

## Capítulo XX

# Homosexuales\*

### 1. FUENTES

#### 1.1. ANTECEDENTES

Es bien conocida, a lo largo de la historia occidental (por lo menos a partir del Código de Justiniano), la condición trágica e infamante de la homosexualidad. Antes de 1869 no existía la palabra «homosexualidad», momento en que apareció en un panfleto de Kart Maria Kertbeny dirigido al ministro alemán de justicia a modo de carta pública en el contexto de elaboración del nuevo Código Penal de la Federación del Norte de Alemania. La idea de que la atracción sexual de algunos individuos por personas de su mismo sexo sería un aspecto inherente de su personalidad era nueva porque hasta ese momento no existía una clasificación por los *actores* sexuales, sino por los *actos*. El nuevo concepto de la *Homosexualität* sienta las bases para reprimir «científicamente» el fenómeno durante casi un siglo<sup>1</sup>. La condena del «crimen abominable que ni siquiera debe mencionarse entre cristianos»<sup>2</sup>, aparejada a graves castigos corporales e incluso a la pena de muerte, ha sido una constante histórica.

DANTE ALIGHIERI, situaba a los homosexuales en uno de los lugares más profundos del Infierno, el círculo VII, el mismo de los tiranos, los suicidas, los impíos y los usureros. DANTE lo hace con más pena que desprecio pues encuentra entre los sodomitas a miembros de estamentos sociales altos («sabe, en suma, que fueron clerecía y escritores de fama celebrada a los que igual pecado envilecía», Libro I, Canto XV, 105 y ss.), e incluso a uno de sus

---

\* Por Fernando REY MARTÍNEZ.

1. MONDIMORE, 1998, p. 21.

2. *Herring v. State* (1904), del Tribunal Supremo Federal norteamericano.

## *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*

---

propios maestros, Brunetto Latino<sup>3</sup>. Por cierto que el Juez Scalia del Tribunal Supremo norteamericano, en su voto discrepante a la Sentencia *Romer v. Evans*, de 20 de mayo de 1996, también se va a referir al desproporcionado poder político e influencia de la minoría homosexual, aunque mordazmente, para intentar justificar la licitud de una enmienda constitucional del Estado de Colorado destinada a prohibir la concesión de tratamientos jurídicos específicos y favorables para los homosexuales («la enmienda entre nosotros... es un modesto intento de... preservar costumbres sexuales tradicionales contra los esfuerzos de una minoría políticamente poderosa para revisar aquellas costumbres a través del derecho»).

Terrible pedigrí histórico el de la homosexualidad: primero *pecado*, más tarde *enfermedad y anomalía psiquiátrica*, y casi siempre *delito*<sup>4</sup>. Como «pecado», ha observado TOMÁS Y VALIENTE<sup>5</sup> que la sodomía (homosexual, pero también la heterosexual) fue, sobre todo en los siglos XVI y XVII el pecado-delito, dentro de los relativos a la moral sexual, «que más horrorizaba y escandalizaba». Era «el crimen contra el orden natural», «el pecado nefando contra natura», pues se trata de un tipo de sexualidad estrictamente hedónico, sin capacidad procreativa. Es «cosa que pesa mucho a Dios con él», como decían las Partidas. La pena aparejada, según la Pragmática de los Reyes Católicos de 22 de agosto de 1497, era la hoguera (TOMÁS Y VALIENTE relata varios casos que demuestran la efectiva aplicación de estas leyes). Legalmente esta interpretación duró hasta el siglo XIX.

La homosexualidad también ha sufrido una larga consideración de «enfermedad», siendo eliminada del influyente Manual de estadística y diagnóstico de los trastornos mentales de la Asociación Americana de Psiquiatría (DSM) en su tercera edición, de 1976 y por la Organización Mundial de la Salud de la lista de enfermedades aún más tarde, el 1 de enero de 1993. Esta visión de la homosexualidad como enfermedad (como «inversión sexual») fue típica durante el siglo pasado, el siglo de la apoteosis del «mundo desencantado» en el sentido weberiano, que no entiende el lenguaje moral como lenguaje científico y transforma, con la misma intención estigmatizadora pero con una formulación mucho más aceptable para la sensibilidad positivista de la época, el lugar moral en concepto médico y antropológico. La psiquiatría sustituyó a la Iglesia como árbitro supremo de la normalidad se-

---

3. Es observable algún matiz misógino en la lectura de DANTE ya que achaca el origen de la homosexualidad de uno de ellos, Iácoppo Rusticucci, al carácter arisco de su mujer: «Mi mujer desabrida me ha hecho más daño que cualquier otra cosa» (Libro I, Canto XVI, 44).

4. PÉREZ CÁNOVAS, 1996, pp. 13 y ss.

5. TOMÁS Y VALIENTE, 1992, p. 226.

xual. Últimamente, un sector significativo de la opinión pública identificó, al menos durante la primera fase de expansión de la pandemia, el SIDA como una especie de «castigo biológico» de la homosexualidad masculina, lo que contribuyó a reforzar aún más los estereotipos contra ella.

La homosexualidad se catalogó, pues, como «enfermedad mental». El libro clásico de referencia es de KRAFFT-EBING, *Psychoptia Sexualis* (1886). Tras un análisis de casos (entre ellos el de Jack «el Destripador»), este autor concluye que los homosexuales serían «asténicos, superficiales, supersexuados, incapaces de mantener relaciones maduras y proclives a la enfermedad mental<sup>6</sup>». FREUD mantuvo diversas opiniones sobre la homosexualidad a lo largo de su vida, pero también la veía como un desarrollo «anormal» de la sexualidad humana; no una «neurosis» (cuya causa es la represión excesiva de la libido durante la infancia), sino una «perversión», esto es, «un control incorrecto de la libido<sup>7</sup>».

Y, finalmente, para reprimir la homosexualidad, se utilizó el arma más poderosa disponible en el arsenal de medidas sociales, la penal. En España, hubo que esperar hasta el Código penal de 1822 para que desapareciera la homosexualidad como tipo penal, aunque siguió castigándose en la legislación militar y, con carácter general, a través de los delitos de escándalo público y de faltas contra la moral y las buenas costumbres. Ni en los períodos dictatoriales se volvió a introducir como tipo autónomo, aunque en la de Primo de Rivera (Código Penal de 1928) se configuró como agravante de los delitos de abusos deshonestos y de escándalo público y en la de Franco se castigó en la Ley de Vagos y Maleantes (reforma de 1954). Sólo muy recientemente y sólo en algunos ordenamientos la homosexualidad está perdiendo su clásica condición de epígrafe de manual de Derecho Penal. El punto de partida del movimiento contemporáneo a favor de los derechos de los homosexuales se suele situar en el conflicto sostenido contra la policía anti-vicio en el bar de ambiente *gay* Stone Wall Inn, del Greenwich Village de Nueva York el 27 de junio de 1969. Como con otros asuntos que, apenas observados por las grandes ideologías del XIX, han llegado sin embargo a ser centrales en nuestras sociedades de fin de siglo (medio ambiente, derechos de las mujeres, de los enfermos psiquiátricos, de los consumidores, etc.), emerge a la conciencia colectiva con la contracultura (genéricamente llamada de «mayo del 68») la «cuestión homosexual». Pero incluso en estos países, entre los que podemos incluir al nuestro, el prejuicio que está en el origen de la discriminación contra el homosexual es de primer grado, únicamente comparable al racial.

6. MONDIMORE, 1998, p. 58.

7. RUSE, 1989, p. 38.

## *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*

---

### 1.2. TEXTO CONSTITUCIONAL

El art. 14 de la Constitución proclama la igualdad entre «los españoles» y prohíbe su discriminación por ciertos rasgos *sospechosos* como la raza o el sexo. La «orientación sexual» no se recoge expresamente entre ellos, pero la lista es abierta y el Tribunal de Estrasburgo primero y el Tribunal Constitucional español después han considerado que se aloja allí de modo implícito. Por supuesto, otros principios y derechos constitucionales guardan también relación con la protección jurídica de la homosexualidad: los principios de dignidad y libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), el derecho a no sufrir tratos degradantes (art. 15 CE), el de libertad ideológica (art. 16.1 CE), el de intimidad personal (art. 18.1 CE) o la libertad de expresión (art. 20.1 CE).

Hasta hace poco, y como en el resto del mundo, la homosexualidad ha resultado en España un asunto tabú, casi *invisible* para el Derecho, como demuestran su magro atractivo como objeto de estudio para la literatura, al menos para la constitucionalista, y la escasa litigiosidad que ha suscitado. Tan sólo dos Sentencias del Tribunal Constitucional aluden a ella. La primera, la STC 13/1982, de modo tangencial además. El Tribunal sostuvo que se había violado el derecho a la presunción de inocencia del actor pues el órgano judicial ordinario había otorgado, en un proceso de separación matrimonial, la guarda y custodia de sus dos hijos a la madre exclusivamente a causa de la sospecha de homosexualidad del padre. La segunda Sentencia es un caso más reciente y mucho más interesante de discriminación directa. La STC 41/2006, en efecto, otorga el amparo a un trabajador de Alitalia por haber sido discriminado por su homosexualidad al ser despedido de su empresa por este hecho. Más allá del supuesto clarísimo de este asunto, esto es, de que la empresa no logra desvirtuar los indicios aportados por el trabajador de que la verdadera razón para su despido pluricausal había sido su homosexualidad (despreciativamente comentada por su superior) y que, por tanto, se trata de una evidente (aunque oculta) discriminación directa, lo más interesante y permanente de esta Sentencia parece ser que, por primera vez y con cita abundante del Derecho europeo antes mencionado, el Tribunal sitúa «indubitadamente» el criterio de la «orientación sexual» entre los rasgos que contempla de modo implícito la lista abierta del artículo 14 CE. La razón es clara: la homosexualidad compartiría con los rasgos expresamente mencionados en el art. 14 (raza, sexo, etc.) «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 las personas que reconoce el art. 10.1 CE, por los profundos prejuicios arraigados normativa y socialmente contra esta minoría».

Por su parte, el ATC 446/1984 declaró constitucional el precepto penal militar que, por entonces, sancionaba al militar que cometiera «actos deshonrosos con individuos del mismo sexo», ya que no habría de ningún modo equiparación entre las relaciones homosexuales y las heterosexuales. El ATC 222/1994 alberga una doctrina más permanente: «los miembros de una pareja del mismo sexo biológico ni son una institución legalmente regulada, ni tienen un derecho constitucional a su establecimiento; todo lo contrario del matrimonio entre hombre y mujer que es un derecho constitucional (art. 32.1 CE) que genera *ope legis* una pluralidad de derechos y deberes».

La tutela de la homosexualidad, a pesar de no ser aludida explícitamente por nuestra Constitución, se ha convertido en un asunto constitucional *central*, y no sólo porque afecta, como cabe suponer, a un número de personas no fácilmente determinable, pero sin duda significativo, sino, sobre todo, por la concurrencia de dos argumentos cualitativos, uno relativo al valor de la libertad y otro al de la igualdad. En la pregunta sobre el marco constitucional de la homosexualidad está en juego, desde luego, la libertad, porque el corazón del asunto es la orientación sexual de las personas<sup>8</sup>, es decir, una de las claves de la existencia humana y, por tanto, de su libre desarrollo de la personalidad, central para la vida familiar, el bienestar colectivo y el desarrollo de la personalidad individual. Pero también la igualdad está implicada, porque nuestra Constitución, como dijera el Juez Harlan de la Constitución norteamericana en su *dissent* a la Sentencia *Plessy v. Ferguson* (1896), «ni conoce ni tolera clases entre los ciudadanos».

### 1.3. NORMATIVA INTERNACIONAL

En España conviven simultáneamente cuatro sistemas de protección de derechos fundamentales, el constitucional, internacional general, el del Consejo de Europa y el de la Unión Europea. Además de los ámbitos de eficacia propios como derecho interno aplicable, los tres últimos tienen el valor añadido, *ex* artículo 10.2 CE, de ser fuentes de interpretación del primero, del sistema constitucional. Por ello las conclusiones que arroje su análisis son particularmente valiosas a la hora de concretar el sentido y alcance del pro-

8. La discriminación por orientación sexual es una expresión más restrictiva en el lenguaje jurídico que en el natural porque no alude a toda preferencia sexual (heterosexual, bisexual y homosexual), sino sólo a estas dos últimas. Si se adoptara una perspectiva más amplia se podría subsumir bajo este epígrafe todo tipo de tendencia sexual de cualquier individuo, lo cual, naturalmente, no se acepta como conducta permitida en ningún ordenamiento jurídico del mundo. El objeto de este capítulo se ceñirá a la homosexualidad, pero no a la transexualidad, que es un fenómeno diferente y tiene, consecuentemente, un régimen jurídico parcialmente distinto.

## *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*

---

blema en examen. Y lo es más aún en la medida en que el texto constitucional español no aborda expresamente este «nuevo derecho» (o, quizás más precisamente, esta nueva dimensión de derechos ya existentes). La invocación de estas fuentes ocupa un lugar privilegiado, por ejemplo, en el Dictamen del Consejo de Estado, de 16 de diciembre de 2004, y en el Estudio del Consejo General del Poder Judicial, de 26 de enero de 2005, sobre la reforma del Código Civil en relación con el matrimonio entre personas del mismo sexo. Analizaremos en primer lugar el Derecho del CEDH y después el estado de la cuestión en el Derecho de la Unión Europea.

### **1.3.1. La homosexualidad ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos**

De entre todos los aspectos relativos, desde el punto de vista jurídico, a la homosexualidad, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha tenido ocasión de referirse a tres: a) el de la compatibilidad o no de su criminalización con el derecho al respeto de la vida privada del artículo 8.1 CEDH<sup>9</sup>; b) la valoración de la prohibición de acceso de personas homosexuales al Ejército; y c) en el marco del Derecho de familia, la privación de un derecho de custodia filial o la relación de la prohibición de la discriminación por razón de orientación sexual con el derecho de subrogación arrendaticia del supérstite de una pareja homosexual y con la posibilidad de adoptar por parte de una persona homosexual.

#### *A. Homosexualidad y vida privada*

Desde la Sentencia *Dudgeon* contra Reino Unido, de 22 de octubre de 1981, el TEDH no ha desfallecido en sostener que la tipificación penal de la homosexualidad masculina voluntaria y en privado, siempre que no se refiera a prácticas sado-masoquistas, vulnera el derecho a la vida privada enunciado en el Convenio. La Sentencia *Laskey, Jaggard y Brown* contra Reino Unido, de febrero de 1997, se refiere a la criminalización de las prácticas sexuales sado-masoquistas por parte de homosexuales varones. En el curso de una investigación rutinaria, la policía británica descubre varias películas de vídeo referidas a encuentros sado-masoquistas que implicaban a los tres demandantes (y a otros cuarenta y cuatro varones homosexuales), en base a las cuales fueron procesados y condenados por un delito de *assault*. Los actos, que tuvieron lugar durante diez años, eran voluntarios, se celebraban en privado en habitaciones especialmente equipadas («cámaras de tortura») y sin otro propósito aparente que la gratificación sexual; consistían en maltrato de los genitales, golpes ejecutados de forma ritual con instrumentos específicos, etc. Las

---

9. « Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia ».

