

ORIENTACIÓN SEXUAL Y NO DISCRIMINACIÓN: EL DEBATE EN EUROPA*

ALICIA RIVAS VAÑÓ
Y MIGUEL C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO**

ÍNDICE:

1. Introducción: la orientación sexual como causa de discriminación; 1.1. La orientación sexual y sus consecuencias jurídicas; 1.2. Peculiaridades de la orientación sexual como causa de discriminación
2. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la discriminación por orientación sexual; 2.1. El reconocimiento del derecho a la vida privada: el caso *Dudgeon*; 2.1.1. Particularidades del art. 8 del Convenio y de su aplicación en relación a la orientación sexual, 2.1.2. Valoración de la protección ofrecida por el derecho al respeto de la vida privada en relación a la orientación sexual, 2.2. El derecho a la no discriminación por orientación sexual: el caso *Da Silva Mouta v. Portugal*, 2.2.1. Particularidades del art. 14 del Convenio y de su aplicación en relación a la orientación sexual, 2.2.2. Importancia del reconocimiento de la no discriminación por orientación sexual
3. La Unión Europea y la discriminación por orientación sexual; 3.1. El “giro hacia Europa” de los colectivos homosexuales; 3.2. Orientación sexual y no discriminación por razón de sexo; 3.3. Orientación sexual, dignidad del trabajador y no discriminación; 3.4. El artículo 13 del Tratado de Amsterdam y las perspectivas para la lucha contra la discriminación por orientación sexual en el Derecho Europeo; 3.5. Orientación sexual y derechos fundamentales; 3.6. Orientación sexual y libertad de circulación
4. Transexualidad y no discriminación

* El presente trabajo tiene su origen en un capítulo sobre “Orientación sexual y Derecho Europeo” que los autores elaboraron como contribución a una obra colectiva sobre grupos desfavorecidos en Europa publicado por el Instituto de la Mujer y el Instituto Universitario Francisco de Vitoria de la Universidad Carlos III de Madrid.

** Investigadora del Instituto Universitario Europeo de Florencia y Catedrática de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales de la Universidad de Huelva, respectivamente.

1. INTRODUCCIÓN: LA ORIENTACIÓN SEXUAL COMO CAUSA DE DISCRIMINACIÓN

Uno de los aspectos que sin duda caracteriza al Derecho del nuevo milenio en todos los Estados de nuestro entorno es su compromiso en la lucha contra la discriminación en todas sus manifestaciones. Esta lucha ha ido reforzándose y extendiéndose a lo largo de dos grandes líneas de desarrollo: de un lado, la elaboración de instrumentos jurídicos más potentes y efectivos, que han mejorado la calidad de la tutela antidiscriminatoria; de otro, la identificación de nuevos factores o motivos que producen un tratamiento discriminatorio contra la persona que los detenta. Entre éstos últimamente algunos han adquirido particular trascendencia en los últimos tiempos, como son la edad¹ y la raza (en Europa); y el factor que nos va a ocupar en este trabajo, la orientación sexual. En general podemos entender por "orientación sexual" la identidad sexual del individuo, que implica la atracción sexual que éste sienta por otros individuos de su mismo sexo o del sexo opuesto; de todas las posibles formas en que pueden expresarse las preferencias sexuales de la persona, nosotros nos ceñiremos a una, la más problemática, y a la que en el lenguaje común se suele identificar con esta expresión, la preferencia sexual por personas del mismo género biológico. Identificaremos, pues, "discriminación por orientación sexual" con "discriminación por homosexualidad", incluyendo la masculina, la femenina y la bisexualidad.

En comparación con otros factores de discriminación, como veremos, la orientación sexual presenta numerosas particularidades que no hacen sino complicar la protección de los colectivos que la sufren. A esta complicación se une el hecho de que se trate de un factor que hasta muy recientemente no ha sido considerado tal, reconociéndose la homosexualidad como un elemento de la personalidad que puede suponer un trato desfavorable para la persona que la experimenta o ejerce. Ello explica que generalmente se considere que nos encontramos ante el último colectivo necesitado de una protección jurídica específica en Europa, en un momento en el que todos los demás ya la están recibiendo; o también, desde otra perspectiva, ante el último motivo de discriminación contra el que el Derecho ha reaccionado. En el caso español este carácter se traduce en una atención doctrinal todavía muy escasa, en contraste con otras causas o motivos de discriminación²; sólo en los últimos años pueden encon-

¹ Un estudio reciente de la discriminación por razón de edad en J. APARICIO TOVAR, "Discriminación por razón de edad", en J.F. LOUSADA AROCHENA & M. MOVILLA GARCÍA (coords.), *Derechos Fundamentales y contrato de trabajo*, Comares, Granada, 1998, pg. 1.

² Una temprana referencia a la discriminación por orientación sexual puede encontrarse en la contribución de G. GIUGNI, con el título de "Political, religious and private-life discrimination", al clásico trabajo sobre discriminación coordinado por F. SCHMIDT, *Discrimination in Employment: a study of six countries by the Comparative Labour Law Group*, Almqvist & Wiksell International, Estocolmo, 1978, pg. 191 sigts.

trarse en nuestras revistas jurídicas especializadas algún estudio sobre esta cuestión³.

El presente trabajo intenta ofrecer una visión general de la orientación sexual como factor de discriminación, y presentar una faceta de la lucha jurídica contra ésta, la producida hasta la fecha por las instituciones europeas, tanto del Consejo de Europa como de la Unión Europea. Para ser rigurosos habría que ofrecer también una referencia a los instrumentos adoptados por los Estados europeos en su lucha contra la discriminación por este motivo, pero ello excedería de las dimensiones de este estudio, mostraremos, por ello, tan sólo una parte de la realidad europea, pero una parte relevante, porque debido a la naturaleza jurídica de las normas implicadas las consecuencias jurídicas para nuestro país pueden ser de primer orden. La lucha contra la discriminación por orientación sexual en España se construye, así, a lo largo de las líneas directrices fijadas por estas fuentes supranacionales al respecto.

1.1. La orientación sexual y sus consecuencias jurídicas

Históricamente el tratamiento de los homosexuales se ha caracterizado por dos notas, aún válidas en gran medida: de un lado, la persecución; de otro, la ignorancia, el desconocimiento de esta situación, como un colectivo olvidado que nunca ha recibido ni la atención ni la simpatía de las que otros grupos en situación similar han disfrutado. Así, muy pocos recuerdan que los homosexuales se encontraban entre las víctimas del Holocausto nazi, siendo el último colectivo que recibió reconocimiento y compensación⁴; y que también fueron virulentamente perseguidos por los regímenes comunistas de todo el mundo. En Estados Unidos las prácticas homosexuales siguen siendo delito en la mitad de los Estados, aunque el grado de cumplimiento de esta regulación varía mucho⁵. Y dentro de Europa, Rumania es un ejemplo muy claro de sistema jurídico en el que la actividad homosexual está penalmente perseguida. Tal es la situación de los colectivos homosexuales en muchos

³ Por señalar dos excelentes trabajos muy recientes, ambos firmados por iuslaboralistas, J.M. MORALES ORTEGA, "Nuevos fenómenos discriminatorios: homosexualidad y transexualidad", *Relaciones Laborales*, nº 18, 1999, pg. 55 sigts.; y Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, "El principio de no discriminación sexual en el Derecho Social Comunitario: ¿avance sustancial del Tratado de Amsterdam?", en A.A.V.V., *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1999, pg. 363 sigts.

⁴ R. PLANT, *The Pink Triangle: the Nazi War against Homosexuals*, Mainstream Publishing, Edinburgh, 1987.

⁵ Véase M. CARRERAS, "Orientación sexual y discriminación en Norteamérica", *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº 19-19, 1996.

países que en muchos casos es considerada como uno de los motivos para garantizar el asilo político⁶.

Dentro del ámbito geográfico de la Unión Europea nos encontramos con situaciones muy diferentes, bien que dentro de un clima común de tolerancia más o menos abierta. De esta manera, aunque en ningún Estado miembro se reconoce expresamente en la Constitución la prohibición de la discriminación por orientación sexual, en varios de éstos los Tribunales Constitucionales respectivos la han deducido de las cláusulas generales de no discriminación. En algunos Estados miembros se incluye expresamente la orientación sexual como una de las causas de discriminación en el empleo prohibidas⁷. También en algunos se reconoce a las parejas homosexuales un estatus jurídico próximo al matrimonial. Existen Defensores de los Homosexuales en determinados Estados, con competencias específicas para ocuparse de los problemas de este colectivo. Pero también en varios Estados se sigue imponiendo una edad mínima para el consentimiento sexual más alta para las prácticas homosexuales. En muchos se limita o prohíbe la adopción de niños por parejas homosexuales. En casi todos se coloca a las parejas homosexuales en un nivel de protección jurídica muy inferior al que reciben los matrimonios o incluso las parejas de hecho heterosexuales.

Los problemas jurídicos a los que se enfrentan los homosexuales en Europa no se limitan a los de una posible sanción penal por las prácticas sexuales que puedan desarrollar; si así fuera, a decir verdad, en la Unión Europea y en prácticamente el resto de Europa no se podría hablar de la orientación sexual como problema. Hay otros muchos aspectos de la vida de los homosexuales que sufren consecuencias negativas por su condición de tales: establecimiento de límites de edad diferentes para el consentimiento sexual válido (que es generalmente superior si se trata de actividades sexuales con personas del mismo sexo); restricciones a la libertad de expresión y asociación; discriminaciones en el empleo y condiciones de trabajo; prohibición de acceso a determinados cargos o profesiones; vejaciones y acoso...⁸. Hay dos

⁶ Sobre la relación entre homosexualidad y asilo político E. D. RAMANATHAN, 'Queer Cases: A Comparative Analysis of Global Sexual Orientation-Based Asylum Jurisprudence.' *Georgetown Immigration Law Journal*, vol. 11, 1996, pg. 1; y S. B. GOLDBERG, 'Give Me Liberty or Give Me Death: Political Asylum and the Global Persecution of Lesbians and Gay Men.' *Cornell International Law Journal*, vol. 26, 1993, pg. 605.

⁷ En concreto en Suecia, Irlanda, los Países Bajos, Francia, Finlandia y Dinamarca.

⁸ Para un análisis global de la situación de los homosexuales véanse los estudios de J. D. WILETS, 'International Human Rights Law and Sexual Orientation.' *Hasting International and Comparative Law Review*, vol. 18, 1994, pg. 1; y R. A. POSNER, *Sex and Reason*, Harvard University Press, 1992, pg. 37 sigts. En el ámbito europeo K. WAALDIJK, "The legal situation in the Member States", en A. CLAPMAN, & K. WAALDIJK (coord.), *Homosexuality: a European Community Issue*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1993, pg. 70. Pero la mayor fuente de información sobre el tratamiento jurídico de los homosexuales en prácticamente todo el mundo, analizada país por país, se encuentra en el servidor de la *International Lesbian and Gay Association (ILGA)*, en www.ilga.org/information. Esta organización ha publicado recientemente un estudio titulado *Equality for lesbians and gay men*, 1998, accesible en <http://www.steff.suite.dk/report.htm>.

aspectos de la vida de los homosexuales en los que éstos sufren especialmente. De un lado, en aquellas cuestiones relacionadas con la vida familiar, en las que la actitud de los ordenamientos europeos es todavía claramente restrictiva: reconocimiento de las parejas homosexuales y posibilidad de adopción, sobre todo. De otro, en el ámbito de la vida profesional, en el que los homosexuales sufren limitación de oportunidades, discriminación en la contratación, no reconocimiento de su vida de pareja, intrusiones en su vida privada, tratamientos hostiles, etc...⁹.

Ante estos problemas los colectivos homosexuales europeos empezaron hace ya algún tiempo una lucha para mejorar su situación. No se trata ya de obtener una tolerancia para el ejercicio de la propia orientación sexual. Lo que se intenta conseguir es un auténtico reconocimiento jurídico de este factor como derecho de la persona, y por tanto reconocimiento también de sus consecuencias en los distintos planos de la vida social¹⁰; esto es, que toda persona pueda ejercitar libremente sus preferencias sexuales, y organizar su vida de acuerdo con ellas sin restricciones o condenas.

1.2. Peculiaridades de la orientación sexual como causa de discriminación

Es indudable que la orientación sexual presenta notables diferencias frente a los otros motivos de discriminación tradicionalmente afrontados por el Derecho, lo que se refleja en su tratamiento jurídico en Europa. Generalmente se considera que la pertenencia a éste es voluntaria, fruto de una opción consciente de la persona, que por tanto debe pechar con las consecuencias de ésta; a diferencia de los otros colectivos discriminados, en los que el elemento diferenciador es una condición o peculiaridad (edad, género, condición física). También es particular la valoración que aún hoy recibe la homosexualidad en muchos sectores sociales, con una carga negativa que es desconocida en otros colectivos desfavorecidos; esta carga negativa hace que en muchos ordenamientos jurídicos se tenga ante él una posición ambivalente, de tal modo que no se sepa si es un colectivo merecedor de protección o de persecución. Se trata, por otro lado, de un colectivo muy amplio y muy plural, dentro del que se encuentran situaciones muy variadas a pesar de compartir un mismo elemento vertebrador, la preferencia sexual por personas del mismo sexo biológico. Esta pluralidad no es generalmente reconocida, sino que los colectivos homosexuales sufren por lo general una estereotipificación que los iguala de acuerdo con un prototipo de lo que es un homosexual. Dentro de este estereotipo, además, se incluye una visión del homosexual como una persona en una situación económica acomodada, que no necesita por ello más apoyo de los poderes

⁹ L. BETTEN, "Rights in the workplace", in K. WAALDIJK & A. CLAPMAN (eds.), *Homosexuality: a European Community Issue*, op. cit., pg. 335.

