

SALA CONSTITUCIONAL

Magistrado Ponente: *PEDRO RAFAEL RONDÓN HAAZ*

Consta en autos que, el 7 de octubre de 2003, el ciudadano José Ramón Merentes, titular de la cédula de identidad n.º 9.225.100, quien se acreditó como Vice-Coordinador General de la *ASOCIACIÓN CIVIL**UNIÓN AFIRMATIVA DE VENEZUELA*, con inscripción el 24 de noviembre de 2000 en la Oficina Subalterna de Registro Público del Segundo Circuito del Municipio Libertador del Distrito Federal, bajo el n.º 43 del tomo 15 del Protocolo Primero, con la asistencia de la abogada Yael de Jesús Bello Toro, con inscripción en el I.P.S.A. bajo el n.º 99.306, planteó, ante esta Sala, solicitud de interpretación de los artículos 21, cardinal 1, y 77, en conjunción con los artículos 19, 20 y 22, todos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Mediante auto del mismo día, se dio cuenta en Sala y se designó ponente el Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz.

El 9 de agosto de 2004, compareció el solicitante y consignó recaudos.

El 15 de diciembre de 2004, en sentencia n.º 3159, esta Sala admitió la solicitud de autos, omitió la fijación de audiencia pública y ordenó la notificación al Fiscal General de la República, Defensor del Pueblo, Presidente de la Asamblea Nacional y, mediante edicto, a todos los interesados.

El 16 de junio de 2005, el peticionario retiró el edicto para su publicación en prensa.

El 13 de octubre de 2005, el apoderado de la demandante consignó en autos ejemplar de periódico con la publicación del edicto y presentó escrito de ratificación del requerimiento de interpretación. En recaudo de esa misma fecha, la asociación civil Programa de Educación Acción en Derechos Humanos (PROVEA), mediante la representación judicial de los abogados Marino Alvarado y María Elena Rodríguez, con inscripción en el I.P.S.A. bajo los n.ºs 61.381 y 35.463, se adhirió a la demanda.

El mismo día, los ciudadanos Mercedes Muñoz, Rosa Guarente, Fabiola Romero, Jesús Medina, Luis Hernández, Oscar Canino, Juan Márquez y Tomás Adrián, con cédulas de identidad n.ºs 4.825.732, 11.604.877, 11.471.558, 11.416.632, 16.384.176, 3.243.990, 6.020.563 y 3.663.403, respectivamente, con la asistencia del último de los identificados, quien es abogado y con inscripción en el I.P.S.A. bajo el n.º 19.503, se adhirieron a la solicitud de autos.

El 19 de octubre de 2005, los ciudadanos Antonio José González Plessmann, Yael de Jesús Bello Toro, Marco Antonio Ponce Rondón, Olga Teresa Villasmil de Rojas, Lisandro Raúl Cubas, Darwin Suárez Bustamante y Oscar Orlando Olarte Martínez, con cédulas de identidad n.ºs 10.866.332, 14.926.838, 13.824.731, 9.846.884, 24.315.549, 10.828.833 y 13.884.456, respectivamente, con la asistencia de la abogada María Elena

Rodríguez, con inscripción en el I.P.S.A bajo el n.º 35.463, consignaron escrito en el cual se sumaron a la demanda.

También en esa oportunidad hizo acto de presencia la ciudadana Ofelia Isabel Álvarez Cardier, con cédula de identidad n.º 2.931.019, quien, con la asistencia de la abogada María Elena Rodríguez, se adhirió a la pretensión. Asimismo, compareció el abogado Carlos Alberto Nieto Palma, con cédula de identidad n.º 5.966.041 y con inscripción en el I.P.S.A. bajo el n.º 23.237, quien presentó cuatro escritos, el primero en nombre propio, el segundo en su condición de Presidente de la /"Asociación Civil Jóvenes por el Cambio Social"; /el tercero como Coordinador General del/"Bloque de Organizaciones para la transformación Penitenciaria 'Una Ventana a la Libertad', sin personalidad jurídica propia hasta los momentos, pero con una trayectoria y reconocimiento público de más de 8 años de arduo trabajo en la defensa y promoción de los derecho humano (sic) de las personas que e encuentran (sic) privadas de su libertad...."/, y, el cuarto, como abogado asistente de Gladys Parentelli, con cédula de identidad n.º 11.740.699, mediante los cuales se adhirieron todos a la demanda.

Lo propio hizo Luz Ángela Tarazona Vélez, con cédula de identidad n.º 14.556.834 y con inscripción en el I.P.S.A. bajo el n.º 99.961, en su condición -según afirmó- de miembro del Centro de Estudios de la Mujer de la Universidad Central de Venezuela.

El 20 de octubre de 2005, la ciudadana Beatriz Castresana Miranda, con cédula de identidad n.º 3.665.054, Directora Ejecutiva y representante legal de la Asociación Civil de Planificación Familiar (PLAFAM), con la asistencia de la abogada Luz Ángela Tarazona, quien antes se identificó, se adhirió a la demanda.

El 26 de octubre de 2005, la Defensoría del Pueblo consignó escrito de opinión sobre el requerimiento de interpretación del caso de autos.

El 31 de marzo de 2006 compareció la parte actora, quien peticionó se decida favorablemente la solicitud de interpretación.

Los días 11 de enero, 27 de febrero, 6 de marzo, 17 de abril, 23 de mayo y 26 de junio de 2007, la Defensoría del Pueblo requirió decisión en esta causa. El mismo pedimento fue expresado por la parte actora el 29 de marzo de 2007.

I

DE LA SOLICITUD DE INTERPRETACIÓN

1. Alegó el solicitante que la orientación homosexual /"forma parte inseparable de la personalidad de una proporción más o menos constante de la población"/ y es /"un fenómeno multifactorial; esto significa que para su determinación intervienen factores de diversa índole, a saber, genéticos, hormonales, biológicos, fisiológicos y psicosociales, entre otros posibles." /Que, en Venezuela, existe este

grupo social que se ve obligado a desarrollar sus actividades en un ambiente de clandestinidad y que, muchas veces, es víctima de allanamientos, detenciones ilegales y hostigamiento por parte de cuerpos de seguridad del Estado porque /"no se reconoce la protección del ordenamiento legal para estas personas al no estar expresa."/

2. /"El severo e infundado rechazo social que se produce en contra de las personas homosexuales (...), les impide el ejercicio de sus derechos legales en condiciones de igualdad. / (...) / Es entonces imprescindible un ordenamiento jurídico que reconozca la existencia de personas con una orientación sexual distinta a la mayoría, pero igualmente digna. La no regulación jurídica de esta realidad condena a estas personas a una situación sui generis de minusvalía jurídica y social, sin poder ni capacidad para reclamar y gozar de derechos que le son espontáneamente reconocidos al resto de la población."/

3. Las personas homosexuales no pueden ejercer libremente actividades /"propias de su condición"/ como lo son la convivencia con una pareja del mismo sexo, la demostración de afecto en público, heredar o acceder a una pensión de viudez, como sí puede hacerlo una pareja heterosexual. Esta situación es /"difícil de explicar"/ a la luz del derecho a la no discriminación /"porque entre una pareja heterosexual y una homosexual, la única diferencia que existe es que una está compuesta por dos personas del mismo sexo, y la otra por dos personas de sexo distinto. *El Estado no ha explicado por qué esta diferencia es razonable y objetiva*. En los dos tipos de pareja existen los mismos componentes de estabilidad, duración en el tiempo, proyecto de vida y afecto mutuo. Por lo tanto se discrimina a unas personas por el hecho de poseer una orientación sexual distinta a la mayoría."/

4. La parte actora fundamentó su solicitud de interpretación de los artículos 21 y 77 de la Constitución, en conexión con los artículos 19 al 22 /eiusdem,/ en la oscuridad que existiría respecto a si el derecho a la no segregación abarca la no discriminación por orientación sexual, ya que "... /existe la situación jurídica concreta y específica de la diferencia entre los derechos sociales que disfruta una persona homosexual con respecto a los derechos sociales que tiene una persona heterosexual, situación que requiere necesariamente una interpretación de normas constitucionales aplicables a la misma/...".

