REVISTA GENERAL DE DERECHO CONSTITUCIONAL

ISSN 1886-6212

**CONSEJO EDITORIAL / EDITORIAL BOARD**

**DIRECTOR**
**Ángel J. Gómez Montoro**
**Catedrático de Derecho Constitucional**
**Universidad de Navarra**

**SUBDIRECTORA**
**Isabel Giménez**
**Profesora Contratada-Doctora de Derecho Constitucional**
**Universidad Autónoma de Madrid**

**SECRETARIO**
**Pablo Guerrero Vázquez**
**Profesor Ayudante-Doctor de Derecho Constitucional**
**Universidad de Zaragoza**

## N.º 17 OCTUBRE 2013

## TEMA DEL SEMESTRE MONOGRÁFICO: EL MOVIMIENTO LGTB EN PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL (Coordinado por Ascensión Elvira Perales, Francisco Javier Matia Portilla y Antonio Arroyo Gil)

### Nota introductoria

- Nota introductoria. (RI §413660)
  *Manuel Aragón Reyes*
  Para acceder al texto del artículo de manera gratuita pinche en este enlace.

### Derecho Internacional y Comunitario Europeo

- 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. (RI §413661)
  *Ignacio Álvarez Rodríguez*
  El artículo pretende estudiar cuáles han sido los principales avances en materia de protección de las minorías sexuales en el marco de la ONU. Se constata que dicha protección se viene desarrollando a través de diversas actuaciones normativas y jurisprudenciales, amén de otras técnicas de protección de los derechos humanos, encuadradas en el derecho a la no discriminación por orientación sexual e identidad de género. Con ello se pretende demostrar la principal tesis que subyace al trabajo, que descansa en la afirmación de que las Naciones Unidas han creado y desarrollado un derecho a la no discriminación por orientación sexual e identidad de género.

- La protección de los derechos fundamentales frente a la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género en la Unión Europea.
  The protection of fundamental rights against discrimination on the grounds of sexual orientation and gender identity at the European Union (RI §413662)
  *José Díaz Lafuente*
  La Unión Europea garantiza a las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersexuales la protección de sus derechos fundamentales en base a los principios de igualdad, de libertad y de dignidad humana, Para exponer el papel

de la Unión Europea en la protección de los derechos fundamentales de las personas LGTBI se atiende a la construcción jurídica que sobre la orientación sexual y la identidad de género han desarrollado la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la obra legislativa de la UE. El Tratado de Lisboa otorga fuerza vinculante a la Carta de los Derechos Fundamentales que explícitamente establece la taxativa prohibición de discriminación por razón de sexo o de orientación sexual. Para conocer el alcance real y efectivo de esta prohibición se analiza sectorialmente el desarrollo normativo de la UE en el ámbito laboral, en el educativo y en el de la salud. Por último, se destaca el papel de la UE como actor global en la promoción internacional de los derechos humanos de las personas LGTBI en el escenario de las relaciones exteriores con terceros países.

- Los derechos de las personas LGTB en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
  LGBT rights in the case-law of the European Court of Human Rights (RI §413663)
  *Francisco Ruiz-Risueño Montoya*
  Este artículo tiene como objetivo exponer de manera sistemática la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con los derechos de las personas LGBT.

## Derecho extranjero

- Las personas LGTB desde la perspectiva constitucional - Francia. (RI §413664)
  *Hubert Alcaraz*
  El tema del tratamiento jurídico de las personas LGTB apareció claramente en la escena jurídica francesa con ocasión de la despenalización de la homosexualidad a principio de los ochenta. Desde entonces, el trato de la llamada “cuestión LGTB” ha ido desarrollándose y evolucionando, conformando un movimiento cada vez más protector del colectivo LGTB. A esta conclusión se llega observando tanto la protección de la identidad como los progresos que respecto de la igualdad se observan en el ordenamiento jurídico francés sin que, no obstante, supongan la desaparición de todas las injusticias respecto de las personas LGTB.

