

NOTA INTRODUCTORIA

Por

MANUEL ARAGÓN

Revistas@iustel.com

Revista General de Derecho Constitucional 17 (2013)

Esta Revista ha querido dedicar un número monográfico al examen jurídico de una realidad a la que el Derecho no puede ser ajeno: la sexualidad, no sólo como naturaleza, sino también como orientación. De ese hecho se derivan una serie de consecuencias de relevancia jurídica indudable en muy diversos planos, que abarcan desde los derechos anclados en el libre desarrollo de la personalidad hasta la garantía de la igualdad y la no discriminación. Relaciones contractuales, matrimonio y uniones de hecho, adopción de menores, percepción de prestaciones públicas y, en general, toda suerte de situaciones jurídicas sometidas a los diversos sectores del ordenamiento están o pueden estar traspasadas por las cuestiones derivadas de la orientación sexual o de la llamada identidad de género. De ahí la conveniencia de acometer, como se ha hecho en el presente número, una reflexión rigurosa sobre el tratamiento jurídico que tales cuestiones han recibido o deben recibir, pues el Estado de Derecho así lo exige.

Esa reflexión se ha intentado que sea, si no exhaustiva (algo de imposible consecución, sobre todo dentro de los límites de un número de la Revista), al menos amplia y plural. Así, en primer lugar, se examinan los problemas que acerca de esta cuestión se han planteado, y las respuestas normativas que han recibido, en el Derecho internacional (sobre todo en el marco de la ONU), en el Derecho de la Unión Europea y del Consejo de Europa y en el Derecho extranjero, acudiendo en este caso a una muestra de Estados europeos y americanos que se ha estimado significativa: Francia, Alemania, Italia, México, Argentina y Brasil. Y después, en segundo lugar, se examina el problema en España, optándose por realizar ese examen desde dos planos, el material y el sectorial. Los estudios se cierran con la inclusión de diversos comentarios a la STC 198/2012 relativa al matrimonio entre personas del mismo sexo. En el presente número monográfico se han reunido, de ese modo, más de una veintena de trabajos elaborados por autores de reconocida competencia en las materias o aspectos de que tratan.

Como antes se dijo, el problema de fondo es de una indudable relevancia, ya que en él desempeñan un papel primordial dos grandes principios del Derecho Constitucional: el libre desarrollo de la personalidad y la igualdad sustancial de todas las personas en sus derechos y obligaciones, igualdad que cobra una especial intensidad en este ámbito, en cuanto que se presenta como el derecho a la no discriminación por razón de sexo u orientación sexual, cuya garantía es una de las conquistas últimas que se han ido logrando en el largo camino hacia la libertad en igualdad. El proceso que en el mundo moderno ha experimentado lo que muchos mal llamaban heterodoxia sexual ha ido desde la persecución (no tan lejana y aún viva, lamentablemente, en muchos lugares) a la simple tolerancia (que fue un paso adelante, aunque insuficiente en un Estado democrático de Derecho) y, por fin, a su consideración como derecho subjetivo con sus consiguientes garantías, que es lo que el tipo de Estado al que acabo de referirme demandaba.

Dicho lo anterior, lo que no cabe, ni en ésta ni en ninguna otra cuestión jurídica de entidad, es tratarla con simplificación. Entre la no discriminación por razón de sexo y la no discriminación por razón de orientación sexual existen diferencias que el Derecho no puede dejar de tener en cuenta, no, claro está, para negar la segunda, sino para delimitarla en sus contornos precisos. También hay diferencias, por ejemplo, entre las características del matrimonio entre personas de distinto sexo y las del matrimonio entre personas del mismo sexo, que el Derecho ha de tener en cuenta, no para negar el segundo tipo de matrimonio, sino para reconocer determinadas e intransferibles peculiaridades del primero. De la confusión sólo se deriva un peor Derecho y, por ello, únicamente a partir de la distinción puede asentarse válida y correctamente la no discriminación. Lo contrario conduce a soluciones normativas y jurisprudenciales que, por ocultar los problemas, terminan siendo ineficaces en la práctica para lograr el designio garantista o protector que pretenden.