Dicha problemática surgiría, fundamentalmente, "[porque] /no está completamente claro si el derecho a la no discriminación en Venezuela abarca el criterio de la orientación sexual, o si esta es una discriminación legal y permitida por el Estado y por esa razón existe la anteriormente mencionada diferencia entre los derechos sociales de una persona homosexual y una heterosexual. Esta incertidumbre impide el desarrollo y efectos del reconocimiento de las uniones de hecho homosexuales/".

5. La discriminación por orientación sexual es contraria a tratados internacionales como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el Pacto de San José, el Protocolo de San Salvador, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Carta Andina de Derechos Humanos, la cual hace alusión expresa a la segregación por

razón de la orientación sexual.

Por otra parte, las restricciones que pueden hacer los Estados respecto de los derechos humanos por orden y moral pública en el marco del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos están sujetas a los límites que se establecieron en el Pacto de Siracusa, el cual les reconoce un cierto margen de discreción, pero /"deberá demostrar que la limitación de que se trate es esencial para mantener el respeto a los valores fundamentales de la comunidad"/, margen de discrecionalidad que /"no se aplica a la norma de no discriminación tal como se define en el Pacto"/, razón por la cual -en su criterio- no se pueden restringir los derechos de las personas homosexuales con base en conceptos como la moral pública o el orden público.

6. En relación con el derecho a la no discriminación, alegó que /"una unión de hecho homosexual en la actualidad no disfruta a cabalidad de sus derechos sociales porque en la Constitución no se le reconoce efectos patrimoniales a este tipo de unión, que posee las mismas características de un concubinato entre hombre y mujer, y más bien se ven expuestas a cualquier tipo de vejamen social si esta unión llega a conocerse públicamente"/.

En este sentido, agregó que sólo /"les son reconocidos algunos derechos, excluyendo específicamente la posibilidad de expresar libremente su condición, sin temor a represalias o cualquier tipo de consecuencias negativas para sí, formar una familia de acuerdo con esta condición y sus particularidades, atenta contra el principio de identidad de derechos de todo ciudadano y de igualdad ante la ley, porque el Estado da soluciones distintas a supuestos de hecho idénticos sustancialmente"/.

7. En relación con /"los criterios objetivos y razonables que debe tener el Estado para realizar cualquier discriminación positiva"/, alegó que ".../nunca se han podido comprobar los supuestos perjuicios que traería a la sociedad un reconocimiento irrestricto de la igualdad plena de derechos y deberes para estos individuos. Pues, al ser una condición en la cual el elemento innato juega un rol definitivo, y no determinada única y exclusivamente por la decisión individual, no es posible hacer proselitismo político mediante el cual conseguir adeptos"/.

8. Que ".../el artículo 22 constitucional /(...) /deja abierta la posibilidad de reconocimiento de los derechos no enunciados en el texto de la Constitución o en el de los pactos internacionales de derechos humanos"/.

9. Que la Ley Orgánica del Trabajo vigente reconoce la no discriminación en el empleo por razones de preferencia sexual, de modo que, de acuerdo con el principio de progresividad de los derechos humanos, se presume que en Venezuela está reconocida tal forma de no segregación.

10. En apoyo a su pretensión, el peticionario señaló diversas decisiones y opiniones consultivas de distintos organismos internacionales, así como normas y sentencias de varios países y estados federales de América que respaldarían la inclusión de la orientación

sexual dentro del concepto de no discriminación, así como el reconocimiento de derechos patrimoniales a las parejas de personas homosexuales. También se destacó una decisión de la Corte Constitucional colombiana (C-481/98) que declaró que la discriminación por orientación sexual es violatoria del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad.

11. En la interpretación de la materia de derechos humanos, rigen los principios que reconoce el artículo 22 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de interdependencia, indivisibilidad y progresividad, que imponen: i) un ejercicio simultáneo y complementario de todos los derechos en el sentido de que el ejercicio de unos no puede excluir el de otros, de modo que /"el goce y disfrute pleno de unos derechos depende de su ejercicio conjunto y en igualdad de condiciones con los demás derechos"/,/"so pena de desnaturalizarlos en su esencia y reducirlos en los efectos de su protección, si fueren considerados de manera diferenciada entre unos y otros;/ y//ii) la voluntad del Estado de reconocimiento y garantía de una pluralidad cada vez mayor de derechos.

Así, a la luz de los principios anteriores, /"la situación /sui generis/de las personas homosexuales, en virtud de la cual se les reconoce el ejercicio limitado y condicionado de solo algunos derechos, que no de todos, es violatoria de estos principios constitucionales"/.

12. "...[E]l artículo 77 /[constitucional]/colide aparentemente tanto con el principio constitucional de la no discriminación, como con otra norma de carácter constitucional que es el artículo 21 ordinal primero/ (sic)/, por esta razón, la duda planteada responde a los fines de este recurso, y el asunto reviste de interés porque es una situación que afecta en el ejercicio de sus derechos humanos a un grupo de personas/".

En este sentido agregó que "[el artículo 77 de la Constitución] /limita los derechos de las uniones homosexuales, realizando de esa forma una discriminación por orientación sexual. Nos encontramos frente a una situación donde una determinada norma constitucional/ (artículo 77) /colide con los principios y valores jerárquicamente superiores, consagrados en el texto constitucional. En este caso el principio de la no discriminación es jerárquicamente superior/..."

13. En cuanto al Derecho de Familia, el solicitante señaló que:

Las uniones homosexuales son uniones de hecho, que existen independientemente de que la ley no les conceda efectos jurídicos, o que aun se prohíba este tipo de relaciones, siendo esto una realidad, el derecho de familia (sic) debe orientarse hacia el reconocimiento de esta asociación natural como otra forma de unión de hecho, paralela a aquella entre un hombre y una mujer.

De otra parte, negar a las personas homosexuales la realización de un proyecto de vida adecuado a su condición -exclusiva y aparentemente inmodificable- sería prohibirles el libre desarrollo de su personalidad y obligarlas a permanecer en una situación de indefensión jurídica,

injustificable a todas luces.

14. Por último, la accionante pidió se admita su solicitud de interpretación y, asimismo:

14.1 La interpretación del artículo 21, cardinal 1, de la Constitución, en conexión con los artículos 19, 20 y 22 /eiusdem “.././con respecto a si el principio de no discriminación abarca a la no discriminación por orientación sexual”/.

14.2 La interpretación del artículo 77 constitucional “../para resolver la colisión entre dicho artículo, y el principio de la no discriminación por orientación sexual”/.

14.3 Que se defina “../el ámbito de aplicación de esa interpretación, específicamente la posibilidad de reconocer jurídicamente las relaciones de pareja entre personas del mismo sexo, y sus consecuentes efectos patrimoniales”/.

Mediante escrito que fue presentado luego de la admisión de la petición de interpretación, la parte actora indicó:

1. Que el artículo 22 de la Constitución admite la existencia de derechos fundamentales distintos de los que están expresamente enunciados en la Constitución, pues se trata de una cláusula abierta que, como tal, incluye los que se denominan derechos constitucionales tácitos o implícitos, los cuales se reconocen como tales porque son inherentes a la persona humana, derechos que han sido reconocidos en las constituciones venezolanas desde 1909.

2. Que estos derechos implícitos son derechos inherentes a la persona humana, que no están reconocidos en la Constitución pero sí en Tratados Internacionales, como es el caso de la Convención sobre Derechos del Niño, la cual incluye, entre otros, los derechos de los menores de 18 años y la no discriminación de éstos, entre otras razones, con motivo de la orientación sexual o del estado de salud.