- El desarrollo de la protección jurídica de las personas homosexuales, bisexuales, transexuales e intersexuales (LGBT) en Alemania. (RI §413665)
  *Johannes von Stritzky*
  El autor realiza en su capítulo una revisión de los derechos del colectivo LGBT en Alemania, desde finales del siglo XIX hasta hoy en día. Destaca que, especialmente desde finales de los años noventa del pasado siglo, hubo progresos significativos en este ámbito. Pero la trayectoria que ha experimentado la legislación sobre el matrimonio homosexual en Alemania también muestra que lo logrado hasta la fecha continuamente ha tenido que enfrentarse al rechazo de partes de la sociedad. Como consecuencia de ello, la igualdad en derechos ha tenido que ser reclamada sentencia tras sentencia ante el Tribunal Constitucional Federal, lo que, por otro lado, muestra la capacidad del marco constitucional alemán para adaptarse a las transformaciones sociales. El texto concluye poniendo de relieve los retos pendientes, por ejemplo, respecto a los derechos de adopción de las parejas homosexuales, la situación legal de las personas transexuales y, sobre todo, de los intersexuales.

- La condición jurídica de las personas homosexuales en Italia: entre la anomia y una debida tutela constitucional.
  The juridical condition of homosexual people in italy: between anomy and the proper constitutional protection (RI §413666)
  *Anna Lorenzetti*
  Este artículo profundiza la condición jurídica de las personas homosexuales en Italia. Afronta el tema de la tutela constitucional y legislativa de la condición de homosexualidad siguiendo el análisis en el ámbito laboral, en la lucha contra la homofobia y en el reconocimiento de las parejas same-sex.
  Se analizan después las leyes regionales y la evoluciòn de la jurisprudencia, en particular por lo que concierne las parejas same-sex, el trabajo, los extranjeros, la homofobia y la homoparentalidad.

- Interpretación judicial de los derechos de las personas del colectivo LGBT en México.
  Leading cases of LGBTI rights in Mexican Federal Courts’ (RI §413667)
  *Mario Santiago Juárez*
  En el trabajo se realiza un análisis de las sentencias más importantes emitidas por órganos jurisdiccionales federales en México, relacionadas con los derechos de las personas que pertenecen al colectivo LGBTI. Así como de las

implicaciones y alcances que estas resoluciones tienen en México.

- De identidades y familias. Aportes al debate sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo en el Derecho argentino.
  About identities and families. Contributions to the debate on the marriage between persons of the same sex from argentine Law (RI §413668)
  *Marisa Herrera y Natalia de la Torre*
  La Argentina en los últimos años, conforme al paradigma del Estado Constitucional de Derecho y el consecuente respeto por los Derechos Humanos, ha dictado un conjunto de normas claves para la ampliación de derechos e inclusión social de las minorías sexuales que por mucho tiempo habían sido oprimidas, relegadas y silenciadas. Estas normas han tenido un fuerte impacto en todo el ordenamiento jurídico argentino, en especial, en varias instituciones clásicas o tradicionales del derecho de familia, coadyuvando a cristalizar una sociedad más justa y plural. En este trabajo se destaca el valor simbólico y jurídico que ha sido la ley 26.618 (2010) que extiende la figura del matrimonio a las parejas del mismo sexo, siendo la primera legislación de este tenor en la región. Esta clara conquista lograda por la comunidad LGBT no quedó allí, sino que fueron por más ampliación de derechos y de identidades, abriéndose paso la Ley 26.743 (2012) de Identidad de Género permitiendo a las personas travestis y transexuales definir su identidad conforme lo indique su plan de vida autorreferencial, sin obligación de que ello vaya acompañada de una intervención de reasignación del sexo. Por último, se analiza la ley 26.862 (2013) de acceso igualitario a la cobertura de las técnicas de reproducción humana asistida, normativa que coloca a las técnicas de reproducción asistida en una vía para la satisfacción del derecho a formar una familia sobre la base del principio de igualdad y no discriminación, y no así la necesidad de paliar una enfermedad como lo sería la infertilidad. ¿Qué significa en el derecho argentino hablar de homoparentalidad? Esto es lo que se indaga en el presente trabajo a la luz de las normativas mencionadas, como así también, del Proyecto de Reforma del Código Civil actualmente en tratamiento del Congreso de la Nación que introduce importantes modificaciones en el régimen filial. En definitiva, se pretende compartir los cambios sustanciales que observa el derecho argentino cuando de identidades y familias en plural se trata.