Las cuestiones de que se ocupa este número de la Revista son un campo abonado para el empleo de dos armas que en el Derecho debieran estar proscritas: la innovación irreflexiva y el conservadurismo irrazonable. El Derecho tiene que garantizar la no discriminación por motivos de sexo u orientación sexual, así como aportar soluciones al problema de la llamada identidad de género (aunque sería más correcto en nuestro idioma denominarla identidad de sexo, creo yo). Y ello no sólo porque “lo requieran los tiempos”, sino, sobre todo, porque lo requieren un valor y un principio que son básicos en un Estado constitucional democrático de Derecho: la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, que, además, en España se encuentran positivados en el art. 10.1 de la Constitución.

Este es, pues, un objetivo que la legislación y la jurisprudencia, en primer lugar la jurisprudencia constitucional, han de perseguir. Creo poder decir, con algún conocimiento de causa, que ese objetivo ha estado muy presente en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional en los últimos años. Que ha sido, a mi juicio, una jurisprudencia decididamente garantista, pero también equilibrada, en cuanto que en la casi totalidad de los casos no ha incurrido, creo, en ninguno de los dos males o defectos que antes señalé. Citaré sólo, en tal sentido, las SSTC

-41/2006, de 13 de febrero: discriminación por razón de la orientación sexual; otorga amparo a un trabajador despedido existiendo indicios razonables de que la decisión empresarial pudo obedecer a su condición de homosexual, aunque concurrían también motivos de incumplimiento laboral por parte del trabajador (despido pluricausal).

-176/2008, de 22 de diciembre: determinación del régimen de visitas de un progenitor transexual; denegación del amparo al descartar la pretendida vulneración del derecho a no ser discriminado por razón de la orientación sexual pues la restricción temporal de los derechos de visita de un padre transexual no se debe a su condición, sino que se justifica con pruebas periciales psicológicas sobre riesgos relevantes para su hijo menor de edad. Esta STC fue confirmada por la Sentencia del TEDH de 30 de noviembre de 2010, asunto P.V. c. España.

-77/2009, de 26 de marzo: deniega el amparo, excluyendo la pretendida vulneración de las libertades de información y expresión, a la editora de una revista que, con ocasión de un reportaje sobre la secta "Ceis" publicó fotos de una persona desnuda sin su consentimiento e incluyó en el reportaje expresiones referidas a su condición homosexual y a su actividad sexual, que son injuriosas y aparecen desvinculadas de cualquier finalidad informativa.

-198/2012, de 6 de noviembre: desestima el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, para permitir que pueda ser contraído entre personas del mismo sexo; se reconoce la constitucionalidad de esa Ley. Cuenta con cuatro votos particulares, uno de ellos concurrente y los otros tres discrepantes.

-41/2013, de 14 de febrero: estima la cuestión de inconstitucionalidad planteada declarando inconstitucional una exigencia legal para obtener pensión de la Seguridad Social en supuestos de parejas de hecho, y que podía afectar negativamente, aunque no sólo, a parejas del mismo sexo. Cuenta con el voto particular de un magistrado al que se adhieren otros tres. La STC 55/2013, de 11 de marzo, aplica esa doctrina otorgando el amparo al recurrente, a quien se había denegado la pensión de viudedad tras el fallecimiento de su compañero, también varón, con el que había convivido maritalmente durante diecinueve años.

Discúlpeleme esta relación de jurisprudencia constitucional, probablemente impropia de una nota introductoria que, en cuanto tal, debiera de haberse limitado a presentar el número de la Revista dando cuenta de su finalidad y contenido. En mi descargo quizás sirva la razón de mi proximidad al Tribunal, o mejor, de que aún está muy cercana en el tiempo mi pertenencia a él, y ello me permitía contribuir, cuando todavía tengo fresca la memoria, a las reflexiones que son objeto de este número monográfico facilitando esos datos.