

MATRIMONIO Y HOMOSEXUALIDAD. LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY 13/2005 DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL SOBRE DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO.

Mercedes Murillo Muñoz

Profesora Titular de Escuela Universitaria de Derecho Eclesiástico del
Estado

Universidad Rey Juan Carlos

Abstract. This article presents the reformation process of the Spanish Civil Code that culminates with the approval of law 13/2005 that introduces the marriage between people of the same sex. Whereas the first part tries to gather the arguments used during the legal debate provoked by the reform, particularly the arguments used to affirm the unconstitutionality of the law, in the second part, an approach to the recognition of the homosexual identity and the coexistence in couple is made to offer the opinion of the author about the opportunity and constitutionality of the marriage between people of the same sex.

Key words: Same-sex marriage, gay marriage, civil partnership.

Sumario. 1. Introducción. 2. La Ley 13 /2005 de modificación del Código Civil español. 2. 1. La tramitación de la Ley: Los informes del Consejo de Estado y del CGPJ. 2. 2. El debate parlamentario. 2. 3. El recurso de inconstitucionalidad contra la Ley. 3. Matrimonioy homosexualidad. 3. 1. Identidad homosexual y convivencia en pareja. 3. 2. El matrimonio entre personas del mismo sexo: su constitucionalidad. 4. A modo de conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

A estas alturas es seguro que nadie desconoce la polémica suscitada en torno a la posibilidad abierta por el Código Civil español (CC) para que las parejas homosexuales puedan contraer matrimonio. En la primera parte de este trabajo intentaremos recoger el debate jurídico suscitado al hilo de la tramitación de la

ley, desde la presentación del Proyecto por el Gobierno hasta el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el grupo parlamentario Popular. El objetivo es mostrar la situación de nuestro Derecho ante esta cuestión. Para tratar de dar una respuesta propia a este tema, nos acercaremos, en la segunda parte, a la realidad de la identidad homosexual decantada a partir del proceso que experimenta la homosexualidad desde su definición como enfermedad hasta su progresiva despenalización en los ordenamientos europeos. De esta manera, esperamos estar en condiciones de responder a la cuestión central que nos planteamos que no es otra que la oportunidad y constitucionalidad de matrimonio entre personas de mismo sexo.

En la sociedad occidental actual es fácil observar la rapidez con que se están produciendo algunos cambios en las legislaciones civiles que multiplican los reconocimientos de las relaciones de convivencia homosexual incluida la posibilidad de contraer matrimonio y adoptar niños. Sin embargo, entiendo necesario cuestionar si tales cambios son una mera respuesta legal a un fenómeno sociológico creciente e influyente políticamente, o si responden a un cambio en los valores sociales. Se trata, en definitiva, de descifrar si existen fundamentos antropológicos y jurídicos que añadan a los sociológicos para que el Derecho del Estado de una respuesta a las uniones homosexuales y qué tipo de respuesta deba ser la más adecuada. No es tanto convertir en “natural” lo que es “habitual”, sino de encontrar la respuesta que se debe en justicia.

2. LA LEY 13/2005 DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL SOBRE EL DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO

2. 1. LA TRAMITACIÓN DE LA LEY: LOS INFORMES DEL CONSEJO DE ESTADO Y DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Tras el inicio de la nueva legislatura en las Cortes surgidas de las elecciones generales de marzo de 2004, la presentación de proposiciones de ley relativas al derecho a

contraer matrimonio entre personas del mismo sexo es inmediata. Efectivamente, entre los meses de abril y julio se presentaron las proposiciones del Grupo mixto a instancia del Bloque Nacionalista Gallego³²⁰, del Grupo de Esquerra Republicana de Catalunya³²¹, y del mismo Grupo mixto a instancia de la Chunta Aragonesista³²². Por su parte, el grupo socialista presentó una proposición no de ley³²³, instando al Gobierno la presentación de un proyecto de ley “que contemple la modificación de la legislación civil del Estado para permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo”. En todas las proposiciones de ley se dispone la modificación del CC ya sea para añadir en el artículo 44 del CC el derecho a contraer matrimonio a “*dos personas mayores de edad, conforme a lo dispuesto en este Código*”³²⁴ o más genéricamente para referirse a “*todas las personas*”³²⁵ o a “*toda persona*”³²⁶ tiene *derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código*.

El Gobierno presentó, finalmente, su proyecto de ley de modificación del Código Civil sobre el derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo, acordando la Mesa del Congreso su tramitación el 21 de enero de 2005³²⁷.

Previamente, el Consejo de Estado había remitido su Dictamen³²⁸ en el que trataba de precisar los objetivos de la reforma legal y analizar tanto si la norma proyectada los cumple como si es la mejor opción del legislador para dicho cumplimiento. En este sentido, el Informe afirma la necesidad de

³²⁰ BOCG.VIII Legislatura. Serie B, núm. 54-1 de 23 de abril de 2004.

³²¹ BOCG.VIII Legislatura, Serie B, núm.77-1 de 21 de mayo de 2004.

³²² BOCG.VIII Legislatura, Serie B, núm.91-1 de 6 de julio de 2004.

³²³ BOCG.VIII Legislatura, Serie D, núm.43 de 25 de junio de 2004.

³²⁴ Proposición del BNG.

³²⁵ Proposición de la Chunta.

³²⁶ Proposición de ERC.

³²⁷ BOCG VIII Legislatura Serie A núm.18-1 de 21 de enero de 2005

³²⁸ Aprobado por la Comisión Permanente del Consejo de Estado el 16 de diciembre de 2004. Se puede consultar en www.boe.es.

regular una realidad –la pareja homosexual- que ha alcanzado un reconocimiento social pero considera que debe hacerse en una norma extramuros del CC al tratarse de una relación diferente al matrimonio heterosexual que requiere una *especialización institucional y lingüística*. A esta conclusión llega tras entender que el artículo 32 de la Constitución (CE) no reconoce el derecho al matrimonio a las parejas del mismo sexo, aunque la “mención expresa del *hombre y la mujer* en dicho artículo no impide que el legislador pueda extender a parejas homosexuales, en términos del Tribunal Constitucional, *un sistema de equiparación por el que los convivientes homosexuales puedan llegar a beneficiarse de los plenos derechos del matrimonio* (ATC 222/1994)”. El hecho de abrir la institución del matrimonio a las parejas homosexuales excede de las facultades del legislador al afectar a la garantía institucional en el sentido que ha sostenido el Tribunal Constitucional como la *preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar* (STS 32/1981 FJ.3).

Este es el argumento fundamental que, sin perjuicio de la valoración jurídica que se hará más adelante, tiene una respuesta en el mismo Dictamen en su Consideración Final. Efectivamente, el Consejo de Estado viene a sugerir una reforma por fases y no una solución que considera “traumática” para alcanzar un amplio consenso político y social que permita reconocer mejor esa *conciencia social en cada tiempo y lugar*. Con ello parece decir que el matrimonio de parejas homosexuales, es más una cuestión de oportunidad que de constitucionalidad. Porque, si el matrimonio está vedado constitucionalmente según la redacción del artículo 32 CE, no dejara de estarlo porque se introduzca de forma gradual. Y si admite que la conciencia social puede llegar a hacer reconocible el matrimonio de parejas homosexuales, la pregunta será entonces si ese momento ha llegado ya. Y parece, que la normalidad social con que se está desarrollando la reforma del CC, avalarían una respuesta positiva.

El Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), aún no habiendo sido requerido para ello, elaboró un Estudio³²⁹ sobre el proyecto de reforma del CC, interpretando, *en sentido amplio* según justifica el propio informe, el artículo 108.1 e) de su Ley reguladora que se refiere claramente a *normas procesales o que afecten a aspectos jurídicos constitucionales de la tutela ante los Tribunales ordinarios del ejercicio de derechos fundamentales* (...), y el artículo 81.quinto de su Reglamento Orgánico que se refiere a la *elaboración de estudios relacionados con la Administración de Justicia*, siendo así que su informe excede de este ámbito propiamente jurisdiccional y procesal³³⁰. Este Estudio del CGPJ sobre la reforma del CC tiene una naturaleza más ideológica que jurídica que se evidencia sobre todo en su apartados V. *Razones que hacen desaconsejable la iniciativa*, y VI. *Conclusiones y sugerencias finales*. Y es que, el Estudio, intenta justificar que la reforma, aún cuando pudiera ser constitucional, no sería adecuada al considerar que quiebra “*la imagen maestra del matrimonio*” y establece la “*disfuncionalidad del matrimonio homosexual respecto de la adopción*”, lo que conduce a la conclusión que sería mejor diseñar una figura jurídica que regulara todo núcleo convivencial, con independencia de su componente sexual, es decir la figura de la *unión civil* que contemplaba la proposición de ley que presentó el grupo popular el 29 de septiembre de 1997 en el Congreso y que no llegó a tramitarse. En definitiva el CGPJ emite su opinión sobre cómo se deberían reconocer la uniones homosexuales –no hace ni una sola referencia a algún elemento de naturaleza procesal- partiendo de una concepción del matrimonio claramente vinculada al modelo matrimonial canónico como una unión entre el hombre y la mujer orientada a la procreación , llegando incluso a incurrir en evidentes errores³³¹. El Estudio afirma, primero, que

³²⁹ Se puede consultar en www.poderjudicial.es

³³⁰ Sobre el particular fueron emitidos tres votos particulares calificando dicho de informe *ilegal* y destacando que, desde su constitución, era la primera vez que el Consejo emitía su parecer sin ser requerido para ello. El texto de los votos se encuentra también en la Web del CGPJ, www.poderjudicial.es.

³³¹ En el Estudio se dice, al hilo de los cambios que han afectado al matrimonio: *Otras reformas que han afectado al matrimonio abundan en elementos*

las uniones heterosexuales son estructuralmente fecundas, mientras que las uniones homosexuales son estructuralmente estériles. Esto quiere decir, a su vez, que las uniones heterosexuales son socialmente relevantes, en la medida en que de ellas depende la continuidad de la sociedad a través del nacimiento de los nuevos ciudadano; segundo, considera su número insignificante en la sociedad española y tercero, se asegura que su inestabilidad es superior a las parejas heterosexuales. Por lo que concluyen que con el texto informado el matrimonio no es que sea término de homologación –que lo es sino más bien instrumento de legitimación de determinadas relaciones, por lo que se trata de una instrumentalización jurídicamente inaceptable. Dicho de otro modo, lo que es inaceptable es la legitimación de la pareja homosexual que debería, si acaso, quedar cubierta por la capa que todo lo tapa del llamado contrato de unión civil que permitiría reconocer algunos efectos jurídicos a muy distintos tipos de relaciones y que alejarían a las parejas homosexuales de cualquier comparación con la pareja heterosexual.

integrantes del mismo como, por ejemplo, la supresión del impedimento de impotencia (Cf. artículo 83,3º del Código Civil en su antigua redacción), lo que para algún sector doctrinal propicia que desaparezca el componente sexual de tal instituto; no obstante no debe olvidarse que el artículo 73,4º –error en las cualidades personales de los contrayentes- permite entender que ese aspecto sigue presente no como circunstancia objetiva y generalizada, sino cuando por el otro cónyuge se ignorase tal circunstancia al tiempo de manifestar su consentimiento matrimonial. Una cosa es un impedimento y otra un error que vicia el consentimiento, que podría afectar, p.e., a la condición sacerdotal del cónyuge, y no por ello se diría que esta circunstancia –impedimento canónico y civil en el pasado- sigue presente. Lo que se quiere poner de manifiesto con esta apostilla es que la orientación a la procreación sigue presente aunque haya desaparecido el impedimento de impotencia. La Real Academia de Jurisprudencia y Legislación publicó el 14 de marzo de 2005 un Informe sobre Proyecto de Ley donde se mantienen argumentos similares sobre la diversa naturaleza entre matrimonio y otras uniones estables que justifica su diferente trato legal. Y se concluye: el matrimonio tiene como linderos la apertura a la generación como regla general, y por eso, la pretensión de extenderlos a las uniones homosexuales significaría, no una excepción sino una negación de este principio rector

2. 2. EL DEBATE PARLAMENTARIO

En el debate parlamentario las posturas de los grupos parlamentarios quedaron claramente delimitadas: mientras que la mayoría de los grupos era partidaria, en términos generales, de la reforma, los grupos parlamentarios popular, vasco y Unió Democràtica mantuvieron, con matices propios, sus objeciones al texto en dos puntos, la inconveniencia de la institución del matrimonio para las parejas homosexuales y de la adopción conjunta³³². En el debate de totalidad, el Ministro de Justicia defendió la oportunidad y constitucionalidad de la ley³³³. En su intervención argumentó que la reforma responde al mandato de igualdad material que contiene el artículo 9.2 CE y se fundamenta en el libre desarrollo de la personalidad que ampara el artículo 10.1 CE. La convivencia homosexual constituye “*un espacio para la consecución de la felicidad*” y la reforma del matrimonio para permitir a estas parejas acceder al mismo, afirma “*no perjudica a nadie*”. Y añade “*se ha optado por no inventar ninguna nueva categoría terminológica para establecer la homologación civil de las uniones homosexuales*” porque, aunque legítimo, “*prolongaría la misma barrera de discriminación y de diferenciación contra la que esta ley quiere pronunciarse de una vez por todas*”. Es, además, una opción que encaja con lo dispuesto en el artículo 32 CE por cuanto, en la elaboración del mismo, el objetivo no fue otro que asegurar la igualdad jurídica de los cónyuges y acabar con la secular discriminación jurídica de la mujer casada, de manera que una interpretación terminológica y sistemática del artículo avala que las parejas homosexuales puedan contraer matrimonio. Y es que, ni el concepto etimológico del matrimonio, ni su concepción como unión orientada a la procreación impiden la reforma porque “*no podemos encerrar un concepto hasta el punto de hacerlo completamente inválido para su modificación por el legislador*”.

³³² BOCG Congreso de los Diputados, seria A, núm.18-5, de 15 de marzo de 2005, donde se recogen las enmiendas al Proyecto de ley y que puede consultarse en www.congreso.es.

³³³ Diario de Sesiones. Congreso de los Diputados, Pleno y Dip. Perm., núm.78, de 17 de marzo de 2005, en www.congreso.es.

La defensa de las enmiendas de totalidad (presentadas por los grupos popular y Unió Democrática) insistió en los argumentos que contenía el informe del Consejo de Estado: el matrimonio es una realidad diferente a las uniones homosexuales lo que exige una formalización jurídica al margen del mismo con equiparación de derechos salvo en materia de adopción. Las enmiendas de devolución fueron rechazadas y se continuó con la tramitación parlamentaria.

Tras la aprobación por el Pleno del Congreso celebrado el 21 de abril, el Proyecto se remitió al Senado donde se presentaron dos propuestas de veto y varias enmiendas, en particular la que permitía la objeción de conciencia de los funcionarios públicos intervinientes en la autorización del matrimonio, enmienda que fue aprobada en el Informe de la Comisión de Justicia del Senado³³⁴. Posteriormente, en el

³³⁴ BOCG. Senado, serie II, núm.15-d, de 26 de mayo de 2005. La enmienda del Grupo Popular en el Senado (Enmienda 10) se refería al derecho a abstenerse a intervenir en el expediente matrimonial entre personas del mismo sexo y la obligación del gobierno de dictar las disposiciones necesarias para asegurar su cumplimiento y un sistema de sustitución del objeto. La enmienda presentada por el grupo de Convergencia y Unió (Enmienda núm.14) disponía la obligación de los Alcaldes de asegurar el matrimonio cuando hubiera *dificultades* para la autorización del mismo. Rechazadas en el informe de la Ponencia, la Enmienda del grupo popular, modificada, fue aprobada en la Comisión de Justicia. (CG Diario de Sesiones, núm. 184 de 14 de junio de 2005). El texto finalmente aprobado decía: *Disposición adicional tercera. Abstención y sistema de sustitución.1. Las autoridades y funcionarios de todo tipo que, debiendo intervenir en cualquier fase del expediente matrimonial entre personas del mismo sexo, adujeren razones de conciencia para no hacerlo, tendrán derecho a abstenerse de actuar. 2. La Administración o Corporación a la que perteneciere la autoridad o funcionario que se acogiere al derecho reconocido en el apartado anterior, proveerá el sistema de sustitución adecuado para garantizar, en todo caso, que quienes tengan derecho a contraer matrimonio puedan efectivamente contraerlo.* BOCG senado serie 2, núm.15-f de 17 de junio de 2005.