---

Capítulo XX. Homosexuales

relaciones se grababan en vídeo y las copias se distribuían exclusivamente entre los miembros del grupo. Los demandantes alegaban que los participantes eran adultos que practicaban ese tipo de sexo voluntariamente y en privado; que la admisión era muy restrictiva; que nunca se produjo ningún daño físico, infección o necesidad de tratamiento médico; y que pensar que tal actividad indujera a corrupción moral era especular, debiendo más bien ver en ella un asunto de expresión sexual más que de violencia. El TEDH falló, sin embargo, que las autoridades británicas están legitimadas para considerar que la persecución y condena de los recurrentes eran necesarias en una sociedad democrática para la protección de la «salud» (que es uno de los límites previstos en el art. 8.2 CEDH para el derecho al respeto de la vida privada del art. 8.1 CEDH). Y, por tanto, que no se violó dicho derecho (art. 8.1 CEDH) de los demandantes. La Sentencia tuvo en cuenta que: 1) aunque el respeto a la vida privada incluye la vida sexual, en el caso era discutible que la actividad fuera «privada» porque intervenían muchas personas, existían varias cámaras especialmente equipadas y se editaban vídeos que se distribuían entre todos los miembros. 2) Uno de los roles que el Estado está legitimado para desempeñar es la regulación, a través del Derecho penal, de actividades que impliquen la causación de daño físico, tanto si ocurre en el curso de una conducta sexual como si no; la determinación del nivel de daño que debe ser tolerado por el Derecho en situaciones donde la víctima consiente es, en primera instancia, un asunto del Estado. El TEDH advierte que las actividades sado-masoquistas de los demandantes entrañaba un grado significativo y no fugaz de daño corporal (aunque no hubiera sido efectivo, bastaba con que fuera daño «impredecible»). Y esto es lo que distingue este caso de los otros en los que el TEDH examina la compatibilidad de la homosexualidad masculina con el derecho al respeto a la vida privada (art. 8.1 CEDH). Es decir, el fallo del Tribunal no se basa en la orientación homosexual de los participantes, sino en la naturaleza extrema de las prácticas sado-masoquistas. Dado su carácter «extremo», no sirve como antecedente la doctrina de la *Court of Appeal Criminal Division* en *R. contra Wilson* (1996). En este asunto, un hombre fue acusado de *assault* por haber grabado sus iniciales con un cuchillo al rojo vivo sobre las nalgas de su esposa, con el consentimiento de ésta; el Tribunal británico afirmó que «la actividad consensual entre hombre y mujer, en la privacidad de su hogar matrimonial, no es, a nuestro juicio, un asunto propio para la investigación penal». 3) Las sanciones penales impuestas a los demandantes tampoco fueron, en opinión del TEDH, desproporcionadas: aunque las prácticas tuvieron lugar durante más de diez años, sólo se tuvieron en cuenta algunas de ellas y en apelación la condena fue reducida.

## *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*

---

En la Sentencia *Dudgeon* el TEDH formula los criterios exegéticos de aplicación general en este tema:

1. La legislación establecía un límite permanente y directo en el derecho del demandante, el Sr. *Dudgeon*, al respeto de su vida privada (que incluye el respeto a su vida sexual): pues o bien respetaba la ley y se abstenía de realizar actos homosexuales con otro adulto, de modo voluntario y en privado, hacia los que estaba inclinado, o bien realizaba dichos actos y entonces se convertía en un sujeto susceptible de sufrir una persecución penal. En el caso *Dudgeon* y en el caso *Norris*, las legislaciones de Irlanda del Norte y de Irlanda analizadas eran idénticas (sendas leyes, con origen británico, de 1861 y 1885): incriminaban la sodomía (definida como «intercambio sexual por el recto de un hombre con un hombre o con una mujer o con un animal») y los actos de «burda indecencia» con otro hombre, sin distinguir ni la voluntariedad de la acción ni la edad de los sujetos en ningún caso. En el asunto *Modinos*, la legislación en examen fue el Código penal de Chipre, que también tipificaba la conducta homosexual masculina, aunque fuera voluntaria, entre adultos y reservada.
2. El *punctum dolens* reside, por tanto, en la determinación de si la legislación impugnada es, y en qué medida, «necesaria en una sociedad democrática» para preservar los bienes previstos en el artículo 8.2 CEDH, admitido que el derecho al respeto a la vida privada no incluye la garantía de todo tipo de práctica homosexual. En efecto, el TEDH constata que no puede negarse que algún tipo de regulación jurídico-penal de la homosexualidad pueda justificarse como «necesaria en una sociedad democrática» a fin de preservar el «orden público y la decencia» o de proteger frente a «la explotación o corrupción de los demás», como, por ejemplo, la conducta homosexual que se pueda practicar en público; o la que pueda realizarse en privado con personas «particularmente vulnerables» debido a «su juventud, debilidad física o espiritual, inexperiencia o estado de dependencia física, oficial o económica». En este sentido, el TEDH concluye que las razones aportadas por el Gobierno, aunque importantes, no son suficientes: a) En primer término, el TEDH se enfrenta a la justificación ofrecida por el Gobierno de Irlanda del Norte según la cual la opinión pública de su país era especialmente conservadora respecto de la homosexualidad. Reconoce el Tribunal que «el clima moral y social» en lo que afecta a los temas sexuales de una importante mayoría de la sociedad de Irlanda del Norte es uno de los parámetros que las autoridades nacionales pueden tener en cuenta, pero también ob-



serva que, con carácter general, la tendencia en los Estados miembros del Consejo de Europa es a la despenalización de la homosexualidad y que, en la propia Irlanda del Norte, no se venían aplicando en los últimos años los tipos penales sobre actos homosexuales voluntarios entre mayores de veintiún años. No habiéndose demostrado tampoco que ello resultara ofensivo para los estándares morales en Irlanda del Norte o que hubiera algún tipo de demanda pública para una aplicación más estricta del Derecho penal en este punto. De modo que, concluye el Tribunal, no puede sostenerse que haya una «necesidad social importante» que justifique tipificar penalmente dichos actos.

b) Respecto de la proporcionalidad, el TEDH considera que aunque una parte de la sociedad pueda entender la homosexualidad como una conducta inmoral, ofensiva o perturbadora, mantener en vigor la legislación impugnada resulta más lesivo para las personas con dicha orientación. «Despenalizar» no significa «aprobar».

Los Votos particulares que acompañan a la Sentencia *Dudgeon* son de un extraordinario interés. Se aportan argumentos discrepantes formales y de fondo. Entre los primeros, destacamos dos: 1) que Mr. *Dudgeon* no había sido «víctima» de ninguna violación de derechos fundamentales, pues la acción policial que está en el origen del caso tenía como finalidad buscar estupefacientes, no reprimir la homosexualidad, y el asunto fue archivado: el 21 de enero de 1976 la policía entra en el domicilio de Mr. *Jeffrey Dudgeon* en relación con un asunto de tráfico de drogas; durante el registro domiciliario, se encuentra una cierta cantidad de *cannabis* y también documentos personales en los que se describían actividades homosexuales; por ello, se solicitó a Mr. *Dudgeon* que acudiera a Comisaría, donde fue interrogado durante hora y media sobre su vida sexual; se consideró que podría existir un delito de «burda indecencia entre varones»; sin embargo, el Director del Departamento de Acción Pública decidió que no había interés público en la persecución de dicho delito; se le puso en libertad y sus documentos le fueron devueltos; y 2) que el TEDH tendría que haber entrado a examinar la posible vulneración del derecho a no ser discriminado por razón de sexo (art. 14 CEDH) que había alegado el demandante. Concretamente, Mr. *Dudgeon* señalaba como términos de comparación discriminatorios a las lesbianas (cuya actividad sexual no se penalizaba) y a los homosexuales varones de otras partes del Reino Unido (donde se había ido progresivamente despenalizando la homosexualidad). Sin embargo, el TEDH, tras estimar la violación del derecho a la vida privada, decidió no entrar a examinar la posible vulneración de este otro derecho, por no considerarlo necesario. Los jueces García de Enterría y Evrigenis sostienen, por el contrario, en su voto discrepante

## *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*

---

que «parece una clara discriminación de trato la diferencia que existe entre homosexuales varones y mujeres y entre los varones homosexuales y heterosexuales» (por cierto que en el sentido contrario se pronuncia el Juez Walsh). Por lo que dice a las discrepancias de fondo, tenemos que referirnos a los razonamientos de los Jueces Zekia, Matscher y Walsh. A juicio de Zekia, no ha existido violación del derecho a la vida privada del Sr. Dudgeon por las siguientes razones: 1<sup>a</sup>) Tanto la religión cristiana como la musulmana condenan las relaciones homosexuales; en gran medida, las concepciones morales se fundamentan en creencias religiosas. 2<sup>a</sup>) Todos los países civilizados penalizaban hasta hace poco la sodomía; en particular, en Irlanda del Norte o en Chipre (país del Juez Zekia) ello se justifica en orden a garantizar el orden público y la moral de la mayoría. 3<sup>a</sup>) La gran mayoría de la población contraria a la homosexualidad también debe ser respetada en sus creencias religiosas y morales (arts. 8, 9 y 10 CEDH) y en el derecho a educar a sus hijos en las propias convicciones. El Juez Zekia recuerda la interpretación del TEDH sobre «la protección de la moral» como límite de cualquier derecho en el ámbito interno de los Estados: el concepto de moral cambia con el tiempo y el espacio, no existe un concepto europeo uniforme de moral y por tanto, las autoridades nacionales están mejor situadas que el Juez internacional para opinar sobre los criterios éticos predominantes en su país; por ello mismo, las autoridades nacionales están también mejor situadas para valorar el ámbito en el que la legislación nacional debe restringir los derechos del Convenio de Roma a efectos de proteger la moral. Las sociedades democráticas se rigen por el principio de la mayoría; por eso, el Gobierno estaba legitimado para mantener en vigor tales normas penales. 4<sup>a</sup>) La escasa aplicación práctica de las normas cuestionadas puede indicar no la indiferencia e incluso la tolerancia de la población hacia las conductas homosexuales (como afirmaba la Sentencia), sino justo lo contrario: la escasa frecuencia de los delitos homosexuales perpetrados y también la absoluta falta de necesidad de derogar dichos delitos.

La opinión del Juez Matscher descansa sobre la idea de que el derecho al respeto a la vida privada no exige en modo alguno que una sociedad estatal considere la homosexualidad como una variante equivalente a la heterosexualidad y que, por tanto, su legislación trate de modo idéntico a una y a otra. Mr. Dudgeon no pedía «organizar a su gusto su vida privada» (pues la legislación antisodomía no se aplicaba), sino la derogación de la legislación, es decir, «una declaración que asegure la homosexualidad como una variante equivalente a la heterosexualidad»: pero esto no es ciertamente lo que exige el artículo 8 CEDH.

Por su parte, el Juez Walsh, además de coincidir con el Juez Zekia en

---

Capítulo XX. Homosexuales

que el Estado tiene derecho a aprobar aquellas leyes que considere válidas para prevenir la corrupción y la preservación de la moral, destaca que no toda actividad que se realice en privado está protegida por el derecho al respeto de la vida privada, al contrario de lo que parece suponer la mayoría en la Sentencia. Esta misma idea es formulada por el Juez Pettiti en su voto discrepante a *Laskey, Jaggard y Brown* contra Reino Unido: el derecho a la vida privada no es aplicable en el caso (criminalización de actividades sadomasoquistas homosexuales) porque el concepto de «vida privada» no puede abrirse indefinidamente. El hecho de que se realicen en privado no asegura una completa inmunidad e impunidad. No todo lo que se hace detrás de la puerta cerrada es aceptable. «La protección de la vida privada significa la protección de la dignidad e intimidad de una persona, no la protección de sus bajezas o de la inmoralidad criminal». Además de coincidir con el Juez Zekia en que el Estado tiene derecho a aprobar aquellas leyes que considere válidas para prevenir la corrupción y la preservación de la moral. «La justificación última del Derecho es la de servir a fines morales» y el legislador nacional está mejor situado que el TEDH para apreciar eso. Hay que tener en cuenta la naturaleza peligrosa u ofensiva de la actividad y también que pueda implicar, como es el caso de la homosexualidad, a más de una persona.

En los asuntos *Norris* contra Irlanda, de 30 de noviembre de 1987, y *Modinos* contra Chipre, de 22 de abril de 1993, el TEDH reitera la doctrina y el fallo *Dudgeon*. Del asunto *Norris* cabe retener una peculiaridad llamativa: la legislación vigente en Irlanda era la misma que había sido declarada contraria al derecho al respeto a la vida privada (art. 8.1 CEDH) en *Dudgeon*, pero Mr. Norris, el demandante, un profesor del *Trinity College* de Dublín y Senador de su país, participó en un programa de televisión en el que confesó su homosexualidad, negando que fuera una enfermedad; se presentó una querrela contra la emisión del programa por apología de las relaciones homosexuales. Esta querrela no prosperó; de hecho, gran parte de la Sentencia y, sobre todo, de los votos particulares, gira, como los votos discrepantes en *Dudgeon*, en torno al concepto de «víctima» en el sentido del artículo 25 CEDH porque el Mr. *Norris* ni siquiera sufrió una investigación policial, ni fue detenido, ni acusado, ni encarcelado, etc. Lo que cuestiona el demandante es la propia existencia de la legislación antisodomía que, aunque no era muy aplicada en la práctica, el TEDH entiende que constituye un límite permanente e intolerable del derecho al respeto de la vida privada de Mr. *Norris*. Aunque la Sentencia no reparara en ello, este hecho es indicativo de cómo la legislación penal antisodomía limita también al derecho fundamental a la libertad de expresión.

En el asunto *Modinos*, la legislación penal enjuiciada por el TEDH (y

## *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*

---

también estimada contraria al Convenio) había sido, no obstante, declarada previa y explícitamente por el Tribunal Supremo de Chipre conforme con el derecho al respeto a la vida privada del artículo 15 de la Constitución y del artículo 8.1 CEDH. Fundando la argumentación, precisamente, en el Voto discrepante del Juez del TEDH Zekia en el asunto *Dudgeon*. Por su parte, el Gobierno chipriota basó su defensa de la legislación en el pobre argumento de que estaba en desuso, es decir, en que no se aplicaba en la práctica.