* *

II

ALEGATOS DE LAS PARTES INTERVINIENTES

1. Los alegatos de Programa de Educación Acción en Derechos Humanos (PROVEA), mediante la representación de los ciudadanos Marino Alvarado y María Elena Rodríguez; de los ciudadanos Antonio José González Plessman, Yael de Jesús Bello Toro, Marco Antonio Ponce Rondón, Olga Teresa Villasmil de Rojas, Lisandro Raúl Cubas, Darwin Suárez Bustamante y Oscar Orlando Olarte Martínez; del abogado Carlos Alberto

Nieto Palma -en nombre propio y de sus representados- y de la representación legal de la Asociación Civil de Planificación Familiar (PLAFAM), fueron los siguientes:

1.1 Que la interpretación que dio el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas /"al artículo 26 del PIDCP debe ser acogida por Venezuela, ya que el PIDCP forma parte del bloque de la constitucionalidad venezolana y sus disposiciones deben ser aplicadas de manera preferente en el ámbito interno, cuando sea más favorable al ejercicio de derechos para el ser humano"/.

1.2 Que "/la no discriminación y la igualdad ante la ley son principios fundamentales a observar en una sociedad democrática respetuosa de los derechos humanos..."/ por lo que ".../negar el derecho a las personas homosexuales a formar familia, y a el /(sic) /reconocimiento jurídico de esa unión, con los efectos civiles y patrimoniales que ello acarrea constituye un acto discriminatorio en razón de la orientación sexual de la persona. Por ende, /(...) /mantener la distinción existente entre parejas heterosexuales y parejas homosexuales a los efectos del disfrute de ciertos derechos sociales y económicos es contrario a nuestro ordenamiento jurídico y a los valores contenidos en nuestra constitución"/.

1.3 Que los artículos constitucionales cuya interpretación se solicitó "/enuncian la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos, no pudiendo ocurrir que se reconozcan solo algunos derechos, con prescindencia de los demás"/, razón por la que sería fundamental/"que se explicita el carácter sólo enunciativo de las causas de discriminación contenidas en el artículo *21* de nuestra Constitución."/

1.4 Que "/de darse respuesta afirmativa a esta solicitud, se le pide a esta Honorable Sala que determine si el artículo 77 constitucional, párrafo 2, colide con el principio superior de igualdad y no discriminación, en cuanto limita el reconocimiento de las parejas de hecho a las formadas entre un hombre y una mujer, excluyendo al parecer de ese reconocimiento a las parejas homosexuales"/.

1.5 En consecuencia expresaron, que /"cre[en] que la pretensión de la parte actora (...) se ajusta a los principios constitucionales"/ y solicitaron a la Sala se pronuncie sobre la interpretación que fue solicitada.

2. Los ciudadanos Mercedes Muñoz, Rosa Guarente, Fabiola Romero, Jesús Medina, Luis Hernández, Oscar Canino, Juan Márquez y Tomás Adrián, con la asistencia del abogado Tomás Adrian, expusieron, en su escrito, su adhesión que se adhieren a la interpretación de autos, /"[s]iendo, como [son], activistas de derechos humanos, y estando plenamente convencidos de la necesidad de que las leyes, amparen por igual y sin discriminación alguna a todos los seres humanos, con prescindencia de cualesquiera elementos accesorios o sustanciales que constituyan la esencia de la individualidad de cada ser humano..."/.

* *

III

DE LA OPINIÓN DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO

La Defensoría del Pueblo, mediante escrito del 26 de octubre de 2005, se pronunció en los siguientes términos:

1. Afirmó que la pretensión de autos excede, en parte, de los límites de la solicitud de interpretación constitucional, por cuanto "...solicitan sean reconocidos los derechos que se encuentran establecidos en el artículo 77 (constitucional) /en lo relativo a los efectos patrimoniales y los derechos sociales y culturales derivados de uniones entre personas del mismo sexo/...".

2. Recomendó que, si bien la solicitud va más allá de las limitaciones de la solicitud de interpretación, se aplique "/por analogía la no sujeción del principio dispositivo en materia constitucional/" y, en consecuencia, /"redefina el objeto de la interpretación solicitada, fijando las áreas de oscuridad, ambigüedad o duda de la normativa en estudio, dentro de los límites y naturaleza del recurso, con miras a obtener un pronunciamiento de fondo sobre el tema, que desde una perspectiva garantista, sirva de base interpretativa en el desarrollo de los derechos humanos"/.

3. Que, de esa manera, /"el objeto del presente recurso podría centrarse en la interpretación del artículo 21 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, pues es ésta la norma que presentaría dudas razonables en cuanto a su extensión y alcance sobre si su contenido abarca la discriminación basada en razones de preferencia sexual"/.

4. En relación con la interpretación del derecho a la igualdad, señalaron que, si bien el artículo 21 de la Constitución no incluye la orientación sexual dentro de las causales de no discriminación, la misma podría entenderse incluida, pues no se trata de una norma taxativa, sino, por el contrario, enunciativa. De allí que, en su opinión, el artículo 21 de la Constitución "/adolece de oscuridad/" y de allí que considera pertinente que esta Sala "/analice la denominada orientación sexual a la luz del contenido y alcance del artículo 21.1 constitucional, y establezca la procedencia de la inclusión de este aspecto como una prohibición de discriminación"/.

5. Recomendó que se haga una interpretación progresista y "...se establezca expresamente la prohibición de discriminación por orientación sexual"/.

6. Por último, indicaron que ".../las personas con una orientación sexual diferente a la regulada por nuestro ordenamiento jurídico, deben estar jurídicamente protegidas, con miras a que no sean discriminadas por su preferencia sexual, lo cual solo sería posible lograrse (sic) con una aclaratoria del contenido y alcance del artículo

21 Constitucional.../”.

7. En consecuencia solicitaron:

PRIMERO: Que esta Sala Constitucional (...) no obstante la inidoneidad del petitorio de la acción propuesta (...) aplique por analogía la no sujeción del principio dispositivo en materia constitucional, redefiniendo el objeto de la interpretación propuesta y procediendo como única y máxima intérprete de la Constitución (...) a determinar el contenido, alcance, extensión y aplicación del artículo 21.1 de la Constitución (...) en el sentido de que establezca si la orientación sexual constituye uno de los aspectos sobre los cuales se funda la prohibición de la discriminación en nuestro País”.

SEGUNDO: Que esta Sala se permita efectuar una interpretación progresista de la mencionada norma constitucional, y establezca la prohibición basada en la orientación sexual, en respeto al derecho a la igualdad de los ciudadanos y ciudadanas que integran la población homosexual de nuestro país.

* *

IV

MOTIVACIÓN PARA LA DECISIÓN

En el caso de autos se incoó solicitud de interpretación constitucional en relación con dos aspectos en concreto: de una parte, se petitionó la interpretación del artículo 21, cardinal 1, de la Constitución, en conexión con los artículos 19, 20 y 22 /eiusdem/, “.../con respecto a si el principio de no discriminación abarca a la no discriminación por orientación sexual/”. De otra, se planteó a la Sala la posible colisión entre los preceptos que recogen los artículos 21, cardinal 1, y 77 de la Constitución desde la perspectiva del principio de la no discriminación por orientación sexual, en el sentido de que el artículo 77 constitucional equipara las uniones de hecho entre hombre y mujer al matrimonio, y no así las uniones de hecho entre personas del mismo sexo, lo que implicaría un tratamiento discriminatorio.

1. En relación con la interpretación del artículo 21, cardinal 1, de la Constitución, la Sala considera necesaria la transcripción del texto de dicha norma:

Artículo 21. Todas las personas son iguales ante la ley; en consecuencia:

1. No se permitirán discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición social o aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona.

La jurisprudencia de esta Sala Constitucional ha expuesto ya, en

diversas ocasiones, cuál es el contenido y alcance de ese derecho fundamental. Así, en sentencia n.º 536 de 8-6-00 (caso /Michelle Brionne/) se estableció que el principio de igualdad ante la ley impone el otorgamiento de trato igual para quienes se encuentren en situación de igualdad, y trato desigual para quienes se encuentren en situación de desigualdad.