¹⁰ D. BORRILLO (coord.), *Homosexualité et Droit*, PUF, París, 1998; este libro lleva por subtítulo precisamente "de la tolerancia al reconocimiento jurídico"; y también R. WINTERMUTE, *Sexual Orientation and Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1995.

públicos que el reconocimiento del derecho a ejercitar sus preferencias sexuales; lo cual no es en modo alguno cierto, siendo así que los homosexuales se enfrentan en muchas ocasiones a serios problemas económicos derivados de las distintas consecuencias jurídicas y sociales de su condición (discriminación en el empleo o denegación de prestaciones sociales, por ejemplo)¹¹.

Existe un último elemento que diferencia a la orientación sexual de los demás factores o causas de discriminación. Se trata de su carácter de "factor oculto", en la medida en que supone una actitud o preferencia de la persona, y no un carácter externo claramente visible como puede ser el género o la raza. No es algo anormal entre las causas de discriminación, ya que lo mismo ocurre, por ejemplo, con la religión o las preferencias políticas. Pero en el caso de la orientación sexual se dan algunos elementos que inciden aún más en este carácter: la orientación sexual afecta a la vida sexual de las personas, uno de sus aspectos más íntimos, y que por tanto no tiene porqué salir a la luz; el primer derecho que se defiende es el de no exponer la propia identidad o preferencia sexual, porque ésta forma parte de la intimidad de la persona. Es un factor, además, que por no estar aún socialmente aceptado raramente se explicita, bien por el riesgo de discriminaciones que supone, bien por los problemas de aceptación de la propia identidad sexual que todavía sufren muchos homosexuales, como consecuencia concepciones morales y culturales muy generalizadas.

La lucha de los colectivos homosexuales por el reconocimiento de sus derechos se enfrenta, por otro lado, a unos obstáculos mucho más fuertes de los afrontados por otros grupos sociales igualmente víctimas de discriminación. Entre éstos cabe destacar, en primer término, la propia concepción social y científica de lo que es la homosexualidad. Para comenzar, la visión que la ciencia tenga de lo que es la homosexualidad ha influido de una manera decisiva en el tratamiento jurídico de ésta que se ha ido desarrollando a lo largo del tiempo. En el siglo XIX, con la evolución e importancia adquirida por los conocimientos científicos, la homosexualidad pasó de ser considerado un "vicio nefando", que se desarrollaba por la voluntad personal de las personas implicadas, a ser concebido como una enfermedad psíquica, ajena a la voluntad del individuo, una perversión sexual, a la que sin embargo era posible encontrar cura. Esta visión de la homosexualidad como enfermedad se mantendrá hasta mediados de los años setenta del siglo que acaba de terminar, y de hecho hasta no hace mucho pasaba por tal en los distintos catálogos médicos. Como consecuencia de esta nueva visión "científica" del fenómeno homosexual, muchos homosexuales cuya orientación sexual fue descubierta, se vieron obligados a someterse a "curas" en centros psiquiátricos del tipo de electroshock, negación de la propia sexualidad, terapias de reeducación, etc..., que en muchos casos llevaron a los afectados a la mutilación de los órganos genitales e incluso al

¹¹ En extenso E. VAN DER VEEN & A. DERCKSEN, "The social situation in the Member States", y R. CHILD, "The economic situation in the Member States", ambos en K. WAALDIJK & A. CLAPHMAN (coords.), *op. cit.*, pgs.131 y 161, respectivamente.

suicidio. La ciencia, afortunadamente, ha cambiado su actitud en relación a la homosexualidad, y ahora se habla de un fenómeno determinado por factores genéticos, culturales, etc., que han acabado poniendo en duda las concepciones clásicas que abogan por la dualización de la sexualidad humana en heterosexualidad y homosexualidad, considerando las nuevas teorías que un porcentaje amplio de la población se encuentra en una línea gris entre la heterosexualidad y la homosexualidad¹².

En cuanto a los factores sociales que obstaculizan el reconocimiento del derecho a la orientación sexual, nos encontramos con problemas deducidos de concepciones de carácter moral, unidos a un desconocimiento y una visión deformada de la homosexualidad¹³. En primer lugar, las sociedades occidentales se encuentran profundamente influenciadas por la visión que de la sexualidad en general ha desarrollado el cristianismo. En estos días, y a pesar de que ya son muchas las voces que dentro de la iglesia católica abogan por un replanteamiento de la moral sexual dominante, una de las teorías morales más sofisticadas e importantes en contra de la homosexualidad es la desarrollada por un grupo de teóricos íntimamente ligados al Vaticano, conocidos como la nueva escuela de derecho natural¹⁴. En ella, la homosexualidad aparece concebida como un fenómeno natural, como cualquier hándicap con el que se nace. Por ello, el homosexual no se encuentra "condenado" a priori, sino que la condena viene dada por la realización de prácticas homosexuales, que son consideradas contrarias a la dignidad humana. De esta manera, un homosexual católico que quiera vivir según estas enseñanzas morales tiene que elegir entre llevar una vida de castidad y celibato, o casarse y pasar el resto de su vida bajo la ficción de la heterosexualidad. En todo caso, cualquier intento de expresión y disfrute de la propia sexualidad se encuentra fuera del ámbito de lo moralmente aceptable, se considera contrario a la idea de dignidad humana. Además de otros problemas, esta escuela moral aboga por una concepción de la sexualidad que choca frontalmente con lo que hoy son consideradas prácticas habituales en las sociedades europeas, tales como las relaciones sexuales prematrimoniales, las parejas de hecho heterosexuales, el aborto, el uso de métodos anticonceptivos,

¹² G. M. HEREK, "Myths About Sexual Orientation: A Lawyer's Guide to Social Science Research", en A.A.V.V., *Law and Sexuality*, 1991; J. BOSWELL, "Revolutions, Universals, and Sexual Categories", en A.A.V.V., *Hidden from History: Reclaiming the Gay and Lesbian Past*, 1989.

¹³ Puede encontrarse un estudio de los contenidos morales del debate sobre la orientación sexual en M SANDEL, "Moral Argument and Liberal Toleration: Abortion and Homosexuality", *California Law Review*, vol. 77, 1989, pg. 521 sigts.

¹⁴ El autor más señalado de esta corriente de pensamiento es J. FINNIS. Un planteamiento general de su postura puede encontrarse en su trabajo "Is Natural Law Theory Compatible With Limited Government?", en R. GEORGE, (ed.) *Natural Law, Liberalism, And Morality*. Oxford University Press, Oxford, 1996, pg. 1 sigts. También en "Law, Morality, and Sexual Orientation", *Notre Dame Law Review*, vol. 69, 1994, pg. 1049 sigts.

las prácticas sexuales de tipo masturbatorio, anal u oral, y en fin, todo aquello que no sea la penetración del pene en la vagina en una práctica sexual abierta a la procreación. De esta manera, aceptar la idea de inmoralidad de las prácticas homosexuales basándose en esta escuela de pensamiento, implica aceptar las demás restricciones morales que se defienden también para los heterosexuales, lo que parece que en la sociedad actual no es el caso¹⁵.

El rechazo social de la homosexualidad viene dado no sólo por la moralidad sexual dominante, que en muchos casos la sociedad misma ha ignorado, sino también por la serie de tópicos que sobre los homosexuales han existido y siguen teniendo fuerza hoy día. La represión a la que éstos han sido sometidos no sólo ha afectado a los propios homosexuales, ya que tal represión ha servido también para acentuar la ignorancia del resto de la sociedad en relación a los problemas que este colectivo vive, y para abonar una visión deformada y malvada de los homosexuales. Así, habitualmente se establece una relación entre homosexualidad y pederastia, prácticas sadomasoquistas, fiestas orgiásticas; en suma, una visión del homosexual como un hombre gris y siniestro. Todo ello ha servido para impulsar de manera inevitable el rechazo social frente a este colectivo. Interesante es, por otro lado, observar cómo todos estos estereotipos se relacionan de forma casi exclusiva con la homosexualidad masculina, y de hecho en muchos países, como veremos más adelante, se ha penado únicamente la homosexualidad masculina, siendo la femenina ignorada históricamente, tal vez como consecuencia del poco interés que en general la sexualidad femenina ha suscitado. Este hecho, que hasta hace poco era beneficioso para las lesbianas porque así podían desarrollar su vida a salvo de la persecución policial y el rechazo social, se presenta hoy, sin embargo, como un obstáculo al reconocimiento de los problemas propios del lesbianismo, y del conocimiento social del mismo, tan importante para la aceptación por parte de la sociedad de las parejas homosexuales y lesbianas¹⁶.

En cualquier caso, parece desacertado enfocar el fenómeno homosexual hoy día desde la óptica de las causas que se encuentran tras la homosexualidad, de si se trata de una enfermedad, un hecho determinado por la genética y por tanto inmutable, o de un simple vicio. El debate teórico sobre este tema debe ser dirigido, aceptando que hablamos de prácticas sexuales que no provocan mutilaciones físicas ni daños o dependencias psicológicas de carácter patológico, y aceptando también que se está hablando de prácticas sexuales entre adultos que consienten, hacia la discusión de los motivos por los que se puede

¹⁵ Una importante crítica a estas construcciones en S. MACEDO, "Homosexuality and the Conservative Mind", *The Georgetown Law Journal*, vol. 84, 1995, pg. 261 sigts; *Idem*, "Against the Old Sexual Morality of the New Natural Law", en R. GEORGE (ed.), *Natural Law, Liberalism, And Morality, op. cit.*, pg. 27. Ver también la postura de M. PERRY, "The Morality of Homosexual Conduct: A Response to John Finnis", *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*, vol. 9, 1995, pg. 41.

¹⁶ N. BAMFORTH, *Sexuality, Morals & Justice*, Londres, 1997, pg. 172.

negar a una determinada persona el disfrute de los derechos humanos basándonos en la orientación sexual. No se trata así de averiguar porqué alguien es homosexual y actuar en consecuencia, sino que debemos analizar no ya si la homosexualidad es moralmente reprobable, sino si esa reprobación es base suficiente para negar el reconocimiento y disfrute de los derechos humanos a la persona homosexual. En definitiva, se trata en último término de replantear la función que los derechos humanos ejercen en el sistema democrático, y de reflexionar sobre si realmente se toma en serio la idea de que los derechos humanos son la protección del individuo y las minorías frente al poder democrático de la mayoría, por encima de las objeciones morales que esa mayoría tenga en relación al individuo.

2. EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y LA DISCRIMINACIÓN POR ORIENTACIÓN SEXUAL

2.1. El reconocimiento del derecho a la vida privada: el caso *Dudgeon*¹⁷

2.1.1. Particularidades del art. 8 del Convenio y de su aplicación en relación a la orientación sexual

La protección del colectivo homosexual por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha desarrollado, hasta hace bien poco tiempo, a través del reconocimiento del derecho que los homosexuales, como el resto de los ciudadanos, tienen al respeto de su vida privada y familiar. El artículo 8 del Convenio reconoce el derecho a la vida privada y familiar en los siguientes términos:

"1. *Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar...*"¹⁸

La definición de lo que debe ser considerado como vida privada en el ámbito del Convenio, y por tanto protegido por los órganos encargados de su aplicación, ha sido dada por el Tribunal a través de una importante jurisprudencia desarrollada a lo largo del tiempo. Se trata en cualquier caso de un artículo que protege situaciones muy dispares, pero cuya aplicación presenta problemas comunes que vienen dados por la estructura del artículo¹⁹.

El derecho a la vida privada y familiar no ha sido definido en la jurisprudencia del Tribunal o de la Comisión de forma expresa, no siendo así fácil esta-

¹⁷ Sentencia *Dudgeon v. United Kingdom*, de 22 de Octubre de 1981. Disponible en <http://www.echr.coe.int>

¹⁸ Artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de Noviembre de 1950.

¹⁹ La estructura del Art. 8 del Convenio es compartida por los artículos 9, 10 y 11, relativos a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, la libertad de expresión y la libertad de reunión y asociación, incluyendo esta última el derecho a formar y pertenecer a sindicatos, respectivamente.

blecer parámetros claros dentro de los que una determinada situación puede ser considerada como protegida por el derecho a la vida privada. Sin embargo, algunas características básicas relativas a este derecho sí han sido definidas. De hecho, la Comisión, en la demanda nº 6825/74 establece que el derecho a la vida privada no es simplemente un derecho a la intimidad, un derecho a vivir protegido de la publicidad en la medida en la que uno lo desee. El derecho a la vida privada protege, además, hasta un cierto punto, el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos, particularmente en el campo emocional. Este derecho se encuentra, por otro lado y siguiendo la argumentación de la Comisión, especialmente ligado al desarrollo de la personalidad²⁰, al considerar que el establecimiento de relaciones interpersonales es elemento que afecta de forma importante al mismo²¹.

Por otro lado, no se trata de un derecho que exija sólo la no injerencia estatal en el ámbito protegido, sino que también demanda, en ciertos casos, acciones positivas tendentes a la protección y el reconocimiento de los efectos derivados de una determinada decisión llevada a cabo en el legítimo uso del derecho a la vida privada²².

