

HOMOSEXUALIDAD: EQUIPARACION O DIFERENCIA

Paloma Durán y Lalaguna.

Prof. Titular de Filosofía del Derecho.

Universidad Jaume I.

Plantear en estos momentos una referencia a la homosexualidad, implica tener en cuenta numerosos factores, que afectan no sólo al ámbito estrictamente legal, sino a su justificación en el marco de la teoría de la justicia; y en todo caso, remite a soluciones y explicaciones que tienen su argumentación última en la propia condición humana.

En este sentido, las últimas Conferencias mundiales convocadas por Naciones Unidas han presionado para incluir en sus documentos, la orientación sexual como herramienta esencial a efectos de erradicar la discriminación por este factor. Quizá de un modo mucho más claro, en la IV Conferencia mundial sobre la mujer, en 1995, los debates centraron la atención no sólo en la no discriminación por orientación sexual, sino en la incorporación de ésta de modo explícito, en los documentos oficiales.

La cuestión está en que aceptar la "orientación sexual" en este contexto lleva consigo una nueva definición de las relaciones humanas; y como consecuencia, una lectura diferente del concepto de familia, con las implicaciones que todo ello tiene desde el punto de vista jurídico, social, político, y en todo caso, humano.

No voy a desarrollar aquí un balance histórico sobre la evolución que ha habido en el tratamiento de la homosexualidad¹, sino más

bien trataré de plantear primero cómo se ha ofertado la incorporación de la "orientación sexual" respecto a la no discriminación; y posteriormente intentaré enfocar la cuestión desde el mundo del Derecho.

La cláusula de la "orientación sexual".

La mayor parte de las Constituciones europeas contemplan un reconocimiento genérico de la no discriminación, que suele especificarse después en factores como el nacimiento, el sexo, o la religión. En el caso español, la Constitución de 1978 afirma en su artículo 14 la igualdad de todos los españoles 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*.

En Europa, solamente la nueva Constitución alemana incluye la no discriminación por razón de orientación sexual. En los demás Estados europeos, se han elaborado cláusulas generales acerca de la igualdad, pero no especialmente referidas a los homosexuales, de manera que su aplicación e interpretación dependerá de los Tribunales². Teniendo en cuenta que hay algunos Estados, como es el caso de Luxemburgo, Bélgica o Dinamarca, donde los Tribunales tienen poco margen de actuación a efectos de definir la constitucionalidad de las leyes.

En la mayor parte de los casos, el tratamiento de la orientación sexual se ha conducido por la vía de la igualdad y la no discriminación. Son numerosos los autores que entienden que la homosexualidad es una manifestación del derecho a la propia determinación, que aún no estando reconocida en los textos legales, se considera como un pre-

supuesto necesario para el despliegue y desarrollo de los derechos humanos³. El derecho a la propia determinación se manifiesta, en esta línea, en el respeto a la dignidad y libertad humana, que cada persona concreta del mejor modo para el desarrollo de su personalidad. De ahí que el derecho reclamado por los homosexuales implica su derecho a su propia determinación, lo que lleva consigo el derecho a expresar y practicar su orientación sexual, y a tener legal y socialmente una protección de igual legitimidad y valor que la heterosexualidad⁴.

Sin embargo, este argumento, que no deja de resultar coherente y fácil de admitir, tiene también sus quiebras. Fundamentalmente si se tiene en cuenta que en materia de igualdad y no discriminación, se mantiene un criterio genérico de protección, con la idea de incluir a todas las personas, sin calibrar entre ellas ningún tipo de diferencia. El reconocimiento de un derecho "específico" a la orientación sexual, reclamaría de modo paralelo el reconocimiento de derechos "específicos" para todos aquellos grupos que dentro de la sociedad están diferenciados por algún tipo de situación "específica". De manera que sería necesario recoger legalmente una protección para quienes no se considerasen plenamente integrados dentro del grupo social. Pero ese criterio, rompería automáticamente el sentido de la igualdad y la no discriminación.

Si efectivamente se entiende la igualdad no sólo como un valor superior del ordenamiento jurídico (que podría ser interpretado como un principio general del Derecho, positivizado en el texto constitucional), sino como un presupuesto de ejercicio de los derechos fundamentales (en los términos del

artículo 14 de nuestra Constitución), se está subrayando un criterio común aplicable a toda persona. Pero si dentro de esa cláusula general, se empiezan a incluir matizaciones dependiendo de las circunstancias de sectores concretos de población, la fórmula general no tiene sentido. Y lo que es peor, podría derivarse en una tipificación detallada de los supuestos de falta de igualdad, que no podría nunca ser completa, y que en definitiva, nos remontaría nuevamente a los argumentos del iusnaturalismo racionalista, al que tanto se ha criticado desde los mismos sectores que ahora se aplaude una segregación de la igualdad.