En *ADT* contra Reino Unido, de 31 de octubre de 2000, el TEHD falló que se había violado el derecho al respeto de la vida privada (art. 8.1 CEDH) de un señor al que se había detenido en posesión de varias cintas de vídeo en las que aparecía con otros varones practicando sexo (la legislación británica criminalizaba las prácticas homosexuales en grupo). El Gobierno británico intentó que se aplicara el precedente de la Sentencia *Laskey, Jaggard y Brown*, pero no lo consiguió porque el Tribunal estimó que tales vídeos eran estrictamente privados y no estaban destinados a su difusión pública. El demandante no logró, sin embargo, que el Tribunal se pronunciara en contra de la legislación británica que sanciona penalmente la práctica homosexual de más de dos personas, aunque sean mayores de edad, lo hagan voluntariamente y en privado. No es casual que el Estado demandado por antonomasia en materia de discriminación por razón de orientación sexual haya sido Reino Unido, un país de tradición anglosajona, tradicionalmente más intolerante que otras, incluida la latina, hacia la homosexualidad. Recuérdense que en *Bowers v. Hardwick*, de 30 de junio de 1986, el Tribunal Supremo de Estados Unidos sostuvo la constitucionalidad de una ley de Georgia que penalizaba la sodomía sobre la base de que no existe un derecho constitucional a la homosexualidad.

Tampoco encontró el TEDH, en *LV* contra Austria, de 9 de enero de 2003, suficientes razones de peso para que la legislación penal austriaca tipificara los actos homosexuales voluntarios con adolescentes masculinos de entre 14 y 18 años y no hiciera lo propio con los actos heterosexuales ni homosexuales con mujeres de esas edades. Una regulación así viola la cláusula antidiscriminatoria del CEDH (art. 14) en relación con el derecho al respeto de la vida privada (art. 8).

Según doctrina constante del TEDH, por tanto, la incriminación de las relaciones homosexuales voluntarias en privado (a salvo de las prácticas que, como las sadomasoquistas, ocasionan daño corporal) constituye una vulneración del derecho al respeto de la vida privada del artículo 8.1 CEDH.

Una conclusión semejante alcanza, aplicando ese mismo derecho reco-

nocido por el artículo 17.1<sup>10</sup> PIDCP, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en su Comunicación de 25 de diciembre de 1991, *Toonen* contra Australia. Los hechos del asunto *Toonen* son similares a los de *Dudgeon*, *Norris* y *Modinos*. El Sr. Nicholas Toonen cuestionaba dos artículos del Código Penal del Estado australiano de Tasmania que tipificaban las relaciones homosexuales voluntarias entre hombres y en privado. Aunque en la práctica la policía no había detenido a nadie en relación con estos delitos durante años, Mr. Toonen observaba que, debido a su larga convivencia con otro hombre y su actividad política en favor de los derechos de los *gays*, su libertad y su vida privada estaban permanentemente amenazadas por el Código Penal. También argumentaba que la penalización le impedía expresar abiertamente su sexualidad y hacer públicos sus puntos de vista, así como que le perjudicaba laboralmente. El Comité examina la proporcionalidad de la prohibición penal de la homosexualidad en relación con los dos fines alegados por el Gobierno tasmano (curiosamente, el Gobierno de Australia aceptó en todo momento que esa prohibición penal era contraria al derecho al respeto de la vida privada del Sr. Toonen y de todos los homosexuales): la salud pública y la moral mayoritaria. Su conclusión es negativa: 1) La criminalización de la homosexualidad no puede considerarse un medio razonable o proporcionado para prevenir la difusión del SIDA, pues no ha sido demostrada relación alguna entre dicha criminalización y el control de la enfermedad e, incluso, podría deducirse que precisamente la penalización tiende a lo contrario, a impedir que los programas de salud pública lleguen a colectivos cada vez más marginados y ocultos para rehuir la sanción penal. 2) En relación con el argumento de la moralidad pública, el Comité no acepta que las cuestiones morales sean exclusivamente un asunto de índole doméstica; y observa que las leyes que penalizaban la homosexualidad han sido derogadas en Australia (salvo en Tasmania), que incluso en ese Estado es manifiesto que no existe consenso sobre si debían derogarse o no los preceptos penales en examen, y, finalmente, que esos preceptos no se están aplicando en la actualidad, por lo que «no están siendo juzgados como esenciales para la protección de la moral en Tasmania» (como se recordará, éste es uno de los argumentos principales del TEDH en *Dudgeon*).

### B. Acceso al ejército

En relación con la prohibición de acceso de las personas homosexuales al Ejército, las Sentencias *Lustig-Prean* y *Beckett* contra Reino Unido y *Smith* y *Grady* contra Reino Unido, ambas de 27 de diciembre de 1999, han conside-

10. «Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación».

## *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*

---

rado que la expulsión del ejército británico de los demandantes a causa de su homosexualidad es una violación del artículo 8 CEDH. El Gobierno británico no discutía que los homosexuales fueran menos capaces o valientes que los heterosexuales, o que los demandantes hubieran tenido algún problema de conducta antes de conocerse su condición. Pero alegaba que los intereses de la seguridad nacional estaban en juego, así como que admitir homosexuales en las fuerzas armadas tendría un significativo y negativo efecto sobre la moral de las fuerzas armadas. El Tribunal no acepta que fueran éstos los auténticos argumentos legítimos para limitar el derecho al respeto a la vida privada de los demandantes. La verdadera razón de su expulsión del ejército estaría, más bien, en una «actitud negativa» hacia su homosexualidad. En su Voto Discrepante, el Juez Loucaides argumenta que el problema de la diferente acomodación de los homosexuales sí es razonable para limitar el acceso a los homosexuales a las fuerzas armadas (acceso que, recuerda, no está garantizado como derecho fundamental por el Convenio). También estima que el alegado interés de la seguridad nacional amplía el margen de apreciación de las autoridades nacionales.

### *C. Derecho de familia*

En la arena del Derecho de familia se han dictado algunas Sentencias significativas en lo que a nosotros respecta. En *Salgueiro da Silva Mouta* versus Portugal, de 21 de marzo de 2000, un caso de discriminación directa flagrante, el Tribunal ha fallado que se ha violado el derecho al respeto a la vida privada del demandante (art. 8.1 CEDH) por parte de la autoridad judicial portuguesa que, en un caso de divorcio, otorgó la custodia de una hija a la madre y no al padre exclusivamente sobre la base de la homosexualidad de éste. Esta Sentencia es importante porque en ella el Tribunal por primera vez halla «la orientación sexual» entre los rasgos de discriminación prohibida que la lista abierta del artículo 14 CEDH contiene sin enumerarlos expresamente.

En *Kerner* contra Austria, de 24 de julio de 2003, el TEDH analiza si la normativa austriaca que no extendía el derecho de subrogación arrendaticia al miembro superviviente de una pareja homosexual era compatible con el derecho a no sufrir discriminación por razón de orientación sexual (art. 14 CEDH) en relación con el derecho al respeto de la vida privada (art. 8.1 CEDH). Cuando se da una diferencia de trato por razón de orientación sexual, el TEDH exige que las autoridades nacionales aporten una justificación especialmente intensa: «*particularly weighty or serious reasons*», «*particularly convincing and weighty reasons*». En otras palabras, el TEDH verifica el estándar más astringente de control, el principio de proporcionalidad (y no de simple

razonabilidad) o *strict scrutiny test*, que equivale a una suerte de *microscopio judicial*. El Tribunal acepta que la protección de la familia en el sentido tradicional es, en principio, una razón legítima de peso que podría justificar una diferencia de trato, pero en las circunstancias del caso el Gobierno austriaco no ha aportado argumentación alguna para mostrar que para conseguir esa finalidad haya que excluir a las personas que mantienen una relación homosexual estable del mismo derecho que tienen las parejas heterosexuales. Por ello encuentra violación del artículo 14 CEDH en relación con el artículo 8 CEDH.

En la Sentencia *Fretté* contra Francia, de 26 de febrero de 2002, sin embargo, el Tribunal, aun reiterando su doctrina sobre la orientación sexual como rasgo de discriminación prohibida por el artículo 14 CEDH y, en consecuencia, la exigencia de justificación estricta de todo trato distinto y perjudicial por este motivo, concluye que las decisiones estatales sobre adopción por parte de una persona homosexual gozan de un amplio margen de apreciación. Se trata de una Sentencia de eficacia interpretativa directa respecto del arduo problema de la posibilidad y límites jurídicos de la adopción por personas homosexuales. A una persona homosexual se la denegó de modo «decisivo» por este motivo una solicitud de adopción de un niño. El Tribunal comienza recordando que el Convenio de Roma no incluye el derecho a adoptar, y que el «derecho al respeto de la vida familiar (art. 8 CEDH) presupone la existencia de una familia y no protege el simple deseo de fundar una». Pero la decisión de las autoridades francesas se ha fundado en la orientación sexual del señor Fretté, por lo que es aplicable el artículo 14 CEDH en relación con el artículo 8 CEDH. El Gobierno francés alegó que, en materia de adopción, el principio fundamental es el interés superior del menor («los derechos del niño limitan el derecho a tener el niño») y que, aun en el caso de que el motivo para denegar la adopción hubiera sido la homosexualidad del solicitante<sup>11</sup>, subsisten dudas en la comunidad científica especializada y en las sociedades democráticas sobre «el impacto potencial» sobre «el desarrollo psicológico» del menor en el caso de las adopciones por homosexuales y, por ello, los Estados deben gozar de un amplio margen de apreciación. El Tribunal hace suyo este argumento: «es indisputable que no hay común acuerdo sobre esta cuestión» y, en consecuencia, es «natural», dejar un amplio margen de apreciación estatal porque las autoridades internas

11. El órgano administrativo francés había encubierto su decisión razonando, con las fórmulas «ausencia de un rol maternal estable» y «estilo de vida elegido», que el solicitante no garantizaba el cuidado del niño desde el punto de vista psicológico. El Tribunal estimó desde el primer momento, sin embargo, que la homosexualidad del solicitante, implícito en la fórmula «estilo de vida elegido», había sido el rasgo decisivo para la denegación.

## *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*

---

«están mejor situadas» que el Tribunal para «evaluar las necesidades locales y las condiciones». En su opinión discrepante, los jueces Bratza, Fuhrmann y Tulkens, consideran, no obstante, que aunque no haya un derecho a adoptar (y menos por un *single*), el derecho al respeto de la vida privada ampara esta posibilidad (porque la noción de «vida privada» es abierta y comprende el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos) y, sobre todo, que las autoridades francesas habrían incurrido en discriminación prohibida por el artículo 14 del CEDH en relación con el artículo 8.1 CEDH.

La doctrina *Fretté*, cuyo sentido dilatorio se enmarca (a mi juicio, correctamente) en el contexto de auto-contención propio del TEDH, no impide que un Estado pueda conceder el derecho de adopción a los homosexuales (de modo individual o conjunto), pero tampoco sostiene que su reconocimiento se trate de una obligación derivada del Convenio de Roma. En este amplio margen de configuración estatal, subsiste, creo, como idea a tener en cuenta, el argumento de la falta de consenso científico y político sobre la materia (y, de ahí, la prudencia ante un eventual reconocimiento del derecho) que no sólo vale para el Tribunal europeo sino, obviamente, también para las autoridades nacionales.

La doctrina *Fretté* ha sido, sin embargo, revocada por la Sentencia *EB* contra Francia, de 22 de enero de 2008. A una mujer francesa, que convivía establemente con otra mujer, se la denegó la solicitud de adopción (recordemos que Francia permite la adopción individual) porque su «estilo de vida» no satisfacía los requisitos necesarios para adoptar un niño. Ella alegó que había sido víctima de una discriminación por razón de su orientación sexual (art. 14 del Convenio, en relación con el derecho al respeto de su vida privada, art. 8, que incluye la decisión de solicitar o no una adopción). La Sentencia observa las similitudes de este caso con la decisión *Fretté*, pero también sus diferencias (la demandante vivía con otra mujer de modo estable). En cualquier caso, el Tribunal no apreciará ahora la doctrina del margen estatal de apreciación en torno a una cuestión científicamente controvertida (la adopción de menores por homosexuales), como sí lo hiciera en *Fretté*. La Sentencia valora, en primer lugar, las dos razones aportadas por las autoridades nacionales para denegar la solicitud de adopción. Encuentra a una de ellas, el escaso compromiso de la pareja de la demandante ante la solicitud de adopción por parte de ésta, razonable. En efecto, sostiene que la actitud de la pareja estable, aunque sea de hecho (como en el caso), de cualquier solicitante ante la adopción puede ser un elemento a tener en cuenta por las autoridades nacionales a la hora de valorar el superior interés del menor. Pero la segunda razón invocada para la denegación de la solici-



tud, la carencia de un referente maternal o paternal, sería inválida según el Convenio de Roma porque impediría la adopción por parte de *singles*, porque en el caso la solicitante convivía de modo estable con otra mujer y porque el Gobierno no ha aportado información estadística que probara de qué modo esa carencia es o no perjudicial. Pues bien, a juicio del Tribunal, esta invalidez «contaminaría» la corrección de la decisión. El Tribunal va más allá. Aunque no se había alegado la homosexualidad de la demandante como la causa para denegar su solicitud de adopción y aunque el argumento del escaso compromiso de su pareja podría ser válido (y hubiera podido justificar la tesis de que en el caso no se produjo una discriminación por orientación sexual, si no hubiera sido invalidada por la «contaminación» del argumento de la carencia de modelo paternal o maternal), el Tribunal, tras una lectura atenta del procedimiento administrativo seguido, constata que la homosexualidad sí había sido un factor determinante, aunque de modo implícito y no explícito, para rechazar la solicitud. Concretamente, el Tribunal se apoya en las afirmaciones de un psicólogo que participó en el procedimiento según las cuales la demandante «tenía una actitud inusual de rechazo hacia los hombres» y que un niño necesitaba un modelo de madre y otro de padre. En consecuencia, el Tribunal concluye que se discriminó por razón de orientación sexual a la demandante, lanzando el mensaje de que no se puede denegar la solicitud de adopción de una persona a cuenta de su homosexualidad, ya sea de modo explícito, ya de modo implícito (porque este caso sería, técnicamente, aunque el Tribunal no lo califica así en ningún momento, un supuesto de discriminación directa, pero «oculta»). Estrasburgo ha roto los diques jurídicos que, hasta el momento, impedían a los homosexuales (al menos de modo abierto) adoptar. En este sentido, la Sentencia EB contra Francia es una decisión que marca un cambio de criterio y que está llamada a convertirse en un *leading case* en la materia.