Elemento esencial en la comprensión del artículo 8 del Convenio es el segundo punto del mismo, en el que se establecen las condiciones y motivos por los que se permite una injerencia estatal en el disfrute de los derechos reconocidos en el mismo (que incluyen no sólo el derecho al respeto de la vida privada y familiar, sino también el respeto de la correspondencia y el domicilio). El segundo punto de tal artículo reza como sigue:

"2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y

²⁰ En la relación establecida entre el derecho a la vida privada y el concepto de libre desarrollo de la personalidad, ver L.G. LOUCAIDES, "Personality and Privacy under the European Convention on Human Rights." En *The British Year Book of International Law* 1990, Oxford, 1991, pg. 175 sigs; J. ROBERT, *Droits de l'Homme et Libertés Fondamentales*, París, 1994, pg. 336.

²¹ "For numerous anglo-saxon and French authors the right to respect for "private life" is the right to privacy, the right to live, as far as one wishes, protected from publicity... In the opinion of the Commission, however, the right to respect for private life does not end there. It comprises also, to a certain degree, the right to establish and to develop relationships with other human beings, especially in the emotional field for the development and fulfilment of one's own personality." *Decisions and Reports*, vol. 5, pg. 86. Sobre el contenido del derecho al respeto de la vida privada, ver: COHEN-JONATHAN, G. *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, París, pg. 354; ROBERT, J. *Droit de l'homme et libertés fondamentales*, París, 1994; DUFFY. "The Protection of Privacy, Family Life And Other Rights Under Article 8 Of The European Convention On Human Rights", *Yearbook of European Law*, vol. 2, 1982.

²² Un análisis sobre la importancia que para el colectivo transexual ha tenido la aplicación de la jurisprudencia sobre obligaciones positivas en relación al artículo 8, se puede encontrar en: C. OVEY, "The Margin of Appreciation and Article 8 of the Convention." En *Human Rights Law Journal*, vol. 19, nº 1, 1998, pg. 10.

constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás"²³.

El desarrollo de la jurisprudencia en torno al derecho a la vida privada tiene uno de sus momentos de referencia en el caso *Dudgeon*, caso éste que afronta el problema planteado por la legislación que criminalizaba las prácticas homosexuales masculinas en Irlanda del Norte, aunque éstas fueran realizadas en privado y entre adultos que consienten. Este caso dio la posibilidad, primero a la Comisión y más tarde al Tribunal, de definir con mayor claridad el derecho protegido por el art. 8 del Convenio, así como la dinámica de aplicación en el que este derecho se mueve; es a través del estudio de este caso como vamos a analizar la importancia y efecto determinante que el segundo punto del artículo tiene para su correcta comprensión.

En Irlanda del Norte, en el momento en que el caso *Dudgeon* fue decidido, la ley tipificaba como delito el desarrollo de actividades sexuales entre hombres, aunque éstos fueran adultos y consintieran. Por otro lado, la sola intención de realizar estas prácticas sexuales también se consideraba delito. Más aún, la ley no diferenciaba entre que los actos sexuales considerados delito fueran llevados a cabo en privado o en público.

El señor don Jeffrey Dudgeon, ciudadano británico residente en Irlanda del Norte mayor de edad en el momento de los hechos, sufrió un registro domiciliario legal llevado a cabo por la policía en el que se encontraron documentación de carácter personal, incluyendo correspondencia y diarios personales que pertenecían al señor Dudgeon y en los que se describían actividades homosexuales entre hombres. El señor Dudgeon fue instado a acudir a las dependencias policiales en las que durante cuatro horas y media fue interrogado sobre su vida sexual. La policía remitió el expediente al fiscal para que éste, si lo estimaba conveniente, iniciara la vía judicial, cosa que no hizo al no considerarlo beneficioso para el interés público.

En la sentencia sobre el caso, el Tribunal establece un nuevo elemento del derecho de respeto de la vida privada no protegido en la jurisprudencia anterior, cual es la vida sexual de la persona²⁴. Más aún, la sexualidad de la persona se concibe como uno de los aspectos más íntimos de la vida, y como consecuencia, cualquier injerencia estatal en este ámbito necesita de una especial justificación²⁵. De esta manera, cualquier injerencia estatal en el derecho a la

²³ Artículo 8.2 del Convenio.

²⁴ Sentencia *Dudgeon v. United Kingdom*, epígrafe 41, párrafo 1.

²⁵ Así lo dice el Tribunal al afirmar que "[t]he present case [*Dudgeon*] concerns a most intimate aspect of private life. Accordingly, there must exist particularly serious reasons before interferences on the part of the public authorities can be legitimate for the purposes of paragraph 2 of Article 8 (art. 8-2)." Sentencia *Dudgeon v. United Kingdom*, epígrafe 52, párrafo 3.

vida privada hace depender su legitimidad no sólo del tipo de injerencia de que se trate, análisis ya clásico en la jurisprudencia del Tribunal que viene dado por la misma letra del artículo, sino también, y esto es más novedoso, de la naturaleza de las actividades que se quieran evitar. En el caso que nos ocupa, al tratarse de actividades que afectan al aspecto más íntimo de la vida privada, la injerencia estatal debe estar especialmente justificada.

En primer lugar, tal injerencia tiene que estar prevista por la ley, como resultado de una disposición legal, que no es más que una aplicación del principio del Estado de Derecho²⁶. En este caso, no hay ninguna duda sobre la legalidad de las disposiciones que son objeto de examen.

En segundo lugar, se debe analizar la base jurídica que el propio artículo 8 ofrece para la injerencia en el derecho a la vida privada. En este caso, la única posible discusión se sitúa en la determinación de si la penalización de las prácticas homosexuales entre adultos tiene como fin la protección de la moral, o si por el contrario, se trata de proteger los derechos y las libertades de los demás. El tribunal concluye que si bien el fin principal de tal injerencia es la protección de la moral, ello no implica que los derechos y libertades de los demás, en particular de los sectores más débiles, como pueden ser los jóvenes en el caso de las prácticas homosexuales, no estén protegidos por la conservación de la moral social, de manera que en este caso concreto la distinción entre ambos fines es superflua e incluso absurda²⁷.

Una vez definidos los dos primeros requisitos que determinan la validez de una determinada restricción del derecho a la vida privada, esto es, el principio de legalidad y una finalidad que se encuentre contemplada en el mismo artículo, el Tribunal pasa al análisis del tercer y más interesante factor de legitimación y validez de una determinada restricción del artículo 8. Se trata de la exigencia de que la injerencia en el derecho a la vida privada sea *necesaria en una sociedad democrática*. El Tribunal no niega, más bien lo contrario, que algún tipo de regulación, incluso de regulación penal, pueda ser necesaria en el ámbito de las prácticas homosexuales, como en el ámbito de las prácticas heterosexuales. Lo que el Tribunal analiza es si la legislación de Irlanda del Norte, en los términos en que se expresa, penando toda práctica sexual entre hombres, sean cuales sean las circunstancias, se encuentra en los límites exigidos en una sociedad democrática para obtener el legítimo fin de la protección de la moral.

En este contexto, el Tribunal ha venido elaborando una jurisprudencia en torno a lo que se entiende por necesario en una sociedad democrática que

²⁶ Discusión sobre lo que el Tribunal entiende como "previsto por la ley" se puede encontrar en la sentencia *Sunday Times v. Reino Unido*, de 26 de Abril de 1979, EctHR Series A, Vol. 30., y en los votos concurrentes de los magistrados Zekia, O'Donoghue, y Evrigenis.

²⁷ Para un análisis más profundo del papel que la moral juega en la aplicación del artículo 8, ver: R. KOERING-JOULIN, "Public Morals." En M. DELMAS-MARTY, *The European Convention for the Protection of Human Rights: International Protection Versus National Restrictions*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1992, pg. 83 sigts..

comienza con la afirmación de que necesario no es sólo aconsejable, beneficioso, sino que implica la existencia de una *necesidad social apremiante*, "a pressing social need", en palabras del Tribunal²⁸. La determinación de la existencia de este requisito es tarea, en primer término, de los Estados²⁹. Sin embargo, el Tribunal mantiene la capacidad de supervisión sin la cual sería una institución sin sentido. Esta capacidad primaria de los Estados de decidir sobre la validez de una determinada restricción a un derecho reconocido en la Convención se enmarca dentro del concepto del *margen de apreciación estatal*, que no es más que el resultado del carácter voluntario e intergubernamental sobre el que la Convención se sustenta, y que requiere de un cuidadoso equilibrio entre el poder de revisión de los órganos de la Convención y la soberanía de los Estados miembros³⁰. Sin embargo, el margen de apreciación estatal varía en relación a los fines que quieran justificar una restricción de derechos. En el caso de la moral, este margen es muy amplio, basando el Tribunal su jurisprudencia en este asunto en la mayor cercanía y conocimiento de las autoridades estatales de los valores morales defendidos por sus sociedades respectivas. Sin embargo, en el caso que nos ocupa el Tribunal ejerce su capacidad de supervisión y control, de manera que, analizando el requisito de la necesidad en una sociedad democrática, establece que la idea de "necesario" se encuentra íntimamente ligada a la de "sociedad democrática", de forma que se establece la necesidad de un test de proporcionalidad entre los legítimos fines y los medios utilizados.

El Tribunal concluye así que si bien el fin de protección de la moral es legítimo e incluso deseable, los medios utilizados no han sido, en este caso, proporcionales al fin buscado. En definitiva se trata del ya recurrente dilema en los estudios sobre derechos humanos, entre el poder y los derechos de la mayoría y los derechos de grupos sociales con poco o ningún poder o de individuos³¹.

²⁸ Sentencia *Dudgeon v. United Kingdom*, epígrafe 51.

²⁹ Sobre la idea de que la primera responsabilidad en el entendimiento y la aplicación del Convenio recae sobre los Estados, de acuerdo con el artículo 1 del mismo, ver: P. MAHONEY, "Judicial Activism and Judicial self-restraint in The European Court Of Human Rights: Two Sides Of The Same Coin", *Human Rights Law Journal*, vol. 11, pg. 57, 1990; T.H. JONES, "The Devaluation Of Human Rights Under The European Convention", *Public Law*, otoño de 1995, pg 430.

³⁰ Sobre el margen de apreciación estatal y como afecta a la puesta en práctica de la Convención, ver el número monográfico: "The Doctrine of the Margin of Appreciation under de European Convention on Human Rights: Its Legitimacy in Theory and Application in Practice." *Human Rights Law Journal*, vol. 19, nº 1; H.C. YOUROW, "The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence." *Connecticut Journal of International Law*, vol. 3, 1987, pg. 111.

³¹ Para una visión crítica de la jurisprudencia desarrollada por el Tribunal en relación a la orientación sexual y la vida privada y familiar, ver: L.R. HELFER, "Consensus, Coherence and the European Convention on Human Rights." *Cornell International Law Journal*, vol. 26, 1993, pg. 133.

El Tribunal entiende que el requisito de la necesidad social no se da en el caso concreto, ya que la ley de hecho no se aplicaba a los mayores de edad, y que por tanto, al estar invadiendo el Estado la esfera más íntima del individuo, en este caso el derecho del individuo prevalece sobre el de la mayoría³².

De esta manera, en el año 1981 el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoció el derecho de los homosexuales al respeto de su vida privada, derecho éste que supuso enormes ventajas para el colectivo homosexual, pero que también tiene importantes limitaciones como veremos más adelante³³.

2.1.2. Valoración de la protección ofrecida por el derecho al respeto de la vida privada en relación a la orientación sexual

El reconocimiento del derecho al respeto de la vida privada, incluyendo éste en su ámbito de protección las prácticas sexuales de carácter homosexual realizadas entre dos personas que consienten y tienen capacidad para consentir, aparece hoy como una consecuencia lógica del contenido y fin de tal derecho. Esta interpretación del enunciado del artículo 8 del Convenio ha permitido la derogación de las disposiciones que penalizaban en los países pertenecientes al Consejo de Europa las prácticas homosexuales, lo que ha supuesto para los gays y lesbianas que viven en estos países una considerable mejora en las condiciones y el estado psicológico en el que estas personas se veían obligadas a desarrollar sus actividades sexuales. Y ello a pesar de que en un gran número de estos Estados estas disposiciones no eran ya aplicadas por los fiscales. Sin embargo, tales legislaciones permitan la permanencia de las prácticas policiales consistentes en abrir fichas a personas de las que se sospechara su orientación homosexual, y el arresto de homosexuales por la mero hecho de serlo.

Importante además es el reconocimiento del derecho al respeto de la vida privada si comparamos la situación en Europa con la de otras regiones del mundo. En Estados Unidos, como ya hemos dicho, y a pesar de la fuerza que en ese país tiene el movimiento gay, en algo más de la mitad de los Estados la homosexualidad masculina sigue siendo un delito que comporta serias penas de cárcel, aunque en muchos de ellos no se aplica.