Asimismo, entre otras muchas, en decisión n.º 1197 de 17-10-00, -que fue reiterada en fallo 3242 de 18-11-03-, se dispuso que/"...el derecho subjetivo a la igualdad y a la no discriminación, es entendido como la obligación de los Poderes Públicos de tratar de igual forma a quienes se encuentren en análogas o similares situaciones de hecho, es decir, que este derecho supone, en principio, que todos los ciudadanos gocen del derecho a ser tratados por la ley de forma igualitaria, y se prohíbe por tanto, la discriminación/", y aclaró también que /"no todo trato desigual es discriminatorio, sólo lo será el que no esté basado en causas objetivas y razonables, pero el Legislador puede introducir diferencias de trato cuando no sean arbitrarias, esto es, cuando estén justificadas por la situación real de los individuos o grupos, es por ello, que el derecho a la igualdad sólo se viola cuando se trata desigualmente a los iguales, en consecuencia, lo constitucionalmente prohibido es el trato desigual frente a situaciones idénticas"/.

La comparación del texto del artículo 21 de la Constitución vigente respecto del artículo 61 de la Constitución de 1961 revela que el Constituyente de 1999 pretendió reforzar este derecho, precisamente mediante la inclusión de una cláusula abierta que proscriba cualquier forma arbitraria de discriminación, en adición a las que expresamente señala la norma, esto es, raza, sexo, credo, o condición social. Así, el encabezado de dicho artículo 61 disponía:

No se permitirán discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo o la condición social.

En cambio, el artículo 21 de la Constitución de 1999 es claramente enunciativo respecto de la prohibición de cualquier factor irrazonablemente discriminante entre los individuos. Ello se demuestra de su Exposición de Motivos, cuando señala (Título III, Capítulo I) que:

Se reconocen los derechos al libre desenvolvimiento de la personalidad y a la igualdad. En relación con este último, se refuerza y amplía la protección constitucional al prohibir no sólo las discriminaciones fundadas en la raza, el sexo o la condición social, sino además aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona. Lo anterior obedece a que en la práctica la dinámica social suele presentar situaciones de discriminación que deben su origen a razones distintas de la raza, el

sexo o la condición social.

Lo anterior permite concluir que la sola lectura del artículo 21 de la Constitución de 1999, su contraste respecto de la norma análoga que contenía la Constitución de 1961 y la revisión de las expresiones que quedaron plasmadas en la Exposición de Motivos del Texto Fundamental vigente -consideraciones aparte acerca de su validez como tal-, demuestran que el artículo 21 de la Constitución no es, en modo alguno, una norma taxativa, sino que reconoce el derecho a la igualdad y a no ser discriminado por cualquier factor arbitrario que pudiere anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos de toda persona /en condiciones de igualdad,/ esto es, que la Constitución proscribe los tratamientos desiguales respecto de quienes se encuentren en análogas o similares situaciones de hecho, con independencia de que el motivo discriminante sea alguno de los que fueron enunciativamente recogidos en ese precepto constitucional.

Cuando lleva tales consideraciones al plano del caso concreto, encuentra la Sala que, con fundamento en el artículo 21 de la Constitución, un individuo no puede ser discriminado en razón de su orientación sexual, cuando tal condición implique colocarlo en un plano de desigualdad respecto de aquellos aspectos en los que, por su condición de ser humano, es igual frente al resto de los individuos de la colectividad. Así, en su condición de trabajador, en su condición de ciudadano, y, en general, respecto del ejercicio de sus derechos individuales (civiles, políticos, sociales, culturales, educativos y económicos) que le otorga la condición de persona, es, ante la Ley, igual al resto de la colectividad.

En consecuencia, resulta claro que el artículo 21 de la Constitución de 1999, en atención a su carácter enunciativo, incluye dentro de los supuestos de prohibición de discriminación el relativo a la orientación sexual del individuo; en otras palabras, que el Constituyente dispuso que no puede existir discriminación entre los individuos de la sociedad que se encuentren en análogas o similares situaciones de hecho, con fundamento en su orientación sexual. Así se decide.

2. En relación con el segundo de los planteamientos interpretativos que se peticionó a esta Sala, se observa:

La parte actora alegó una suerte de colisión entre los preceptos que recogen los artículos 21, cardinal 1, y 77 de la Constitución a la luz del principio de la no discriminación por orientación sexual. En este sentido, se argumentó que el artículo 77 constitucional otorga a las uniones de hecho entre hombre y mujer los mismos efectos que el matrimonio, no así a las uniones de hecho entre personas del mismo sexo, lo que, a su parecer, implicaría un tratamiento discriminatorio, pues "/una unión de hecho homosexual en la actualidad no disfruta a cabalidad de sus derechos sociales porque en la Constitución no se le reconoce efectos patrimoniales a este tipo de unión, que posee las mismas

características de un concubinato entre hombre y mujer, y más bien se ven expuestas a cualquier tipo de vejamen social si esta unión llega a conocerse públicamente/".

El artículo 77 de la Constitución de 1999 establece:

Se protege el matrimonio entre un hombre y una mujer, fundado en el libre consentimiento y en la igualdad absoluta de los derechos y deberes de los cónyuges. Las uniones estables de hecho entre un hombre y una mujer que cumplan los requisitos establecidos en la ley producirán los mismos efectos que el matrimonio.

La norma recoge, así, dos preceptos concretos: en primer lugar, dispone una protección reforzada de la institución matrimonial, en las condiciones que fueron establecidas: que sea entre un hombre y una mujer -lo que implica la existencia de una relación monogámica entre personas de diverso sexo-, y que esté fundada en el libre consentimiento y en la igualdad absoluta de los derechos y deberes de los cónyuges y, en segundo lugar, equipara jurídicamente las uniones estables entre un hombre y una mujer al matrimonio, siempre que cumplan con los requisitos de Ley.

La realidad social que demandó la incorporación de ese precepto constitucional fue la voluntad de otorgamiento de garantía institucional de rango constitucional a la existencia del concubinato, para la atribución de consecuencias jurídicas patrimoniales, la equiparación de los hijos fruto de estas uniones y, en definitiva, su igualación con los efectos civiles del matrimonio. Recuérdese que la existencia de la institución concubinaría es, a su vez, fruto de la adaptación de la legislación civil a esa realidad social. Así, la comunidad concubinaría fue, en nuestro ordenamiento jurídico, una creación del Código Civil de 1942, para dar reconocimiento, como señaló la Exposición de Motivos del Proyecto de ese Código, /"a una situación que es frecuente en el país, principalmente en las poblaciones, caseríos y campos alejados de centros densamente poblados. En aquellos lugares, los matrimonios podría decirse son excepción y abundan las uniones ilegítimas. Sucede que el hombre y la mujer viviendo en esa unión públicamente y por muchos años y aun por toda la vida, forman una familia, a veces numerosa, a la cual atienden con verdadera solicitud de padres ejemplares y, al mismo tiempo, con el esfuerzo y trabajo de ambos, forman un patrimonio que, pequeño o grande, es base y recurso de vida para el hombre, la mujer y los hijos.../". Esa institución evolucionó también con la reforma del Código Civil de 1982, la cual reforzó la igualdad del hombre y la mujer frente a la unión concubinaría, las consecuencias patrimoniales de la comunidad concubinaría y la equiparación de los hijos fruto de esa unión a los matrimoniales (Cfr. LÓPEZ HERRERA, Francisco, /Derecho de Familia/, Tomo II, UCAB, segunda edición, Caracas, 2005, pp. 141 y ss.).

En relación con la interpretación de ese artículo 77 de la Constitución, específicamente en lo que se refiere al alcance de las uniones estables

de hecho entre un hombre y una mujer y cuáles de los efectos civiles del matrimonio pueden equipararse a estas uniones, se pronunció ya esta Sala mediante veredicto n.º 1682 de 15.7.05. En esa ocasión la Sala expuso:

Resulta interesante para la Sala resaltar que dicha norma use la voz "unión estable" entre el hombre y la mujer, y no la de concubino o concubina utilizada en el artículo 49.5 *eiusdem*; y ello es así porque unión estable es el género, tal como se desprende del artículo 146 del Código Orgánico Tributario, o del artículo 13-5 de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, o del artículo 785 de la Ley de Cajas de Ahorro y Fondos de Ahorro, siendo el concubinato una de sus especies.