### 1.3.2. La homosexualidad en el ordenamiento jurídico comunitario

La tutela contra la discriminación homosexual está desde hace algunos años en la agenda de la Unión y llegó a reconocerse en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, aprobado el 29 de octubre de 2004. El artículo I.2 fundamentaba la Unión, entre otros, en el valor del respeto de los derechos de las personas pertenecientes a minorías y la no discriminación. El artículo I.3.3 identificó como objetivo de la Unión el combate contra la exclusión social y la discriminación y el artículo II.81 prohibió toda discriminación y en particular la ejercida por razón de «orientación sexual». El artículo II.67 reconoció el derecho al respeto de la vida privada y familiar de toda persona. El artículo III.118 estableció que «en la definición

## *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*

---

y ejecución de las políticas y acciones [...] la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de [...] orientación sexual». Se reconoce, por tanto, en el Derecho comunitario originario la prohibición de discriminación por razón de orientación sexual, en la línea apuntada ya por el artículo 13 TCE, introducido por el Tratado de Ámsterdam, de 2 de octubre de 1997, que concedía poderes específicos a la Comunidad para combatir la discriminación por este motivo, entre otros. Las instituciones de la Unión ya habían venido otorgando protección contra la discriminación por orientación sexual. Es destacable, en este sentido, el denominado «paquete de medidas contra la discriminación» aprobado por la Comisión el 25 de noviembre de 1999, con fundamento en el citado artículo 13, y que dio lugar a la emisión de varias normas<sup>12</sup>, entre ellas la del Consejo de 27 de noviembre de 2001, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que se refiere a las discriminaciones por razón de «religión o convicciones, discapacidad, la edad y la orientación sexual» (art. 1) en el ámbito laboral.

El Parlamento europeo ha sostenido una postura más incisiva aún a favor de la tutela de las personas homosexuales. La lista de «ámbitos de discriminación» es larga. No existía todavía en ningún Estado miembro una protección jurídica contra la discriminación en el lugar de trabajo por causa de la orientación sexual; en algunos Estados se deniegan prestaciones de seguros de enfermedad o la inclusión en el seguro a hombres homosexuales porque se teme la posibilidad de una infección por VIH; existen aún disposiciones penales discriminatorias en lo que se refiere a la conducta sexual y la edad mínima; son víctimas de humillación en los medios de comunicación; el trato policial vejatorio hacia los homosexuales no es infrecuente; en muchas cárceles reciben agresiones por parte de otros internos; se está produciendo un inquietante incremento de los ataques violentos contra homosexuales (sobre todo desde grupos de extrema derecha); no es raro que las autoridades públicas de los Estados miembros almacenen e intercambien información sobre orientación sexual de los ciudadanos, etc. El Informe de 26 de enero de 1994<sup>13</sup> muestra, aun reconociendo progresos, la preocupante situación de

12. La Directiva 43/2000, de 29 de junio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico (REX, 2003, pp. 91 y ss.), la reforma, el 23 de septiembre de 2002, de la importante Directiva 76/207 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 la Decisión 2000/750 del Consejo por la que se establece un programa de acción comunitario para luchar contra la discriminación (2001 a 2006).
13. Informe de la Comisión de Libertades Públicas y de Asuntos Interiores sobre la igualdad jurídica de los homosexuales en la CE (A3-0028/94).

los homosexuales en los Estados miembros de la Comunidad, asunto que retoma en otras resoluciones posteriores, como, por ejemplo, la dictada sobre el respeto de los derechos humanos en la Unión Europea del año 1998, o en la de 15 de enero de 2003, en la que recomienda a los Estados que reconozcan el matrimonio entre personas del mismo sexo. En la Resolución de 16 de marzo de 1998, párrafos 65 a 69, el Parlamento pide a todos los Estados miembros «que reconozcan la igualdad de derechos de los homosexuales, especialmente mediante el establecimiento, donde aún no sea el caso, de contratos de unión civil, con vistas a suprimir todas las formas de discriminación de las que aún son víctimas los homosexuales en particular, en materia de Derecho fiscal, regímenes patrimoniales, derechos sociales, etc., y que contribuyan, mediante la información y la educación, a luchar contra los prejuicios de que son objeto en la sociedad» (p. 67).

#### 1.4. MARCO LEGAL

##### 1.4.1. Derecho penal

Ante el Tribunal Supremo únicamente dos han sido, desde la transición, los escenarios típicos de conflicto: los derogados delitos de escándalo público (art. 431 Código Penal de 1973) y el delito contra el honor militar por realización de actos deshonestos con individuos del mismo sexo (art. 352 Código Justicia Militar, transformado desde 1985 en causa de responsabilidad disciplinaria).

El delito de escándalo público fue suprimido mediante la Ley Orgánica 5/1988, de 9 de junio; el Código Penal vigente tampoco lo contiene. Los tipos semejantes en la actualidad son los delitos de exhibicionismo y provocación sexual (arts. 185 y 186). Antes de la reforma se discutía si los actos de homosexualidad masculina eran lícitos o no, es decir, si podían subsumirse y bajo qué condiciones en el tipo del escándalo público, que prohibía las ofensas contra la moral sexual colectiva (art. 431 CP). La doctrina del Tribunal Supremo (cuyo resumen puede encontrarse, p. ej., en la Sentencia de 13 de mayo de 1985 [RJ 1985, 2476]) señalaba las siguientes pautas: si los que practicaban la homosexualidad eran adultos que consentían voluntariamente y procedían «con recato, sigilo y sin atisbo de exhibicionismo, difusión o divulgación», dichos actos «pertenecían a la intimidad de los sujetos, siendo producto de una libertad sexual que no se detiene ante lo desviado o anormal del comportamiento de que se trate» y, por tanto, serían atípicos e impunes. Si no concurría alguna de estas condiciones, habría un delito de escándalo público. El Tribunal se cuida de subrayar que esto no constituye una discriminación por razón de sexo, prohibida por el artículo 14 CE, pues

## *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*

---

«sería igualmente predicable respecto a relaciones heterosexuales practicadas en público, libremente y sin la discreción acostumbrada». Si la conducta homosexual involucraba a algún menor incurría automáticamente en escándalo público. La justificación que aportaba el Tribunal es un buen ejemplo del estereotipo del homosexual como corrupto (especialmente, el «vicioso», el que elige ser homosexual –a quien se distingue del que tiene la «tara» de ser «constitucionalmente» homosexual–) y, sobre todo, como corruptor: «La moral sexual colectiva se conduce y lesiona cuando un homosexual, sea constitucional o sea vicioso o depravado, llevado de sus apetencias sexuales desbocadas y de la desviación y extravío de su "libido" a quienes se hallan todavía en una fase de indiferenciación de su vida y de su apetito sexual [...] les arrastra a la práctica de actos de la referida índole y les determina e induce a tomar una senda equivocada, ejerciendo sobre ellos una funesta influencia proselitista y transmitiéndoles y propagándoles su propia tara o desviación, que les apartará en el futuro de una sana y normal sexualidad». En la Sentencia *LV* contra Austria, de 9 de enero de 2003, el TEDH desaprueba expresamente el prejuicio del homosexual como *reclutador* de adolescentes.

El delito contra el honor militar por realizar actos deshonestos con individuos del mismo sexo (art. 352 Código Justicia Militar) fue derogado por el vigente Código Penal Militar, de 9 de diciembre de 1985. En varias Sentencias de la Sala de lo Militar (entre otras, la de 11 de diciembre de 1985 [RJ 1985, 6618] y de 30 de abril de 1986 [RJ 1986, 8017]), el Supremo había sostenido, no obstante, que la existencia de este delito no era contraria «a la tendencia a la no discriminación de los homosexuales ni al art. 14 CE» por «la imprescindible organización jerarquizada del Ejército en la que el honor, la unidad y la disciplina desempeñan un papel crucial». La naturaleza peculiar de los fines y funciones de las Fuerzas Armadas justificaría la exigencia de deberes y conductas específicas a sus miembros distintas a las del resto de los ciudadanos. Además, el delito contra el honor militar no incriminaba la homosexualidad en sí misma (podríamos decir, la tendencia u orientación), sino la conducta, los actos. La Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1988 (RJ 1988, 10326) respondió afirmativamente a la cuestión de si la homosexualidad se hallaba entre «las conductas gravemente contrarias a la disciplina, servicio o dignidad militar que no constituyen delito» del artículo 59.3 de la Ley Orgánica del régimen disciplinario de las FF AA, de 27 de diciembre de 1985. «Aunque no toda manifestación de tendencias homosexuales en un militar profesional tenga que ser forzosamente incardinada en el ilícito administrativo que consideramos, es indudable que la reiterada realización de actos deshonestos por un militar profesional con individuos del

mismo sexo, tanto si el que los realiza es superior del sujeto pasivo como si los hechos se producen en recinto militar o con ocasión del servicio, atenta gravemente a la disciplina, a la dignidad militar o a ambos valores conjuntamente». La exigencia de un deber específico a los militares profesionales (abstenerse de realizar actos homosexuales en las circunstancias indicadas) se justificaría, además de que han accedido voluntariamente a esta profesión, en «las especiales relaciones de rígida jerarquía e íntima convivencia de los miembros del Ejército» y en «la irreprochable imagen que han de proyectar *ad extra* quienes tienen el monopolio de la fuerza al servicio de los fines del art. 8.1 CE».

#### 1.4.2. Derecho de familia

Un factor decisivo para explicar por qué la cuestión de la homosexualidad pasa de ser un asunto jurídico *invisible* a otro central en pocos años, además de la propia evolución del Derecho europeo, ha sido la creación en diversas Comunidades Autónomas y Ayuntamientos de Registros de uniones de hecho con independencia de su orientación sexual y, sobre todo, de las leyes autonómicas que empezaron a regular las uniones estables de pareja, incluida la homosexual desde la pionera Ley catalana 10/1998, de 15 de julio. De todas ellas la más proclive a la equiparación de derechos de los homosexuales es, sin duda, la Ley navarra, que es la única que permite la adopción conjunta<sup>14</sup> y que, en su Exposición de motivos, llega a sugerir que la Constitución obliga a un entendimiento amplio de la idea de familia de modo que no extender los derechos del matrimonio heterosexual a las uniones estables homosexuales podría considerarse una discriminación constitucionalmente vetada contra estas últimas. Una decisión que tuvo amplia repercusión mediática fue el Auto de Juzgado de Familia de Pamplona de 22 de enero de 2004, que, aplicando esta Ley Foral, acordó la adopción por una lesbiana de las hijas de su compañera sentimental. El Ministerio fiscal se oponía, entre otras razones, porque el artículo 154 CC (anterior a la reforma) reconocía únicamente la paternidad y la maternidad de las personas, pero no la posibilidad de dos maternidades. El Auto no acoge este argumento, sino que, sosteniendo que el criterio que debe presidir la solución del caso ha de ser el superior interés del menor, encuentra que dicho interés se ve satisfecho por la solicitante de la adopción en la medida en que era pareja de hecho de la madre biológica desde hacía siete años y juntas habían acudido a las técnicas de reproducción asistida para tener a las niñas, ha-

14. Art. 8: «Los miembros de la pareja estable podrán adoptar de forma conjunta con iguales derechos y deberes que las parejas unidas por matrimonio».

## *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*

---

biendo sido bien valorada la pareja por el Centro de Planificación Familiar al que acudieron a tal fin.

Tras algunas iniciativas de regulación estatal de diverso contenido y proponente que finalmente no prosperaron en legislaturas anteriores, la Ley 13/2005 de reforma del Código Civil en lo concerniente al derecho a contraer matrimonio, fue publicada en el Boletín Oficial del Estado el día 2 de julio de 2005, y entró en vigor el día siguiente, 3 de julio de 2005. El corazón de la reforma consiste en que se añade un segundo párrafo al vigente artículo 44 CC: «El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código. El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo». Las demás modificaciones van dirigidas a sustituir las expresiones «marido y mujer» por «cónyuges», y «padre y madre» por «progenitores». Esta reforma del Código Civil está impugnada por diversos motivos ante el Tribunal Constitucional y el asunto está pendiente de Sentencia.

## **2. FUNDAMENTO**

### **2.1. PERFILES ESPECÍFICOS DEL COLECTIVO**

En consecuencia, en el ámbito del Derecho europeo aplicable, tanto en el sistema del Consejo de Europa como en el de la Unión, la respuesta a la pregunta de si existe un derecho fundamental a la protección de la homosexualidad es concluyentemente afirmativa porque de modo explícito se consagra la prohibición de cualquier discriminación por razón de la orientación sexual. Esto lleva a entender que, entre las condiciones personales a las que alude el artículo 14 CE como criterio de prohibición de discriminación, no sólo puede razonablemente concluirse que se encuentra la homosexualidad, sino que, más aún, por la vía del artículo 10.2 CE, *debe* interpretarse de ese modo. No sólo, claro está, por el recurso al artículo 10.2 CE se alcanza tal conclusión. La tutela constitucional de la homosexualidad puede encontrarse en la penumbra de dos derechos, el de la libertad e intimidad (art. 18.1 CE) y el de la igualdad y prohibición constitucional de discriminación (art. 14 CE). Ambas fuentes reaccionan contra tipos distintos de agresión a la dignidad de las personas homosexuales y conducen, lógicamente, a resultados interpretativos parcialmente diferentes, pero complementarios. Por ello, me parecería estéril una eventual polémica sobre cuál de los dos derechos da cobertura a la homosexualidad en exclusiva: son los dos derechos a la vez los que lo hacen. La libertad/intimidad protege, en principio, los actos sexuales en privado y consentidos, porque la expresión de la propia sexualidad

---

Capítulo XX. Homosexuales

es «una de las partes más íntimas de la vida privada de una persona»<sup>15</sup>. Es un muro jurídico primario que se erige contra la prohibición (penal, administrativa, etc.) de la homosexualidad en sí misma. Esto es evidente, pero insuficiente para responder a la problemática jurídica que plantea la homosexualidad, la cual no siempre puede considerarse como una actividad «íntima» y cuyo reconocimiento jurídico, en cualquier caso, no puede condicionarse a su confinamiento en el estricto ámbito de lo privado. Esto sería una nueva forma, pero más sutil, del tradicional tratamiento jurídico de la homosexualidad entre nosotros: se toleraría mientras permaneciera invisible<sup>16</sup>. Por eso parece más útil el encaje sistemático de la protección constitucional de la homosexualidad dentro de la prohibición de discriminación por razón de orientación sexual del artículo 14 CE, sin perjuicio de considerar que, eventualmente, puedan verse afectados otros derechos fundamentales, como el de la intimidad, ya aludido, el de la libertad de expresión (art. 20.1 CE)<sup>17</sup>, de asociación (art. 22 CE), la libertad ideológica (art. 16 CE) o incluso el derecho a la integridad moral y a no sufrir tratos degradantes (art. 15 CE). La igualdad/prohibición de discriminación tiene un ámbito normativo más amplio porque protege la homosexualidad en los espacios privados (impidiendo que sea tratada por el derecho de un modo irrazonablemente distinto al de la heterosexualidad) pero también en los públicos, en ese mismo sentido. Los poderes públicos tendrán que aportar una razón especialmente convincente o persuasiva para tratar jurídicamente de modo distinto y peor a los homosexuales que a los heterosexuales. Huelga decir que desde el enfoque de la prohibición de discriminación la protección se hace más eficaz e incisiva, entre otras cosas porque los argumentos morales o históricos ya no serán suficientes por sí solos para impedir que las personas homosexuales accedan a ciertos derechos que tradicionalmente tenían vetados<sup>18</sup>, como, por ejemplo, el derecho a mantener una unión estable reconocida jurídicamente con una persona de su misma orientación sexual.

