María: *Sistema de derechos fundamentales*, Civitas-Thomso-Reuters, Madrid, 2013.
- FAUSTO-STERLING, Anne: *Cuerpos sexuados*. La política de género y la construcción de la sexualidad, Melusina, Barcelona, 2006.
- FRA: *The fundamental rights situation of intersex people*, 04/2015, p. 2 [disponible en: <https://fra.europa.eu/en/publication/2015/fundamental-rights-situation-intersex-people>].

- GARCÍA LÓPEZ, Daniel J. (ed.): *Sobre el derecho de los hermafroditas*, Melusina, Barcelona, 2015.
- GARCÍA LÓPEZ, Daniel J.: “La intersexualidad en el discurso médico-jurídico”, *Eunomía*, 8, 2015.
- GHATTAS, Dan Christian: *Human Rights between the Sexes*. A preliminary study in the life of inter* individuals, Heinrich Böll Stiftung, Publication Series on Democracy, Vol. 34, 2013.
- GIMÉNEZ GLUCK, David: “Artículo 14”, en Pérez Tremps, P./Saiz Arnaiz, A. (dirs.), *Comentario a la Constitución Española*. 40 Aniversario 1978-2018, Libro Homenaje a Luis López Guerra, Tomo I (Preámbulo a artículo 96), Tirant lo Blanch, Valencia.
- HRW: “I want to be like Nature made me (Medically unnecessary surgeries on intersex children in the US)”, elaborado por Human Rights Watch en colaboración con InterACT (Advocates for Intersex Youth), de julio de 2017 (disponible en https://www.hrw.org/sites/default/files/report_pdf/lgbtintersex0717_web_0.pdf).
- HUGUES, Ieuan: “Biology of fetal sex devolpment”, en Scherpe, J. M./Dutta, A./Helms, T. (eds.), *The legal status of intersex persons*, Intersentia, Cambridge, 2018.
- JIMÉNEZ CAMPO, Javier: “Artículo 10.1”, en Casas Baamonde, M^a. E./Rodríguez Piñero, M. (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*. XXX Aniversario, Wolters Kluwer, Madrid, 2008.
- KESSLER, Suzanne J.: *Lessons from the intersexed*, Rutgers University Press, New Brunswick, 1998.
- LAUROBA LACASA, Elena: “Las personas intersexuales y el derecho: posibles respuestas jurídicas para un colectivo invisible”, *Derecho Privado y Constitución*, 32, 2018.
- LEE, Peter A./HOUK, Christopher P./AHMED, S. Faisal/HUGHES, Ieuan A.: “Consensus Statement on Management of Intersex Disorders”, *Pediatrics*, 118, 2006 (disponible en: <http://pediatrics.aappublications.org/content/118/2/e488>).
- NIETO PIÑEROBA, José Antonio: *Transexualidad, intersexualidad y dualidad de género*, Bellaterra, Barcelona, 2008.
- Principios de Yogyakarta*. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género (9 de noviembre de 2006): http://yogyakartapriniciples.org/wp-content/uploads/2016/08/principles_sp.pdf.
- REY MARTÍNEZ, Fernando: “Artículo 15”, en Pérez Tremps, P./Saiz Arnaiz, A. (dirs.), *Comentario a la Constitución Española*. 40 Aniversario 1978-2018, Libro Homenaje a Luis López Guerra, Tomo I (Preámbulo a artículo 96), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

The Yogyakarta principles plus 10. Additional principles and State obligations on the application of international human rights law in relation to sexual orientation, gender identity, gender expression and sex characteristics to complement the Yogyakarta Principles (As adopted on 10 November 2017), Geneva): http://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2017/11/A5_yogyakartaWEB-2.pdf.

WACKE, Andreas: “Del hermafroditismo a la transexualidad”, ADC, XLIII, vol. 3, 1990.

Apuesta por Tirant Online, la base de datos jurídica de la editorial más prestigiosa de España.*



www.tirantonline.com

Suscríbete a nuestro servicio de base de datos jurídica y tendrás acceso a todos los documentos de Legislación, Doctrina, Jurisprudencia, Formularios, Esquemas, Consultas o Voces, y a muchas herramientas útiles para el jurista:

- * Biblioteca Virtual
- * Herramientas Salariales
- * Calculadoras de tasas y pensiones
- * Tirant TV
- * Personalización
- * Foros y Consultoría
- * Revistas Jurídicas
- * Gestión de despachos
- * Biblioteca GPS
- * Ayudas y subvenciones
- * Novedades

 96 369 17 28

 96 369 41 51

 atencionalcliente@tirantonline.com

 www.tirantonline.com