La posibilidad de esta objeción de conciencia ha sido defendida por NAVARRO VALLS, R. "La objeción de conciencia a los matrimonios entre personas del mismo sexo" en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 9, 2005 en www.iustel.com. En el mismo sentido, MARTINEZ-TORRON, J. "Las objeciones de conciencia de los católicos" en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 9, 2005 en www.iustel.com, Págs. 27-30.

debate del Pleno prosperó el veto al Proyecto de Ley³³⁵. Devuelto el Proyecto al Congreso, se produjo su aprobación definitiva con las leves modificaciones introducidas en el Congreso³³⁶, sin que prosperaran las discutidas en el Senado³³⁷.

La reforma del Código Civil afecta principalmente, al artículo 44 donde se introduce un segundo párrafo: *El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo*. El cambio se completa con lo dispuesto en la Disposición Adicional 1ª: *Aplicación en el ordenamiento. Las disposiciones legales y reglamentarias que contengan alguna referencia al matrimonio se entenderán aplicables con independencia del sexo de sus integrantes*. El resto de modificaciones son adaptaciones del articulado del Código Civil y de la ley del Registro Civil, para sustituir los términos *marido, mujer, padre o madre*, por los de *cónyuges o progenitores*³³⁸. En conclusión, la reforma ha optado

³³⁵ El debate, celebrado en Sesión plenaria el 30 de junio de 2005, puede verse en el Diario de Sesiones del Congreso. Pleno y Diputación Permanente, núm. 103, en www.congreso.es.

³³⁶ Las modificaciones se limitan a una referencia a la contribución de los colectivos de defensa de la equiparación de derechos con independencia de la orientación sexual en la Exposición de Motivos; en la Disposición Adicional 1ª se incluyen la adaptación de las disposiciones reglamentarias a las legales inicialmente previstas; se añade la modificación de la ley de 8 de junio de 1957 sobre Registro Civil y, por último, en la Disposición Final 1ª, se salvan las competencias de las CCAA sobre desarrollo de sus derechos forales.

³³⁷ No obstante, se ha presentado una proposición de ley por parte del grupo de Convergencia y Unió sobre conciliación del derecho constitucional de objeción de conciencia y el ejercicio de los derechos derivados de la Ley que modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, en el sentido de la enmienda anterior. BOCG. Congreso de los Diputados Núm. B-193-1 de 12/07/2005 Pág.:1.

³³⁸ La DGRN publicó el 29 de julio de 2005 una Resolución-Circular sobre los aspectos de Derecho internacional privado que la ley 13/2005 no contempla. Según la Resolución, *La cuestión que se plantea en esta consulta es la de si pueden válidamente contraer matrimonio entre sí dos personas del mismo sexo siendo una de ellas española y la otra extranjera y si, en caso afirmativo, tienen competencia para ello no sólo las autoridades españolas previstas en el artículo 57 del Código civil en caso de celebración del matrimonio en España, sino también los Encargados de los Registros Civiles Consulares de España en el extranjero*.

por permitir el matrimonio con independencia de la orientación sexual de la pareja, aplicándose su normativa íntegramente, incluida la posibilidad de la adopción conjunta. Una reforma simple en lo formal pero de un calado institucional considerable.

2. 3. EL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD

Aprobada la ley, se ha producido su impugnación ante el Tribunal Constitucional a través de dos cuestiones de inconstitucionalidad³³⁹ y el recurso presentado por el Grupo Popular³⁴⁰.

Las cuestiones de inconstitucionalidad han sido inadmitidas por el TC en dos Autos de 13 de diciembre de 2005³⁴¹ al considerar el Tribunal que los jueces encargados del Registro Civil *no desarrollan una función jurisdiccional, al integrarse en la estructura administrativa del Registro Civil, bajo la dependencia funcional que no orgánica del Ministerio de Justicia, a través de la Dirección General de los Registros y del Notariado, ni puede calificarse de jurisdiccional la decisión, pese a su denominación de Auto, que ha de adoptar en el expediente matrimonial aprobando o denegando la celebración del matrimonio, al ser susceptible de recurso y revisión ante un órgano administrativo, por lo que tampoco en modo alguno dicha decisión puede merecer la consideración (ni aun en la flexible interpretación que este Tribunal ha hecho del término "fallo" utilizado por los arts. 163 CE y 35.1 LOTC), de "pronunciamiento decisivo o imperativo de una resolución judicial" (STC 76/1982, de 14 de diciembre, FJ 1)*. Es por ello que el TC concluye que no están facultados para *promover la*

³³⁹ El primero de ellos fue presentado por la jueza encarga del Registro Civil de Denia y el segundo por el titular del JPI núm.3 de Telde. Este Auto puede consultarse en www.codigo-civil.net. Se anunció una tercera cuestión procedente del JPI núm.5 de Burgos que no se presentó por el desistimiento de la pareja a tramitar su expediente matrimonial en dicha localidad.

³⁴⁰ El recurso fue admitido por el Tribunal Constitucional el 28 de octubre de 2005. su texto íntegro se puede consultar en www.pp.es

³⁴¹ Tanto los Autos como los votos particulares han sido remitidos por el Gabinete de Prensa del propio Tribunal Constitucional.

*presente cuestión de inconstitucionalidad, en atención al carácter no jurisdiccional del expediente en el que se plantea. O, en otras palabras, ateniéndonos al propio tenor de los citados preceptos, en cuanto que la cuestión de inconstitucionalidad no resulta propuesta por un órgano judicial en un proceso en el cual el fallo que haya de dictarse dependa de la validez de la norma legal cuestionada (FJ 7 y 8)*³⁴².

Por su parte, el recurso de inconstitucionalidad se articula sobre tres aspectos: primero, el matrimonio es una institución garantizada en la Constitución con el contenido secularmente reconocido como institucionalización de la potencia creadora del hombre y la mujer garante de la continuidad social; segundo, una modificación como la introducida por la ley 13/2005 corresponde al constituyente, no al legislador; y tercero, existen otras alternativas en el ordenamiento para conseguir la finalidad perseguida en la reforma del CC. Recogemos, a continuación, los motivos que sustentan estos argumentos y aunque adelantamos algunas valoraciones, en la segunda parte de nuestra exposición tendremos ocasión de contestarlos más ampliamente.

