

**INCLUSIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN
POR ORIENTACIÓN SEXUAL EN EL ARTÍCULO 14 CE, EN
ADECUACIÓN A LA CONSTITUCIÓN EUROPEA.**

D^a. María Martín Sánchez.

Las uniones homosexuales, siendo una realidad importante en nuestra sociedad actual y constituyendo un modo más de convivencia no conyugal, no están reconocidas jurídicamente a ningún nivel; simplemente parece omitirse su existencia, a pesar de ser cada vez más quienes reclaman algún tipo de regulación que les reconozca su existencia y derechos.

Ciertamente, excluir “a priori” a las uniones homosexuales de todo reconocimiento jurídico, no sólo NO parece ser razonable sino que plantea serios **problemas constitucionales**. Son muchos los derechos fundamentales y valores constitucionales que pueden entenderse vulnerados al restringir los derechos de las uniones homosexuales, tratándolas como un reducto minoritario frente a la mayoría heterosexual. Así, podrían verse afectados especialmente derechos fundamentales tales como: la **libertad**, el **libre desarrollo de la personalidad** y la **dignidad de la persona**, la **intimidad personal y familiar**, y la **igualdad y la no discriminación**. En un *Estado Social y Democrático de Derecho* como el nuestro, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la *libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político*, parece no encajar el tratamiento que reciben las uniones homosexuales con respecto a las uniones heterosexuales.

De entre todos estos principios, consideramos que el más importante para alcanzar nuestro objetivo es la **IGUALDAD**.

Nos centraremos en la **IGUALDAD** porque, a la hora de dilucidar si es constitucionalmente admisible o no la diferenciación de las uniones homosexuales respecto a ciertas categorías de convivencia como las uniones de hecho –heterosexuales- o el matrimonio, los problemas surgidos son, evidentemente, *problemas de igualdad*. La cuestión, por tanto, es determinar si las diferenciaciones de tratamiento sufridas por las uniones homosexuales cumplen con los parámetros de igualdad o, por el contrario, pueden considerarse discriminatorias y, por ende, inconstitucionales.

La Constitución Española prevé en su artículo 14 C.E. que: *“los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”*. Observamos, por tanto, que este precepto contiene dos partes diferenciadas. Por una parte, recoge una cláusula general de igualdad; y por otra, una prohibición específica de discriminación.

La igualdad supone un límite frente a la actuación del legislador, aunque no censura su potestad para poder establecer diferenciaciones. Sin embargo, estas diferenciaciones estarán sometidas a determinados límites, en virtud del principio de igualdad, atendiendo a los criterios de igualdad establecidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y acuñados por nuestro Tribunal Constitucional.

En virtud de dichos criterios, no es inconstitucional establecer diferenciaciones entre las situaciones comparadas –uniones homosexuales y uniones de hecho heterosexuales o matrimonio-, siempre que las mismas no sean contrarias a la Constitución, convirtiéndose entonces en discriminación –constitucionalmente prohibida-.

Así las cosas, nuestro Tribunal Constitucional realiza un juicio de igualdad consistente básicamente en la superación de un **test de**

relevancia¹ y el **test de razonabilidad**, concretado éste en tres tipos de controles: *control de finalidad*, *control de congruencia o adecuación* y *control de proporcionalidad*. Es decir, la medida diferenciadora en cuestión no sería inconstitucional siempre que la finalidad de la norma sea constitucional, exista una adecuación entre la distinción establecida por ésta y su finalidad y se compruebe la proporcionalidad de la medida adoptada por la norma conforme a la finalidad perseguida.

Siguiendo este esquema, puede aplicarse un *juicio de mínimos*, esto es, un juicio menos estricto en sus exigencias puesto que se limita a comprobar que la medida diferenciadora no es arbitraria y que los fines perseguidos no chocan frontalmente con la Constitución. O bien un test más estricto en sus parámetros –*juicio estricto*–, aplicado a los supuestos en que entran en juego categorías sospechosas –expresamente prohibidas en el artículo 14 C.E.–.