Sin embargo, y a pesar de la importancia y la mejora que en la vida de los homosexuales ha supuesto el reconocimiento del derecho a la vida privada, este

³² Con una postura contraria, ver el voto particular del magistrado Zekia, que, además de referirse a las prácticas homosexuales como "unnatural practices", y a las bases religiosas que sustentan la inmoralidad de la homosexualidad, argumenta que "[a] democratic society is governed by the rule of the majority. It seems to me somewhat odd and perplexing, in considering the necessity of respect for one's private life, to underestimate the necessity of keeping a law in force for the protection of morals held in high esteem by the majority of people." Sentencia *Dudgeon v. United Kingdom*, voto particular del magistrado Zekia, epígrafe 3, párrafo 2.

³³ Más tarde, las sentencias *Norris v. Ireland*, de 26 de Octubre de 1988, y *Modinos v. Cyprus*, de 22 de Abril de 1993, contribuyeron a asentar la jurisprudencia establecida en el caso *Dudgeon*.

derecho no permite la ampliación de la protección de las prácticas homosexuales más allá de la despenalización de dichas prácticas. De hecho, el artículo 8 tan sólo ofrece protección en el ámbito de lo privado, cualquier manifestación exterior o pública de la relación homosexual o del hecho de ser homosexual no se encuentra protegida por este artículo, de cuya aplicación no cabe deducir, como consecuencia directa, un derecho genérico a la no discriminación por orientación sexual. Tanto es así, que no sólo no son atacables desde el artículo 8 diferencias de trato en ámbitos como el laboral, las prestaciones sociales, los derechos de herencia, el reconocimiento de los vínculos afectivos de las parejas homosexuales, etc., sino que incluso las diferencias de trato que puedan darse en el establecimiento de una determinada edad de consentimiento para la realización de prácticas sexuales, no son perseguibles a través de la sola aplicación del artículo 8, de modo que la edad de consentimiento en las legislaciones nacionales puede variar no sólo entre prácticas heterosexuales y homosexuales, sino también entre la homosexualidad masculina y la femenina, sin que ello suponga una violación del derecho al respeto de la vida privada³⁴.

Los límites observados en relación a la protección ofrecida por el derecho al respeto de la vida privada son consecuencia de la imposibilidad de extraer de la aplicación del artículo 8, tal y como lo ha venido haciendo el Tribunal, conclusiones normativas en relación al fenómeno homosexual.

De hecho, en *Dudgeon*, el Tribunal, aún reconociendo el derecho a la vida privada, habla de la homosexualidad en términos que no hacen pensar que los magistrados europeos estén en absoluto pensando que la orientación sexual homosexual sea un fenómeno que merezca protección más allá de la no penalización³⁵. El Tribunal alude a la necesidad de proteger a los jóvenes contra la homosexualidad, refiriéndose siempre al caso de la homosexualidad masculina³⁶. Ello supone la asunción de la peligrosidad que los homosexuales representan para la sociedad, así como de la tendencia de los homosexuales masculinos al proselitismo, la perversión de menores y la pederastia.

Por otro lado, el Tribunal valora como fin legítimo el que los Estados intenten que la homosexualidad sea un fenómeno lo más reducido posible, sin que sean pedidas a los Estados pruebas de porqué la homosexualidad es un fenómeno tan peligroso para la sociedad, ni pruebas o informes científicos que

³⁴ Sobre los problemas relacionados con la diferente edad de consentimiento para la realización de prácticas sexuales, dependiendo de que estas sean homosexuales o heterosexuales, ver: J. KINGSTON, "Sex and Sexuality under the European Convention on Human Rights." En L. HEFFERNAN (ed.) *Human Rights, a European Perspective*, Dublin, 1994, pg. 179 sigs.

³⁵ En este sentido, ver J.G. MERRILLS, *The Development of International Law by the European Court of Human Rights*, Manchester University Press, 1988, pg. 207, en general para un análisis de cómo las ideologías particulares de los magistrados afectan a la resolución de los casos, y pg. 224 para observar las distintas posturas de los magistrados en *Dudgeon v. United Kingdom*, así como de las prácticas homosexuales.

³⁶ Sentencia *Dudgeon v. United Kingdom*, epígrafe 17.

acrediten que los homosexuales tengan una especial tendencia al proselitismo y la captación de menores.

El derecho al respeto de la vida privada no implica, así, una valoración positiva de la homosexualidad, sino tan sólo el reconocimiento de la libertad de hacer lo que uno quiera en el ámbito de lo privado, siempre que se trate de adultos con capacidad de consentir, y que consentan, si bien ciertos límites se imponen por la necesidad de salvaguardar la integridad física y psicológica de la persona. En el caso de relaciones sexuales homosexuales entre adultos, tales límites no son aplicables al no encontrarse las personas implicadas en una situación que afecte a su integridad. Pero esta protección de la vida privada no es en realidad consecuencia de un derecho a la orientación sexual, sino consecuencia de la propia naturaleza y fines del reconocimiento del derecho a la vida privada, esto es, se trata de la consecuencia de marcar límites estrictos y lo más controlables posible a la capacidad de injerencia del Estado en el ámbito de libertad del ciudadano enmarcado en el concepto de vida privada. La aplicación de este derecho no supone, en el caso de la homosexualidad, como en otros casos, valoración alguna sobre la actividad en cuestión que se encuentra protegida por el mismo.

Las características derivadas del derecho a la vida privada no permiten, de esta manera, que la homosexualidad sea un fenómeno cuya relevancia social, las consecuencias públicas, externas, de la condición de ser homosexual o de tener una relación afectiva homosexual, sea protegida en el sentido de que se otorguen los mismos derechos a la persona homosexual que a la heterosexual, de manera que aquélla no vea limitada y en cierta medida castigada su orientación homosexual a través de tratos discriminatorios y el no reconocimiento de las relaciones homosexuales al mismo nivel que las heterosexuales³⁷.

Es por todo esto por lo que se hace necesario la aplicación del artículo 14 del Convenio, el derecho a la no discriminación, al caso homosexual, ya que es el único medio que permitiría una ampliación de la protección legal de las personas homosexuales, y por tanto, una mayor equiparación de su situación con la de la mayoría de la población, heterosexual.

2.2. El derecho a la no discriminación por orientación sexual: el caso *Da Silva Mouta v. Portugal*³⁸.

2.2.1. Particularidades del art. 14 del Convenio y de su aplicación en relación a la orientación sexual

El derecho a la no discriminación se encuentra enunciado en el artículo 14 del Convenio en los siguientes términos:

³⁷ G. SELVANERA, "Gays In Private: The Problems with the Privacy Analysis in Furthering Human Rights." *Adelaide Law Review*, vol. 16, 1994, pg. 331.

³⁸ Sentencia *Da Silva Mouta v. Portugal*, de 21 de Diciembre de 1999. (Hay que tener en cuenta que existe la posibilidad de apelación, por lo que aún no es una sentencia firme).

"El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación."

El derecho a la no discriminación enunciado en el Convenio se configura como un derecho sin entidad propia, esto es, un derecho que no es más que una fórmula de protección del disfrute de los derechos *sustantivos* del Convenio. De esta manera, la jurisprudencia del Tribunal en este sentido resulta llamativa por cuanto ha exagerado el papel en cierta medida subsidiario de la cláusula de no discriminación en relación a los demás derechos de la Convención. Así, en relación a la homosexualidad, el Tribunal no ha considerado nunca necesario analizar si en el caso concreto se había violado el derecho a la no discriminación, por cuanto una vez admitida la violación del derecho a la vida privada, se daba por satisfecho. De hecho, es una constante en el Tribunal que cuando se alega la violación de un artículo del Convenio de forma independiente, y además leído en conjunción con el artículo 14, si se encuentra violación del derecho alegado de forma independiente ya no se entra en el estudio de la posibilidad de violación de forma conjunta con el artículo 14. Ésta es la situación que los casos de homosexualidad no habían conseguido superar hasta ahora, ya que para el Tribunal, sólo la situación de una clara desigualdad de trato que sea elemento esencial del caso, obtiene un juicio sobre la posible violación del derecho exigido bajo el prisma de la no discriminación. Sin embargo el Tribunal nunca ha establecido de forma clara cuales son los parámetros por los que analizar si una situación reúne las condiciones necesarias para ser sometida a un estudio en relación a la no discriminación, y ello ha provocado fuertes críticas de importantes sectores de la doctrina³⁹.

A pesar de todo, una muy reciente sentencia del Tribunal, el caso *Da Silva*, ha venido a remediar la situación, aunque la sentencia es bastante escueta y no hace referencia al cambio de actitud del Tribunal, que por una vez, y a pesar de que en el caso se alegaba violación del artículo 8 de forma separada y en conjunción con el 14, ha entrado en la valoración de si hubo o no un trato discriminatorio primero, para después alegar que habiendo encontrado violación de los artículos 8 y 14 leídos de forma conjunta no es necesario analizar si hubo violación del artículo 8.

El señor *Da Silva Mouta* estuvo casado durante unos años, años éstos en los que tuvo una niña con su mujer. El matrimonio fracasó cuando el señor *Da Silva* descubrió su homosexualidad. Este señor vive desde entonces con una pareja estable. El problema surgió con la custodia de la niña y los derechos de visita. En un principio se llegó a un acuerdo que la ex-mujer del reclamante no

³⁹ Ver, L.R.HELPER, "Consensus, Coherence and The European Convention...", *op. cit. supra, passim*.

cumplió. Tras años de lucha por la custodia de la niña, el señor Da Silva recibe un fallo en su favor del Tribunal de Primera Instancia que lo considera en mejores condiciones para hacerse cargo del niño. Este fallo es revocado en apelación, en base exclusivamente a la homosexualidad del padre.

El Tribunal Europeo establece en su sentencia sobre el caso que ha habido una diferencia de trato entre el padre y la madre de la niña basada en la orientación sexual de aquél, aunque tal diferencia de trato se haya producido buscando salvaguardar los intereses de la niña. Es más, el Tribunal afirma de forma tajante que la orientación sexual es uno de los factores protegidos por el artículo 14 del Convenio, teniendo éste una lista indicativa, que no limitativa, de los motivos por los que no pueden darse discriminaciones en el disfrute de los derechos garantizados en el Convenio⁴⁰.

Una vez establecido que ha habido una diferencia de trato, el Tribunal pasa al análisis de si tal diferencia puede estar justificada. Siguiendo la ya clásica jurisprudencia sobre la materia⁴¹, para que una diferencia de trato no viole el artículo 14, ésta tiene que tener una justificación objetiva y razonable, esto es, tiene que perseguir un fin legítimo y debe haber una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin deseado.

En este caso, el Tribunal admite que el fin perseguido es legítimo, al tratarse de salvaguardar el bienestar de la niña. Ahora bien, respecto de la relación de proporcionalidad el Tribunal afirma que, habiendo sido denegada la custodia al padre sólo por el hecho de ser homosexual, ha habido una discriminación por razón de orientación sexual, y que por tanto la relación de proporcionalidad no ha sido demostrada. Concluye el Tribunal, por tanto, afirmando que ha habido violación del artículo 8 en conjunción con el artículo 14.

Lo más sorprendente de este caso es que se trata de una jurisprudencia totalmente nueva en el Tribunal, que hace una interpretación evolutiva del Convenio, y abre un nuevo abanico de posibilidades para los homosexuales; y sin embargo no se dan explicaciones del porqué de este cambio de actitud. Ello a pesar de que se trata de un avance de gran magnitud para el colectivo homosexual, porque rompe con las limitaciones impuestas por el reconocimiento exclusivamente de la vida privada. No es ya que en el caso concreto las circunstancias permitan concluir que los medios empleados no guardan relación de proporcionalidad con los fines buscados porque se trate de una legislación extremadamente dura. Se trata, por el contrario de que la relación de proporcionalidad no se cumple porque la diferencia de trato ha venido dada por la orientación sexual del demandante.

⁴⁰ "La Cour ne peut dès lors que conclure qu'il y a eu une différence de traitement entre le requérant et la mère de M., qui reposait sur l'orientation sexuelle du requérant, notion qui est couverte, à n'en pas douter, par l'article 14 de la Convention. La Cour rappelle à cet égard que la liste que renferme cette disposition revêt un caractère indicatif, et non limitatif (...)" Sentencia *Da Silva Mouta v. Portugal*, epígrafe 28, párrafo 2.

⁴¹ Jurisprudencia desarrollada en la Sentencia conocida como *Belgian Linguistic Cases*, de 23 de Julio de 1965.

2.2.2. Importancia del reconocimiento de la no discriminación por orientación sexual

El reconocimiento de la no discriminación por orientación sexual aparece así como una condición esencial para el disfrute por parte de los homosexuales de los derechos humanos reconocidos al resto de la población. No se trata ya tan sólo de que la vida familiar esté cubierta por la no discriminación por orientación sexual, y de esta manera la vida familiar de los homosexuales se encuentre a salvo de intrusiones de carácter estatal por este motivo, sino que por otro lado, a partir de ahora, en la jurisprudencia del Tribunal va a resultar harto difícil motivar una diferencia de trato en el disfrute de los derechos reconocidos por el Convenio que venga dada sólo por la orientación sexual de la persona afectada. El Tribunal ha dicho claramente que el artículo 14 se aplica también a la orientación sexual, sin matizar tal afirmación, de manera que parece al menos difícil argumentar en el ámbito del Convenio una diferencia de trato por orientación sexual en el trabajo, en la vida familiar, e incluso en la posibilidad de adoptar niños. Algo más complicado puede ser el reconocimiento de la posibilidad de matrimonio homosexual, ya que el Tribunal puede siempre apoyarse en la naturaleza de la institución matrimonial y la propia letra del artículo 12 para argumentar que sólo las Partes Contratantes pueden cambiar el contenido de tal artículo, puesto que de otro modo el Tribunal estaría ejerciendo un excesivo activismo judicial. Sin embargo, en el caso del reconocimiento y las prestaciones sociales concedidas a las parejas de hecho heterosexuales, difícilmente, con la jurisprudencia pronunciada por el Tribunal sobre discriminación por orientación sexual, se podría sostener una diferencia de trato entre estas parejas y las parejas homosexuales, siendo así que en los Estados en los que las parejas de hecho heterosexuales tienen derechos y prestaciones sociales derivados de su situación de pareja, las parejas homosexuales deberían de igual manera disfrutar de tales derechos y prestaciones.