1. El cambio legislativo, afirma el recurso, crea una institución de “nueva planta” que sustituye la concepción institucional del matrimonio por un concepto “instrumental, polisémico, borroso y disponible”. Este cambio vulnera el artículo 32.1 CE que garantiza el derecho a contraer matrimonio al hombre y la mujer con plena igualdad jurídica, lo que significa que heterosexualidad e igualdad son notas esenciales en la

³⁴² Los votos particulares al fallo sostienen la legitimación de los jueces encargados del Registro Civil para interponer la cuestión interpretando en sentido amplio el término jurisdicción o considerando que se trata de un acto de jurisdicción voluntaria y consideran que es una anomalía -que incluso se califica de inconstitucional- su dependencia de un órgano administrativo. Sin embargo, en los Autos, aún reconociendo la amplia interpretación que el TC ha venido manejando de los conceptos de *jurisdicción* y *proceso*, se recogen varias resoluciones anteriores en las que ha sido constante la doctrina mantenida sobre que *la interpretación flexible de ambos requisitos* (para interponer la cuestión: que exista un proceso y que de la interpretación de la norma dependa el fallo del mismo) *no puede alcanzar, por vedarlo tanto la Constitución como nuestra Ley Orgánica, a las actuaciones judiciales gubernativas* (FJ 5)

institución garantizada constitucionalmente. Y a esta conclusión no obsta que no se diga “entre sí”, porque ello es consecuencia de la interpretación semántica y etimológica y derivada de los antecedentes históricos y legislativos del texto, según los criterios del artículo 3 CC. Dicha interpretación se fundamenta, además, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la DGRN, sobre la diversidad sexual biológica como requisito del matrimonio que impide a los transexuales que puedan contraerlo (no menciona, sin embargo, los cambios producidos en las resoluciones más recientes ni la doctrina del TEDH contenida en las Sentencias *I.* y *Goodwin*, que luego veremos) y sobre todo, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre las uniones *more uxorio* que el recurso entiende predicable a las uniones homosexuales. De la doctrina contenida en las conocidas sentencias sobre la pensión de viudedad (STC 184/1990 de 14 de noviembre), sobre el derecho de subrogación en el arrendamiento urbano (STC 222/1992 de 11 de diciembre) y el Auto 222/1994 de 11 de julio, que resolvió la reclamación de pensión de una pareja homosexual, el recurso destaca algunas conclusiones:

A) Matrimonio y unión de hecho son realidades diferentes. El matrimonio es una institución social garantizada constitucionalmente, y la unión de hecho no, lo que justifica las diferencias de trato. Sin embargo lo que el recurso no recoge es el contenido de la misma sentencia que afirma que esta opción del legislador no es contraria a la Constitución pero que sería plenamente constitucional que el propio legislador optara por la equiparación jurídica de matrimonio y unión de hecho. Se trata, por tanto, una cuestión que corresponde al Legislador.

B) La sentencia sobre la subrogación del arrendamiento, obedece a la protección de la familia y el derecho a disfrutar una vivienda pero no al principio de igualdad. No explica adecuadamente la contradicción de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que si afirmó la vulneración del artículo 14 CE al considerar que tal diferencia carecía de justificación objetiva y era, por tanto discriminatoria.

C) Es constitucional el principio heterosexual para calificar el matrimonio y nada impide que el legislador disponga

de formas de institucionalización de las uniones homosexuales siguiendo la Recomendación del Consejo de Europa.

A la posible vulneración del artículo 32.1, el recurso añade como motivos de inconstitucionalidad la vulneración de otros artículos de la CE.

Es el caso del artículo 10.2: la reforma contradice los Tratados internacionales sobre derechos humanos que garantizan el derecho al matrimonio entre hombre y mujer. Lo que desconoce es la evolución del Derecho internacional y su jurisprudencia, y que la función del artículo 10.2 no es impedir que nuestra Constitución pueda ampliar tales derechos.

Se alega también la vulneración del artículo 14 CE en relación al artículo 9.2, puesto que tratan igual supuestos desiguales. Los homosexuales no pueden acceder al matrimonio porque es una institución de perfiles propios y negarles su acceso al mismo no es discriminatorio. Añaden que los homosexuales pueden contraer matrimonio sin discriminación, lo que es absurdo, porque de lo que se trata es precisamente de vivir de acuerdo con su propia orientación sexual.

Se refiere igualmente la vulneración del artículo 39.1,2 y 4 CE por cuanto la adopción conjunta perjudica a los intereses del menor y por último, se incide en de aspectos más formales, como la conculcación del artículo 9.3 sobre el principio de jerarquía normativa y de arbitrariedad de los poderes públicos, del artículo 53 respecto del contenido esencial del derecho a contraer matrimonio, y del artículo 167 al considerar que la reforma del CC modifica la Constitución y obvia los requisitos para reformar la Constitución.

2. El legislador, arguye el recurso, no puede modificar la concepción del matrimonio tal como se ha definido más arriba, sin alterar la doctrina sobre la “garantía institucional”, en términos análogos a los que vimos sostenía el informe del Consejo de Estado.

3. Por último, el recurso hace una valoración más política que jurídica acerca de la conveniencia de recurrir a otras vías para alcanzar los fines que se propone la reforma del CC,

vías, se afirma, más ajustadas a la Constitución y que no destruyen la institución del matrimonio, aunque no se especifican cuales habrían de ser para merecer el aval de su constitucionalidad.

3. MATRIMONIO Y HOMOSEXUALIDAD

La situación descrita pone de manifiesto que el argumento de fondo que sostiene la inconstitucionalidad de la reforma del CC sobre el derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo es la afirmación de que matrimonio y convivencia homosexual son realidades diferentes que requieren respuestas jurídicas diversas. El matrimonio, como decía el Estudio del CGPJ, “*o es heterosexual o no es*”, siendo este un rasgo esencial de su concepción garantizada constitucionalmente e indisponible para el legislador que deberá arbitrar otras formulas jurídicas para atribuir algunos efectos propios del matrimonio a la pareja homosexual. La apoyatura jurídica de esta conclusión se construye, en lo fundamental, sobre la interpretación del artículo 32.1 CE y la jurisprudencia procedente del TEDH. Luego, el examen de la constitucionalidad de la reforma del CC deberá, en mi opinión, centrarse en analizar ambas cuestiones: ¿responde la convivencia homosexual a los parámetros de la pareja heterosexual hasta el punto de permitir su encaje en la figura del matrimonio? y ¿es contrario a la Constitución que el legislador opte por el matrimonio frente a otras formas jurídicas para regular la pareja entre personas del mismo sexo?

3. 1. IDENTIDAD HOMOSEXUAL Y CONVIVENCIA EN PAREJA

Si el matrimonio es la respuesta jurídica a la realidad antropológica que significa la atracción emocional, psicológica y sexual entre un hombre y una mujer, aquello que llamamos amor y está en la raíz de dicha atracción ¿Es posible predicar lo mismo a la relación afectiva entre dos personas del mismo sexo?

Posiblemente para quien vive una relación de esta naturaleza la respuesta sea sencilla y puedan dar testimonio de la profundidad de su amor. Otros se quedan en un momento anterior y afirman la absoluta unidad de la persona sexualmente definida como hombre o mujer sin que sea posible desconectar su realidad fisiológica de su realidad psicológica de tal modo que sólo cabe la complementariedad sexual que es la consecuencia natural de dicha definición sexual como hombre o mujer³⁴³.

Antes siquiera de intentar una respuesta, es preciso cuestionarnos acerca de la génesis de la homosexualidad para preguntarnos después si existe una identidad homosexual distinta y equivalente a la heterosexual y las consecuencias que ello tiene sobre la naturaleza de la relación de pareja entre personas del mismo sexo. Finalmente, es preciso traducir estas consecuencias en términos jurídicos³⁴⁴.

3. 1. A. SOBRE EL ORIGEN Y EXPLICACIÓN DE LA HOMOSEXUALIDAD

¿Cómo interpretar la existencia de la inclinación homosexual? ¿Es una desviación? ¿Un capricho? ¿Un accidente genético? ¿Una realidad humana equivalente a la heterosexual?

Para comenzar es necesario determinar de qué estamos hablando porque es posible que en el fenómeno de la homosexualidad quepa algo de todo lo anterior. Al hablar de la pareja homosexual no nos referimos a una práctica sexual más o menos habitual, compatible con relaciones heterosexuales, “lo que caracteriza al homófilo no es tanto el ejercicio como la

³⁴³ VILADRICH, P. J. “La definición del matrimonio” en. El matrimonio y su expresión y su expresión canónica ante el III Milenio. X Congreso Internacional de Derecho Canónico. Pamplona, 2000. Págs. 233-238.

³⁴⁴ Un estudio más detallado de esta cuestión en MURILLO MUÑOZ, M. *Matrimonio y convivencia en pareja en el ámbito de la Unión Europea*. Tesis Doctoral defendida en la Universidad Rey Juan Carlos el 4 de julio de 2004 y que se encuentra en proceso de publicación.

tendencia hacia las personas del mismo sexo, de idéntico sabor y significado al que se obtiene en la relación heterosexual”³⁴⁵.