---

15. STEDH, *Smith y Grady* contra Reino Unido, de 27 de diciembre de 1999.

16. En el mismo sentido se pronuncia SUNSTEIN (1994, p. 3): «El problema fundamental para los homosexuales no está bien descrito como una simple ausencia de privacidad. Los homosexuales pueden disfrazar su orientación sexual... Pero la posibilidad del disfraz o el disimulo no es una solución a los problemas. Por esta razón, el énfasis sobre el derecho de privacidad parece desconocer la cuestión básica: la carencia de privacidad contra la intrusión privada o pública es ciertamente un problema, pero lo es sobre todo a causa de un problema más profundo de discriminación. Un recurso al derecho de privacidad es, por tanto, una dirección equivocada o, al menos, una fundamentación incompleta para el Derecho constitucional en este campo».

17. Recuérdesse la Sentencia *Norris* del TEDH, ya citada.

18. SUNSTEIN (1994, p. 3) observa cómo la cláusula de prohibición de discriminación, al ser una herramienta de «ataque a las tradiciones», es «más prometedora como fuente de nueva doctrina constitucional que el derecho de privacidad».

### 2.1.1. Homosexualidad, intimidad y libertad

Ya hemos visto cómo el TEDH ha construido su doctrina en este punto en relación con el derecho al respeto de la vida privada. En un sentido similar<sup>19</sup> se ha pronunciado el Tribunal Supremo norteamericano en *Lawrence v. Texas*, de 26 de junio de 2003, la importante Sentencia que ha revocado la doctrina sentada en *Bowers v. Hardwick* (1986), concluyendo que la libertad protegida por la Constitución incluye la homosexualidad consentida, en privado y entre adultos. El Tribunal analizó la compatibilidad constitucional (en concreto, respecto de la cláusula de proceso debido de la XIV Enmienda) del art. 21.06.(a) del Código Penal de Texas, que sancionaba las relaciones sexuales «desviadas» entre personas del mismo sexo<sup>20</sup>. El Juez Kennedy, ponente de la Sentencia, desactivó los tres argumentos que habían llevado al Tribunal a fallar en *Bowers* de modo diametralmente opuesto. Primero, la negativa del Tribunal a relacionar entonces la homosexualidad con la libertad. La sanción penal de la homosexualidad, sostiene ahora el Tribunal, «va más allá de prohibir un particular acto sexual», tiene «consecuencias de mayor alcance, afectando la conducta humana más privada, la sexual y en el más privado de los lugares, el hogar». Las leyes en examen «buscan controlar una relación personal que, sea o no reconocida formalmente por el derecho, está dentro de la libertad de elección de las personas sin ser castigados como criminales». El Tribunal concluye, pues, que «la libertad protegida por la Constitución concede a las personas homosexuales el derecho a realizar esta elección»<sup>21</sup> El Estado «no puede devaluar su existencia o controlar su destino convirtiendo su conducta sexual particular en un delito». Segundo, el argumento histórico. En *Bowers* el Tribunal había observado que «las prohibicio-

19. De hecho, el Tribunal Supremo norteamericano se apoya en su decisión en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sobre todo en la Sentencia *Dudgeon*), lo cual provoca la crítica del Juez Scalia en su voto discrepante (recordará la afirmación del Juez Thomas en su voto particular a la Sentencia *Foster v. Florida*, de 2002: «Este Tribunal no debería imponer modas extranjeras a los americanos»).
20. Definía como «relaciones sexuales desviadas» cualquier contacto entre los genitales de una persona y la boca o el ano de otra del mismo sexo y/o la penetración de los genitales o el ano de otra persona con un objeto. El caso de origen era muy semejante al que dio lugar a la Sentencia *Bowers*: varios policías de Houston, Texas, al entrar accidentalmente en una vivienda (para reprimir un altercado ajeno) encontraron a dos varones adultos practicando sexo. Les arrestaron y finalmente fueron condenados a una multa de 200 dólares y a pagar las costas (141,25 dólares).
21. «La libertad [afirma el Tribunal] protege a la persona de intrusiones públicas ilegítimas en los espacios privados. En nuestra tradición el Estado no debe estar omnipresente en el hogar. Ya hay otras esferas de nuestra vida, fuera del hogar, donde el Estado no debería tener una presencia dominante. La libertad presume una autonomía del *self* que incluye la libertad de pensamiento, creencia, expresión y ciertas conductas íntimas».



---

Capítulo XX. Homosexuales

nes legales contra la conducta homosexual tiene viejas raíces». En *Lawrence*, sin embargo, se cuestiona esta afirmación (pues las primeras leyes que sancionaron la sodomía no se dirigían tanto contra los homosexuales cuanto a prohibir toda forma de sexo no procreativa: por eso se castigaba y aún se castiga en algunos Estados también la sodomía heterosexual) y, en todo caso, se relativiza la historia y la tradición, al recordarse que «son dos puntos de partida pero no siempre el punto final de la valoración» de la argumentación judicial<sup>22</sup>. En efecto, el Tribunal propone ahora una interpretación evolutiva, llamando la atención sobre cómo «la historia muestra que crece con fuerza la idea de que la libertad ampara a los adultos a la hora de decidir cómo conducir sus vidas privadas en lo que concierne al sexo». El argumento histórico se vuelve ahora en contra de *Bowers*. El Tribunal recuerda en este punto la jurisprudencia del TEDH, cómo de los 25 Estados que prohibían la sodomía en 1981 hoy «sólo» la mantienen 13 y, sobre todo, la propia evolución de su jurisprudencia desde *Bowers*, concretamente, *Planned Parenthood v. Casey*<sup>23</sup> (1992) y, de modo particular, *Romer v. Evans* (1996), en la que el Tribunal anuló una enmienda de la Constitución de Colorado que identificaba a los homosexuales como un colectivo para, seguidamente, excluirles de la protección de la legislación antidiscriminatoria del Estado, por entender que esta disposición «había nacido de la animosidad contra las personas afectadas» y no guardaba ninguna relación racional con el propósito público perseguido<sup>24</sup>. Tercero, el criterio de las convicciones morales o religiosas. El Tribunal afirma vigorosamente que «la mayoría no puede usar el poder del Estado para imponer sus puntos de vista a toda la sociedad a través del derecho penal». Y recuerda lo sostenido en *Casey* (1992): «Nuestra obligación es definir la libertad de todos, no imponer nuestro propio código moral». El duro voto discrepante del Juez Scalia, aunque también impugna el examen del argumento histórico que lleva a cabo la mayoría del Tribunal, se centra sobre todo en el argumento moral. Las leyes estatales contra «la bigamia, los matrimonios homosexuales, el incesto, la prostitución, la masturbación, el adulterio<sup>25</sup>, la fornicación, la bestialidad y la obscenidad son sostenibles... sobre

---

22. Voto particular del Juez Kennedy en *County of Sacramento v. Lewis* (1998).

23. El Tribunal sostuvo en esta decisión que ciertos asuntos (matrimonio, contracepción, relaciones familiares, educación, etc.) «implican las elecciones más íntimas y personales que una persona puede hacer en su vida, elecciones centrales para la dignidad y autonomía personales y centrales para la libertad protegida por la XIV Enmienda [...] En el corazón de la libertad está el derecho a definir el propio concepto de existencia, del significado, universo y misterio de la vida humana».

24. El Tribunal podría también haber recordado que la doctrina *Bowers* fue revocada en el propio Estado de donde procede, Georgia, por su Tribunal Supremo en 1998, en el caso *Powell v. State*.

25. El adulterio es delito en varios Estados, aunque apenas se aplica. Una curiosa ironía es que el fiscal general de Georgia, *Bowers* que promovió el famoso caso que lleva su

## *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*

---

elecciones morales». A juicio de Scalia «es imposible distinguir la homosexualidad de otras tradicionales ofensas morales», y recuerda que la ley, como se dijera en *Bowers*, «se basa constantemente sobre nociones de moralidad y si todas las leyes que esencialmente representan elecciones morales fueran invalidadas bajo la cláusula de debido proceso, los tribunales estarían ocupados de verdad». Scalia acusa a la mayoría del Tribunal de «tomar bando en la guerra cultural relativa a la homosexualidad». No comparto la tesis de Scalia ni creo que se pueda compartir a la luz de las disposiciones constitucionales. Primero, porque él identifica la homosexualidad con otras conductas que sí entrañan un daño, físico o psicológico, para las personas que las practican o para terceros (bigamia, bestialismo, etc.). Segundo, porque, aunque ciertamente en *Lawrence* hay un rediseño de la respetabilidad sexual, él convierte su propia elección moral contraria a la homosexualidad en criterio objetivo de la moralidad, sin demostrar por qué la homosexualidad es una «ofensa moral». Como sagazmente han observado CLAPHAM y WEILER<sup>26</sup>, «aquellos que deseen denegar a gays y lesbianas los derechos que otras personas ya disfrutaban son los que tendrán que justificar por qué, esto es, qué razones hay para seguir discriminando a esta minoría... si sus razones están conectadas a nociones tradicionales de familia, religión, cultura o moral, tendrán que demostrar que este tipo de protección de la herencia cultural es realmente necesario en una sociedad pluralista democrática». Tercero, porque no creo que las disposiciones constitucionales puedan leerse de modo «neutro» o «equidistante», en el contexto de la «guerra cultural» sobre la homosexualidad como parece creer Scalia en este punto. Una interpretación «neutra» no es «neutral» ya que, más bien, la Constitución protege claramente la orientación homosexual en los términos que estamos exponiendo.

El Tribunal no considera necesario argumentar desde la *equal protection clause*, aunque lo cree posible, ya que la cuestión afecta también a la igualdad: «cuando una conducta homosexual se tipifica penalmente, esa declaración es en sí misma una invitación a discriminar a las personas homosexuales, tanto en la esfera pública como en la privada... el estigma que la ley penal impone no es trivial». El voto concurrente de la Juez O'Connor se ubica, precisamente, en el campo de la igualdad y no en el de la libertad<sup>27</sup>.

---

nombre y que denegó un empleo a una mujer homosexual, poco después tuvo que dimitir porque trascendió que mantenía una relación adúltera con una mujer que trabajaba en su oficina en ese tiempo (el adulterio era –y es– ilegal en Georgia).

26. 2003, p. 68.

27. Una opinión, por cierto, muy conservadora porque O'Connor considera inconstitucional la ley de Texas por vulnerar la cláusula de igual protección al castigar penalmente sólo la sodomía homosexual y no también la heterosexual (sólo cuatro de los once Estados que en la actualidad penalizan la sodomía lo hacen sólo de la homosexual).

El razonamiento de *Lawrence* es convincente, pero su eventual importación es poco útil para nuestro ordenamiento ya que la homosexualidad no ha sido delito en él (fuera del ámbito militar) desde el siglo XIX. El derecho a la intimidad del artículo 18.1 CE protege, sin duda, la homosexualidad (y la heterosexualidad) entre adultos, consentida y en privado. Y es clara también su directa relación con la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), cláusula que, en defecto de una disposición general sobre libertad del tipo de la XIV Enmienda de la Constitución federal norteamericana o del artículo 2.1 LFB, es la que da cobertura exegética en nuestro derecho a la emergencia de dimensiones o facetas nuevas de los derechos ya consagrados en el texto constitucional, como es el caso. Los problemas en relación con el estatuto jurídico de la homosexualidad no proceden del derecho a la intimidad en los espacios privados, sino del derecho de libertad y de igualdad en los espacios públicos de la existencia. Acierta en este sentido Scalia cuando apunta que *Lawrence* «desmantela la estructura de derecho constitucional que permitía la distinción entre uniones homosexuales y heterosexuales, sobre todo de cara al matrimonio». «¿Qué justificación –se pregunta– podría alegarse para denegar los beneficios del matrimonio a las parejas homosexuales si ejercen "una libertad protegida por la Constitución"?» (y descarta inmediatamente la procreación, ya que el matrimonio está abierto a personas estériles y mayores). Scalia, en su razonamiento hacia el absurdo, pone, sin quererlo, el dedo en la llaga. Porque la cuestión siguiente (en Estados Unidos y aquí) es la de si las personas homosexuales tienen un derecho constitucional a contraer matrimonio; y los meses siguientes a *Lawrence* fueron un hervidero de esta cuestión en Estados Unidos.

### 2.1.2. Homosexualidad e igualdad

La minoría homosexual cuenta con los rasgos más significativos de los grupos sociales en desventaja para cuya particular protección se ha dictado el artículo 14 CE<sup>28</sup>. Se trata de una condición sobre la que recaen prejuicios profunda y largamente arraigados en gran parte de la sociedad<sup>29</sup>. A diferen-

28. Ver, en un sentido semejante, la argumentación de JIMÉNEZ GLÜCK (2004, pp. 247-252). Sintetiza SUNSTEIN (2002, p. 7) tres rasgos de los grupos sociales a cuya normativa reguladora el Tribunal Supremo otorga un escrutinio más estricto: que sufra un prejuicio, que tenga un pasado y un presente de discriminación y que carezca de poder político.

29. Un «prejuicio» es (SUNSTEIN, 2002, p. 7) «un pensamiento estereotipado basado en hechos falsos y a menudo enraizados en la simple hostilidad». Cuando una medida discrimina a los homosexuales, «parece plausible pensar que a menudo lo hace a causa de una creencia irracional o visceral en su inferioridad o enfermedad, o a causa de su completa ignorancia de los hechos relevantes».