Centrándonos en el caso que nos ocupa –supuesto de las uniones homosexuales–, para poder aplicarles el juicio estricto, sería preciso considerar la orientación sexual como una causa equiparable a las expresamente prohibidas en virtud del principio de igualdad del artículo 14 C.E. La cuestión surge con el hecho de que la prohibición de discriminación del artículo 14 C.E. hace una enumeración de causas prohibidas de discriminación entre las cuales, obviamente, no se encuentra la “orientación sexual”, puesto que no es lo mismo discriminar “por sexo”, cuya expresión más correcta sería “por género”, que hacerlo “por orientación sexual”.

Sin embargo, dicha enumeración se cierra con una cláusula abierta “in fine” que, literalmente, abarca: “*cualquier otra condición o circunstancia personal o social*”. De esta forma, da a la lista un carácter abierto, permitiendo la inclusión de nuevas causas a través de su cabida

¹ El test de relevancia, en opinión de algunos autores, ha sido eliminado de la aplicación del juicio de igualdad por el Tribunal Constitucional. Véase: Martínez Tapia, Ramón, Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española, Universidad de Almería-Servicio de Publicaciones, Almería, 2.000, pág. 117.

en dicha cláusula, pero eso no implica sin más la aplicación de juicio estricto.

Se presenta aquí el problema de fijar los PARÁMETROS en función de los que el Tribunal Constitucional habrá de determinar a qué grupos, en virtud de cuya condición se consideran incluidos en la cláusula abierta, puede aplicárseles un test de razonabilidad más estricto, equiparando su causa a las expresamente prohibidas por el artículo 14 C.E.

Respecto a la inclusión de la “orientación sexual” como causa prohibida de discriminación sometida a juicio estricto a través de esta fórmula, en principio, parece que si existe alguna condición o circunstancia personal o social que pueda afectar al individuo y al pleno desarrollo de su personalidad, es su orientación sexual. Una vez sentado su carácter de causa prohibida de discriminación por su consideración de “*condición o circunstancia personal o social*”, hay que justificar que, efectivamente, la orientación sexual se ajusta a los parámetros requeridos, utilizados para que, a determinadas circunstancias, una vez incluidas en la cláusula abierta por constituir una condición o circunstancia personal o social susceptible de discriminación, les sea aplicable el test estricto de igualdad. Dichos parámetros son los adoptados de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo Americano y que consideramos aplicables a España, para determinar la conveniencia del juicio estricto a nuevas categorías –aunque el Tribunal Constitucional no los ha asumido como propios, estableciéndolos como rasgos caracterizadores de causas especialmente sospechosas de discriminación, evitando así su aplicación del juicio estricto-.

No obstante, existe una nueva vía por la que puede argumentarse la equiparación de la “orientación sexual” al resto de causas expresamente prohibidas de discriminación, teniendo en cuenta el carácter abierto que da a la lista la cláusula abierta. Esta vía parte de la inminente Constitución Europea -de la que ya contamos con un Proyecto-. Como es

sabido, la Constitución Europea contendrá una parte dedicada a derechos fundamentales, que no es sino una transcripción de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2.000, entre los que se encuentra el artículo.

La diferencia entre ambos textos –Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y Constitución Europea- es esencial, ya que mientras el primero era una mera declaración de derechos sin eficacia jurídica ni vinculación, el segundo tendrá plenos efectos jurídicos y efectos vinculantes para las partes firmantes. Por este motivo, el precepto que recoge la igualdad y derecho a no ser discriminados, aunque mantiene la misma redacción en los dos textos, adquiere eficacia jurídica.

Se trata del **artículo 21 (Proyecto de Constitución Europea)-no discriminación-**: 1.- *“se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u **orientación sexual**”*; 2.- *“se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación de del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea y sin perjuicio de las disposiciones particulares de dichos Tratados”*.

Es importante tener en cuenta los efectos de la Constitución Europea en nuestro Ordenamiento, debido a su carácter de Derecho originario, por tratarse de Derecho comunitario, y al principio de primacía de que goza éste, prevaleciendo sobre el Derecho interno en caso de conflicto. Además, la propia Constitución prevé en su artículo 10.2 CE la necesidad de interpretarla en conformidad a los Tratados Internacionales ratificados por España.