En definitiva, se trata del reconocimiento y la protección de la faceta externa, social, del hecho de ser homosexual, de manera que cualquier diferencia de trato por parte del Estado por el solo motivo de la orientación sexual se considere como una injerencia en el legítimo disfrute de los derechos reconocidos para todos, ahora también para los homosexuales, en el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

3. LA UNIÓN EUROPEA Y LA DISCRIMINACIÓN POR ORIENTACIÓN SEXUAL

3.1. El "giro hacia Europa" de los colectivos homosexuales

Una constante en la actividad de las organizaciones de defensa de los derechos de los colectivos homosexuales en Europa en los últimos años lo ha sido sin duda la búsqueda del apoyo de las instituciones de la Unión Europea. El

debate sobre el estatuto jurídico de la orientación sexual en Europa se ha producido así a un doble nivel, en cada uno de los Estados miembros y en las instituciones europeas, con una dinámica de desarrollo autónomo pero profundamente interrelacionado. En estos últimos años, y por una serie de razones que a continuación se expondrán, se ha puesto un énfasis especial en el plano comunitario, en el que los defensores de la garantía jurídica de la orientación sexual han depositado numerosas esperanzas, y en el que han concentrado gran parte de sus esfuerzos. Existe, así, un "giro hacia Europa" del movimiento de defensa de los derechos de los homosexuales, de tal modo que hoy no podría entenderse éste si no se prestara atención al contexto comunitario en el que actúan.

Una multitud de razones explican este interés de los colectivos homosexuales por ganarse a las instituciones europeas para su causa. La primera de ellas puede ser puramente estratégica, la búsqueda de todos los apoyos posibles en la lucha por el reconocimiento de los derechos de los homosexuales; dado que estos colectivos están demostrando un marcado activismo en los últimos años, es lógico pensar que éste se transforme en una ofensiva generalizada en todos los frentes en los que se pueda conseguir algún resultado favorable a sus objetivos. Y el frente europeo presenta varias peculiaridades que le hacen particularmente apetecible desde este punto de vista.

Entre estas peculiaridades destaca la eficacia jurídica de los instrumentos normativos comunitarios, bien surtidos de mecanismos jurídicos potentes para asegurar su puesta en práctica en todo el territorio de la Unión. Cualquier medida que se adopte en el ámbito comunitario, si se hace por medio de los instrumentos jurídicos adecuados, tendrá una enorme efectividad tanto espacial (pues afectará al conjunto de la Unión) como funcionalmente, puesto que su implementación será celosamente vigilada por las instituciones comunitarias correspondientes. Una intervención comunitaria, además, permite superar de golpe todos los posibles obstáculos normativos aún presentes en los ordenamientos jurídicos nacionales, en virtud del principio de primacía. De esta forma, una única intervención puede suponer avances notables en una pluralidad de Estados, ahorrando iniciativas localizadas y aisladas. No hay que olvidar que, como hemos visto en el del estatuto jurídico de la orientación sexual es un problema común a todos los Estados miembros, por lo que una solución común ideada y elaborada en el nivel comunitario sería una buena salida a la situación actual, un auténtico atajo.

Desde un punto de vista material, una política de protección de la orientación sexual encaja bien en las prioridades de la Unión. El proceso de integración europea ha prestado siempre una especial atención al problema de la discriminación, a partir de la lucha contra la discriminación por razón de nacionalidad, elemento indispensable para la puesta en marcha del mercado común, de la que se pasó a una condenar progresivamente otras formas de discriminación, en particular por razón de sexo. La lucha contra la discriminación, por otra parte, se engloba en un proceso más amplio, aún no culminado, de interiorización de los derechos fundamentales en el esquema institucional y jurídico de la

Unión, como uno de sus elementos constitutivos y característicos. En este proceso la lucha de los colectivos homosexuales europeos tiene fácil acomodo. El giro hacia Europa que han efectuado los colectivos homosexuales no es más que la continuación de movimientos similares efectuados con anterioridad por otros grupos sociales y minorías, señaladamente el de integración de la mujer⁴².

Existe otra razón que a nuestro juicio explica esta estrategia de utilización de las instituciones comunitarias, y que no es otra que la eficacia que frente a éstas tiene la actuación de *lobbies* y grupos de interés, como lo son los colectivos homosexuales. La experiencia de estos grupos ha demostrado una permeabilidad del aparato institucional comunitario frente a sus iniciativas, como ha ocurrido en otros ámbitos de las políticas comunitarias. Ocurre además que determinadas de estas instituciones, particularmente la Comisión y el Parlamento Europeo, han desarrollado una particular sensibilidad frente a los problemas de estos colectivos, lo que se ha traducido en distintas iniciativas que en muchos casos han recogido las posiciones de los colectivos homosexuales europeos⁴³. Hay que señalar, por último, que la atención de las instituciones comunitarias por los problemas derivados de la orientación sexual se justifican también porque en algunos casos va a ser el mismo proceso de integración europea el que los produzca, por lo que sólo se les podrá dar soluciones comunitarias. Pensemos en los problemas relacionados con la libertad de circulación de trabajadores homosexuales, o con la orientación sexual de los trabajadores empleados por las instituciones comunitarias.

Todas estas razones explican y justifican el recurso a las instituciones y procesos comunitarios en la garantía de los derechos de los colectivos homosexuales, buscando con ello la definición de un estatuto jurídico de la orientación sexual en el Derecho europeo. Pero sería sumamente limitado, y por ello injusto, analizar el papel de la Unión Europea en la protección de los colectivos homosexuales en términos exclusivamente instrumentales, como si se tratará tan sólo de utilizar sus potencialidades para lograr un determinado fin, por muy legítimo que éste sea. En realidad, la cuestión tiene una trascendencia mucho mayor. De lo que se trata en última instancia es de definir la auténtica naturaleza del proceso de integración europea, de construir en éste una vertiente social con entidad. La Unión Europea se va a legitimar ante sus ciudadanos ante todo por la forma en que va a tratar a éstos, cómo va a defenderlos, como va a contribuir a mejorar su vida y sus expectativas. El tratamiento de los colectivos desfavorecidos o discriminados en el orden jurídico comunitario pone a prueba a la propia Unión ante sus ciudadanos, y su contribución a la mejora de su situación supone la mejor vía de legitimación en unos momentos del proceso de construcción europea en los que ésta aparece como una cuestión cada vez más esencial.

⁴² A. CLAPMAN, & K. WAALDIJK, "Lesbians and Gay Men in the European Community Legal Order", apud A. CLAPMAN, & K. WAALDIJK, *op. cit.* pg. 7.

⁴³ En extenso A.A.V.V., *After Amsterdam: Sexual Orientation and the European Union*, ILGA-Europe, Viena, 1999

3.2. Orientación sexual y no discriminación por razón de sexo

Como se señaló, la Unión Europea ha demostrado una constante preocupación por luchar contra todas las formas de discriminación, destacando, como su manifestación más acabada hasta la fecha, la prohibición de la discriminación por razón de sexo en el ámbito de las relaciones laborales. El aparato normativo del que la Unión se ha dotado para poner en práctica esta política es muy completo y efectivo, habiendo constituido un auténtico motor de cambio de la situación de la mujer trabajadora en Europa, y siendo también uno de los principales argumentos con que cuenta para justificar su dimensión social⁴⁴. Si se pudiera utilizar este aparato para condenar las discriminaciones por razón de orientación sexual se conseguiría un avance de primer orden en la construcción de este estatuto jurídico⁴⁵.

De lo que se trata es de aplicar este conjunto normativo, inicialmente pensado para otro tipo de situaciones, a los supuestos de discriminación por motivos de orientación sexual. Esto es, de determinar que ésta es una forma de discriminación por razón de sexo para poder así oponerle todos sus mecanismos de protección jurídica, a falta de mecanismos propios; como, por otra parte, ya se ha hecho en varias jurisdicciones nacionales. Ésta ha sido una línea de actuación prioritaria de los colectivos homosexuales, que han utilizado la litigación estratégica para forzar al Tribunal de Justicia a declarar que la discriminación por orientación sexual lo es por razón de sexo, preparando casos *ad hoc* ante las jurisdicciones nacionales para asegurar que el asunto llegara ante la comunitaria⁴⁶. Tenían algunos datos para poder pensar que esta pretensión tendría éxito ante el tribunal comunitario: de un lado, la mención expresa a la orientación sexual en una Recomendación de la Comisión para la lucha contra el acoso sexual, en la que se venía a equiparar el acoso por este motivo a una forma de discriminación por razón de sexo⁴⁷; de otro, una sentencia del mismo Tribunal

⁴⁴ Sobre esta política comunitaria, A. DASHWOOD & S. O'LEARY (coords.), *The principle of Equal treatment in EC Law*, Sweet & Maxwell, London, 1997; T. HERVEY & D. O'KEEFE, *Sex Equality Law in the European Union*, Wiley & sons, Londres, 1996; J. CRUZ VILLALON (coord.), *La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral*, Aranzadi, Pamplona, 1997; E.C. LANDAU, *The rights of working women in the European Community*, Servicio de Publicaciones de la Comisión Europea, Bruselas, 1985.

⁴⁵ Un estudio general de estos esfuerzos en M. BELL, "Sexual Orientation and anti-discrimination policy: the European Community", en T. CARVER & V. MOTTIER (eds.), *The Politics of Sexuality*, Routledge, London, 1998; también R. WINTEMUTE, "Libertés et droits fondamentaux des personnes gays, lesbiennes et bisexuelles en Europe", en D. BORILLO, *Homosexualité et droit. De la tolerance à la reconnaissance juridique*, PUF, París, 1997, pg. 180.

⁴⁶ En concreto fue la organización británica Stonewall la que apoyó la presentación de la cuestión prejudicial que dio lugar a la sentencia *Grant*. Sobre los detalles de esta estrategia, M. BELL, "Shifting conceptions...", *op. cit. infra*, pg. 77.

⁴⁷ *Vid infra*.

de Justicia, dictada en el caso *P v. S and Cornwall County Council*, de 30 de abril de 1996, en la que afirmaba que la discriminación en el empleo de un transexual era contraria al Derecho europeo, precisamente por ser un tratamiento justificado en el sexo del trabajador.

Con estos elementos, todos los interesados en esta cuestión tenían grandes esperanzas depositadas en el Tribunal europeo, al que iban a llegar varios asuntos relacionados con la discriminación por orientación sexual. El Tribunal de Justicia, sin embargo, defraudó estas expectativas, y en la única sentencia que hasta la fecha ha afrontado directamente la cuestión de la orientación sexual ha rechazado que una discriminación por este motivo pueda ser considerada un supuesto de discriminación por razón de sexo prohibido por el Derecho comunitario. Se trata de la sentencia *Grant v. South-West Trains Ltd.*⁴⁸, que ha producido una enorme reacción en los medios jurídicos europeos⁴⁹. En este asunto el Tribunal analizó la validez comunitaria de una cláusula de un reglamento de una empresa de ferrocarriles británica que reconocía unas reducciones en el precio del transporte a los cónyuges de sus empleados; la reclamación inicial fue presentada por una empleada, a la que se había denegado la misma reducción para su pareja homosexual. La compañía actuó así por

⁴⁸ Sentencia de 17 de febrero de 1998, asunto C-249/96.

⁴⁹ Este fallo ha dado lugar a numerosos comentarios; entre otros, M. BELL, "Shifting conceptions of sexual discrimination at the Court of Justice: from P v. S to Grant", *European Law Journal*, nº 5, 1999, pg. 63; C. BARNARD, "Some are more equal than others: the decision of the Court of Justice in Grant vs. South-West Trains", *Cambridge Journal of European Law*, 1999; de la misma autora, "P v. S: Kite Flying or a New Constitutional Approach?", en A. DASHWOOD & S. O'LEARY (coords.), *op. cit.*, pg. 59; *idem*, "The Principle of Equality in the Community Context: P, Grant, Kalanke and Marshall: Four uneasy bedfellows?", *Cambridge Law Journal*, nº 57, 1998, pg. 352; P. SPACKMAN, "Grant vs South-West Trains: equality for same-sex partners in the European Community", *American University Journal of International Law*, nº 12, 1997, pg. 1063; T. CONNOR, "European Community Discrimination Law: no right to equal treatment in Employment in respect of same sex partner", *European Law Review*, nº 4, 1998, pg. 378; L. HELFER, "European Court of Justice decision regarding employment discrimination on the basis of sexual orientation", *American Journal of International Law*, vol. 93, nº 1, 1999, pg. 195; NOTA, "Sexual orientation e trattamento discriminatorio", *Il Diritto del Lavoro*, vol. 73, nº 2-3, 1999, pg. 123; y K BERTHOU & A. MASSELO, "La CJE et les couples homosexuels", *Droit Social*, nº 1, 1998, pg. 20. En España Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, "El principio de no discriminación sexual en el Derecho Social Comunitario: ¿avance sustancial del Tratado de Amsterdam?", en A.A.V.V., *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1999, pg. 363; J.M. MORALES ORTEGA, "Nuevos fenómenos discriminatorios: homosexualidad y transexualidad", *Relaciones Laborales*, nº 18, 1999, pg. 55; y J. GONZÁLEZ VEGA, "Buscando en la Caja de Pandora: el derecho comunitario ante la discriminación por razones de orientación sexual", *La Ley-Unión Europea*, nº 4522, 1998.

entender que el caso de parejas no casadas las reducciones en el precio de los transportes tan sólo correspondían a las parejas de otro sexo. Se trataba, pues, de un caso de tratamiento desigual por razón de la orientación sexual, dado que lo relevante no parecía ser el estado matrimonial (pues se reconocía la reducción a las parejas de hecho heterosexuales); y que afectaba a un elemento de la relación laboral que el Tribunal ya había calificado como parte de la retribución del trabajador⁵⁰. Una situación ideal para poner a prueba al órgano comunitario, si bien el contenido material discutido, un componente marginal de la retribución de la trabajadora, quizás no fuera el más adecuado para asegurarse su apoyo⁵¹.