Sobre la génesis de la homosexualidad no existen conclusiones unívocas y definitivas. Es la psiquiatría la ciencia que en siglo XIX inicia las investigaciones sobre este tema: se afirma su naturaleza patológica y se ensayan fórmulas de “curación”. El fracaso de estos intentos llevará la investigación hacia el campo de la biología. En ambos casos se trataba de responder a la pregunta: el homosexual ¿nace o se hace? No es una cuestión fácil porque frente a la homosexualidad no hay posiciones objetivas e inocentes: la cuestión suscita toda suerte de fantasmas individuales y colectivos que amenazan con destruir la imagen psico-sexual tradicional de hombre o mujer y un modo de vivir la sexualidad dentro de la institución familiar. No es fácil desprenderse de siglos en los que era considerado un pecado, un crimen o una grave perversión patológica³⁴⁶.

3. 1. A. 1.- LA MEDICALIZACIÓN DE LA HOMOSEXUALIDAD: DE LA ENFERMEDAD A LA SALUD MENTAL.

Efectivamente, la herencia de la cultura judeo-cristiana ha presentado secularmente la homosexualidad como un pecado nefando y un comportamiento *contra natura*³⁴⁷. Durante el siglo

³⁴⁵ LOPEZ AZPITARTE, E. “La homosexualidad” en *La homosexualidad. Debate abierto y actual*. Sal Terrae, n.1053, febrero 2002, Pág. 141.

³⁴⁶ DOMÍNGUEZ MORANO, C. “El debate psicológico sobre la homosexualidad”, en *La Homosexualidad: un debate abierto*. J. GAFO (Dir.) Bilbao, 1997, Pág. 13-14.

³⁴⁷ Se suele afirmar que la naturaleza pecaminosa de las relaciones sexuales con personas del mismo sexo procede del pasaje del Génesis sobre la historia de Sodoma y Gomorra (Gen. 19, 1-29) y de la condena explícita contenida en el Levítico, (Lev. 20,13). Una interpretación diferente de estos textos, en especial del relato de Sodoma y Gomorra, es el que hace BOSWELL en su conocida obra *Cristianismo, tolerancia social y homosexualidad*. Barcelona, 1993. Según BOSWELL la destrucción de Sodoma y Gomorra se debió a la falta de hospitalidad con los enviados por Dios, mientras que los aspectos sexuales del relato eran secundarios. Sin embargo a partir de la Edad Media, la expresión sodomita se hace equivalente a lo que hoy llamamos homosexual.

XIX la ciencia médica inicia la transición de la visión religiosa de la cuestión a su tratamiento científico³⁴⁸. En 1886 el neurólogo KRAFFT-EBING publica *Psychopatia sexualis* una obra que describe toda suerte de “manifestaciones psicopatológicas de la vida sexual” entre las que incluye la homosexualidad junto al bestialismo, el fetichismo, la necrofilia etc. La obra se convierte en un éxito y tendrá una influencia decisiva para la medicalización del tema de la homosexualidad. Krafft-Ebing definía la homosexualidad como una anomalía del sentimiento psicosexual y un signo funcional de degeneración. La obra se publicó con la advertencia de que sólo podía ser vendida a médicos y jueces lo que significó la extensión de su teoría no sólo entre la clase médica sino también entre jueces y legisladores que coincidirán en su calificativo de perversión sexual necesitada tanto de medidas de curación como de represión criminal. La influencia de la obra de Krafft-Ebing se prolongó hasta bien entrado el siglo XX y oscureció la obra de otros autores que negaban la idea de la degeneración y abordaban la cuestión desde planteamientos más moderados³⁴⁹.

A comienzos del siglo XX, FREUD desarrolló las teorías sobre el origen de la homosexualidad que mayor influjo ejercieron en la psiquiatría moderna. El creador de psicoanálisis no elabora una única teoría acerca de la génesis de la homosexualidad sino varias al entender que no era un fenómeno uniforme. Según FREUD la homosexualidad, no es una enfermedad mental, sino el fruto de la combinación de factores innatos y adquiridos en la familia que provocan que el difícil

³⁴⁸ TRECHERA J. L. “Aproximación a la realidad homosexual” en *La homosexualidad. Debate abierto y actual...* op. cit. pág.106.

³⁴⁹ HERRERO BRASAS, J. A. *La sociedad gay Una invisible minoría*. Madrid, 2001. Pág. 18-21. Entre estas obras cita la de MOLL, *El sentimiento sexual contrario*, publicada también en Alemania en 1891 y la del británico HAVELOCK, *Inversión sexual*, publicada igualmente en Alemania para evitar las sanciones penales por la difusión de la obra que finalmente se produjeron. Recuerda el autor que sólo un año antes se había producido la condena de Oscar Wilde por sus relaciones con un joven aristócrata.

proceso de maduración sexual no sea “normal”³⁵⁰. Esta actitud contrasta claramente con la que mantendrán sus discípulos en los años posteriores y que cambiarán su naturaleza de “perversión” por la de “neurosis o enfermedad mental” cuando FREUD había sostenido que ambos eran conceptos antitéticos³⁵¹.

Los estudios posteriores que desde la psiquiatría y la psicología clínica abordaron la homosexualidad insistieron en su tratamiento como una patología, elaborándose numerosas teorías etiológicas y psicoterapéuticas. Y aunque en algunos casos sean estudios valiosos, también se les ha achacado importantes deficiencias metodológicas al trabajar sobre muestras muy reducidas y poco representativas lo que ha cuestionado sus conclusiones³⁵². Entre las teorías más difundidas que han

³⁵⁰ Se trataría de resoluciones inadecuadas de los “complejos de Edipo” y “Electra”: bien porque la figura paterna fuera excesivamente débil o fuerte, lo que provocaría en el adolescente su deslizamiento hacia sujetos de su mismo sexo como compensación o por “miedo a la castración”; bien por una excesiva identificación con la madre lo que le llevaría al hombre a asumir el papel del sexo femenino. En el caso de la mujer, el drama se provocaría por lo que se percibe en la niña como una “traición” del padre que ama a la madre, no a la hija y que la lleva a no querer saber nada más de los hombres. Posteriormente, Freud formula también su teoría sobre el “narcisismo” del homosexual: una admiración exagerada hacia el propio sexo que se convierte en el objeto de su deseo sexual. Una detallada explicación de las teorías freudianas sobre la homosexualidad puede verse en DOMÍNGUEZ MORANO, C. “El debate psicológico...op. cit. pág. 29-76.

³⁵¹ Es coincidente la afirmación de que el daño que el psicoanálisis provoca sobre la imagen del homosexual como un pervertido enfermo mental no procede tanto de Freud como de sus seguidores. En este sentido, vid. DOMÍNGUEZ MORANO, C. “El debate psicológico...op. cit. pág.47 y ss donde hace un relato de las deformaciones y olvidos de los postfreudianos; HERRERO BRASAS, J. A. *La sociedad...* op. cit. Pág. 29, quien señala a Rado, Ovesey, Bieber y a Socarides como los psicoanalistas posteriores a Freud más combativos contra la homosexualidad. La misma conclusión se encuentra en PÉREZ CANOVAS, N. *Homosexualidad. Homosexuales y uniones homosexuales en el Derecho español*. Granada, 1996, Pág.16-17.