El concubinato es un concepto jurídico, contemplado en el artículo 767 del Código Civil, y tiene como característica -que emana del propio Código Civil- el que se trata de una unión no matrimonial (en el sentido de que no se han llenado las formalidades legales del matrimonio) entre un hombre y una mujer solteros, la cual está signada por la permanencia de la vida en común (la soltería viene a resultar un elemento decisivo en la calificación del concubinato, tal como se desprende del artículo 767 de Código Civil y 7, letra a) de la Ley del Seguro Social).

Se trata de una situación fáctica que requiere de declaración judicial y que la califica el juez, tomando en cuenta las condiciones de lo que debe entenderse por una vida en común.

Además de los derechos sobre los bienes comunes que nacen durante esa unión (artículo 767 *eiusdem*), el artículo 211 del Código Civil, entre otros, reconoce otros efectos jurídicos al concubinato, como sería la existencia de la presunción *pater ist est* para los hijos nacidos durante su vigencia .

Dado lo expuesto, para la Sala es claro que actualmente el concubinato que puede ser declarado tal es aquel que reúne los requisitos del artículo 767 del Código Civil, *y él viene a ser una de las formas de uniones estables contempladas en el artículo constitucional, ya que cumple los requisitos establecidos en la ley (Código Civil), para ser reconocido como tal unión. Por ahora -a los fines del citado artículo 77-el concubinato es por excelencia la unión estable allí señalada, y así se declara*.

Lo anterior no *significa que la ley no pueda tipificar otros tipos de relaciones entre hombres y mujeres como uniones estables a los efectos del artículo 77 constitucional, tomando en cuenta la permanencia y notoriedad de la relación, cohabitación, *etc. y, por ello, el Proyecto de Ley Orgánica de Protección a la Familia, la Maternidad y la Paternidad, discutida en la Asamblea Nacional, en los artículos 40 al 49, desarrolla las uniones estables de hecho, como una figura propia mientras que el concubinato como figura distinta a la anterior, fue desarrollado en los artículos 50 al 53.

*_ "Unión estable de hecho entre un hombre y una mujer", representa un concepto amplio que va a producir efectos jurídicos, independientemente de la contribución económica de cada uno de los unidos en el incremento o formación del patrimonio común o en el de uno de ellos, siendo lo

relevante para la determinación de la unión estable, la cohabitación o vida en común, con carácter de permanencia, y que la pareja sea soltera, formada por divorciados o viudos entre sí o con solteros, sin que existan impedimentos dirimentes que impidan el matrimonio_*(Destacado añadido).

Ahora bien, en la interpretación que dio esta Sala -y que mantiene en esta oportunidad- al artículo 77 de la Constitución, en lo que se refiere a la determinación de la extensión de los efectos civiles del matrimonio respecto de las uniones estables de hecho entre hombre y mujer y el modo de equiparación de estos efectos, fue, si se quiere, restrictiva, en tanto señaló:

...el matrimonio -por su carácter formal- es una institución que nace y se prueba de manera distinta al concubinato o a cualquier otra unión estable, y por ello estas últimas no pueden equipararse íntegramente al matrimonio y, por tanto, no puede pretenderse que, automáticamente, todos los efectos del matrimonio se apliquen a las "uniones estables".

En consecuencia, no es posible una declaración general que asimile las uniones (de cualquier tipo) al matrimonio, y por lo tanto, observa la Sala, hay que distinguir cuáles efectos del matrimonio se aplican al concubinato y a las posibles otras uniones estables. / (...)

Para la Sala, el que la unión estable en general produzca los mismos efectos que el matrimonio, no significa -se repite- que ella se convierte en matrimonio, sino que se le equipara; es decir, en lo que sea posible. / (...)

Debe la Sala acotar que el único concubinato que produce efectos equiparables al matrimonio, es el que se delinea en este fallo; y se hace tal acotamiento porque algunas leyes denominan concubina a la mujer que vive con un hombre a pesar que éste tiene impedimento para contraer matrimonio con ella, cuando en realidad tal concubinato es contrario al artículo 767 del Código Civil y a lo que conceptualiza este fallo.

Por cuanto se trata de una novedad del Texto Constitucional de 1999, cabe indagar cuál fue el propósito del Constituyente cuando la estableció y, más concretamente, hasta qué punto fue intención del Constituyente la atribución de una protección reforzada a ciertas uniones estables de hecho frente a otras.

Así, en el Diario de Debates de la Asamblea Nacional Constituyente, que se publicó en la Gaceta Constituyente, se observa que la letra del artículo 81 -ahora artículo 77- que fue aprobado en primera discusión en sesión ordinaria n.º 29, de 25 de octubre de 1999, fue el que correspondió al constituyente Elio Gómez Grillo, cuyo texto era el siguiente: /"se protege el matrimonio. Las uniones estables de hecho que cumplan los requisitos establecidos en la Ley, producirán los mismos efectos que el matrimonio". /Frente a esa decisión el constituyente

Brewer-Carías salvó su voto y expuso: /"salvo mi voto por considerar que no debió eliminarse, al protegerse el matrimonio, la referencia al 'hombre y la mujer' que traía la redacción original, pues ya no parece ser obvio, en el mundo moderno, que los matrimonios sólo deban existir entre hombre y mujer". /No obstante, con el contraste del texto de ese proyecto de norma que fue aprobado en primera discusión respecto del actual artículo 77, es evidente que, durante la segunda discusión, la mayoría de los miembros de la Asamblea Nacional Constituyente acogió esta última postura, modificó la que originalmente fue votada y optó por la redacción actual, que especifica que tanto el matrimonio como las uniones estables de hecho serán entre un hombre y una mujer (Cfr. /Diario de Debates Asamblea Nacional Constituyente, /Gaceta Constituyente, imprenta del Congreso de la República, Caracas, noviembre 1999-2000, pp. 15 y ss. de la sesión ordinaria n.º 29).

De manera que esa especificidad expresa una escogencia deliberada del Constituyente del 1999, actitud que obedece al arbitrio del Constituyente como máxima expresión de producción jurídica, que se plasmó en un precepto cuya claridad no permite a esta Sala una interpretación distinta de la que imponen los métodos de interpretación literal y teleológica y que no implica, en su criterio, colisión alguna con el artículo 21 de la Constitución.

Así, recuérdese, tal como antes se expuso, que la jurisprudencia de la Sala ha entendido que el derecho a la igualdad implica tratamiento igual a los iguales y desigual a los desiguales, y que esa desigualdad dependerá de determinadas circunstancias diferenciables de hecho que existan entre diversas situaciones, que el legislador o, como sucede en este caso, el Constituyente considere relevantes, y que el juez deberá respetar porque es el ámbito de opcionalidad o arbitrio del Legislador o del Constituyente, siempre que no conculque o vacíe de contenido algún derecho fundamental del individuo.

En el supuesto de autos, el constituyente optó, como se dijo, por la atribución de una protección reforzada a una institución jurídica en concreto, como lo es el matrimonio entre un hombre y una mujer, y su equiparación con las uniones de hecho que le son iguales, esto es, entre un hombre y una mujer. Las razones de esa protección reforzada las asoma la Exposición de Motivos de la Constitución cuando, en relación con el Capítulo V "de los derechos sociales y de las familias" -Capítulo que incluye al artículo 77- señala que /"los derechos sociales contenidos en la Constitución consolidan las demandas sociales, jurídicas, políticas, económicas y culturales de la sociedad en un momento histórico en que los venezolanos y venezolanas se redescubren como actores de la construcción de un nuevo país, inspirado en los saberes populares que le dan una nueva significación al conocimiento sociopolítico y jurídico del nuevo tiempo/".