- Derechos sexuales: orientación sexual e identidad de género en Derecho brasileño
  Direitos sexuais: orientação sexual e identidade de gênero no Direito brasileiro.
  Sexual rights: sexual orientation and gender identity in brazilian Law (RI §413669)
  *Roger Raupp Ríos*
  Este trabajo traza un panorama del escenario jurídico brasileño actual frente a las demandas sobre orientación sexual e identidad de género. Fundamentado en la perspectiva de los derechos humanos y de los derechos fundamentales, tras una breve nota acerca del trato que se da a la homosexualidad en el derecho brasileño, presenta las principales tendencias y tensiones en el desarrollo de estos derechos. Destaca el contenido y la importancia de la decisión del Supremo Tribunal Federal, relativa a la unión de hecho de personas del mismo sexo. Al final, señala los desafíos contemporáneos, en especial la resistencia frente a la adopción de medidas penales de protección y en el intento de patologización de la homosexualidad y de la transexualidad, en un contexto donde la laicidad estatal se debilita.
  O trabalho traça um panorama do cenário jurídico brasileiro atual, diante das demandas envolvendo orientação sexual e identidade de gênero. Radicado na perspectiva dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, após uma breve notícia do tratamento da homossexualidade no direito brasileiro, apresenta as principais tendências e tensões no desenvolvimento destes direitos. Salienta o conteúdo e a importância da decisão do Supremo Tribunal Federal, relative à união estável de pessoas do mesmo sexo. Ao final, aponta os desafios contemporâneos, em especial a resistência na adoção de medidas penais de proteção e na tentativa de patologização da homossexualidade e da transexualidade, num contexto onde a laicidade estatal se fragiliza.

## Derecho español: perspectiva material

- Sentido y alcance del derecho a no sufrir discriminación por orientaciónn sexual. (RI §413670)
  *Fernando Rey Martínez*
  Este artículo trata del sentido y alcance del derecho fundamental a no sufrir discriminación por orientación sexual. En particular, examina las razones del tránsito de la consideración de la homosexualidad como anomalía psíquica y delito hasta convertirse en derecho fundamental, los bienes constitucionales con los que se halla íntimamente relacionada (libertad e igualdad) y su contenido.

- Transexualidad y derechos.
  Transexual persons and their rights (RI §413671)
  *Ascensión Elvira Perales*
  La interdicción de discriminación por razón de la identidad sexual encuentra su protección en el art. 14 CE y se

desarrolla en el resto del ordenamiento; sin embargo no es la igualdad el único derecho fundamental que puede verse afectado por la identidad sexual de las personas. El significativo desarrollo normativo efectuado para lograr una plena integración de las personas transexuales no ha de hacer olvidar que se requiere un esfuerzo en el cultivo de la igualdad por parte de los poderes públicos y de los particulares para lograr la auténtica igualdad de este colectivo.

- El matrimonio entre personas del mismo sexo en el sistema constitucional español.
  Same-sex marriage in the spanish constitucional system (RI §413672)
  *Miguel Ángel Presno Linera*
  Este trabajo analiza la regulación del matrimonio entre personas del mismo sexo en la Constitución española. El autor sostiene que la forma adecuada de definir el matrimonio es entenderlo como derecho de libertad y no como una garantía institucional; ese derecho de libertad garantiza el matrimonio con personas del mismo o diferente sexo.

- Orientación sexual y filiación. Especial referencia a la adopción.
  Sexual orientation and filiation. special reference to adoption (RI §413673)
  *Estela Gilbaja Cabrero*
  El objeto del presente trabajo consiste en explicar cómo regula el Derecho español las relaciones de filiación en el ámbito de las familias homoparentales y monoparentales donde el progenitor es homosexual o bisexual, y estudiar la eventual discriminación que puede tener lugar. En primer lugar, se hará una visión general de la adopción en el Derecho español, estudiando tanto la individual como la promovida por parejas. A continuación, nos centraremos en los casos en que quien desea adoptar es una persona soltera (homosexual o bisexual) o una pareja de personas del mismo sexo. Seguidamente, hablaremos de la filiación natural, centrándonos en las referidas personas, especialmente las parejas de mujeres. Por último, haremos referencia a algunas posibilidades no reguladas en nuestro ordenamiento, como son la “pluriparentalidad” y la gestación por sustitución.