Así las cosas, en la Constitución Europea, la “orientación sexual” constituirá una de las causas expresamente prohibidas de discriminación, por lo que cualquier medida fundada en dicha causa, deberá pasar por un juicio estricto que justifique el trato diferenciado, argumentando así su constitucionalidad.

El nuestro, será uno de los Estados firmantes de la Constitución Europea, lo cuál plantea ciertos interrogantes respecto a la cuestión que abordamos. Primeramente, antes de ratificar el texto europeo debe comprobarse que es acorde con la Constitución pues, de no ser así, habría que plantearse una nueva interpretación constitucional conforme al nuevo texto. De no ser así, podría incluso plantearse la posibilidad de una reforma constitucional para hacer posible dicha ratificación. En puridad, esto es lo que ocurre en el caso en cuestión. Próximamente se aprobará una Constitución Europea que España está dispuesta a ratificar, con la salvedad de que dicho texto europeo prohíbe expresamente la discriminación por “orientación sexual”, mientras que la Constitución Española no lo prevé en su listado de causas prohibidas de discriminación; si bien podría hacerlo en virtud de una cláusula abierta prevista por el constituyente, aunque de hacerlo debería darle el mismo tratamiento que a las causas expresamente prohibidas, esto es, juicio estricto.

La requerida equiparación de la orientación sexual al resto de causas expresas, venía siendo una exigencia social, moral, y ahora se ha convertido finalmente en exigencia jurídica, consecuencia del deber de acomodarnos al derecho comunitario. Además, de llegar a la supuesta reforma, no se trataría de una reforma agravada de las especialmente protegidas por el constituyente a través del artículo 168 CE, sino de un procedimiento de reforma ordinario del artículo 167 CE.

Sin embargo, no considero conveniente ni necesaria la reforma constitucional para dar solución a esta cuestión. Teniendo en cuenta el carácter abierto y flexible de nuestra Carta Magna y, en concreto, del

artículo 14 CE, la *orientación sexual* puede entenderse incluida dentro del elenco de causas expresamente prohibidas, en consonancia con la futura Constitución Europea, reservándole así un juicio más estricto en el control de los parámetros de igualdad ante determinadas medidas diferenciadoras.

Nuestro objetivo es aplicar el juicio estricto de igualdad a las medidas diferenciadoras fundadas en la “orientación sexual”, evitando así que ciertas medidas diferenciadoras, sospechosas de discriminación hacia el colectivo homosexual, sean permitidas al escapar de un control más estricto.

Estas medidas, en las que se toma como nota diferenciadora la orientación sexual, son tomadas en muchos ámbitos, creando situaciones que más allá de ser diferenciadoras, en ocasiones ofrecen verdaderas dudas sobre su constitucionalidad. Sin embargo, existe un ámbito donde más claramente pueden apreciarse estas dudas, debido a la omisión de regulación de la situación del colectivo homosexual, en comparación con la mayoría heterosexual. Se trata de la convivencia homosexual, no regulada jurídicamente, en base a un trato diferenciado respecto al resto de la población, por el mero hecho de su orientación sexual.

En el caso de tomar como *tertium comparationis* el **matrimonio**, es preciso perfilar la similitud, no a través de una comparación fáctica entre los distintos supuestos, sino que hay que dilucidar si las situaciones aparecen como jurídicamente diferentes o no respecto al fundamento de la norma en cuestión. El fundamento de la norma que prevé el matrimonio –artículo 32 CE-, parece ser la constitucionalización de la institución matrimonial como vínculo de unión “tradicionalmente” admitida entre hombre y mujer, cuyo trasfondo no es otro que garantizar una comunidad de vida como núcleo familiar. Sin embargo, no podemos negar que el concepto de “familia” ha evolucionado de un modo insospechado en los últimos años, dando un vuelco al concepto tradicional que se había acuñado de él.

Hasta ahora, nos hemos referido al matrimonio como unión “tradicionalmente” admitida entre hombre y mujer porque, el hecho de que esté recogido constitucionalmente sólo para hombre y mujer y así se haya interpretado tanto por el Tribunal Constitucional como por la mayoría de la doctrina es una postura tradicional que responde al hecho de la época en que esta norma fue redactada, en la que los homosexuales apenas habían comenzado a dar a conocer su condición. El trasfondo de la norma sin embargo no es que se unan el hombre y la mujer cuyo único sentido sería el elemento reproductor, ya que, no es la perpetuación de la especie la razón de ser de la norma.