Por otra parte, la pauta tradicional de utilización de un criterio genérico para proteger la igualdad, no ha impedido que en algunos Estados, se hayan aprobado de modo paralelo disposiciones específicas prohibiendo la discriminación por orientación sexual, especialmente en el ámbito laboral. Es el caso de Francia, que introdujo en la reforma laboral de 1986, la no discriminación por razón de *moeurs*; o de Dinamarca, cuya reforma de la legislación prohibitiva de la discriminación, en julio de 1987, incorporó la referencia a la orientación sexual; o Alemania, donde la legislación penal ha definido expresamente en qué consiste la discriminación en el artículo 90 del Código Penal, considerando como tal las distinciones injustificadas que tienen un efecto negativo en el ejercicio de los derechos humanos en el ámbito de la vida política, económica, social y cultural⁵.

Con todo, la igualdad implica una consideración ilimitada de respeto a la persona, independientemente de las circunstancias o de elementos que la definan de modo esen-

cial. La igualdad protege la propia noción de persona, que en aras de su dignidad merece un respeto, y una consecuencia inmediata: la libertad de desarrollar su propia personalidad. De ahí que matizar protecciones específicas pueda también interpretarse contrario a la igualdad, en cuanto que no es posible agotar todas las situaciones de desigualdad que se puedan dar dentro de una sociedad. Y más complicado es todavía utilizar el argumento en el ámbito internacional, donde los supuestos se multiplican, y responden a ámbitos culturales y socio políticos muy diferentes.

Prueba de ello son las discusiones que se plantearon en torno a esta cuestión en la IV Conferencia mundial sobre la mujer. Los países islámicos objetaron y criticaron la incorporación de la orientación sexual en la Plataforma de Acción que se iba a aprobar; y los representantes de la sociedad occidental, especialmente la Unión Europea y Estados Unidos con Canadá, ofertaban un apoyo importante a la incorporación del término. El consenso no fue posible, y finalmente no se incorporó dicha referencia, especialmente en los apartados del documento en los que se incluía la orientación sexual como un criterio más a valorar en todos los estudios estadísticos.

Por todo ello, bien podría afirmarse que la homosexualidad como realidad social, pasa necesariamente por la situación de personas concretas. Y en este sentido, la protección a la persona -como se ha señalado- está incluida en la fórmula de la igualdad y la no discriminación para todos los ciudadanos/as. Sin que esto sea obstáculo para tomar medidas en orden a evitar discriminaciones más explícitas en ámbitos de actuación concretos.

La situación desde el punto de vista jurídico.

Todas las afirmaciones sobre la igualdad no resultan, sin embargo, suficientes, para solucionar algunos problemas puntuales que se vienen planteando.

En algún caso, se ha criticado la actuación de los Tribunales, calificando las decisiones de estos cuando se ha interpretado no tanto el respeto a la persona que es homosexual, sino el posible delito de escándalo público que el ejercicio de la homosexualidad ha llevado consigo en algunos supuestos⁶. Aunque obviamente hay que diferenciar ordenes normativos, es difícil establecer una línea clara de separación entre Derecho y moral. La problemática no es nueva, pero en cualquier caso, pienso que no es aplicable al tema que analizamos. No se trata de utilizar argumentos morales, para rechazar una protección jurídica concreta. Más bien, es necesario apelar a la condición humana como presupuesto de ejercicio de cualquier derecho. Y en este sentido, la interpretación de lo que sea la condición humana está también supeditada al momento histórico, a los criterios culturales, sociales y tradicionales que haya vigentes en una sociedad.

En ese caso, si el problema que se plantea es el de los límites entre los derechos de la persona, y la comunidad en la que vive, pienso que resulta válido el argumento de la "integración" de R. DWORKIN, de acuerdo con el cual el valor de los bienes de cada individuo es (entre otras cosas) reflejo y función de los valores de vida de la comunidad en la que vive; de modo que el tipo de sociedad condiciona la concepción que se tenga del papel del sujeto⁷.

Sin embargo, los dilemas entre interpretación moral y jurídica, así como la jerarquía de actuaciones persona/grupo social, suelen ser más problemáticos cuando nos referimos a cuestiones puntuales.

Podría decirse que el reconocimiento de la homosexualidad como realidad específica sujeta a protección plantea discusión entre otros, en tres campos concretos:

a) la definición de familia, y la correspondiente protección de las parejas de hecho.

b) el reconocimiento de la homosexualidad como una forma de ejercicio del derecho a la vida privada y familiar.

c) la cuestión de la adopción por parte de parejas homosexuales, y el consiguiente reconocimiento de la paternidad/maternidad, según los casos.

En estos tres aspectos, desborda la pretensión de reconducir la cuestión a la protección de la persona como tal. En definitiva, se está reclamando una toma de posición que equipare a la familia tradicional (basada en la unión matrimonial entre varón y mujer), con las denominadas "familias homosexuales", cuyo origen es la relación de una pareja homosexual. La reciente ley norteamericana sobre defensa del matrimonio -permitiendo a los Estados no dar valor legal a las uniones de homosexuales⁸- ha abierto la polémica acerca de la equiparación, sobre la que no hay consenso a nivel internacional. Los registros de parejas de hecho en España sólo tienen efectos administrativos, pero no civiles, no estando reconocido el matrimonio para personas del mismo sexo, ni tampoco para hermanos que viven una relación "matrimonial".