## *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*

---

cia de lo que ocurre con otras discriminaciones, como la de género o la ideológica, la simple pertenencia a este tipo de minoría es tan infamante que constituye, al menos en ciertos ambientes, un insulto en sí misma: «marica» (y muchos otros sinónimos más malsonantes aún, cuya omisión aquí el lector entenderá). La imputación de «homosexual», según ha sostenido nuestro Tribunal Supremo, es gravemente injuriosa<sup>30</sup>. Se trata de un rasgo, además, íntimamente ligado al libre desarrollo de la personalidad, pero que, paradójicamente, ni suele depender de la libre elección del sujeto<sup>31</sup>, ni suele ser mudable, por lo que uno puede recibir consecuencias sociales muy desfavorables por una condición con la que está obligado a convivir. La homosexualidad no es necesariamente, a diferencia de la raza o el sexo, un rasgo transparente, pero del posible reproche social que se evita el sujeto mientras oculte su orientación sexual hay que descontar el eventual daño psicológico de lo que, de modo muy expresivo, POLLACK<sup>32</sup> denomina «gestión esquizofrénica de la propia existencia». CLAPHAM y WEILER aluden, en este sentido, a la «paradoja» particular que como «minoría invisible» pesa sobre los homose-

30. En la Sentencia de 27 de noviembre de 1989 (RJ 1989, 9319), relativa a un delito de injurias, el Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) afirmará que «la imputación de homosexuales de tal modo insultante que el ánimo de injuriar se encuentra ínsito en ella» y, por tanto, si las expresiones utilizadas son objetivamente ofensivas (en el caso se dirigían hacia dos servidores habituales de una parroquia sevillana por parte de la mujer de uno de ellos, pendiente el trámite de separación matrimonial) corresponde al presunto ofensor demostrar la concurrencia de otro ánimo. El Tribunal reconoce que el clima social es cada vez más comprensivo y tolerante respecto de la homosexualidad, pero ello no obsta para que su imputación respecto de personas concretas «pueda implicar un gravísimo perjuicio para la fama, crédito o interés». La Sentencia pone como ejemplo la posible trascendencia de este tipo de imputación para «una persona que goza de notoria fama de honesta, incluso en su vida familiar si es casada o en su vida profesional, si se trata de un educador, de un médico o incluso de un hombre público dedicado a la política». El mensaje (sobre el que pende la duda de si es simplemente descriptivo de la realidad discriminatoria o si, como cabe sospechar, invita a reforzar esa misma realidad) es claro, *sensu contrario*: ser homosexual es notoriamente deshonesto, sobre todo, si pretende tener alguna influencia o poder sobre los demás. En un sentido similar, en la Sentencia de 2 de diciembre de 1993 (RJ 1993, 9484), el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) condena por ilegítima intromisión en el derecho al honor y la propia imagen al ente público RTVE por emitir, en el programa «Informe Semanal», imágenes de los demandantes (dos varones adultos) bailando y besándose sin hacer referencia alguna a que tales escenas correspondían a una película («La huella del crimen») en la que trabajaban como actores. No importa que los demandantes fueran actores (aunque poco conocidos): las escenas eran «escabrosas» y «no favorecen la fama o buen nombre de quien en la vida real las ejercita».
31. La existencia de un fundamento biológico de la homosexualidad, que es un asunto que se discute, no es, sin embargo, relevante a la hora de conceder la protección jurídica.
32. Citado por VINCENT, 1993, p. 372.

---

Capítulo XX. Homosexuales

xuales: «los gays no pueden luchar por el derecho a ser gays a menos que ya se presenten abiertamente como tales y no pueden presentarse abiertamente como tales a menos que tengan el derecho a ser abiertamente gays»<sup>33</sup>. Además, observan estos autores, «el rasgo del que uno habla es específicamente personal (la propia sexualidad), no fácil de discutir en público»; por el contrario, «los demás grupos de interés no necesitan revelar sus preferencias sexuales para obtener representación en el mundo de la política»<sup>34</sup>.

Por otro lado, y también a diferencia de la discriminación sexual o racial, la que recae sobre los homosexuales no conlleva automáticamente y sólo por eso una desventaja económica a superar. Aunque sin trascendencia económica, sí existe un profundo prejuicio social homofóbico, que quizás guarde una significativa relación, por otro lado, con la discriminación contra las mujeres. En efecto, y como sugiere KOPPELMAN<sup>35</sup>, la estigmatización del homosexual está estrechamente vinculada a la supuesta desviación del rol juzgado tradicionalmente como apropiado para las personas de su sexo. El centro del reproche social, el corazón del estereotipo, residiría en que el homosexual varón adopta una posición de «mujer» y en que la lesbiana asume una de «hombre». En *Historia de la sexualidad*<sup>36</sup>, Michel FOUCAULT sugiere que ya desde la Antigüedad, «en la práctica de los placeres sexuales se distinguían claramente dos valores de posición: la del sujeto y la del objeto, la del agente y la del paciente, la del macho y la de las mujeres, muchachos o esclavos». El homosexual varón es un transgresor porque se rebaja a una condición pasiva de «mujer» y la homosexual mujer es también una transgresora y una intrusa, sobre todo la que asume una posición más activa, porque se atreve a adoptar un papel «masculino». A ello hay que añadir que las lesbianas sufren una doble discriminación porque a la que reciben por su homosexualidad se suma la que tiene por origen su condición de mujeres. En una sociedad en la que en gran medida las mujeres no son valoradas por ellas mismas sino en razón de su conexión con un hombre (como esposa, madre, etc.), las lesbianas sufren la desventaja adicional de ser menospreciadas y, por tanto, invisibles.

El caso es que normalmente los tribunales tienden a negar la vinculación de la discriminación por razones de orientación sexual (que apenas se reconoce aún en los textos jurídicos) con la discriminación sexual (que sí suele gozar de dicho reconocimiento)<sup>37</sup>. El argumento principal es que no se dis-

---

33. 1993, p. 16.

34. 1993, p. 16.

35. KOPPELMAN, 1997, pp. 1661 ss.

36. 1989, pp. 123 ss.

37. Por eso, en una primera época, antes de que se generalizara la utilización del rasgo de la «orientación sexual», se acudía a la discriminación por sexo, cuyo mecanismo de protección ya estaba disponible (p. ej., así se razonó en la Sentencia *Baehr* del

## *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*

---

crimina a los homosexuales cuando no se les concede una ventaja que sí se otorga a los heterosexuales ya que no se concede ni a las mujeres homosexuales, ni a los hombres homosexuales. Este modo de razonar resulta escasamente persuasivo. Se utilizó también en su día en Estados Unidos para prohibir el matrimonio entre blancos y negros: ambas razas estarían obligadas por la misma norma. Evidentemente, tal prohibición se utilizó para mantener la superioridad social de los blancos sobre los negros, así como ahora se emplea para hacer lo propio con las relaciones heterosexuales frente a las homosexuales.

Resulta claro, de lo ya expuesto, que, como sucede con las demás prohibiciones de discriminación del artículo 14 CE, cualquier trato jurídico diferente y perjudicial derivado de la orientación sexual de cualquier persona violaría este precepto. El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de orientación sexual tendría, pues, el típico efecto de la igualdad de trato con sus dos corolarios, la prohibición de discriminaciones directas, es decir, de tratamientos jurídicos diferentes y peores en atención a la homosexualidad, y de discriminaciones indirectas o de impacto, esto es, de diferenciaciones jurídicas que se pudieran establecer formalmente no en razón de la orientación sexual, pero que, de hecho, impactaran negativamente sobre la minoría homosexual. En esto la prohibición constitucional de discriminación de dicho colectivo es idéntica a la de las otras minorías que se contemplan en el artículo 14 CE<sup>38</sup>. Y dada la grave violación de la dignidad humana que supone el prejuicio social homofóbico, habría que entender que la prohibición de discriminación obliga por igual en las relaciones entre particulares y frente a los poderes públicos. No en vano la prohibición de las discriminaciones por orientación sexual ha sido reconocida explícitamente por primera vez en nuestro ordenamiento precisamente en el Código Penal y en el ámbito de las relaciones entre particulares (p. ej., como causa de la eventual declaración judicial de ilicitud de una asociación, en el art. 515<sup>39</sup>).

---

Tribunal de Supremo de Hawai, de 1993). Si es posible, es preferible emplear el enfoque de la «orientación sexual», aunque está íntimamente relacionado con la discriminación sexual, por las razones expuestas: la tipificación penal de la homosexualidad o la prohibición de los matrimonios entre personas del mismo sexo podría intentar fundarse en inaceptables (desde el punto de vista jurídico-constitucional) estereotipos sobre los papeles apropiados de mujeres y hombres (SUNSTEIN, 2002, p. 21).

38. En el «paquete contra la discriminación» comunitario aludido se contiene una definición de las discriminaciones directas e indirectas, acoso, etc., así como del ámbito de aplicación en el orden del empleo y la ocupación.
39. Otros significativos ejemplos que pueden aducirse son el art. 16.1.b) LAU, que otorga el derecho de subrogación arrendaticia a la persona que haya vivido permanentemente con el arrendatario fallecido «en una relación de afecto análogo al matrimonio, con independencia de su orientación sexual» o el art. 2.3.a) de la Ley de 11 de

## 2.2. ACCIONES POSITIVAS Y DISCRIMINACIONES POSITIVAS

Más dudas suscita la cuestión de si, como en los casos de la discriminación racial o de la sexual, de la prohibición constitucional de discriminación por razón de orientación sexual se deriva un mandato de acciones *positivas* en favor de la igualdad de oportunidades de los homosexuales respecto de los heterosexuales. El colectivo homosexual sufre un resistente estigma social, pero ni es un grupo tan determinable como el de cualquier minoría étnica o el de las mujeres (ya que la homosexualidad ni es transparente ni bastantes personas revelan su orientación) a efecto de establecer medidas públicas equilibradoras o compensadoras, ni es un grupo caracterizado por la desventaja económica. Por ello, no creo posible extrapolar la estrategia de lucha contra la discriminación sexual y/o étnica (con sus planes de igualdad de oportunidades, sus organismos públicos de impulso, etc.) a este campo. Pero ello no quiere decir que no se derive de la prohibición de discriminación por la orientación sexual un mandato de acciones positivas. Los poderes públicos están obligados a que la discriminación social que sufren los homosexuales «no prevalezca» de ningún modo. A tal fin, deberán adoptar medidas de igualdad de oportunidades, sobre todo en el campo de los medios de comunicación y la educación. Hay en este ámbito, pues, un margen para las acciones positivas, aunque sea menor que en otros (mujeres, comunidades étnicas, etc.) y, lógicamente, específico, pero lo que en ningún caso parece posible, a partir de la situación del colectivo en desventaja y de la naturaleza de ésta, es un espacio para el establecimiento de medidas de discriminación positiva.

## 3. DERECHOS COMUNES: EL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO

La arista más cortante del problema en España (y en la mayoría de países de nuestro entorno) se manifiesta en la cuestión de si a partir de dicha prohibición de discriminación, que hay que considerar implícita en el artículo 14 CE, se puede fundamentar directamente una equiparación, total o parcial, entre las uniones estables de homosexuales y el matrimonio heterosexual previsto en el artículo 32.1 CE. La reforma del Código Civil ha optado por incluir las uniones estables homosexuales dentro del régimen matrimonial. Esta solución *homologadora* ha sido cuestionada tanto por el Consejo de Estado como por el Consejo General del Poder Judicial y presenta algunas dudas de constitucionalidad. Con carácter general, según se interpreten las

---

diciembre de 1995, de ayudas a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual.

## *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*

---

relaciones entre la prohibición de discriminación por razón de orientación sexual (art. 14 CE) y el derecho al matrimonio, que incluye, en principio, la libertad de unirse de modo estable y exclusivo con persona de la propia elección (art. 32.1 CE), pueden obtenerse tres *lecturas*: 1) Modelo constitucional obligatorio. El derecho de acceso al matrimonio entre personas del mismo sexo sería un derecho fundamental derivado de la Constitución. 2) Modelo constitucional facultativo. El matrimonio entre personas del mismo sexo sería una opción libre del legislador, ya que la Constitución deja un amplio margen de configuración para ello, no obligando ni prohibiendo, sino sólo habilitando tal posibilidad. 3) Modelo inconstitucional. Un tipo así de matrimonio sería radicalmente contrario a la Constitución. Ésta es la tesis rotundamente sostenida por el Estudio del CGPJ.

Según la primera de las tres interpretaciones mencionadas, la prohibición de acceso al matrimonio a las personas del mismo sexo violaría los derechos de libertad y de igualdad de los homosexuales. Obviamente, sus partidarios no creen que la heterosexualidad sea una nota esencial del matrimonio. La famosa Sentencia de la *Supreme Judicial Court* de Massachussets, *Hillary Goodridge and others v. Departament f Public Health*, de 18 de noviembre de 2003 (ponente Marshall), ha dado un fuerte impulso a esta lectura<sup>40</sup>. El Tribunal falla que la negativa del registro público a conceder licencias matrimoniales a varias parejas del mismo sexo lesiona la Constitución de Massachussets. Su argumentación transita por los siguientes pasos: 1) El matrimonio «es una institución social vital»<sup>41</sup> y «la decisión de si contraer matrimonio y con quién es uno de los momentos máximos de auto-determinación de la vida». 2) Por ello, y porque «los beneficios accesibles sólo a los que tienen una licencia

---

40. Esta Sentencia se enmarca en el contexto de una oleada de decisiones judiciales en esa dirección. Entre ellas, *Baker v. State* (1999), decidida por el Tribunal Supremo de Vermont, en la que, sin analizar la negativa de las autoridades a conceder la licencia matrimonial a tres parejas del mismo sexo desde la óptica del derecho a casarse (como sí se hace en *Goodridge*), sino desde el punto de vista del acceso a los beneficios públicos, el Tribunal considera que tal negativa viola el derecho a dichos beneficios e impone al legislador dos soluciones, o redefinir el matrimonio o regular un tipo de unión que reciba los mismos beneficios que el matrimonio heterosexual. Esto es lo que finalmente ha hecho el legislador estatal (y le han seguido otros Estados: New Jersey, p. ej.).

41. «Produce una sociedad ordenada promoviendo relaciones estables. Es central para determinar el modo en que la comunidad identifica a los individuos, distribuye la propiedad, asegura cuidados a niños y adultos. Proporciona enormes ventajas particulares y sociales a los que desean casarse. El matrimonio civil es a la vez un compromiso profundamente personal con otro ser humano y una celebración altamente pública de los ideales de compañerismo, intimidad, fidelidad y familia. "Es una asociación que promueve una vida en armonía, no fe política, una lealtad bilateral, no proyectos comerciales o sociales" (*Griswold v. Connecticut*, 1965)».



---

Capítulo XX. Homosexuales

matrimonial son enormes, afectando prácticamente a todos los aspectos de la vida y la muerte», es por lo que desde hace tiempo se ha venido considerando al matrimonio como un derecho fundamental (*civil right*). 3) Al ser el matrimonio un elemento central de la vida de los individuos y del bienestar de la comunidad, su exclusión a las personas del mismo sexo las priva «de uno de los aspectos más importantes de la experiencia humana» y las «deniega el pleno acceso a la protección de las leyes», por lo que tal exclusión, de admitirse, tendría que cumplir «un objetivo público imprescindible» y «ser un medio razonable para conseguir tal fin». 4) Estas condiciones no se dan respecto de la prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo. La esencia de la libertad de contraer matrimonio es unirse con la persona de la propia elección<sup>42</sup>. La prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo excepciona tal regla a causa de un rasgo singular, la orientación sexual. Esto lesiona la libertad reconocida en la Constitución de Massachussets<sup>43</sup> y también la igualdad<sup>44</sup>, que impide que haya ciudadanos de segunda clase. Pues bien, las tres principales justificaciones de esta prohibición aportadas por las autoridades del Estado no resultan constitucionalmente razonables<sup>45</sup>: ni que el matrimonio heterosexual proporcione un marco favo-

- 
42. Sentencia del Tribunal Supremo de California *Perez v. Sharp* (1948) que fue la primera en declarar la inconstitucionalidad de la prohibición de los matrimonios interraciales (su doctrina fue confirmada por el Tribunal Supremo federal en *Loving v. Virginia*, de 1967). El Tribunal Supremo de Massachussets compara la prohibición de los matrimonios entre personas del mismo sexo con la prohibición del matrimonio entre negros y blancos, vigente en numerosos Estados norteamericanos hasta *Loving*.
  43. Reconocida en la cláusula sustantiva del debido proceso. «Si casarse o no y con quién, cómo expresar la intimidad sexual y si establecer o no una familia y cómo, son decisiones que se hallan entre las libertades individuales más básicas de los derechos del debido proceso». El Tribunal recuerda que la Constitución de Massachussets «protege la libertad tanto o más celosamente» que la Constitución federal.
  44. Según la cláusula de igual protección de las leyes, éstas «se aplicarán con igualdad a todas las personas situadas en situaciones semejantes». La interpretación del Tribunal se funda más, sin embargo, en el criterio de la libertad que en el de la igualdad. Desde esta perspectiva se sitúa el análisis del voto concurrente del magistrado J. Greaney. A su juicio, la prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo es una diferenciación jurídica por razón del sexo de las dos personas que desean casarse (H. Goodridge no puede casarse con Julie G. a causa de su sexo). Esto supone una violación de la *equal protection clause* a menos que se aporte como un medio indispensable para conseguir una finalidad pública primordial, lo que no ocurre en este caso. «Como asunto de Derecho constitucional, ni el mantra de la tradición, ni la convicción individual pueden justificar la perpetuación de la jerarquía según la cual las parejas del mismo sexo y sus familias son juzgadas menos merecedoras de reconocimiento social y jurídica que las de sexo opuesto».
  45. El Tribunal anuncia el empleo del estándar de revisión judicial menos estricto, el *rational basis test*, pero en la práctica, como observa el Juez J. Sosman en su voto particular, su razonamiento se acerca más al modelo del *strict scrutiny test*.