Hoy día, se puede plantear que el verdadero trasfondo de la norma es otro; si ahondamos en ella, podríamos afirmar que su verdadero significado no es sino garantizar constitucionalmente la unión de dos personas para ejercer libremente su derecho a formar una comunidad de vida, es decir, a formar el núcleo de lo que será una familia y esto es lo que en realidad parece querer proteger la Constitución Española. Es difícil romper moldes, siempre lo ha sido, especialmente si son moldes antiguos y con una arraigada tradición histórica, legal y social, como ocurre en el caso de la institución matrimonial.

Teniendo en cuenta el fundamento de la norma constitucional, puede advertirse que existe una similitud entre ambas situaciones - uniones homosexuales y matrimonios- y, sin embargo, una evidente diferencia de trato entre ambas que no es objeto del examen o test de razonabilidad en sentido estricto sino tan solo de un juicio de mínimos que pasa por alto tal situación.

En el caso de tomar como supuesto de hecho de referencia las **parejas de hecho heterosexuales**, la situación cambia. Aquí, los supuestos de hecho siguen siendo similares pero varía el fundamento de la norma no persiguen formar una plena comunidad de vida, puesto que

si así fuese, podrían casarse y así adquirir todos los derechos y obligaciones que el matrimonio conlleva.

Un tercer juicio podría ser el aplicado al caso de comparar el supuesto de las parejas de hecho heterosexuales con el del matrimonio, donde tampoco cabría la aplicación del test estricto de razonabilidad ya que las parejas de hecho heterosexuales, como acabamos de apuntar, no coinciden con los matrimonios en el fundamento de la norma, pese a reclamar derechos matrimoniales.

Por el contrario, sí habría que aplicar el test estricto de razonabilidad justamente a las normas que perjudican al colectivo homosexual, como colectivo desfavorecido, cuyo parámetro de discriminación está constitucionalmente reconocido en el artículo 14 CE. Aquí es donde se abre de nuevo el paradigma constitucional de la “orientación sexual”, ya que el Tribunal Constitucional no le aplica este juicio al no asimilarlo a las causas expresamente prohibidas en el artículo 14 C.E., aunque parece haber suficientes argumentos para justificar esta inclusión y, por ende, la aplicación de este tipo de juicio a cualquier norma que perjudique directamente al colectivo homosexual por razón de su homosexualidad.

Hasta aquí hemos deducido qué tipo de test de igualdad es el aplicable al colectivo homosexual ante las diferenciaciones normativas a las que se ven sometidos, concluyendo que debería aplicárseles el juicio estricto de igualdad. Es en este punto cuando corresponde analizar las consecuencias que conllevaría la aplicación práctica de este test de igualdad por el que apostamos.

El resultado de la aplicación de un juicio estricto de igualdad a las diferenciaciones normativas a las que se ven sometidas las uniones homosexuales en relación al matrimonio traería como consecuencia el tener que argumentar la razonabilidad de la medida diferenciadora adoptada –en la mayoría de los casos, diferenciaciones normativas por

“omisión”, al no reconocer jurídicamente la figura de la unión homosexual ni beneficios jurídicos para ellas- probando así su plena constitucionalidad. Tendría el deber de justificar que la finalidad perseguida viene impuesta por la Constitución. De no ser así, la medida sería inconstitucional, por discriminatoria. No obstante, las consecuencias concretas de la aplicación de este test más estricto de igualdad habría que estudiarlas detenidamente caso por caso en cada uno de los supuestos en que son tratados de forma diferenciada.

No podemos olvidar la reciente propuesta de regulación del matrimonio homosexual –por el actual Gobierno-. Se trata de una atractiva y esperada propuesta aunque habría que analizar detenidamente su contenido para determinar si efectivamente elimina los posibles problemas de igualdad o aún hace algunas distinciones hacia las parejas homosexuales.