Por otra parte, la problemática no implica sólo una lectura diferente de la familia, sino

también una interpretación de las consecuencias de la adopción por parte de parejas homosexuales, o en su caso, de la inseminación artificial en una mujer que convive con su pareja homosexual, y a las que el inicial donante anónimo del esperma reclama su paternidad y custodia respecto al hijo nacido por fecundación artificial⁹.

En todos estos casos, se excede de la relación entre dos personas, y nos situamos en un contexto en que figuran menores, con los matices respecto a la tutela y a la guardia y custodia de los mismos. Sin entrar aquí en la dinámica del derecho a tener una familia que Naciones Unidas reconoció para los menores en la Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General en 1989, y ratificada posteriormente, entre otros, por el Estado español.

Ya se ve que del reconocimiento de la igualdad para la persona, a la equiparación de las relaciones homosexuales y heterosexuales hay una gran diferencia. Con la pauta de los hechos, la equiparación no parece posible. Si lo que se busca es reconocer en los mismos términos la homosexualidad y la heterosexualidad, desde el punto de vista jurídico no resulta viable. Pero no porque se utilicen argumentos de tipo moral; resulta suficiente apelar a la condición humana y a los bienes que le resultan inherentes. El bien (si efectivamente puede hablarse en los dos casos en sentido propio de "bienes") que se intenta proteger en uno y otro caso es diferente, y por tanto la solución jurídica no puede ser la misma. Otra cosa es la pretensión de un tratamiento específico para las relaciones homosexuales, en todos los ámbitos, en cuyo caso habría que apelar a una lec-

tura objetiva de la condición humana, y en último caso a la definición de lo que sea la persona humana.

Ref. Bibliográficas

1 cfr. al respecto el trabajo de N. PEREZ CANOVAS, *Homosexualidad (homosexuales y uniones homosexuales en el Derecho español)*, Comares, Granada 1996; si bien está centrado en el ámbito jurídico, contiene un primer apartado en el que se recogen suficientes referencias de tipo histórico.

2 Las diferencias de interpretación son claras: entre otros, puede constatarse el caso de Holanda, cuyo Tribunal de Apelación interpretó que dentro de la fórmula de "no discriminación" está incluido el elemento de la orientación sexual. En el caso de los Tribunales franceses, la jurisprudencia no es unánime, y según los casos se ha entendido incluida o no la orientación sexual, dentro de los elementos de no discriminación.

3 cfr. sobre el argumento, VVAA, *Homosexuality: a European issue*, Martinus Nijhoff, 1993.

4 cfr. al respecto, P. DURAN Y LALAGUNA, *Los límites del Derecho*, Comares, Granada 1996, especialmente el capítulo II, *La homosexualidad*, pp.91-ss.

5 cfr. P. DURAN Y LALAGUNA, *Los límites...op.cit.*, p. 121.

6 Es relevante en esta línea la crítica llevada a cabo respecto al Tribunal Supremo español, por parte de J.J. RUIZ-RICO, citada por PEREZ CANOVAS: No hay un sólo comportamiento sexual -penado o no- que en el lenguaje de nuestros tribunales merezca tal agresividad verbal. Y piénsese que, al no ser delito, la agresividad verbal sólo puede proceder de "juicios morales" y no de "juicios jurídicos", con lo que se refleja la frecuencia con que los tribunales, en lo que a la sexualidad se refiere, van mucho más allá de su tarea para convertirse en predicadores (indebidos, a mi juicio) de una ortodoxia que, como siempre ocurre, oculta una ortopedia con ribetes de cruzada moral (cfr. del autor, *op. cit.*, p.70).

7 cfr. del autor, R. DWORKIN, *Liberal community*, en G. DWORKIN, *Morality, Harm an the Law*, Westriew Press, San Francisco 1994.

8 Resulta significativo el cambio planteado en las últimas elecciones norteamericanas; las anteriores apelaron a la necesidad de proteger a la comunidad gay/lesbiana, pero el cambio ha sido notorio en las últimas. No deja de ser paradójico que la transformación se haya realizado para asegurar todos los votos que se habían perdido precisamente por mantener la posición inicial. Quizá sería necesario plantear qué lectura puede hacerse del concepto de familia en la sociedad americana, aunque obviamente desborda el objetivo de estas líneas.

9 cfr. sobre esta cuestión, y sobre las graves consecuencias jurídicas, el libro de J. NAVARRO VALLS, *Matrimonio y Derecho*, Tecnos, Madrid 1995, especialmente el epígrafe 5.4, *Especial análisis de la escisión entre sexualidad, procreación y matrimonio*, pp. 113-ss.