- Homosexualidad y religiones: consideraciones divinas y humanas.
  Homosexuality and religions: divine and human considerations (RI §413674)
  *Carlos Pérez Vaquero*
  Aunque las Sagradas Escrituras de las tres principales religiones monoteístas (Judaísmo, Cristianismo e Islam) y de otras confesiones religiosas apenas se ocupan de las conductas homosexuales, históricamente, algunos pasajes de aquellos textos han sido objeto de una gran controversia cuando se interpretaron de forma literal para estigmatizar las relaciones consentidas entre personas del mismo sexo –considerándolas aberrantes, reprobables o, simplemente, contrarias a la naturaleza o al orden establecido por la doctrina de cada creencia– y justificar que esos comportamientos se merecían una condena, incluso la muerte. Este artículo analiza las Escrituras para comprobar que si el enfoque de la literalidad se cambia por una interpretación histórico-crítica, los mismos pasajes van a enfatizar el desarrollo de unos valores mucho más profundos basados en el amor, el respeto, la igualdad y la responsabilidad de un ser humano hacia otro; castigando en realidad los abusos, el vicio y la lujuria, no las relaciones homosexuales.

## Derecho español: perspectiva sectorial

- Orientación sexual, identidad de género y Derecho Penal. (RI §413675)
  *Patricia Tapia Ballesteros*
  En este trabajo se expone el marco de protección jurídico-penal vigente del colectivo LGBT. Para ello se parte de un breve recorrido histórico de la persecución penal sufrida por LGBT, deteniéndonos en la regulación actual, donde dicho colectivo ha pasado de ser perseguido por los Poderes Públicos a protegido por los mismos a través del Derecho Penal.
  En este contexto se analizan los conceptos de orientación sexual y de identidad de género -diferenciándole de la identidad sexual-, exponiendo a continuación el elenco de delitos anti-discriminatorios recogido en el Código Penal donde se tutela al colectivo objeto de nuestro estudio. Aquí se ponen de manifiesto los problemas de aplicabilidad de algunos de estos delitos derivados, principalmente, de la confusión terminológica del legislador en torno al sexo y al género.
  Finalmente, se dedica un apartado a la violencia de género, como delito anti-discriminatorio, y a la polémica suscitada en torno a la violencia producida entre parejas del mismo sexo.

- Derecho laboral y LGTB.
  Labour law and LGTB (RI §413676)
  *Borja Suárez Corujo*
  El objetivo de este trabajo es analizar los aspectos relacionados con la orientación y la identidad sexuales en el ámbito

de las relaciones laborales y de protección social. Partiendo del nivel supranacional, se examinan los diversos mecanismos de protección y tutela de los que disponen los trabajadores y beneficiarios de prestaciones de Seguridad Social para hacer frente a posibles acciones y tratamientos discriminatorios basados en las circunstancias mencionadas.

- Orientación sexual e identidad de género y relaciones jurídico privadas. (RI §413677)
  *Pilar Benavente Moreda*
  La referencia en el presente trabajo a «la orientación sexual e identidad de género" nos sitúa ante uno de los aspectos de la identidad de la persona dignos de la protección que confieren los artículos 10 de la Constitución Española (libre desarrollo de la personalidad) y 8 de la Convención de Derechos y Libertades Fundamentales (respeto a la vida privada y familiar). La coexistencia diaria y permanente con supuestos de discriminación homófoba en el ámbito más íntimo y personal del individuo (educación, sanidad, familia), ponen de manifiesto que es necesario seguir avanzando hacia el pleno reconocimiento de derechos. Partiendo de tales premisas se analiza aquí el estado actual de protección y derechos de las personas LGTB dentro del ordenamiento jurídico español y en concreto en el ámbito de las relaciones jurídico privadas propias del Derecho de Familia. El derecho a fundar una familia, a contraer matrimonio, a adoptar o tener hijos recurriendo a las técnicas de reproducción asistida forman parte, entre otros, de ese reconocimiento.