Asimismo, se lee en la Exposición de Motivos que tales derechos /"constituyen la base fundamental del nuevo ordenamiento jurídico en el que la vida, la ética, la moral, la libertad, la justicia, la dignidad, la igualdad, la solidaridad, el compromiso, los deberes ciudadanos y la seguridad jurídica, son valores que concurren en la acción transformadora del Estado, la Nación, el gobierno y la sociedad.../". De

manera que, para el Constituyente de 1999, la protección del matrimonio entre un hombre y una mujer y la equiparación a éste con las uniones estables de hecho entre un hombre y una mujer son /base fundamental del nuevo ordenamiento jurídico/ y responden a /las demandas sociales, jurídicas, políticas, económicas y culturales de la sociedad venezolana en este momento histórico./

Por tanto, a la Sala le interesa destacar que la protección reforzada que, por vía de consecuencia, el Constituyente atribuyó a las uniones estables de hecho entre un hombre y una mujer no implica, en sí misma, un trato discriminatorio respecto de las uniones de hecho entre personas del mismo sexo. En efecto, la equiparación de las uniones estables entre un hombre y una mujer a los matrimonios entre un hombre y una mujer, busca, como se dijo, igualar jurídicamente dos situaciones sustancialmente similares aunque formalmente distintas; similitud que no existe respecto de uniones entre personas con impedimento para contraer matrimonio (uniones adulterinas) -por ejemplo- o entre personas de un mismo sexo. Debe, así, diferenciarse entre las condiciones individuales de las personas que las distinguen de otras, y su no discriminación en razón de su orientación sexual y la condición de pareja, porque no cabe la concepción de que en el trato desigual a situaciones jurídicas también desiguales, exista colisión constitucional ni discriminación alguna.

Tal como se expuso en páginas anteriores, el derecho a la igualdad implica, según reiteradamente ha sostenido esta Sala, que se dé igual trato a quienes estén en un plano de igualdad jurídica, lo que se determina según criterios valorativos o de razonabilidad que lleven a determinar, en cada caso concreto, si se justifica o no el trato igual o bien el trato desigual. Así lo expuso claramente esta Sala en veredicto n.º 898 de 13-05-02, el cual se reiteró en sentencia n.º 2121 de 06-08-03, en la que se estableció:

b) El referido artículo [21 de la Constitución] establece que todas las personas son iguales ante la ley, lo que explica que no se permitan discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición social o aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona.

Pueden reconocerse tres modalidades del derecho a la igualdad: *a) igualdad como generalización, que rechaza los privilegios, al vincular a todos los ciudadanos a unas normas generales que no admiten distingos*; se relaciona con el conocido principio de que la norma jurídica regula las categorías de sujetos y de situaciones, para las cuales existe una misma respuesta por parte del Derecho; *b) igualdad de procedimiento o igualdad procesal, que supone la sanción de reglas de solución de conflictos, iguales para todos, previas e imparciales*; y c) *igualdad de trato, que implica atender igualmente a los iguales*. Sucede, no obstante, que respecto a un mismo supuesto de hecho puedan darse diferencias en los elementos que lo conforman, lo que daría lugar a la aplicación de consecuencias jurídicas diferentes según que las

distinciones sean relevantes para justificar un trato desigual (la igualdad como diferenciación) o irrelevantes, en cuyo caso se dará un trato igual (la igualdad como equiparación).

La igualdad como equiparación rechaza, como quedó dicho, la discriminación fundada en criterios de diferenciación considerados irrelevantes. El anotado rechazo se funda mayormente en criterios razonables, formados a través del tiempo y asumidos como tales por la ética pública en un momento determinado.

En cambio, *la igualdad como diferenciación toma en cuenta las diferencias que existen entre hechos aparentemente similares, para -en función igualadora-, dar un trato diferenciado. Aquí no se aplican criterios abstractos, como en el caso anterior, sino que se imponen criterios valorativos o de razonabilidad, con el fin de ponderar si las diferencias advertidas justifican el trato desigual.* Póngase por caso las políticas que siguen ciertas Universidades de admitir estudiantes sin que tengan que cumplir ciertos requisitos que sí se exigen a los demás estudiantes, por el hecho de provenir de algunas zonas del país; o las normas que imponen que en determinados organismos estén representadas minorías en un número mínimo, no obstante que por los procedimientos ordinarios de elección tal cuota sería inalcanzable, léase: representación indígena en el parlamento. Estos ejemplos intentan ilustrar acerca de hechos o situaciones que justifican un trato diferenciado a supuestos de hecho en principio similares (cf. el tema de las políticas de la "/acción afirmativa"/ y la "/discriminación a la inversa/" en Richard A. Watson, vid. Democracia Americana. Logros y Perspectivas, México, Noriega Editores, 1989, trad. de Ricardo Calvet Pérez, p. 552).

Sin embargo, la determinación de qué hechos o elementos se estiman relevantes, y, por lo tanto, causa justificada de un trato desigual a supuestos de hecho a primera vista similares, como en el caso del personal docente de una Universidad, de donde la ley excluye a los profesores instructores de participar en la elección de las autoridades de la respectiva facultad a la que pertenecen, corresponde al parlamento, en razón de la potestad propia (política legislativa) de discrecionalidad -no de arbitrariedad-, que tiene su origen en el mandato democrático que le ha sido conferido.

Al juez, por otra parte, desde la premisa de que el legislador es el primer intérprete de la Constitución -de allí que le esté vedado invadir la esfera de las opciones políticas que el legislador tiene reservadas-, le corresponde ponderar si la definición o calificación que el legislador haga de las situaciones de facto o las relaciones de vida que deben ser tratadas de forma igual o desigual, no vacíe de contenido el derecho fundamental que se denuncie como conculcado. Respecto a la anotada prohibición de arbitrariedad o irrazonabilidad dos son las vías que se han ensayado para examinar una denuncia en estos términos: a) una primera, juzga si el criterio utilizado carece de una suficiente base material para proceder al tratamiento diferenciado; o b) a través de un criterio negativo, que sirve para fundamentar la censura solamente en aquellos casos de desigualdad flagrante e intolerable. La Sala estima que su juicio, en estos casos, exige la determinación de si el contenido

del derecho fundamental de que se trate ha sido o no desconocido, y ello supone un análisis de si el criterio diferenciador es razonable, esto es, si es tolerable por el ordenamiento constitucional. Luego, cumplida esta fase, el juez se abstendrá de controlar si el legislador, en un caso concreto, ha encontrado la solución más adecuada al fin buscado, o la más razonable o más justa, ya que de lo contrario se estaría inmiscuyendo en la mencionada discrecionalidad legislativa (cf. la contribución de Luis Nunes de Almeida a la obra colectiva Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa Actual, Tecnos, pp. 227-230).

En criterio de la Sala, si lo que la Constitución protegió en forma reforzada fue el matrimonio entre personas de diferente sexo, la posibilidad de extensión de los efectos de esta institución requiere de la misma exigencia respecto de las uniones de hecho para que se logre la asimilación sustancial entre ambas instituciones y, por tanto, a lo único que aquél podría equipararse -bajo pena de violación al derecho a la igualdad- es a las uniones estables también entre un hombre y una mujer. En otros términos, la extensión o aplicación analógica de los efectos de una institución jurídica como es el matrimonio, a otra como es la unión estable o el concubinato, requiere evidentemente que esta última cumpla con los mismos requisitos sustanciales -que no formales- de aquél.

En consecuencia, si el Constituyente de 1999 optó por proteger al matrimonio monogámico entre un hombre y una mujer -como núcleo esencial que da origen a la familia, en el contexto histórico y cultural venezolano- la extensión de sus efectos a las uniones de hecho -que histórica y sociológicamente también ha sido "núcleo esencial que da origen a la familia"- debe exigir, al menos, que estas últimas cumplan con los mismos requisitos esenciales, esto es, que se trate de uniones estables y monogámicas entre un hombre y una mujer, que éstos no tengan impedimento para casarse, tal como dispuso esta Sala en su fallo 1682/05 que antes se citó, y, se insiste en esta oportunidad, que se trate de una unión que se funde en el libre consentimiento de las partes. En consecuencia, mal podría pretenderse la equiparación de uniones estables entre personas de un mismo sexo respecto del matrimonio entre un hombre y una mujer, cuando la Constitución no incluyó al matrimonio entre personas del mismo sexo en los términos del artículo 77 de su texto.