³⁵² Vid. DOMÍNGUEZ MORANO, C. “El debate psicológico...op. cit. pág. 13, donde se detallan tales errores: ausencia de grupos de control, falta de precisión conceptual, trabajo sobre población especialmente conflictiva que desnaturaliza las generalizaciones al resto del colectivo o desconocimiento de otras variables actuantes (sociales, culturales etc.).

competido con el psicoanálisis en el tratamiento de la homosexualidad, cabe destacar el conductismo y la teoría del aprendizaje. El *conductismo*, basado en los experimentos de PAULOV sobre el condicionamiento, explica la homosexualidad como resultado de la primera experiencia sexual, tesis que sin embargo no explica cómo se produce un condicionamiento tan definitivo de una primera experiencia sexual, ni explica tampoco porque en numerosos casos tal primera experiencia no coincide con la orientación final del sujeto. Por su parte, la *teoría del aprendizaje*, sostiene que la identidad sexual y el rol que la acompaña se fijan en los dos primeros años de vida, estableciendo una correlación entre el comportamiento del niño y su orientación sexual. En este caso, tampoco los estudios ofrecieron datos estadísticos concluyentes para sostener tal conclusión. Con todo, más allá de las teorías, lo que resulta más ilustrativo son los nulos resultados de los tratamientos que para “curar” la homosexualidad se ponían en práctica, curación que se convertía en el verdadero objetivo de tales teorías no tanto la investigación científica para explicar el origen de la “enfermedad homosexual”, colocando el “éxito” de su teoría, precisamente, en alcanzar dicha “curación”.³⁵³

Es el primer informe *Kinsey* elaborado en 1948 en Estados Unidos el que comienza a romper los estereotipos sociales y médicos dominantes³⁵⁴. Por primera vez se ofrecía una

³⁵³ Vid. HERRERO BRASAS, J. A. *La sociedad...* op. cit. pág. 30 y ss., donde se refieren los intentos hechos por la medicina para “curar” la homosexualidad y que llevó a Thomas SZASZ, psiquiatra americano, a comparar la actuación de la clase médica con la de la Inquisición (*The Manufactured of mandes: a comparative study of the Mental Health Movement*, 1970): desde los procesos conductistas de decondicionamiento a través de estímulos positivos (visionado de escenas eróticas heterosexuales) o negativos (asociando la visión de actividades homosexuales con la ingestión de sustancias eméticas que provocaban el vómito o la aplicación de descargas eléctricas), a los tratamientos hormonales como la castración química, o la cirugía cerebral que destruía diversas secciones del hipotálamo, pasando por la pura sugestión psicológica. Además de las devastadoras consecuencias que en la salud de los pacientes provocaban tales “terapias”, no existe constancia científica de su eficacia para transformar a un homosexual en heterosexual.

³⁵⁴ Entre 1937 y 1948, el zoólogo americano Alfred KINSEY y sus colaboradores, llevaron a cabo el estudio más extenso sobre sexualidad masculina que se ha realizado, entrevistando, bien personalmente, bien por cuestionarios escritos a más

estadística acerca de la homosexualidad, estimando el informe que un 4% de la población masculina era exclusivamente homosexual. El informe provocó una fuerte polémica entre sociólogos y terapeutas que evidenciaba el malestar de la Psiquiatría desde la que habían partido buena parte de las conclusiones que el informe cuestionaba. Efectivamente, el informe puso de manifiesto que la condición de homosexual era más común de lo que se pensaba, con lo que se dejaba en entredicho su calificación como “enfermedad mental”. Aunque no faltaron adhesiones entusiastas, el informe fue atacado duramente³⁵⁵, lo que unido algunas deficiencias metodológicas que hacían sus conclusiones poco generalizables, llevaron al propio KINSEY a realizar una nueva y larga investigación que presentó en 1978³⁵⁶ donde trató de describir y catalogar las distintas realidades de los homosexuales. Ambos informes propiciaron numerosos estudios posteriores con distinto alcance y orientación aunque siempre controvertidos al achacarse unos a otros defectos en la investigación, cuando no, la manipulación de datos y resultados tendenciosos. La realidad es que la investigación sobre la dimensión social de la homosexualidad chocaba con el silencio y el miedo a la estigmatización social que hacía difícil una imagen ajustada de la realidad homosexual.

Durante los años sesenta se desarrollan en Estados Unidos los primeros movimientos científicos que abogan por la desaparición de la homosexualidad del catálogo de enfermedades

de 17000 hombres. Sus conclusiones fueron publicadas por KINSEY, POMEROY Y MARTÍN en Filadelfia en 1948 en su conocido informe, *Sexual behaviour in human male*.

³⁵⁵ El ataque al informe Kinsey llegó hasta la creación en 1953 de una Comisión parlamentaria para investigar los beneficios fiscales que habían recibido las fundaciones que financiaron el informe por el efecto negativo que sobre la moralidad pública habían tenido tales investigaciones. Un relato más detallado de estos datos puede verse en HERRERO BRASAS, J. A. *La sociedad...* op. cit. pág.81-86. Algunas de las objeciones al informe Kinsey se recogen muy brevemente en VERA URBANO, F. y REQUENA, J. “Homosexualidad y matrimonio”, en *Comunicaciones del XV Simposio de Derecho Matrimonial Canónico*. Salamanca, 2000, pág. 39 -42.

³⁵⁶ El informe elaborado fue publicado por A. P. BELL y M. S. WEINBERG en 1979, *Homosexualidades. Informe Kinsey* (Madrid, 1979).

mentales. Fue el científico KAMENEY quien se lanzó a reivindicar la exclusión de la homosexualidad de la patología psiquiátrica empleando para ello no sólo el discurso científico sino la acción reivindicativa, en especial en el seno de la Asociación de Psiquiatría americana (conocida como APA), que le invita en 1972 al Congreso que debía revisar el cuadro de enfermedades mentales. Tras un duro debate, el comité de expertos de la APA retiró la "homosexualidad en sí" del cuadro de enfermedades mentales aunque mantuvo la "homosexualidad distónica" referida a los casos de indefinición sexual. La decisión es contestada por algunos miembros de la APA que reclaman la celebración de un referéndum previsto en los Estatutos de la APA para solucionar cuestiones organizativas pero no científicas. Aunque se intentó evitar, la votación se llevó a cabo con el resultado mayoritario a favor de la exclusión de la homosexualidad del cuadro de patologías mentales. La decisión tuvo una notable influencia en el mundo de la medicina aunque hasta el 1 de enero de 1993 la Organización Mundial de la Salud mantuvo la inclusión de la homosexualidad en su lista de enfermedades.

Hoy se abandonan estos planteamientos y la homosexualidad no es tratada como una enfermedad mental. Los estudios en la actualidad se encaminan en dos direcciones, la biología que intenta desvelar si existen componentes biológicos que determinen la homosexualidad, y la psicología que busca, por su parte, los condicionantes psicológicos o sociales que pueden influir en una u otra tendencia sexual. Lo que se descarta es que el homófilo sea un enfermo por el sólo hecho de su tendencia sexual sin perjuicio de los problemas que pueda acarrearle la misma, y que no son diferentes a los problemas de maduración personal que pueden afectar a cualquier otra persona³⁵⁷.

³⁵⁷ No obstante en el ámbito de la Iglesia Católica aún se insiste en la naturaleza patológica de la homosexualidad, especialmente estudiada al hilo de su inclusión como uno de los supuestos de incapacidad psicológica para prestar consentimiento, la incapacidad para asumir obligaciones esenciales del matrimonio por causa de anomalías psicológicas del can. 1095.3. En un estudio reciente sobre la cuestión, "Homosexualidad y consentimiento matrimonial"

Respecto de la *investigación biológica*³⁵⁸, aunque los estudios genéticos en torno a la diferenciación sexual han establecido algunas conclusiones sobre la posibilidad de que alguna alteración hormonal pueda modificar el programa básico de determinación genética del sexo que se produce en el desarrollo embrionario y depende de complejos procesos biológicos³⁵⁹, explique algunos supuestos de transexualidad, respecto de la homosexualidad no existen evidencias biológicas que la expliquen y las vías emprendidas no han producido resultados concluyentes. Es el caso de: las investigaciones sobre sexualización del cerebro y la determinación genética de la homosexualidad.