- Administraciones públicas españolas y derechos del colectivo LBTBI.
  LGBTI rights and spanish public administrations (RI §413678)
  *María Díaz Crego*
  El trabajo presentado analiza la jurisprudencia de nuestros tribunales de lo contencioso-administrativo con el objetivo de identificar los principales problemas a los que ha tenido que hacer frente el colectivo LGTBI en sus relaciones con las Administraciones Públicas españolas. La metodología utilizada no permitirá identificar todos y cada uno de los retos que ha tenido que afrontar este colectivo, en la medida en que es probable que muchas decisiones y conductas discriminatorias no hayan llegado nunca ante la jurisdicción especializada. No obstante, entendemos que el trabajo realizado puede ser útil para realizar una valoración inicial del tratamiento recibido por este colectivo de las Administraciones Públicas españolas, así como del tratamiento judicial de las principales discriminaciones de que han sido objeto.

## Comentarios a la STC 198/2012

- De cómo por un mal camino se puede llegar a un buen sitio. (RI §413679)
  *Antonio Arroyo Gil*
  Crítica de la principal línea argumental (la llamada interpretación evolutiva de la Constitución), que no de la conclusión, seguida en la STC 198/2012, que declara constitucional la Ley 13/2005, en tanto que supone un cuestionamiento del valor normativo de la propia Constitución. Propuesta de interpretación alternativa de la garantía institucional del matrimonio prevista en el art. 32 CE, y, en concreto, del entendimiento que se ha de dar a su imagen maestra. Referencia a argumentos adicionales que coadyuven a reforzar al principal.

- El matrimonio igualitario como como exigencia del libre desarrollo de la afectividad y sexualidad. (RI §413680)
  *Octavio Salazar Benítez*
  El Tribunal Constitucional ha basado su defensa del matrimonio igualitario en una interpretación evolutiva de la institución. Sin embargo, no ha desarrollado su vinculación con el derecho al libre desarrollo de la afectividad y la sexualidad. Un derecho que debería ser la base de un Derecho de Familia construido sobre la elección del individuo y la diversidad. Un reto cuya consecuencia será la erosión de un modelo diseñado de acuerdo con los intereses y patrones de la mayoría heterosexual.

- El derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo.
  Right to same-sex marriage. Some reflections on the Constitucional Court Judgment 198/2012 (RI §413681)
  *Enriqueta Expósito*
  La sentencia del Tribunal Constitucional 198/2012 constituye el último eslabón en el debate jurídico abierto con la promulgación de la ley 13/2005, por la cual se posibilita en nuestro ordenamiento que dos personas de un mismo sexo puedan contraer matrimonio, equiparándolos, a todos los efectos legales, a los matrimonios heterosexuales. La

declaración de constitucionalidad de esta norma, viene a despojar al matrimonio –contemplado en el artículo 32 de la CE- de uno de sus elementos que durante siglos lo ha caracterizado: su naturaleza heterosexual, de acuerdo con la imagen que, en la actualidad, tiene de esta institución la mayoría de la sociedad. Y, sobre todo, supone una equiparación en el ejercicio de un derecho constitucional a un colectivo que por razón de su orientación sexual había sido excluido de esta institución y 'condenado' a constituir otras formas de convivencia diferentes del matrimonio.

- El vago "sí" del Tribunal Constitucional.
  The bum "yes" the Constitutional Court (RI §413682)
  *María Martín Sánchez*
  El Tribunal Constitucional ha declarado la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo en su esperada Sentencia 198/2012, de 6 de noviembre. Este pronunciamiento supone el reconocimiento del derecho de toda persona a contraer matrimonio con otra, con independencia de su orientación sexual. Para ello el Tribunal ha hecho una extensa argumentación en torno al matrimonio y a su doble carácter, institución jurídica y derecho, en la que atendiendo a una "interpretación evolutiva", declara que su reconocimiento a homosexuales no desnaturaliza ni pone en riesgo el matrimonio. Sin embargo, el Tribunal evita entrar en otros derechos involucrados, como la igualdad o el libre desarrollo de la personalidad, ni resuelve si la opción adoptada por el legislador es la más conveniente y respetuosa con el texto constitucional.