El Tribunal de Justicia no compartió los argumentos de la recurrente, y concluyó (en una sentencia sorprendentemente escueta para la complicación del asunto) que la denegación de esta reducción no constituía una discriminación prohibida por el Derecho comunitario. Para llegar a esta conclusión se basó en distintos elementos: la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la situación normativa en los Estados miembros⁵² y, sobre todo, una interpretación literal y finalista del antiguo artículo 119 del Tratado, que le lleva a concluir que “*en su estado actual el Derecho comunitario no se aplica a una discriminación basada en la orientación sexual*” (punto 47). Conclusión que rechaza frontalmente la pretensión de cobijar la discriminación por orientación sexual bajo el paraguas normativo de la no discriminación por razón de sexo; y que deja a aquélla huérfana de toda protección en el Derecho comunitario. Otros asuntos similares pendientes ante el Tribunal de Justicia fueron retirados por iniciativa de éste, por lo que no parece que la situación vaya a cambiar en un futuro próximo. Más aún, el Tribunal de Primera Instancia ha seguido esta línea interpretativa en un reciente asunto similar al supuesto de hecho de *Grant*, pero relativo a un empleado de la propia Unión. Se trata de la sentencia *D. contra Consejo de la Unión Europea*⁵³, en la que se afirma de un lado que la referencia que en el Estatuto de los Funcionarios comunitarios se hace al cónyuge del funcionario debe entenderse referida tan sólo a situaciones de matrimonio⁵⁴; y, de otro lado, que un empleador no está obligado a reconocer a una persona que mantenga una relación estable con otra del mismo sexo

⁵⁰ En la sentencia de 13 de febrero de 1996, Gillespie y otros, asunto C-342/93.

⁵¹ Así lo han reconocido distintos expertos en la cuestión, en el sentido de que el Tribunal hubiera estado más dispuesto a fallar en beneficio de la trabajadora si ésta se hubiera jugado algo más importante en el asunto, como su propia continuidad en el empleo (el caso de la sentencia P.c.S.)

⁵² Según el Tribunal, “en el estado actual del Derecho en el seno de la Comunidad, las relaciones estables entre dos personas del mismo sexo no se equiparan a las relaciones entre personas casadas o a las relaciones estables sin vínculo matrimonial entre las personas de distinto sexo” (punto 35).

⁵³ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 28 de enero de 1999, asunto T-264/97; la sentencia ha sido recurrida, estando el asunto pendiente ante el Tribunal de Justicia.

⁵⁴ Punto 26 de la sentencia.

los mismos efectos derivados del matrimonio tradicional, incluso si esta relación se ha registrado oficialmente ante una administración nacional⁵⁵.

Esta construcción, ya consolidada, de la jurisprudencia comunitaria choca con las interpretaciones que del alcance del principio de no discriminación por razón de sexo mantienen otras instituciones comunitarias. Así, el Parlamento Europeo aprobó en 1984 una Resolución sobre discriminación sexual en el trabajo en la que se condenaba expresamente la discriminación contra los homosexuales⁵⁶.

Para los colectivos de defensa de los derechos de los homosexuales el fallo del Tribunal en *Grant* fue un auténtico mazazo, inesperado e injustificado; como se llegó a decir, el reconocimiento de la no discriminación por motivos de orientación sexual había sido un objetivo demasiado ambicioso, “un puente demasiado lejano”⁵⁷. Paradójicamente, esta decepción para los colectivos homosexuales ha supuesto una revitalización de sus expectativas ante las instituciones comunitarias. Al quedar descartada su protección a través del Derecho europeo de la no discriminación por razón de sexo, que en este aspecto ha puesto de manifiesto sus limitaciones⁵⁸, ha quedado demostrada la necesidad de un tratamiento especial para asegurar la situación del colectivo homosexual en Europa, lo que parece ser un objetivo factible a corto plazo, como veremos. El mismo Tribunal lo señalaba en su sentencia, al subrayar cómo el Tratado de Amsterdam abre la vía para una intervención comunitaria en esta dirección (punto 48). La orientación sexual debe ver reconocida así su estatus como una causa de discriminación *per se*; y cerrada la vía jurisprudencial, se impone una intervención legislativa comunitaria para asegurarlo; sólo así encontrará su lugar en el ordenamiento jurídico europeo⁵⁹.

3.3. Orientación sexual, dignidad del trabajador y no discriminación

Como se señaló *supra*, uno de los motivos por los que los colectivos homosexuales esperaban una reacción diferente del tribunal de Justicia en el asunto *Grant* era por la existencia de una cierta conexión entre orientación sexual y discriminación por razón de sexo, en el marco de la acción comunitaria en defensa de la dignidad del trabajador en el lugar de trabajo. La base jurídica

⁵⁵ Punto 29 de la sentencia.

⁵⁶ Resolución del Parlamento Europeo sobre discriminación sexual en el trabajo; D.O.C.E. serie C, nº 104, de 16 de abril de 1984.

⁵⁷ En las palabras de S. TERRET, “A bridge too far? Non-discrimination and homosexuality in European Community Law”, *European Public Law*, Vol.4, nº 4, 1998, pg. 487.

⁵⁸ Según N. BURROWS, “Sex and sexuality in the European Court”, *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, vol. 14, nº 2, pg. 153.

⁵⁹ En general G.F. MANCINI, “The new frontiers of sex equality law in the European Union”, en A.A.V.V., *Scritti in onore di Gino Giugni*, Cacucci Editore, Bari, 1999, pg. 627.

para esta vía de acción es la propia noción de dignidad, que el Tribunal de Justicia ha reconocido ya desde la sentencia *Casagrande* de 1974 como uno de los derechos fundamentales que forman parte de los principios generales del Derecho que él mismo debía preservar. En general, la dignidad de la persona ha sido utilizada como argumento central para justificar la protección de los derechos fundamentales en el orden internacional⁶⁰, en el ámbito de los derechos de los colectivos homosexuales ésta ha sido también una base dogmática muy utilizada⁶¹.

En la Unión Europea se dispone de una conexión directa entre dignidad y orientación sexual, que puede resultar muy operativa a la hora de articular jurídicamente una protección contra la discriminación de los homosexuales, bien que limitada al ámbito laboral. Se trata de la Recomendación de la Comisión de 27 de noviembre de 1991, relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo⁶². Este texto comunitario se configura como un instrumento de primer orden para la lucha contra el acoso sexual en el trabajo⁶³, incluyendo un Código de Conducta sobre las medidas para combatir éste. En éste se parte de que “*algunos grupos específicos son particularmente vulnerables al acoso sexual*”, entre los que se señalan expresamente a las lesbianas y a los homosexuales, lo que les hace merecedores de una protección especial; y, lo que es más importante, se afirma que “*no se puede negar que el acoso sexual motivado por la inclinación sexual mina la dignidad laboral de las personas afectadas y que resulta imposible considerar dicho fenómeno como un comportamiento laboral aceptable*”. La conexión entre acoso por orientación sexual y dignidad del trabajador se hace explícita⁶⁴.

La Recomendación tiene como principal objetivo la lucha contra el acoso sexual, pero no tanto estableciendo instrumentos específicos para ello, sino

⁶⁰ En general R. BERTOLINO, “La cultura moderna de los derechos y la dignidad del hombre”, *Derechos y Libertades*, nº 7, 1999, pg. 131.

⁶¹ Por todos A. CLAPHAM & J. WEILER, “Human dignity shall be inviolable: the human rights of Lesbians and Gay men in the European Community legal order”, *Collected Courses of the Academy of European Law*, vol III, libro 2, 1994, pg. 237.

⁶² D.O.C.E. nº L 49, de 24 de febrero de 1992; puede encontrarse en la red en la dirección <http://europa.eu.int/eur-lex/es/lif/dat/1992/es-392X0131.html>.

⁶³ Para la definición y el análisis del acoso sexual es forzoso citar el trabajo seminal de K. MACKINNON, *The sexual harassment of working women*, Yale University Press, New Haven, 1979. En España se dispone de una cierta bibliografía al respecto. Ver, por todos, T. PÉREZ DEL RÍO, “El acoso sexual en el trabajo”, *Relaciones Laborales*, Tomo 1993-II.

⁶⁴ El trabajo que sirvió de base para el desarrollo de toda la acción de la Comunidad Europea en este campo es el informe de M. RUBENSTEIN, *The dignity of women at work. A report on the problem of sexual harassment in the Member States of the European Communities*, Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg, 1988. Un resumen de toda esta política en E. COLLINS, “European Union sexual harassment policy”, en R. HELMAN (coord.), *Sexual Politics and the European Union: the new feminist challenge*, Berghen Books, Oxford, 1996.

utilizando los ya existentes, en concreto la normativa comunitaria sobre no discriminación por razón de sexo; el acoso sexual se presenta así como una conducta discriminatoria, contraria al Derecho comunitario, actuando la recomendación a modo de interpretación auténtica del ámbito de éste. Ésta es una de las grandes particularidades de esta Recomendación: a pesar de su carácter de *soft law*, consecuencia del tipo de norma en que se incorpora⁶⁵, en la medida en que se apoya en normativa preexistente de carácter vinculante, todo el Derecho comunitario de la no discriminación por razón de sexo, en la práctica su valor jurídico va a quedar sumamente realizado. El acoso sexual, definido en una recomendación no vinculante, se equipara así a una forma de discriminación por razón de sexo, prohibida por normas plenamente obligatorias, con lo que la lucha contra éste acaba vinculando y obligando plenamente a los Estados miembros.

Hay que determinar qué posición juega la orientación sexual en la definición europea de acoso sexual; ésta, como es sabido, incluye dos tipos de situaciones, el chantaje sexual y el medio ambiente hostil. En el primer caso, si el trabajador es presionado para aceptar determinados favores sexuales por sus superiores o compañeros del mismo sexo, no cabría dudar que nos encontramos ante un supuesto de acoso sexual; a nuestro juicio, lo determinante no es el sexo de acosador y de víctima, sino el contenido sexual de la conducta del primero. No se trata de una cuestión tan clara, con todo. En Estados Unidos, donde la protección jurídica contra el acoso sexual se encuentra sumamente desarrollada, no ha sido hasta una muy reciente sentencia del Tribunal Supremo que se ha aceptado indubitada y definitivamente la existencia de un acoso sexual también entre personas del mismo sexo⁶⁶.

El segundo supuesto ofrece muchas más posibilidades. Se produce una situación de acoso sexual cuando la conducta del agresor “*crea un entorno laboral intimidatorio, hostil y humillante para la persona que es objeto de la misma*”, sin que sea necesario exigir contraprestación sexual alguna. Los supuestos que cabe pensar son múltiples: las bromas, comentarios de contenido sexual, pintadas, exposición de fotografías..., cualquier comportamiento que incomodara al trabajador en su libertad sexual. Es un concepto muy amplio, y sumamente novedoso, ya que por lo general se suele limitar el acoso sexual al chantaje sexual, excluyendo este tipo de prácticas. En la conciencia social se

⁶⁵ Para un análisis de esta normativa comunitaria, desde el punto de vista de su naturaleza jurídica de *soft law*, véase F. BEVERIDGE & S. NOTT, “A hard look at soft law”, en P. CRAIG & C. HARLOW, *Lawmaking in the European Union*, Institute of Advanced Legal Studies, Londres, 1995, pg. 285 sigs; así como A. MAZUELOS, “*Soft law in the European Union*”, Instituto Universitario Europeo, Florencia, 1999, *Passim*.

⁶⁶ En detalle sobre esta cuestión R. L. TOCKER, “Multiple Masculinities: a new vision for same sex harassment law”, *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, vol. 34, nº 2, 1999, pg. 577. Un análisis de la más reciente jurisprudencia norteamericana en D. BENNETT-ALEXANDER, “Same-gender sexual harassment: the Supreme Court allows coverage under Title VII”, *Labor Law Journal*, abril 1998, pg. 3 sigs.

considera que estas conductas son inadecuadas, pero no que lo son también antijurídicas.