VERA URBANO, F. - REQUENA, J., publicado en *Curso de Derecho Matrimonial y Procesal canónico para profesionales* (XIV). Salamanca, 1999, pág.159-181, aún cuando se recoge el abandono de la calificación de la homosexualidad como enfermedad mental, se mantiene la afirmación de que se trata de un síntoma de una enfermedad mental o de una anomalía de la personalidad y que desaparecerá cuando se resuelva la anomalía que es la causante de la homosexualidad. No tiene en cuenta las conclusiones que la Psicología y la Psiquiatría han hecho sobre que tales perturbaciones psicológicas en los homosexuales son consecuencia de las dificultades para aceptar su condición y las sensaciones de culpa que suelen acompañarlas, pero no son la causa de la homosexualidad. El mismo estudio reconoce la imposibilidad de cambiar la orientación sexual y de ello da testimonio la lucha por conseguirlo de algunas personas, añadiendo que si la homosexualidad se originara en causas externas, "se lograría corregirla" (pág. 170).

³⁵⁸ Para un estudio detallado de estas investigaciones vid. LACADENA, J. R., "Biología del comportamiento sexual humano: genética y homosexualidad" en *La Homosexualidad: un debate abierto...* op. cit. pág. 97-117. HERRERO BRASAS, J. A. *La sociedad...* op. cit. pág.33-39.

³⁵⁹ Mientras que el desarrollo de los órganos sexuales femeninos se forman a partir de los conductos de Muller del embrión y no requiere de estímulo alguno, el desarrollo de los órganos masculinos, los conductos de Wolf, exige la segregación de testosterona y de la hormona antimulleriana que permita el regreso de los conductos de Muller. Si el proceso es normal, la diferenciación gonadal se corresponderá con el sexo determinado genéticamente pero una alteración hormonal puede llevar a que este proceso no sea coherente de modo que, la determinación genética inicial, no corresponda con la caracterización femenina o masculina final Para una descripción más detallada del proceso, vid. LACADENA, J. R., "Biología del comportamiento sexual humano: genética y homosexualidad" en *La Homosexualidad: un debate abierto...* op. cit. pág. 97-105.

La investigación sobre la *sexualización del cerebro humano* ha tratado de identificar si existen diferencias en la organización cerebral de hombres y mujeres y dentro de cada sexo si existen también diferencias entre homo y heterosexuales, desde dos aproximaciones diferentes: el papel de las hormonas en la sexualización del cerebro y el dimorfismo sexual en la anatomía del cerebro humano. Los estudios hormonales no han conseguido establecer su influencia en la orientación sexual de los adultos que no presentan niveles de hormonas diferentes en heterosexuales y homosexuales salvo que voluntariamente se hubieran sometido a tratamientos específicos con hormonas femeninas o masculinas. Respecto de las diferencias neuroanatómicas entre los cerebros de los hombres y mujeres se han intentado descubrir diferencias que explicaran su distinta orientación sexual (el llamado *dimorfismo sexual*). Las investigaciones revelaron diferencias en una en una sección del hipotálamo³⁶⁰ que era mayor en hombres que en mujeres, lo que llevó a concluir que tal sección sería la responsable del impulso sexual. Y aunque posteriormente se observó parecido dimorfismo entre heterosexuales y homosexuales, no es posible establecer una exacta correlación entre el tamaño de dicha sección cerebral y la homosexualidad porque, de un lado, se encontró una gama amplia de tamaños sin que fuera posible explicar las diferencias y de otro, porque para que las diferencias fueran significativas en orden a determinar la orientación sexual del individuo, sería necesario hacer tal observación no sobre cadáveres sino al comienzo de la vida, lo que no es posible. Por tanto no se puede concluir si es el tamaño de dicha sección lo que determina la orientación sexual o es la orientación y el comportamiento sexual del individuo a lo largo de su vida lo que determina el dimorfismo sexual del cerebro.

³⁶⁰ Se trata del INAH 3, siglas de *núcleo intersticial del hipotálamo anterior* descubierto por Gorsky y su equipo de la Universidad de California en 1978. La aplicación de estas investigaciones al estudio de la homosexualidad se debe a Le Vay. Vid. LACADENA, J. R. "Biología del comportamiento sexual humano: genética y homosexualidad" en *La Homosexualidad: un debate abierto.....* op. cit., pág.117-122; HERRERO BRASAS, J. A. *La sociedad...* op. cit. pág.39-41.

Finalmente, los estudios biológicos más recientes acerca de la génesis de la homosexualidad se han desarrollado en el ámbito de la genética³⁶¹, destacando las investigaciones sobre la incidencia de la homosexualidad en hermanos gemelos³⁶², el estudio de los árboles genealógicos de homosexuales³⁶³ y la búsqueda de alguna posible mutación en la cadena de ADN³⁶⁴. En ningún caso los resultados han sido concluyentes y se han valorado con prudencia al no ser posible deslindar la posible

³⁶¹ Sobre este tema vid. Vid. LACADENA, J. R. "Biología..." op. cit., pág.121-129; HERRERO BRASAS, J. A. *La sociedad...* op. cit. pág.41-46.

³⁶² Kallman en 1952 estudió la incidencia de la homosexualidad en gemelos homocigóticos o idénticos, los únicos con material genético idéntico, y los gemelos dicigóticos que comparten sólo la mitad de dicho material. Los resultados estadísticos mostraron que la probabilidad de que el gemelo homocigótico de un homosexual lo fuera también oscilaba entre el 50% en las mujeres y el 52% en los varones. Entre los gemelos dicigóticos descendía al 15% y 24% respectivamente y era solo ligeramente superior al que se veía respecto de otros hermanos. Aunque los datos se interpretaron en el sentido de que existía una predisposición genética a la homosexualidad también se llamó la atención sobre el hecho de que se trataba de hermanos criados y educados en el mismo por lo que sería necesario hacer estudios entre gemelos homocigóticos educados separadamente y en ambientes diferentes para hacer alguna conclusión sobre el elemento genético determinante de la homosexualidad

³⁶³ Los estudios de Hamer concluyeron que la homosexualidad procedía de la rama materna de dichos árboles lo que llevó a la conclusión que la presumible predisposición genética a la homosexualidad se transmitía en los genes del cromosoma femenino X. Sin embargo, la falta de estadísticas fiables impedía extrapolar los datos.

³⁶⁴ Las investigaciones más recientes se han centrado en descubrir si existe en la cadena del ADN del cromosoma X un gen que haga más probable que un varón sea homosexual. Los estudios llevados a cabo por el propio Hamer concluyeron que existía una región del cromosoma X, la Xq28, donde se daba un ligamiento en los marcadores del ADN de hermanos homosexuales: de los 40 pares de hermanos analizados la coincidencia genética se producía en 33 y no existía en 7. El equipo de Hamer valoró sus resultados con extremada prudencia afirmando que no podía hablarse de un "gen gay", porque sólo en la región Xq28 del cromosoma X podrían existir cientos de genes sin que el mapa genético del cromosoma X se haya completado. Además no existe explicación concluyente sobre las 7 parejas de hermanos en los que no se demostraba el ligamiento entre su homosexualidad y los marcadores de la región Xq28, pudiendo obedecer a factores psicológicos, sociales o culturales.

predisposición genética –que no es concluyente- de la influencia del medio social y educacional.

3. 1. A. 2.- CONCLUSIONES: LA CONTESTACIÓN DEL COLECTIVO GAY A LA INVESTIGACIÓN DE LA HOMOSEXUALIDAD

De los datos referidos es posible concluir que la clase médica mayoritariamente sostiene que la homosexualidad no es una enfermedad mental ni los homosexuales presentan más trastornos psicológicos que los heterosexuales sin perjuicio de los condicionantes que se encuentren para vivir o aceptar su condición. Tampoco existen evidencias científicas acerca del origen de la homosexualidad. Ni las investigaciones biológicas ni las psicológicas ofrecen datos definitivos sobre si la orientación homosexual es de origen genético o si son los factores educacionales o sociales los determinantes. Lo que si han puesto de manifiesto es que no existen diferencias anatómicas, neuronales o psicológicas por razón de la orientación sexual de las personas.

Dentro de los grupos y colectivos de homosexuales se discute si debe continuarse o no con este tipo de investigación. Los que abogan por el abandono de las mismas argumentan que el riesgo de tales investigaciones es que encuentren el modo en que no haya homosexuales en el futuro mediante la manipulación genética, química o quirúrgica. Otros, en cambio, entienden que la comprensión del origen de la homosexualidad permitiría una mejor aceptación social de la misma y dejaría de verse al homosexual como un “depravado” o “descarrilado” que es preciso enderezar.