- Matrimonio homosexual y categorías jurídicas.
  Homosexual marriage and legal categories (RI §413683)
  *Rafael Naranjo de la Cruz*
  Este trabajo critica alguno de los argumentos utilizados por el Tribunal Constitucional para sostener la constitucionalidad de la Ley 13/2005, de modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. La inclusión del matrimonio entre hombres y mujeres en el núcleo esencial de la garantía institucional del matrimonio no impide el reconocimiento del matrimonio homosexual por el legislador, en la medida en que este no afecta al mantenimiento del matrimonio tradicional. Del mismo modo, el matrimonio homosexual no limita el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio con plena igualdad, con lo que no tiene sentido, por tanto, examinar si el matrimonio de personas del mismo sexo infringe el contenido esencial de este derecho.

## Anexos

## ESTUDIOS DE DERECHO EXTRANJERO E INTERNACIONAL

- Del activismo judicial para dificultar la libertad de los condenados (doctrina Parot) a la inacción en la protección de otros derechos humanos: balance de algunas decisiones recientes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que afectan al Reino de España. (RI §413686)
  *Francisco Javier Matia Portilla*
  Al amparo del examen de las resoluciones más recientes del Tribunal Europeo de Derechos Humamos se realiza un recordatorio esencial para la teoría general de los derechos humanos. Estos no son nada si no pueden ser invocados en sede judicial y si los tribunales no se toman en serio su protección y eventual reparación ante las lesiones producidas. Tan peligroso es que los jueces no adopten las medidas necesarias para alcanzar tales fines, como que se produzca un activismo judicial con el que se pretenda perjudicar la posición de las personas privadas de libertad. La jurisprudencia reciente del Tribunal de Estrasburgo puede servir para evidenciar estas carencias y excesos, y puede ser útil para conseguir avances efectivos en la protección de los derechos fundamentales y humanos.

- Las políticas de Hollande y el Consejo Constitucional como garante de los derechos y de la constitucionalidad.
  Hollande's Politics and Constitutional Council as guardian of civil rights and constitutionality (RI §413687)
  *Ascensión Elvira Perales*
  El Presidente Hollande ha iniciado políticas tendentes a propiciar una mayor igualdad real. El Consejo Constitucional continúa su labor en defensa de los derechos fundamentales, principalmente a través de las cuestiones prioritarias de constitucionalidad, pero también del control previo de las leyes parlamentarias.

- Los partidos políticos ante el Tribunal Constitucional Federal Alemán y otros casos de interés.

Some especially important cases before the German Federal Constitutional Court (RI §413688)
*Fernando Simón Yarza*

Este artículo analiza algunas de las decisiones más importantes dictadas por el Tribunal Constitucional Federal alemán el último año. Están relacionadas con temas diversos como la libertad de expresión y el derecho a la privacidad, los derechos de participación política y el proceso electoral, el principio de igualdad y el derecho a la libertad y seguridad. Muchos asuntos están estrechamente ligados al reciente proceso electoral en Alemania, y han suscitado cierta atención ante la opinión pública -p. ej., la demanda interpuesta por el NPD contra el Presidente de la República, Joachim Gauck, que fue finalmente desestimada por el Tribunal. Otras decisiones tienen una relevancia particular porque declaran inconstitucionales varias previsiones u omisiones de algunos textos legales (p. ej., la Ley de Base de Datos Antiterrorista, el Impuesto sobre la Renta y la Ley de Parejas Civiles, etc.). Es también destacable la Sentencia del Tribunal que traza los límites de las transacciones judiciales legítimas en materia penal.

## LIBROS RECIBIDOS

## INFORMACIÓN ACADÉMICA E INVESTIGADORA

© **PORTAL**DERECHO 2001-2024