En el caso de los trabajadores homosexuales, sometidos por lo general a la presión de sus compañeros, podríamos encontrarnos frente a un supuesto de acoso sexual medioambiental; la actitud de rechazo explícita y militante contra la opción sexual del trabajador sería un caso de acoso sexual, y por tanto una discriminación por razón de sexo⁶⁷. Por esta vía el trabajador homosexual podría asegurarse al menos dos cosas: de un lado, el respeto a sus preferencias sexuales, como parte de su dignidad personal, sin que el rechazo de sus compañeros de trabajo pueda justificar en modo alguno un trato vejatorio; de otro, la protección de todo el conjunto normativo articulado para luchar contra la discriminación por razón de sexo en el caso de producirse conductas de este tipo.

3.4. El artículo 13 del Tratado de Amsterdam y las perspectivas para la lucha contra la discriminación por orientación sexual en el Derecho Europeo

Las presiones de los colectivos homosexuales, unidas a la favorable actitud de las instituciones comunitarias y de los propios Estados permitieron que en el Tratado de Amsterdam se produjera un desarrollo de primer orden en la construcción del estatuto jurídico de la orientación sexual: la mención expresa a la discriminación por razón de orientación sexual en el texto del Tratado de la Unión Europea. Como es sabido, en éste se contienen una cláusula general de prohibición de discriminación, contenida en un artículo 13⁶⁸, cuya redacción es la siguiente: “*sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites y competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar medidas adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual*”. La orientación sexual se incluye así como una de los motivos de discriminación expresamente prohi-

⁶⁷ En el mismo sentido A.M. HUNTER, *Harassment in the workplace. The case for Community intervention*, L.L.M. Dissertation, European University Institute, Florencia, 1997, *passim*.

⁶⁸ Sobre este precepto del Tratado de Amsterdam, S. PALMAR, “The Treaty of Amsterdam”, en A.A.V.V., *After Amsterdam...*, *op. cit.*, pg. 15; M. BELL, “The new Article 13 EC Treaty: a sound basis for European anti-discrimination law?”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 6, n° 1, 1999, pg. 5; A. SOMEK, “A Constitution for Antidiscrimination: exploring the vanguard moment of Community Law”, *European Law Journal*, vol. 5, n° 3, 1999, pg. 243; y E. SZYSZCAK, “Building a European Constitutional Order: prospects for a general non-discrimination standard”, en A. DASHWOOD & S. O’LEARY (coords.), *op. cit.*, pg. 35; P. SKIDMORE, “The 1996 Intergovernmental Conference and the prospects of a non-discrimination Treaty article”, *Industrial Law Journal*, n° 4, 1996, pg. 320.

bidos, al mismo nivel de otros más tradicionales en los sistemas jurídicos europeos como la raza o la edad; en general, todo el Tratado expresa un fuerte compromiso de la Unión en la lucha contra la discriminación, diferenciando varias estrategias de protección en función del motivo del que se trate: nacionalidad, sexo, y las demás del artículo 13, siendo éstas últimas las que aparecen recogidas con un menor vigor.

El artículo 13 atribuye a la Unión la capacidad para legislar en el campo de la discriminación por orientación sexual, pero tan sólo en aquellos ámbitos en los que tuviera ya previamente competencia normativa. Las iniciativas legislativas deberán ser aprobadas por unanimidad, siendo éste el aspecto más criticado del precepto, por entenderse que las diferencias en el tratamiento jurídico de la homosexualidad en los distintos Estados miembros harán casi imposible la aprobación de cualquier medida en el Consejo de Ministros. Se trata también de un precepto que ni tiene efecto directo frente a los Estados, ni obliga a las instituciones comunitarias, en la medida en que tan sólo les invita a actuar. Aún así, aparece en la parte del Tratado relativa a los “principios” de la Unión, lo que le atribuye una cierta importancia, y supone un avance igualmente importante respecto de la situación existente en muchos Estados miembros, en los que todavía no se ha reconocido la no discriminación por orientación sexual. Sobre todo, dota a la Unión Europea de una base clara para levantar una política de lucha contra la discriminación por este motivo, y expresa su compromiso de hacerlo. De hecho, y a pesar de las dificultades que se preveían en el momento de elaboración del Tratado, lo cierto es que parece que las medidas legislativas concretas van a llegar.

Una primera medida en la que se observa esta voluntad de poner en práctica el artículo 13 tiene un alcance muy limitado, pero es expresiva de la estrategia de la Comisión. Se trata de la reforma de 1998 del Estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas⁶⁹, en el que se han introducido sendos preceptos para indicar que funcionarios y agentes temporales serán elegidos o seleccionados “*sin distinción de raza, convicciones políticas, filosóficas o religiosas, ni de sexo u orientación sexual y sin tener en cuenta su estado civil o su situación familiar*”. También se dispone que “*en la aplicación del Estatuto, los funcionarios tendrán derecho a la igualdad de trato sin referencia alguna, directa o indirecta, a la de raza, convicciones políticas, filosóficas o religiosas, sexo u orientación sexual sin perjuicio de las disposiciones estatutarias pertinentes que requieran un estado civil determinado*”.

Aunque la inclusión de esta cláusula general de no discriminación por los motivos contenidos en el artículo 13 del Tratado puede ser considerada una

⁶⁹ Reglamento n° 781/98 del Consejo de 7 de abril de 1998 por el que se modifica el estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas y el régimen aplicable a los otros agentes de estas Comunidades en materia de igualdad de trato. D.O.C.E. n° L 113, de 15 de abril de 1998. Accesible en Internet en <http://europa.eu.int/eur-lex/es/lif/dat/1992/es-398R0781.html>

consecuencia de la vigencia de este precepto, lo cierto es que desde otro punto de vista no es más que la primera manifestación de una línea de política del Derecho iniciada por las instituciones comunitarias antes de la promulgación de éste. Antes de Amsterdam, en efecto, ya se había intentado incluir cláusulas similares en otras normas comunitarias, aunque sin éxito; el que en esta norma de 1998 se consiguiera hacerlo es una primera muestra de la eficacia del artículo 13. A título de ejemplo, también se había intentado incluir una cláusula general de no discriminación en la directiva 96/34, sobre el permiso parental⁷⁰. Esta cláusula desapareció durante el proceso legislativo, sin que quedara más mención a esta materia que una referencia a la lucha contra la discriminación en su Exposición de Motivos, que ignora entre las posibles causas a la orientación sexual. También en la directiva 97/81, sobre trabajo a tiempo parcial⁷¹, se vivió un proceso similar: la cláusula general de prohibición de discriminación cayó del articulado hasta la Exposición de Motivos, y de su contenido desapareció la mención a la orientación sexual. A partir de Amsterdam las perspectivas de que se incluyan cláusulas generales de no discriminación en distintas normas comunitarias mejoran sustancialmente.

La Comisión ha diseñado una estrategia para la implementación inmediata de lo dispuesto en el artículo 13 del Tratado, y para ello ha presentado una Comunicación de ésta al Consejo, el Parlamento Europeo, el Comité Económico y Social y el Comité de las Regiones sobre ciertas medidas para combatir la discriminación⁷². La Comisión ha presentado también un primer paquete de medidas en noviembre de 1999, que además de esta Comunicación incluyen una propuesta de directiva estableciendo un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación; una directiva que implementa el principio de igualdad de trato entre personas con independencia de su origen racial o étnico; y una propuesta de Decisión del Consejo por la que se establece un programa de acción comunitario para luchar contra la discriminación, que cubriría los años 2001 a 2006.

Como se ve, la estrategia consiste en luchar contra la discriminación mediante acciones relativas a una pluralidad de supuestos, los contemplados por el artículo 13 del Tratado, al margen del sexo; de hecho, de todas las causas previstas en éste sólo la discriminación por motivos raciales ha recibido una atención individualizada tras el Tratado de Amsterdam, existiendo una propuesta de directiva específica. Y aunque en un principio se discutió la conveniencia de adoptar medidas específicas contra la discriminación por orientación sexual, lo cierto es que ésta no ha alcanzado un estatus independiente como la discriminación por nacionalidad, por sexo o por origen étnico o

⁷⁰ Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo Marco sobre el permiso parental; D.O.C.E. de 19 de junio de 1996.

⁷¹ Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo Marco sobre el Trabajo a Tiempo Parcial; D.O.C.E. de 20 de enero de 1998.

⁷² 1999/C 369/03; D.O.C.E. C-369, de 21 de diciembre de 1999.

racial, subsistiendo como una de las causas "comunes" de discriminación sujetas a un tratamiento indiferenciado, apareciendo así tan sólo en la propuesta de directiva genérica; la cual, por otro lado, se ocupa únicamente de cuestiones estrictamente laborales, sin incidir en los demás ámbitos de la vida de estas personas. Los potenciales efectos de esta directiva son así bastante limitados, contrastando con lo que los colectivos homosexuales propugnan, y con lo que el mismo Parlamento Europeo venía pidiendo desde hace tiempo; éste, en efecto, había aprobado una Resolución sobre la igualdad de derechos de los homosexuales y de las lesbianas en la Comunidad Europea mucho más ambiciosa en sus planteamientos, en la que la igualdad se pretendía en muchos más ámbitos que los estrictamente laborales⁷³. Esta Resolución tiene su origen en un informe del Comité de Libertades Civiles y Asuntos Internos del Parlamento Europeo, conocido generalmente como "Informe Roth" en atención a la presidenta del Comité, dedicado de forma monográfica a cuestiones relacionadas con la discriminación de los homosexuales. Y en ella se pedía a la Comisión que elaborara y elevara al Consejo de Ministros una propuesta de Recomendación sobre la abolición de todas las formas de discriminación por orientación sexual, cosa que la Comisión no hizo.

Se dispone ya, por último, de la propuesta de Decisión del Consejo por la que se establece el programa de acción comunitario para luchar contra la discriminación, previsto en la estrategia de la Comisión⁷⁴. Dentro de su ámbito se incluye, por supuesto, también la discriminación por orientación sexual; y entre sus objetivos "aumentar la comprensión hacia los problemas ligados a la discriminación (...) incrementar la competencia de agentes específicos para enfrentarse a la discriminación con eficacia (...) y promover y difundir los valores y las prácticas que subyacen a la lucha contra la discriminación" (artículo 3).

3.5. Orientación sexual y derechos fundamentales

La inclusión de la orientación sexual como uno de los factores prohibidos de discriminación no ha sido más que una de las varias estrategias adoptadas por los colectivos homosexuales en su actuación ante las instituciones comunitarias. Han existido, en efecto, otras líneas de actuación, que han sido potenciadas en los últimos años como consecuencia del fracaso en la estrategia de instrumentalización de la normativa sobre no discriminación por razón de sexo. Este fracaso ha obligado a los colectivos homosexuales, con el apoyo de las instituciones comunitarias que les son más favorables, a buscar otro tipo de apoyos normativos en su búsqueda de un marco jurídico adecuado a sus pretensiones. De ahí que pueda identificarse una estrategia conjunta, operando en

⁷³ Resolución sobre la igualdad de derechos de los homosexuales y de las lesbianas en la Comunidad Europea; A3-0028/94; D.O.C.E. nº C61, de 28 de febrero de 1994.

⁷⁴ COM(999) 567 final.

distintos frentes simultáneamente, en la que la situación de los homosexuales se presente desde diversas perspectivas para permitir su mejora sobre la base de distintos sectores del ordenamiento jurídico comunitario.

Una primera perspectiva desde la que se busca la protección de los colectivos homosexuales es la de los derechos fundamentales⁷⁵. Como es sabido, el papel de estos derechos en el esquema jurídico y organizativo de la Unión es cuestión controvertida, sobre la que se vienen produciendo numerosos desarrollos en los últimos años; hoy no puede negarse que forman parte del acervo comunitario. En la medida en que determinados tratamientos a las personas en razón de su orientación sexual puedan ser calificados como violaciones de sus derechos fundamentales, se podrá llamar en su ayuda a las instituciones comunitarias encargadas de su custodia.

Quizás la vía más importante en la actualidad para articular una protección jurídica de la orientación sexual desde la perspectiva de los derechos fundamentales afectados sea la aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos. A lo largo de los años se ha producido un proceso de integración progresiva de los derechos contenidos en este convenio en el seno de la Unión, proceso que fue iniciado en 1974 por el Tribunal de Justicia, y que últimamente se ha visto acelerado con la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam. Pues bien, el respeto de estos derechos puede suponer una importante vía de protección para el ejercicio de la orientación sexual, en la medida en que como hemos visto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha encontrado en ellos una base jurídica para defender ésta en numerosas ocasiones.

Ante los problemas planteados por el Dictamen del Tribunal de Justicia sobre la posibilidad de que la Unión se adhiriera al Convenio, ésta parece haber optado por la vía de elaborar su propia carta de derechos. Así, en el Consejo Europeo de Colonia, de junio de 1999, se acordó que los derechos fundamentales aplicables al nivel de la Unión debían ser consolidados en una carta, que los hiciera más evidentes; esto es, una carta comunitaria de derechos fundamentales, propia de la Unión y parte de su Constitución. En el sucesivo Consejo Europeo de Tampere, que tuvo lugar en octubre de 1999, se recibieron las conclusiones de un informe presentado por un grupo de sabios sobre esta cuestión, bajo el título de "*Afirmando los derechos fundamentales en la Unión Europea: tiempo de actuar*"⁷⁶. En este informe se preconizaba que los derechos contenidos en los artículos 2 a 13 del Convenio fueran plenamente incorporados al Derecho Comunitario; y entre estos derechos se encuentra el derecho a la intimidad y a la vida familiar, que como vimos han dado mucho juego en el ámbito del Consejo de Europa. Al margen de estos derechos, el informe proponía la inclusión de otros, entre los que se encuentra el derecho a "*la igualdad de oportunidades y de trato, sin ninguna distinción por motivos (...)*

⁷⁵ Sobre estas estrategias L.R. HELFER, "Lesbian and Gay rights as human rights: strategies for a United Europe", *Virginia Journal of International Law*, n.º 32, 1992, pg. 157.