La Sala quiere destacar que la norma constitucional no prohíbe ni condena las uniones de hecho entre personas del mismo sexo, que encuentran cobertura constitucional en el derecho fundamental al libre desenvolvimiento de la personalidad; simplemente no les otorga protección reforzada, lo cual no constituye un acto discriminatorio en razón de la orientación sexual de la persona, como se explicó. Así, es pertinente poner de relieve que la Constitución no niega ningún derecho a la unión de personas de igual sexo; cosa distinta es, se insiste, que no les garantice ninguna protección especial o extra que haya de vincular al legislador, como tampoco lo hace respecto de uniones de hecho entre heterosexuales que no sean equiparables al matrimonio -el

cual sí se define como unión entre hombre y mujer-. De hecho, el disfrute de los derechos sociales y, especialmente, de los económicos, es perfectamente posible en el caso de uniones entre personas del mismo sexo, no a través de la comunidad concubinaria, la cual no se generaría porque aquéllas no cumplen con los requisitos para ello, pero sí a través de una comunidad ordinaria de bienes, en los términos en que la legislación civil lo permite, siempre que no haya fraude a la ley y dentro de los límites que impone el orden público (por ejemplo, que no se burle con la comunidad ordinaria entre una persona casada y otra distinta de su cónyuge, la comunidad de gananciales entre esposos). Lo mismo sucede con otras uniones de hecho que no alcanzan los requisitos legales para que sean consideradas concubinatos como -en el ejemplo que ya se mencionó-, en el supuesto de uniones de hecho en las que uno de los conformantes de la pareja esté casado -uniones de hecho "adulterinas"-, caso en el cual esa unión se ve impedida de ser calificada como una relación concubinaria y, por tanto, no es equiparable al matrimonio.

Así, salvo los límites que se expresaron que imponen el orden público y la prohibición de fraude a la ley, nada obsta para la admisión de la existencia, entre dos personas del mismo o de distinto sexo, de una comunidad ordinaria o una sociedad cuya causa sea el aporte común de bienes o esfuerzos, que está dirigida al logro de un fin, también común; como afirma la doctrina, /"lo contrario ciertamente conllevaría a situaciones injustas y que rozarían el límite del enriquecimiento sin causa si alguien ha unido esfuerzos personales y económicos en una comunidad"/. (Vid. al respecto, DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria, "Las uniones concubinarias en la Constitución de 1999", /Revista de Derecho n.º /17, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2005, pp. 230-231).

En consecuencia, la Sala declara que el derecho a la igualdad que recoge el artículo 21 de la Constitución es enunciativo y como tal proscribire cualquier forma de discriminación, incluso por razones de orientación sexual del individuo. Asimismo, declara que ese precepto constitucional no colide con el artículo 77 /eiusdem/ en lo que se refiere a la protección especial o reforzada que éste establece a favor de determinada categoría de uniones de hecho, pues lo que esta última norma recoge es una discriminación positiva, protección o mejora que implica una distinción de una situación jurídica frente a otras a la que no son iguales, que fue la opción que eligió el Constituyente, sin que ello constituya, /per se,/ una discriminación de las que proscribire el artículo 21 constitucional, ni comporta una prohibición, desconocimiento o condena de otras formas de uniones de hecho entre personas -de distinto o igual sexo- cuya regulación, en todo caso, corresponde al legislador. Así se declara.

V

DECISIÓN

Por los razonamientos que anteceden, esta Sala Constitucional del

Tribunal Supremo de Justicia, administrando justicia en nombre de la República por autoridad de la Ley, *INTERPRETA*, en los términos que fueron expuestos, el artículo 21 de la Constitución, en el sentido de que no es posible, dentro del marco constitucional venezolano, la discriminación individual en razón de la orientación sexual de la persona, y asimismo *DECLARA* que no existe colisión alguna, también en lo que se refiere a los términos de esta solicitud de interpretación, entre el artículo 21 y el artículo 77 de la Constitución de 1999.

Publíquese, regístrese y notifíquese. Archívese el expediente.

Dada, firmada y sellada en el Salón de Despacho de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en Caracas, a los 28 días del mes de febrero de dos mil ocho. Años: 197° de la Independencia y 148° de la Federación.

La Presidenta,

LUISA ESTELLA MORALES LAMUÑO

El Vicepresidente,

JESÚS EDUARDO CABRERA ROMERO

Los Magistrados,

PEDRO RAFAEL RONDÓN HAAZ

Ponente

Francisco Antonio Carrasquero López

.../

...

MARCOS TULIO DUGARTE PADRÓN

CARMEN ZULETA DE MERCHÁN

ARCADIO DE JESÚS DELGADO ROSALES

El Secretario,

JOSÉ LEONARDO REQUENA CABELLO

PRRH.sn.ar.

Exp. 03-2630

* *

* *

Quien suscribe, Magistrada Carmen Zuleta de Merchán, salva su voto por disentir del criterio sostenido por la mayoría sentenciadora que interpretó el artículo 21 de la Constitución, en el sentido de que no es posible la discriminación individual en razón de la orientación sexual de la persona, y declaró que no existe colisión alguna entre dicho precepto y la norma contenida en el artículo 77, también de la Carta Magna.

En criterio de quien disiente, la interpretación que realizó la mayoría sentenciadora acerca del alcance de la prohibición constitucional de no discriminación en razón de la orientación sexual no sólo simplificó con una metodología de interpretación literal la cuestión de la diversidad de género sometida a interpretación bajo la luz de la nueva Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, sino que dejó invisibilizado el problema de la intolerancia, del menosprecio o tratamiento degradante; y en general, de la exclusión social que afrontan las personas homosexuales o de identidad de género diversa; no por falta de reconocimiento de los derechos fundamentales, sino por la falta de garantías a todos y cada uno de esos derechos.

Para garantizar los postulados de la igualdad ante la ley previstos en el artículo 21 constitucional debe necesariamente partirse del reconocimiento de un *derecho implícito* (artículo 22) en nuestra Carta Magna, cual es el derecho a la libertad en la orientación sexual, que es, hoy día, un componente esencial a la personalidad humana; de tal manera que al carecerse de ese mínimo reconocimiento las personas con una orientación distinta a la heterosexual se excluyen o se marginan socialmente al no tener basamento para concretar sus derechos a la igualdad y a la dignidad ciudadana. Expresado esto en términos alusivos a la esencialidad del ser humano, se ha preguntado una pensadora contemporánea, Hannah Arendt: «¿Cómo es posible vivir en el mundo, amar al prójimo, si el prójimo, o incluso tu mismo no acepta quién eres?»

Y en efecto, hemos de convenir en que han sido los prejuicios religiosos y morales arrastrados culturalmente los que impiden en el foro un debate abierto y formador de un tema sobre el cual existe suficiente material de análisis científico. Desde 1935, Sigmund Freud determinó con claridad que la homosexualidad no es una enfermedad; y este dato fue formalmente registrado en 1987 por la Organización Mundial de la Salud (OMS). Siendo así, la orientación sexual es parte fundamental del libre desenvolvimiento de la personalidad (artículo 20 constitucional), y ni el Estado ni los particulares deben interferir en el libre desenvolvimiento de la personalidad fijando un modelo obligatorio de conducta sexual ni prohibiendo otros.

En cambio, el Estado, a objeto de conducir eficazmente políticas públicas de salud, educación y familia, debe propiciar que sean sacadas de la clandestinidad las relaciones de parejas homosexuales para impedir los comportamientos al margen de la Ley que por razones de sobrevivencia suelen adoptar las personas socialmente excluidas; al no hacerlo, el Estado adopta «una mirada impotente» marginando de las

prácticas sociales comunitarias a estas personas integrantes de grupos sociales vulnerables, y las condena al ostracismo y a los abusos sociales; no en vano la tendencia contemporánea de muchos países de normalizar las distintas formas de convivencia humana. Así, por ejemplo, la legislación comparada da cuenta de una diversidad de instrumentos jurídicos que permiten a las personas del mismo sexo ejercer su derecho de fundar una familia por medio de distintos grados de compromisos sin que se desconozca la protección legal a que tienen derecho; por ejemplo, en los Países Bajos a partir del 1 de abril de 2001 y en Bélgica desde el 30 de enero de 2003 existen leyes que permiten el matrimonio entre homosexuales; en España desde 2006; también en el Estado de Massachussets de los Estados Unidos; así como en seis regiones de Canadá que comprende el 85% de la población de ese país. En Argentina la Ley 1004 de 2003 legaliza las uniones homosexuales y crea el Registro Público de Uniones Civiles; en Dinamarca la Ley del 7 de junio de 1989 sobre el Registro de Parejas Homosexuales; en Noruega la Ley de 1 de agosto de 1993 sobre Registro de Parejas Homosexuales; en Suecia la Ley de Registro de Parejas de Hecho de 1994; el Estado de Vermont, en los Estados Unidos, en el año 2000 creó la Unión Civil para las parejas homosexuales; en Islandia desde 1996; en Francia desde 1998; en Finlandia desde 2000; en Alemania desde 2001; en el Reino Unido y en Nueva Zelanda desde 2004.