## *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*

---

rable para la procreación (se entiende heterosexual no asistida); ni que asegure un espacio óptimo para el cuidado de los hijos; ni que el matrimonio homosexual trivializará o destruirá la institución matrimonial tal y como ha sido históricamente configurada. El argumento de la procreación fue sostenido por el tribunal inferior que había conocido del caso<sup>46</sup>, pero es rechazado de plano por el Tribunal Supremo porque las normas del régimen matrimonial ni privilegian las relaciones heterosexuales procreativas, ni requieren su capacidad y/o intención de concebir niños «mediante el coito», ni la fertilidad es una condición del matrimonio, y, además, la comunidad facilita la procreación sin mirar el estado civil o la orientación sexual de los padres. A juicio del Tribunal, «es cierto que muchas, quizás la mayoría, de las parejas casadas tienen hijos juntos, pero es el exclusivo y permanente compromiso con el compañero y no la crianza de los hijos lo que es condición *sine qua non* del matrimonio». Al impedir el matrimonio entre personas del mismo sexo, «el Estado confiere un sello oficial de aprobación a los estereotipos destructivos de que las relaciones del mismo sexo son inherentemente inestables e inferiores a las relaciones heterosexuales y no son por ello merecedoras de respeto». La segunda justificación aportada por las autoridades de Massachussets se hallaba estrechamente relacionada con la primera: el matrimonio heterosexual asegura la crianza de los hijos en «óptimas» condiciones. Tampoco el Tribunal acepta este *rationale*. Proteger el bienestar de los niños es «uno de los objetivos fundamentales del Estado», pero excluir el matrimonio homosexual «no puede conducir plausiblemente a este fin»<sup>47</sup>. El argumento de la «desfiguración» del contenido histórico de la institución matrimonial<sup>48</sup> también es desechado por el Tribunal, pero de un modo poco razonado, con la simple afirmación: «Ciertamente, nuestra decisión marca un cambio significativo en la definición del matrimonio como ha sido heredada del *common law* y comprendido por muchas sociedades durante siglos. Pero no transforma el valor fundamental del matrimonio en nuestra sociedad».

---

46. Afirmando, en este sentido, que «el interés del Estado en regular el matrimonio se funda en el concepto tradicional de que el primer objetivo del matrimonio es la procreación».

47. El Tribunal recuerda que las familias han cambiado mucho, desde el punto de vista sociológico en los Estados Unidos («los homosexuales pueden ser excelentes padres» y «hay ya niños que viven con parejas homosexuales y no se puede permitir penalizar estos niños privándoles de los beneficios públicos a causa de la desaprobación por parte del Estado de la orientación sexual de los padres») y que, en cualquier caso, el principio rector en esta materia, «el mejor interés del menor» no se vincula ni al status marital ni a la orientación sexual de los padres.

48. Como veremos, un argumento central tanto en el Dictamen del Consejo de Estado como en el Estudio del Consejo General del Poder Judicial.

---

Capítulo XX. Homosexuales

Tres magistrados formularon opiniones discrepantes. J. Spina considera que la Sentencia excede el papel *protector* de los derechos del Tribunal y le ha convertido en *creador*: «un cambio dramático de las instituciones sociales debe ser confiado al proceso democrático, a la ley» porque «el poder de regular el matrimonio yace en el legislador, no en los jueces». J. Cordy concuerda con la tesis de Spina y añade que los argumentos justificativos de la prohibición resultan constitucionalmente convincentes de acuerdo al *rational basis test*. Por su parte, J. Sosman llama la atención, de un modo semejante a la doctrina *Fretté* del TEDH (pero sin citarla), sobre «la batalla de expertos» en torno a la cuestión de la educación de los niños por parejas homosexuales. Los estudios no son concluyentes por ahora, pero apuntan a que hay diferencias entre esos niños y los criados por parejas de distinto sexo. Las «familias homosexuales» son «un fenómeno verdaderamente reciente» y por eso no hay todavía análisis confiables disponibles. De ahí que la idea del Tribunal según la cual este tipo de familias deberían estar en igualdad de condiciones con las familias heterosexuales «es sólo eso: una creencia apasionada pero no demostrada». No existe un consenso social ni científico sobre esta cuestión y por ello incluso aunque fuera el legislador y no el tribunal quien deseara «alterar sustancialmente la estructura matrimonial» en este sentido, sería «racional» que antes el legislador tuviera «un alto grado de certeza sobre las consecuencias precisas de esa alteración». Concluye su interesante análisis Sosman observando que «la decisión de hoy puede ser un hito en la historia social para lograr una sociedad más justa» pero, como sentencia, «el caso es una aberración». Para llegar a su fallo, el Tribunal ha tenido que «torturar» el *rational basis test*, quizás por el enorme impacto mediático del caso (que se había convertido en «la tormenta perfecta» de una cuestión constitucional).

La idea de que las personas del mismo sexo tienen un derecho fundamental de libertad matrimonial en nuestro ordenamiento (y, por lo tanto, de que existiría una suerte de mandato al legislador implícito para que equiparara sus uniones estables a la matrimonial) encuentra, según sus detractores, diversos obstáculos. En primer lugar, la propia dicción literal del artículo 32.1 CE que se refiere expresamente a «hombre y mujer», configurando un matrimonio heterosexual. Aunque la «familia» que debe ser protegida según la lectura que del artículo 39 CE ha hecho el Tribunal Constitucional no es sólo la que tiene origen en el matrimonio, el artículo 32 CE se refiere únicamente al matrimonio heterosexual. Es cierto que la intención del constituyente era la de consagrar la igualdad jurídica entre hombre y mujer en el matrimonio y no la de prohibir los matrimonios entre homosexuales, pero también es verdad que ni esta posibilidad está expresamente prevista ni la dicción literal del artículo 32 CE permitiría entender otra cosa. Otro sector

## *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*

---

doctrinal entiende, por el contrario, que la redacción del artículo 32.1 CE permite contraer matrimonio tanto a hombres como mujeres: la expresión «con plena igualdad jurídica» se podría leer como «igualmente a unos y a otros», pero no necesariamente «entre sí». BERCOVITZ<sup>49</sup> objeta esta tesis: «una interpretación tan absurda sólo puede explicarse por el decidido propósito de prescindir del obstáculo constitucional (del art. 32.1 CE) para abogar por un reconocimiento legislativo del matrimonio de homosexuales». Así pues, plantea dudas de constitucionalidad la reforma del artículo 44 CC sin la reforma previa del artículo 32.1 CE.

En segundo lugar, el derecho europeo tampoco autoriza a hacer una interpretación de este tenor. Aunque el artículo 9 CDF, al parecer deliberadamente, enuncia el derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia de modo impersonal<sup>50</sup>, el derecho a casarse se otorga por el artículo 12 CEDH a «hombre y mujer»<sup>51</sup> y su interpretación inicial<sup>52</sup> alude «al matrimonio tradicional celebrado entre personas de sexo biológico opuesto». El TEDH no se ha enfrentado, por ahora, al problema del reconocimiento del matrimonio por parejas del mismo sexo, pero en 2002 ha cambiado su jurisprudencia y ha rechazado el impedimento de ciertas legislaciones nacionales respecto del derecho de los transexuales a contraer matrimonio<sup>53</sup>, de modo que no es válido impedirlo alegando que con ello se unen personas del mismo sexo biológico. Transexualidad y homosexualidad son fenómenos distintos por lo que no parece posible una sencilla fungibilidad de las soluciones interpretativas. Como hemos visto, el Tribunal sí ha entendido que el Convenio obligaba a una equiparación de status entre las parejas homosexuales y heterosexuales en algún caso (derecho de subrogación arrendaticia, asunto *Kerner*). Lo que no ha llegado a interpretar, ni es previsible que lo haga, es que del Convenio (arts. 8.1, 12 y 14) se derive un derecho fundamental de regulación del matrimonio entre personas del mismo sexo.

En tercer lugar, la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo sobre la validez constitucional del distinto trato jurídico del matrimonio y las uniones de hecho. El Tribunal Supremo, para conseguir que la extinción de la vida de pareja no diera lugar a un quebranto

---

49. BERCOVITZ, 2003, p. 67.

50. «Se garantizan el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio».

51. «A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho».

52. P. ej., en *Rees* contra Reino Unido, de 17 de octubre de 1986, en la que el Tribunal negó tajantemente la posibilidad de reconocer el matrimonio a los transexuales.

53. Sentencias *I* contra Reino Unido y *Christine Goodwin* contra Reino Unido, ambas de 11 de julio de 2002.

---

Capítulo XX. Homosexuales

económico de una de las partes respecto de la otra, ha venido reconociendo desde 1992, en este sentido, un principio «de protección del conviviente perjudicado por la situación de hecho» (entre otras, STS de 10 de marzo de 1998 [RJ 1998, 1272]). Existe ya una abundante jurisprudencia de los tribunales civiles sobre los efectos jurídicos de las parejas de hecho (personales y patrimoniales entre los miembros de la pareja y respecto de los hijos), en el contexto de los conflictos surgidos con motivo del cese de la convivencia de la pareja, por ruptura o por fallecimiento de uno de ellos<sup>54</sup>. Según la interpretación del TC, las parejas de hecho, en general, están admitidas por la Constitución, pero no son equiparables al matrimonio<sup>55</sup>, por lo que el legislador puede establecer válidamente diferencias de trato entre ellos, aunque no en todos los casos<sup>56</sup>. Pero esta aplicación judicial analógica implica el doble riesgo de que «los jueces decidan dónde debe hacerlo el legislador» y que se produzca «una *matrimonialización* de esas uniones que no deja de resultar paradójica» (GÓMEZ MONTORO<sup>57</sup>) Ninguna de estas dos objeciones son válidas, claro está, en relación con un proyecto de ley relativa a uniones de hecho homosexuales, que no tienen, a diferencia de las uniones de hecho heterosexuales, la libertad de contraer matrimonio en cualquier momento. Y es que la comparación entre ambos tipos de uniones *more uxorio* tiene sus límites, ya que se trata de fenómenos distintos. En cualquier caso, en relación con la regulación de las uniones estables de personas del mismo sexo, sigue siendo válida la doctrina del ATC 222/1994, ya citado: «los miembros de una pareja del mismo sexo biológico ni son una institución legalmente regulada ni tienen un derecho constitucional a su establecimiento». Bien es verdad

- 
54. Ver BERCOVITZ (2003, pp. 61 y ss.) y ÁLVAREZ LATA (1998, pp. 7-68). Para el reconocimiento de este tipo de efectos, el Tribunal Supremo viene exigiendo que la convivencia se desarrolle «en régimen vivencial de coexistencia diaria, estable, con permanencia temporal consolidada a lo largo de los años, practicada de forma externa y pública con acreditadas actuaciones conjuntas de los interesados, creándose así una comunal vida amplia, intereses y fines, en el núcleo de un mismo hogar» (STS de 18 de mayo de 1992 [RJ 1992, 4907]). Sobre los aspectos jurídico-constitucionales de la transexualidad, véase BELDA, 2004.
55. STC 184/1990: «Es claro que bajo la Constitución, el matrimonio y las parejas de hecho no son realidades equivalentes. El matrimonio es una institución social garantizada bajo la Constitución y el derecho de hombre y mujer a contraer matrimonio es un derecho constitucional (art. 32.1 CE), cuya regulación legal corresponde a la ley por mandato constitucional (art. 32.2 CE). Nada de esto ocurre en las uniones *more uxorio*, que ni es una institución jurídicamente garantizada ni expresa un derecho constitucional».
56. Como se recordará, el TC sí admitió la diferencia de trato respecto del reconocimiento del derecho a una pensión pública al supérstite de una pareja de hecho (STC 184/1990), pero no en relación con el derecho de subrogación en el contrato de arrendamiento de vivienda tras la muerte de quien era titular (STC 222/1992).
57. GÓMEZ MONTORO, p. 3.

## *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*

---

que este Auto no es un muro infranqueable porque se trata de un Auto y no de una Sentencia, es anterior al giro de mentalidad social que se produce al final de los noventa, resuelve un caso aislado (ya bien establecido en la jurisprudencia: la no discriminación de la no extensión a las parejas de hecho homosexuales de la pensión de viudedad) y, además, se apoya en la primera jurisprudencia del TEDH sobre transexuales (*Rees y Cossey*), que ha sido revocada a partir de 1999 (aunque el reconocimiento del derecho de los transexuales a casarse por el Convenio, como se ha dicho, no implica por sí sólo el derecho de los homosexuales, porque se trata de situaciones distintas).

En cuarto lugar, se halla el argumento comparado. Muy pocos Estados han equiparado el matrimonio homosexual con el heterosexual, no está claro que se trate de una evolución lineal como en el caso del reconocimiento de otros nuevos derechos, ya que es curioso observar que la opinión pública de todos los países se halla radicalmente dividida sobre este asunto, y, además, hay retrocesos, como en Estados Unidos. Incluso en los países pioneros en el reconocimiento de las uniones estables homosexuales, Dinamarca (Ley de 7 de julio de 1989), Holanda (Ley de 1 de abril de 2001), Alemania (Ley de 16 de febrero de 2001) y Bélgica (Ley de 30 de enero de 2003), la equiparación no es absoluta porque o bien se prohíbe la adopción (casos danés, alemán o belga) o bien se somete a restricciones que no sufren las parejas heterosexuales (caso holandés).