⁷⁶ Bruselas, Febrero de 1999; el grupo fue dirigido por el Profesor Spiros SIMITIS.

de orientación sexual", (entre otros motivos). Estos derechos deben ser incorporados dentro de un título independiente del Tratado.

La idea de incluir la protección de la orientación sexual dentro de una estrategia comunitaria más amplia de protección de los derechos fundamentales no es nueva. Así, en la Resolución del Parlamento Europeo de 1997 sobre el respeto de los derechos humanos en la Unión Europea ya se contenían algunas menciones la orientación sexual, pidiéndose a los Estados miembros "*la eliminación de cualquier trato injusto de los homosexuales y lesbianas, en particular en lo que se refiere a la mayoría de edad sexual, los derechos civiles, el derecho al trabajo, los derechos sociales y económicos, etc...*" (punto 54). Esta misma institución, en sus informes anuales sobre derechos humanos, ha prestado una especial atención a la situación jurídica y social de los homosexuales en la Unión.

3.6. Orientación sexual y libertad de circulación

Como antes se señaló, algunos de los problemas a los que pueden enfrentarse los homosexuales en el desarrollo de su vida personal y profesional no sólo "europeos" (en el sentido de ser comunes a éstos en todos los Estados europeos), sino también "comunitarios", esto es, que tienen que ver con el proceso de integración europea mismo. El más llamativo de éstos es el relativo a la libertad de circulación de los trabajadores homosexuales⁷⁷. La creación de un mercado de trabajo europeo se ha basado en el reconocimiento del derecho a la libertad de circulación de los trabajadores comunitarios, del que se beneficiaban tanto éstos como sus familiares. El aparato normativo desarrollado para poner en práctica esta libertad es muy importante, tanto en los aspectos puramente laborales como en los de protección e integración sociales del trabajador migrante y sus familias. De ahí que si se pudiera identificar una lesión en estos derechos por razón de la orientación sexual del trabajador o de sus familiares se podría activar el mecanismo jurídico de defensa de éstos previsto en el Derecho comunitario vigente, estableciéndose así una primera pieza del estatuto jurídico de la orientación sexual en éste⁷⁸.

Generalmente se identifican dos posibles situaciones en las que la condición de homosexual de un trabajador puede suponer un obstáculo para el ejer-

⁷⁷ Sobre estos problemas, J. D'OLIVEIRA, "Lesbians and gays and the free movement of persons", en K. WAALDIJK & A. CLAPMAN (eds.), *op. cit.*, supra; K. WAALDIJK, "Free movement of same-sex partners", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, n.º 3, 1996, pg. 271; *Idem*, "Towards equality in the freedom of movement of persons", en A.A.V.V., *After Amsterdam: Sexual Orientation and the European Union*, *op. cit.*, pg. 40; *Idem*, "La libre circulation des partenaires de même sexe", en D. BORILLO, *Homosexualité et droit...*, *op. cit.*, pg. 205; A. CLAPHAM & J. WEILER, "Human dignity shall be inviolable", *op. cit.*, pg. 273.

⁷⁸ M. C. FLOBETS, "Family reunification: who pays for love in Europe?", in H. PETERSEN, *Love and Law in Europe*, Ashgate, Dartmouth, 1997, pg. 62.

cicio de los derechos vinculados a su libertad de circulación. De un lado, la prohibición de entrada en el territorio de un Estado como consecuencia de esta condición, en el caso de que éste considerase que esta característica hace del trabajador una persona indeseable; en este caso el Estado estaría haciendo uso de la excepción de orden público, seguridad pública y salud pública que la normativa reguladora de esta libertad comunitaria prevé. De otro, el ejercicio del derecho a la reunificación familiar en el caso de que el trabajador tenga una pareja de hecho del mismo sexo. En rigor, ni uno ni otro supuesto se han planteado hasta la fecha ante el Tribunal de Justicia, por lo que no contamos con una jurisprudencia clara al respecto.

Lo que sí se puede hacer es intentar prever las consecuencias de una y otra situación. Respecto de la primera, la prohibición de entrada a un trabajador homosexual, hay que señalar que ésta es poco previsible, ante la situación de los ordenamientos nacionales de los Estados europeos, que han despenalizado la homosexualidad *per se*. Incluso si un Estado intentara obstaculizar la libre circulación de un trabajador homosexual se le plantearían problemas, pues la construcción que el Tribunal de Justicia ha elaborado sobre las excepciones a ésta difícilmente le legitimaría en este intento. Respecto de la segunda situación, el estatuto de las parejas homosexuales a efectos de la reunificación familiar, sí tenemos alguna pista de por dónde puede ir el Tribunal, deducida de sentencias sobre supuestos cercanos al que nos ocupa. Disponemos, en concreto, de la sentencia *Países Bajos contra Ann Florence Reed*⁷⁹, en la que se analizaba la denegación por un Estado del permiso de residencia a la compañera de facto de un trabajador migrante. En *Reed* el Tribunal analiza el sentido que debe darse a la expresión “cónyuge” que aparece en el artículo 10 del Reglamento 1612/68, donde se regula el derecho a la reunificación familiar. Su interpretación es eminentemente formal: en ausencia de desarrollos sociales generalizados en los Estados nacionales que justifiquen una interpretación amplia de esta expresión, y en ausencia también de cualquier indicación en contrario en el propio reglamento, la expresión “cónyuge” se refiere tan sólo a supuestos de estatus marital. Esta interpretación formal ha sido mantenida en pronunciamientos posteriores⁸⁰. Ahora bien, a pesar de ello el Tribunal da la razón al trabajador basándose en otro precepto del Reglamento, el artículo 7.2, en el que se reconoce al trabajador migrante el derecho a beneficiarse de “*las mismas ventajas sociales y fiscales que los trabajadores nacionales*”. Teniendo en cuenta que a un nacional de los Países Bajos se reconocía el derecho a convivir con su pareja de hecho, otorgándole un permiso de residencia en el caso de que fuera extranjera, sería contrario al Derecho comunitario que un trabajador migrante no disfrutara del mismo derecho. Así las cosas, es previsible que en el caso de una pareja de hecho homosexual el Tribunal, por aplicación de la doctrina *Reed*, reconociera al trabajador el derecho a la reunifica-

⁷⁹ Sentencia de 17 de abril de 1986, asunto 59/85.

⁸⁰ Como la sentencia *Diatta contra Land Berlín*, asunto 267/83.

ción familiar. Aunque también pudiera ser que utilizara su razonamiento en *Grant*, que en los Estados miembros todavía no se ha producido un reconocimiento y una homologación generalizados de las parejas homosexuales, para rechazar esta pretensión.

La escasa incidencia de este problema en la práctica ha supuesto que no exista un incentivo muy fuerte para la adopción de iniciativas de reforma del marco normativo vigente para dar cabida al caso particular de los trabajadores homosexuales. Existe, con todo, una propuesta de reforma del Reglamento básico en materia de libertad de circulación de trabajadores, el 1612/68, que se hace eco de la situación de los colectivos homosexuales, aunque con un alcance limitado. Así, la propuesta de Reglamento de modificación⁸¹ incluye un nuevo artículo 1bis al texto original, en el que se afirma que “*en el ámbito de aplicación del presente Reglamento se prohibirá toda discriminación basada en el sexo, la raza o el origen étnico, la religión o las convicciones, una discapacidad, la edad o la orientación sexual*”. Se trataría de una cláusula general de no discriminación, del tipo de las ya señaladas *supra*, en la línea de desarrollar lo previsto por el artículo 13 del Tratado de Roma.

Más importante a estos efectos es la propuesta de reforma del artículo 10 del Reglamento, en el que se regula el derecho a la reunificación familiar del trabajador migrante; se propone que entre los beneficiarios de ésta se incluyan, además del cónyuge, a “*toda persona asimilada al cónyuge por la legislación del Estado miembro de acogida*”. Esto supone extender el derecho a instalarse en el Estado de prestación de servicios a determinado tipo de parejas de hecho, previstas en los ordenamientos jurídicos de algunos Estados miembros, en los que se asimilan a los matrimonios para algunos efectos. Entre estas parejas de hecho pueden encontrarse, por supuesto, parejas homosexuales. Habrá que estar, sin embargo, al tratamiento que se dé a este tipo de parejas en cada Estado miembro, pues no se produce armonización alguna de éste; y a la interpretación que el Tribunal de Justicia haga eventualmente de la expresión “*asimilada al cónyuge*”. En cualquier caso, la propuesta de reforma supone un salto cualitativo respecto del texto original del Reglamento y de la interpretación que de éste hizo el Tribunal, lo que en el fondo es hacer lo que el mismo Tribunal había anunciado en la sentencia *Reed*: que un desarrollo social general posterior podía justificar una construcción del término cónyuge más amplia que la que en ese momento se hacía.

4. TRANSEXUALIDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

Así, a título de ejemplo, la Comisión en la reciente comunicación sobre ciertas medidas comunitarias para combatir la discriminación incluye dentro de

⁸¹ Documento 598PC0394(01), accesible en eur-lex/es/com/dat/1998/es-598PC0394-01.html.

una categoría común de "orientación sexual" tanto a las medidas comunitarias articuladas para luchar contra ésta como aquellas otras elaboradas para luchar contra la discriminación contra los transexuales.

P v. S and Cornwall County Council, de 30 de abril de 1996⁸², Resolución del Parlamento Europeo contra la discriminación contra los transexuales⁸³.

LA LEY 39/99 DE CONCILIACIÓN DE LAS RESPONSABILIDADES FAMILIARES Y PROFESIONALES DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS: TEMAS DE DEBATE

TERESA PÉREZ DEL RÍO*

ÍNDICE

1. Objetivos que debe perseguir una ley de conciliación de responsabilidades familiares y profesionales. El objetivo de la Ley 39/99. Alternativas posibles
2. Medidas adoptadas en materia de interrupción o reducción de la actividad laboral para atender responsabilidades familiares; 2.1. Permisos y licencias (art. 37.3 ET). 2.2. Permiso de lactancia (art. 37.4). 2.3. Reducción por guarda legal y para cuidado de familiares (art. 37.5). 2.4. Excedencia (art. 46.3); 2.5. Suspensión por maternidad (art. 48.4 ET)
3. Reformas introducidas para la tutela frente a riesgos para la salud ocasionados por la maternidad: suspensión en el supuesto de riesgo durante el embarazo
4. La tutela frente a la discriminación por causa de maternidad: garantía de los derechos laborales y en especial del derecho a la estabilidad en el empleo
5. Medidas adoptadas para evitar que la maternidad siga constituyendo la causa más importante de discriminación de la mujer en el mercado de trabajo: El llamado "coste cero" de la maternidad y las campañas de sensibilización (Disp. Ad. 4^a)

El objetivo del presente trabajo es analizar desde la óptica académica los temas de la Ley 39/99 que fueron objeto del cuestionario presentado a los interlocutores sociales y a los representantes institucionales, cuyas respuestas fueron publicadas en el número anterior de esta revista.

Entiendo que no son los únicos problemas o interrogantes que plantea la norma pero sí los más importantes y, por ello, conviene analizarlos desde todas las ópticas posibles.

⁸² Asunto 13/94. Esta sentencia llamó poderosamente la atención de los estudiosos del Derecho del Trabajo en toda Europa. Así, en España M. ALONSO OLEA, "El despido de un transexual", in *Actas de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, 1997, pg. 237; M. MARISCAL DE GANTE y E. LÓPEZ PASARO, "Transexualidad y discriminación", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 97, 1999, pg. 601; J.M. MORALES ORTEGA, *op. cit. infra*; M.A. VICENTE PALACIO, "Transexualidad y contrato de trabajo", *Tribuna Social*, nº 67, 1996, pg. 55. Fuera de nuestro país, C. BARNARD, "P v. S: Kite Flying or a New Constitutional Approach?", in A. DASHWOOD & S. O'LEARY, *The principle of Equal treatment in EC Law*, Sweet & Maxwell, London, 1997, pg. 59; *Idem*, "The Principle of Equality in the Community Context: P, Grant, Kalanke and Marshall: Four uneasy bedfellows?", *Cambridge Law Journal*, nº 57, 1998, pgl.352; A. C. LOUX, 'Is He Our Sister? Sex, Gender, and Transsexuals Under European Law'. *Web Journal of Current Legal Issues*, vol. 3, 1997; R. WINTEMUTE, 'Recognising New Kinds of Direct Sex Discrimination: Transsexualism, Sexual Orientation and Dress Code.' *Modern Law Review*, vol. 60, 1997, en pg. 335; P. SKIDMORE, "Sex, gender and comparators in employment and discrimination", *Industrial Law Journal*, vol. 26, 1997, pg. 51.

⁸³ D.O.C.E. serie C. nº 256. de 9 de octubre de 1989.

* Profra. Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Cádiz