La interpretación de la mayoría, a mi modo de ver, parte de una falsa premisa: no obstante no prohibir ni condenar las uniones de hecho entre personas de igual sexo (página 26) niega las consecuencias jurídicas del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, dando por implícito un modelo constitucional de heterosexualidad obligatoria que desconoce los valores del Estado pluralista en los cuales se fundamentó el Estado Social de Derecho y de Justicia que proclama el Preámbulo de nuestra Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En efecto, dice la sentencia disentida que la Constitución no establece para las uniones homosexuales la protección reforzada, especial o extra que vincula al legislador por cuanto el artículo 77 constitucional otorga sólo protección al matrimonio o a las uniones estables de hecho entre un hombre y una mujer: lo que impide asimilar para tales efectos a las parejas de homosexuales; pero omite la sentencia disentida el análisis del concepto de familia que establece el artículo 75 constitucional como «asociación natural de la sociedad y como espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas...», suponiendo incorrectamente que sólo mediante el matrimonio y las uniones estables de hecho previstas en el artículo 77 eiusdemes permisible constitucionalmente la fundación de la familia, cuando por el contrario, existen en la sociedad un sin número de formas de constituir la familia. Y ciertamente, desde un punto de vista jurídico y sociológico no debería definirse la familia mediante una construcción formalista, nuclear, de marido, mujer e hijos, modelo teórico-tradicional que tampoco responde a nuestra realidad venezolana donde estructuralmente por lo menos el 20% de la población total la conforman familias donde las madres son jefes de hogar, sin contar el concepto de familia extendida practicado ancestralmente en la sociedad venezolana.

«La familia es el lugar donde las personas aprenden a cuidar y

a ser cuidadas, a confiar y a que se confíe en ellas, a nutrir a otras personas y a nutrirse de ellas...», en palabras de una alta funcionaria de las Naciones Unidas, Radhika Coomaraswamy; y es justamente ese concepto al que alude el artículo 75 de nuestra Constitución vigente cuando refiere que las «...relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes, la solidaridad, el esfuerzo común, la comprensión mutua y el respeto recíproco entre sus integrantes...»

Siendo ello así, más que determinar limitativamente si las parejas homosexuales pueden alcanzar los mismos efectos que el matrimonio, el análisis de la mayoría sentenciadora debió centrarse en los alcances que la Constitución podía ofrecer a los tipos de familia que no respondan a los patrones tradicionales; esto es, que la disidencia debió diferenciar el derecho a contraer matrimonio del derecho a tener familia, máxime cuando el encabezado del artículo 75 constitucional es claro en señalar un concepto amplio de la institución familiar que para nada se limita a la pareja heterosexual, a diferencia de la Constitución de Colombia que reconoce un solo tipo de familia como aquella constituida por una pareja heterosexual y monogámica ya sea por el vínculo matrimonial o por la voluntad responsable de conformarla. De allí las limitaciones de la jurisprudencia constitucional colombiana.

El concepto de familia que impera en las sociedades occidentales es el concepto vinculado a las tradiciones religiosas judeo-cristianas: la familia heterosexual y monogámica; sin embargo, lograda la secularización del Estado, así como la laicidad del gobierno, los patrones interpretativos de esa institución sujeta a protección constitucional deben estar orientados por la tolerancia y la inclusión, propia de una sociedad moderna heterogénea y pluralista que propugna como valores superiores de su ordenamiento la libertad y la democracia plural; más aún cuando la familia es una institución social que posee su propia dinámica de evolución y frente a la cual la función del Estado es reconocerle y otorgarle protección, tal como acertadamente prescribe el artículo 75 constitucional.

La mayoría sentenciadora, a mi modo de ver, para el tratamiento de un tema en plena evolución desde el punto de vista jurídico, social y ético, como lo es la diversidad sexual, debió situarse en el período de transición normativa y cultural que implica el fin supremo de refundar la República en los términos ordenados en la Carta Magna de 1999, y ha debido extraer el núcleo central del derecho humano al libre desenvolvimiento de la personalidad para evitar discriminaciones y asegurar una vida digna a las personas con orientación sexual diversa, dejando claro que el ejercicio de un comportamiento sexual diverso no puede ser irracional, desproporcionado y escandaloso, por parte de quienes optan esa condición, sino que debe observar las exigencias mínimas de respeto a los derechos de terceros.

También resulta impropio, en opinión de quien disiente, que para reconocer los efectos de las uniones de personas de un mismo sexo se remita -como lo hace la sentencia- al régimen jurídico de la sociedad civil o de la comunidad «...en los términos en que la legislación civil lo permite, siempre que no haya fraude a la ley y dentro de los límites que impone el orden público...» (p.27), pues estos regímenes no parten de la

institución social familiar. También en este punto lamentablemente, la mayoría sentenciadora desconoce la tendencia actual de la legislación comparada, pues numerosos países tienen tipificados en sus ordenamientos acuerdos legales que benefician a las parejas homosexuales con grados de compromisos y derechos diversos, entre los que se destacan los Pactos de Asociación Civil (PAC) en Francia; las Uniones Civiles de Denver (USA); los Contratos Estatutarios de Cohabitación en Bélgica; el Reconocimiento de Uniones en Dinamarca; la Ley de Registro Nacional en Alemania; y la Ley de Uniones en Suecia.

Hubiese sido mucho más enriquecedor para el debate constitucional si la disidentida se hubiese dedicado a plantear las implicaciones éticas del reconocimiento de parejas del mismo sexo (que la sentencia ni prohíbe ni condena); planteamientos que exigen respuestas jurídicas para colmar los vacíos legislativos, tales como son: los aspectos relativos al régimen patrimonial de bienes ante la disolución de la pareja por separación o muerte; las obligaciones legales de socorro mutuo; la tutela o procuraduría del compañero o compañera permanente en caso de interdicción legal; el derecho a la constitución de hogar; los beneficios de la seguridad social como pareja; la prohibición de declarar en contra del compañero o compañera permanente; la prohibición constitucional de ocupar cargos públicos por afinidad o consaguinidad; la posibilidad de adquirir la nacionalidad de la pareja; el derecho de adopción; y la protección contra la violencia intrafamiliar; los derechos sucesorales de pareja, las visitas íntimas penitenciarias y, en fin, todos los demás derechos sociales y económicos reconocidos a los integrantes de una familia.

En fin, este voto disidente responde a una exigencia ética y pedagógica, cual es la de develar los temas prohibidos de la sociedad civil que empañan el desarrollo del proyecto constitucional libertario, pluralista y sobre todo incluyente, y de reconocimiento progresivo de los derechos humanos propuesto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que la Sala Constitucional tiene el deber de impulsar.

Queda así expresado el criterio de la Magistrada disidente.

En Caracas, a la fecha ut supra.

La Presi/...

.../denta,

Luisa Estella Morales Lamuño

El Vicepresidente,

*Jesús Eduardo Cabrera Romero***

Los Magistrados,

PEDRO RAFAEL RONDÓN HAAZ

* *

* *

Francisco A. Carrasquero López

* *

* *

* *

* *

MarcoS Tulio Dugarte Padrón

* *

* *

* *

* *

CARMEN ZULETA DE MERCHÁN

Disidente

* *

* *

* *

*ARCADIO DE JESÚS DELGADO ROSALES***

El Secretario,

José Leonardo Requena Cabello

V.S. Exp: 03-2630

CZdeM/jlv

* *