Esto nos lleva directamente al quinto argumento, relativo al problema específico de la adopción conjunta por parte de homosexuales, sin duda el punto crítico de esta materia. Ya hemos visto cómo la idea de la procreación como criterio justificador de la diferencia de trato entre el matrimonio heterosexual y el homosexual no es adecuada en la medida en que jurídicamente no hay ya relación necesaria entre matrimonio y procreación (natural). Sin embargo, no parece que pueda desecharse por completo el argumento del matrimonio como comunidad procreadora o de paternidad/maternidad potencial para probar las diferencias de función social de esta forma de comunidad vital frente a otras. La propia palabra «matrimonio» (que significativamente las regulaciones de otros países evitan al legislar sobre las uniones estables homosexuales) etimológicamente evoca la idea de «matrix», de matriz y maternidad. En todo caso, para un importante sector de la población, subsiste la duda, a falta de datos fiables y de consenso científico, sobre los efectos de la educación de los niños por parejas homosexuales y, por tanto, sobre cuál es el mejor interés del menor en estos casos. Tampoco se conoce el posible impacto diferenciado de la crianza efectuada por dos padres varones respecto de la llevada a cabo por dos madres mujeres. Es cierto que en España ya existen estos modelos convivenciales (porque se permite la adopción

---

Capítulo XX. Homosexuales

individual, porque las técnicas de reproducción asistida lo posibilitan y porque un homosexual puede decidir salir del armario después de haber estado casado y haber tenido hijos), pero ello no exime de tal reflexión. También es cierto que el mayor número de adopciones se refiere a niños extranjeros cuyos países no permiten una adopción de este tipo, así que la cuestión tiene una importancia cuantitativa menor.

Un sexto argumento remite a la nota de la heterosexualidad como rasgo invariable de la imagen maestra que, como institución social, ha recibido el matrimonio a lo largo de la historia. Tanto el Estudio del Consejo General del Poder Judicial como el Dictamen del Consejo de Estado aluden a la categoría de «garantía de instituto» y creen que la propuesta del Gobierno no *amplía* simplemente los tipos de matrimonio, sino que los *transforma* radicalmente, yendo más allá de lo que le permite la propia Constitución. Por ello, la aprobación, en su caso, de esta ley justificaría un recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional (el cual, recuérdese, viene manteniendo de modo constante que las uniones de hecho, hetero y homosexuales, no son plenamente equiparables al matrimonio). La noción de «garantía de instituto» presenta algunos problemas, sin embargo. La categoría es, sin duda, expresiva, pero quizá también superada en la actualidad por otras. Como es fama, surge en la Alemania del período de Weimar como una estrategia intelectual conservadora para intentar defender ciertas «instituciones» tradicionales especialmente sensibles (propiedad privada, familia, universidades, función pública, estatuto público de las religiones) frente a los posibles excesos «revolucionarios» del primer legislador democrático, tras la generalización del sufragio, de la historia del país. En el constitucionalismo contemporáneo, obviamente, no podría tener este sentido político conservador (aunque la lectura del prolijo y militante Estudio del CGPJ confirma por completo este viejo uso, diríamos de *air-bag* ideológico, para el que nació la categoría). Pero, además, el concepto de «garantía de instituto» es innecesario en un sistema como el nuestro que, a diferencia del de Weimar, es de Constitución normativa. El enfoque metodológico correcto debe partir hoy de la noción de «contenido esencial» del concepto constitucional «matrimonio» (art. 32.1 CE). Y, en este punto, un enfoque razonable para determinar el sentido de un concepto arraigado en la cultura jurídica y reconocido, pero no definido, por la Constitución, como el de «matrimonio», es, por analogía, la doctrina contenida en el fundamento jurídico octavo de la importante STC 341/1993, en la que el Tribunal tuvo que enfrentarse a la cuestión de determinar si una concreta regulación legislativa había o no ido más allá de los confines marcados por un concepto que, como el de matrimonio, tenía un largo pedigrí jurídico (aunque no fuera civil, sino penal), cual es el de

## *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*

---

«delito flagrante». Me parece que lo afirmado por el TC en esa Sentencia es plenamente aplicable al concepto ahora en examen. En efecto, sostenía el Tribunal que la Constitución no define el concepto de «delito flagrante» del artículo 18.2 CE, «pero esto no supone que ese concepto deba considerarse vacío de todo contenido o, lo que es lo mismo, a merced de la libre determinación del poder público [...] pues, si así fuera, el derecho que tal concepto contribuye a delimitar no merecería el nombre de fundamental. La Constitución no surge, ciertamente, en una situación de vacío jurídico, sino en una sociedad jurídicamente organizada y esta advertencia es de especial valor cuando se trata de desarrollar o, en su caso, interpretar los conceptos que el Texto fundamental ha incorporado, conceptos que pueden tener [...] un arraigo en la cultura jurídica en la que la Constitución se inscribe y que deben ser identificados, por tanto, sin desatender lo que tempranamente llamó este Tribunal las ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y los especialistas en Derecho [...] contribuyendo así, en cada momento, a delimitar una imagen del Derecho o de los conceptos que lo perfilan que resulta indispensable para captar lo que la Constitución llama su contenido esencial». Ello no supone que le esté vedado al legislador desarrollar estos conceptos, pero «actúa aquí en la función que le corresponde de reflejar o formalizar en su norma el sentido de un concepto presente aunque no definido en la Constitución»<sup>58</sup>. Pues bien, si se importaran las palabras del TC en esa Sentencia a nuestro caso, podría interpretarse que «la arraigada imagen» del concepto jurídico «matrimonio» incluiría la nota de la «heterosexualidad» (aun cuando el precepto no aludiera a ello con la expresión: «hombre y la mujer») y, «si el lenguaje constitucional ha de seguir siendo significativo», no cabría sino reconocer que está connotación del matrimonio está presente en el artículo 32.1 CE, precepto que «al servirse esta noción tradicional ha delimitado un derecho fundamental y, correlativamente, la intervención sobre el mismo del poder público». Así, pues, una lectura «civilizada» del Derecho constitucional impediría torturar el concepto constitucional de matrimonio para hacerle decir lo que quiere oír en este caso el legislador. La propia experiencia de la legislación autonómica sobre uniones de hecho confirma la idea de que éstas, aunque parecidas al matrimonio, son, en realidad, otra cosa<sup>59</sup>.

La Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 17 de julio

---

58. Como es notorio, aplicando este criterio, el TC encontró que la «arraigada imagen» de la flagrancia como situación fáctica en la que el delincuente era «sorprendido» en el momento de delinquir o inmediatamente después llevaba a considerar contrario al art. 18.2 CE al art. 21.2 de la Ley de protección y seguridad ciudadanas.

59. En este sentido, BERCOVITZ, 2003, p. 67.



de 2002 apunta en esta misma dirección<sup>60</sup>. El Tribunal falló que la Ley para la supresión de la discriminación de las parejas homosexuales, de 16 de febrero de 2001 (una Ley que abre la posibilidad de formar e inscribir en un registro público una pareja homosexual con efectos semejantes pero no idénticos al de un matrimonio heterosexual), no era contraria al artículo 6.1 LFB («El matrimonio y la familia se encuentran bajo la protección especial del orden estatal»). La argumentación se basa en que el matrimonio al que se refiere el artículo 6.1 LFB no resulta afectado porque la Ley regula otra cosa distinta. Las parejas del mismo sexo no quedan comprendidas bajo la protección del artículo 6.1 LFB, pero este precepto no reserva los elementos estructurales del matrimonio heterosexual (como la estabilidad de la relación, p. ej.) sólo a éste, sino que el legislador puede válidamente extenderlos a otros tipos de relaciones. Ésta idea es objetada por las opiniones discrepantes de Papier (Presidente del Tribunal, por cierto) y de Haas, para quienes el artículo 6.1 LFB contiene una garantía de instituto que obligaría al legislador a «reservar y privilegiar» el matrimonio constitucional (que es sólo el heterosexual, como reconoce también la mayoría del Tribunal) frente a otras formas de vida (ya que éstas carecen de la razón de ser de esta promoción «pues no están orientadas a tener hijos propios», por lo que, en definitiva, «en absoluto contribuyen a abrir un futuro para el Estado y la sociedad»). Por otro lado, la garantía de instituto desplegaría un «efecto bloqueo» de modo que el legislador no podría crear un instituto (como el de las uniones homosexuales) extendiéndole cualquiera de los principios estructurales del matrimonio (el carácter estable y duradero), o transformándoles (la diversidad de sexos). En otras palabras, según Papier y Haas, la misma Ley de parejas de hecho homosexuales sería contraria al artículo 6.1 LFB en la medida en que «se le ofrecen reglas que son comparables a las del matrimonio» y, por tanto, «la garantía de instituto sería infringida por no respetar el principio estructural de la diversidad de sexos».

Esta noción de contenido esencial a partir de los rasgos maestros del instituto (en este caso matrimonial) definidos por su configuración histórica plantea, sin embargo, problemas de gran calado, entre ellos, su profundo significado ideológico de obstáculo al reconocimiento por el ordenamiento jurídico de los cambios sociales. Así pues, el conflicto ideológico y las dudas sobre la cabal interpretación jurídica son inevitables. El Tribunal Constitucional español podrá fallar, en ambos casos de modo razonable, que la nueva regulación del matrimonio que prescinde de la heterosexualidad de los contrayentes es plenamente constitucional y también lo contrario.

---

60. Ver OBERMEYER, 2004, pp. 392 ss.

## *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*

---

En el Estudio del CGPJ se aportan otras objeciones al reconocimiento legal del matrimonio entre personas del mismo sexo que, con mayor seguridad, no pueden compartirse a partir de la Constitución. Señalaré tres. Primera: la prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo no priva del derecho al matrimonio a los homosexuales, en realidad, porque siempre podrían casarse con personas de sexo opuesto. Ésta es una tesis formalista típica (un tanto cínica, por cierto, y astuta por la manera en la que intenta sortear el problema haciendo un *by-pass*) a la que ya me he referido para desestimarla (también se aplicó para justificar la prohibición de los matrimonios interraciales en Estados Unidos). Segunda: la idea de que de admitir el matrimonio entre personas de mismo sexo se disolvería la misma institución matrimonial y ya no habría razones válidas para prohibirla en otros supuestos también vedados en la actualidad (incesto, poligamia, poliandria, etc.). Es también el argumento de la opinión discrepante de Scalia en *Lawrence v. Texas*. La clave para desactivar este argumento, además de las ideas ya expuestas, es que, como parecen desconocer Requero, Scalia y otros, la Constitución protege específicamente a los homosexuales pero no cualquier forma de sexualidad<sup>61</sup>. No se trata de situaciones comparables en Derecho constitucional (quizás sí en los códigos éticos de los partidarios de esta tesis, pero ése es el problema subyacente de este argumento, la confusión entre la moral de algunos y el derecho de todos). Tercera: no se justifica la alteración de un instituto jurídico como es el matrimonio, dados el «insignificante» número de personas homosexuales y de los que estarían dispuestos a contraer matrimonio, la «inestabilidad» que caracteriza sociológicamente a las parejas del mismo sexo y su menor «funcionalidad social» (son «estériles» frente a las «fecundas» parejas heterosexuales). He aquí una buena fotografía de los prejuicios homofóbicos al uso. En todo caso, esta opinión olvida que los problemas relativos a los derechos fundamentales nunca pueden ser de *cantidad*, sino de *cualidad*, porque es un discurso que no remite a la estadística sino a la dignidad de todos y cada uno de los seres humanos. De todos y cada uno y de toda su persona, incluida la fundamental decisión de con quién compartir su vida y de qué modo.

Los argumentos expuestos en contra de la homologación con el matrimonio de las uniones de personas del mismo sexo, no militan, sin embargo, contra la legitimidad jurídica, la oportunidad e, incluso, la necesidad a partir

---

61. El matrimonio de menores implica falta de capacidad, el poligámico un ataque a la dignidad de la primera mujer, el incestuoso un déficit de libertad y de protección del menor precisamente frente a quien está obligado a hacerlo, etc. Ninguna objeción constitucionalmente válida puede oponerse, sin embargo, a la unión estable entre homosexuales. Al revés. En todo caso, desde los arts. 10.1 y 14 CE, habrá que intentar demostrar por qué el matrimonio (art. 32) les está, en su caso, vedado.

del propio texto constitucional, de la regulación de una unión civil de homosexuales que les extienda todos los derechos y obligaciones del matrimonio menos aquellas sobre las que, como en el caso de la adopción, concurren razones que justifiquen un trato diferenciado. Dado que la homosexualidad está protegida constitucionalmente frente a todo tipo de discriminación, se invierte la carga de la prueba de quien debe justificar las diferencias jurídicas de trato con las parejas heterosexuales, debiendo demostrar que existen causas de peso justificativas de la diferenciación de trato quien excluya a las parejas del mismo sexo de los beneficios que sí gozan las de sexo opuesto. La cuestión, desde el punto de vista constitucional, es, pues, la siguiente: ¿hay alguna razón suficiente, según un escrutinio estricto, para excluir a las parejas del mismo sexo del matrimonio? Del matrimonio podría discutirse, pero de una regulación para-matrimonial no. Al revés. Acierta el Dictamen del Consejo de Estado en su tesis de que de la prohibición de discriminación (art. 14 CE) y del principio de libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) se derivan la obligación de regular las uniones estables homosexuales<sup>62</sup> porque en caso contrario habría una *discriminación indirecta* (una diferencia jurídica de trato basada en un rasgo aparentemente neutro, la identidad sexual, pero que, de hecho, impacta negativamente sobre un colectivo de personas, las homosexuales, que se ven impedidos de acceder a los beneficios individuales y colectivos ligados a la situación matrimonial)<sup>63</sup>.

El estudio del CGPJ cita en un momento determinado de su razonamiento<sup>64</sup> la sabia frase de Horacio: *Naturam expellas furca tamen usque recurret* («aunque con una horca echés fuera a la naturaleza, volverá a aparecer»). Sin pretenderlo, la cita es particularmente oportuna para describir lo que ha ocurrido en la historia con el abordaje desde el Derecho de la homosexualidad. Siglos de prohibiciones y sanciones no han podido suprimirla, pero sí han causado, obviamente, un largo historial de sufrimiento y vejaciones a la dignidad de muchas personas. Todo esto no cabe ya bajo una Constitución democrática digna de tal nombre. La orientación homosexual está directamente protegida por el sistema de derechos fundamentales.

---

62. Obligación que no crea que exista en relación con las parejas de hecho heterosexuales que, a diferencia de las parejas homosexuales, siempre pueden contraer matrimonio a voluntad.

63. En opinión del Consejo de Estado: «Los arts. 10.1 y 14 CE respaldan el reconocimiento y efectos de la unión estable de parejas del mismo sexo. Otro problema es el alcance de este reconocimiento».

64. En apoyo de su tesis de que el proyecto de reforma del CC «desnaturaliza» la imagen maestra de la institución matrimonial (que, por cierto, nosotros también compartimos, con los matices expuestos).