Tras esta controversia está el debate en torno a si la homosexualidad es una realidad o un invento moderno. La polémica reproduce la controversia escolástica entre nominalistas o idealistas y realistas. Los escolásticos se preguntaban si las categorías a través de las que conocemos el mundo físico son reales o inventadas, es decir, si nos limitamos a reconocerlas y nombrarlas o si no tienen existencia objetiva por si mismas y son

convenciones sobre las cuales existe un acuerdo para nombrarlas y usarlas de un determinado modo. Es a partir de la obra de FOUCAULT, *Historia de la sexualidad humana*, cuando se reproduce la controversia escolástica respecto de la homosexualidad. Para FOUCAULT, la sexualidad humana no es un hecho biológico sino un producto histórico cultural. La intervención religiosa, penal o médica han establecido diferentes discursos acerca de la sexualidad con los que dan nombre y entidad real a diferentes tipos de sexualidad. En la Edad Media nadie era sodomita por naturaleza, sino por realizar un acto prohibido, mientras que el homosexual del siglo XIX se convierte en una especie objeto de análisis. En su versión más extrema se llega a afirmar que no existe la homosexualidad sino a partir del empleo habitual de esta categoría en la segunda mitad del siglo XIX y que no existe, como tal, una identidad gay, que es una construcción del discurso del mundo moderno, una mera elección. Frente a esta tesis, los esencialistas, sostienen que la condición gay no se elige como si fuera un capricho que alguien puede darse, sino que aparece como un elemento de la identidad personal que se percibe tan constitutivo de la persona como el color de sus ojos. Entre ambas posturas, se sostiene que no todo lo que no es *elegido* en la persona, tiene que estar biológicamente determinado³⁶⁵.

Intentemos profundizar más en el tema de la identidad homosexual porque la respuesta a esta cuestión tiene que ver con la respuesta que a la relación de pareja se pueda dar. Si entendemos que se trata de una “mera elección”, casi caprichosa, ¿debería el Derecho amparar relaciones que tienen tan volátil

³⁶⁵ HERRERO BRASAS, J. A. *La sociedad...* op. cit. pág.46-55. El mismo debate se reproduce en TRECHERA J. L. Aproximación a la realidad homosexual... op. cit. pág. 104 y 105 donde concluye afirmando: “*hemos de aceptar la presencia de una gran peso cultural en la elaboración del concepto de homosexualidad; sin embargo, no se puede negar la realidad. El hecho de que un término se haya creado artificialmente no significa que la experiencia que intenta englobar sea completamente irreal ni que carezca de importancia. Es cierto que la denominación “homosexual” está cargada de connotaciones sociales, pero es innegable la existencia de la experiencia homosexual per se, y se puede decir que es “atemporal”: se ha dado en las distintas épocas y sociedades.*”

fundamento? Y si entendemos que forma parte de la identidad que se percibe constitutiva de una persona, ¿puede el Derecho negar la pretensión de equiparar tales relaciones a la pareja heterosexual?

3. 1. B. IDENTIDAD HOMOSEXUAL Y LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD

Si la homosexualidad es una opción sexual o más bien un autodescubrimiento progresivo en el que la persona se va reconociendo de una determinada forma, es una cuestión que desde los propios homosexuales tiene una respuesta abrumadora: no consideran su homosexualidad como una libre elección, sino como una orientación que se les impone y que no pueden manipular a voluntad. Y aunque, también mayoritariamente, perciben su condición homosexual como innata más que adquirida a lo largo de su vida, no es ésta una cuestión que cambie para ellos su percepción de que son lo que son y no pueden ser de otra manera³⁶⁶. Por tanto, la orientación homosexual es para ellos un rasgo más de los que conforman su identidad personal de tal forma que lo que habría que plantearse sería la definición del contenido de dicha identidad. ¿Es sólo una cuestión sexual o hay otros elementos en la formación de dicha identidad?

Es ésta una perspectiva demasiado reciente para poder tener datos y ha de luchar con los procesos de identificación social que se han producido históricamente. Y es que hasta ahora la homosexualidad ha recibido definiciones que procedían de “expertos” que, según la época histórica, lo han calificado como pecado, aberración, perversión, enfermedad, u orientación sexual. En la actualidad los propios homosexuales cuestionan la objetividad del juicio moral y científico que imponen calificativos

³⁶⁶ TRECHERA, J. L. “Los homosexuales vistos por sí mismos. Datos y conclusiones de una muestra española”, en *La homosexualidad: un debate...* op. cit., pág.229; ID.” Aproximación a la realidad homosexual...op. cit. pág. 108 donde recuerda el fracaso de los tratamientos y terapias para “curar” la homosexualidad en el sentido ya comentado, (vid. Nota 30).

“desde fuera” y por ello, los colectivos homosexuales preferir emplear términos propios más neutrales como los de *gay*, ya sea aplicado sólo a los varones o comprensivo de todo el fenómeno homosexual, y *lesbiana* referido a las mujeres, para aludir a una realidad que trasciende del dato sexual. Y es que, al referirse a su propia identidad, comprenden en ella otros elementos que no son sólo su preferencia sexual: “la atracción sexual y el interés romántico por individuos del mismo sexo aparecen como una expresión más, la más llamativa pero no necesariamente la más importante, de un modo de ser que es distinto -es decir, con su perfil propio- pero no esencialmente diferente del de la mayoría heterosexual. Pero, si bien existe un cierto consenso en que la orientación homosexual es algo más que una mera atracción por personas del mismo sexo, es necesario precisar qué sea ese “algo más” y si es connatural a la orientación o el resultado de una experiencia compartida de opresión y fingimiento”³⁶⁷. Esta precisión es interesante y obliga a una reflexión sobre la situación de marginación social de estas personas que, en el mejor de los casos, suele conducir a la creación de verdaderos guetos dentro de algunas ciudades donde encuentran espacios de expresión propios pero que también tienen el riesgo de perpetuar la marginación y la “endogamia” homosexual que limita la relación y la socialización. Ciertamente la existencia de esos entornos son reivindicados como una forma de hacerse presentes, pero la normalización de su situación en la sociedad requiere de una mayor permeabilidad entre personas que tienen menos diferencias de lo que, a veces, parece.

¿Cómo podemos traducir jurídicamente esta aproximación a la identidad homosexual?

Es habitual referirse a la homosexualidad como un derecho a elegir la opción sexual con arreglo a las propias preferencias sin verse por ello expuesto a discriminaciones carentes de justificación objetiva³⁶⁸. Pero no creo que sea esta la

³⁶⁷ HERRERO BRASAS, J. A. *La sociedad...* op. cit. pág. 383.

³⁶⁸ DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. “Principio de libre desarrollo de la personalidad y ius connubii (*A propósito del ATC 222/1994*)” en VV AA *Uniones* 288

posición más conforme a la percepción que los gays y lesbianas tienen de su identidad sexual tal como acabamos de exponer. Si contempláramos el tema desde la perspectiva del derecho a la libertad de conciencia definido por LLAMAZARES como la facultad del hombre para percibir su propia identidad y su propia historia podríamos considerar que la sexualidad humana forma parte de dicha identidad y que, cualquiera que fuera el origen de la homosexualidad, la persona tiene derecho a definir su propia identidad como emanación de su dignidad personal. Su fundamento se encuentra, por tanto en el principio del libre desarrollo de la personalidad que dispone el artículo 10.1 CE.

Hasta llegar a esta conclusión, la homosexualidad no sólo ha recorrido un largo camino desde su consideración como enfermedad mental o desviación psíquica sino también desde su tipificación como delito. En este proceso de despenalización de la homosexualidad ha jugado un papel decisivo la jurisprudencia del TEDH y ha tenido una evidente incidencia en el reconocimiento jurídico de las uniones entre personas del mismo sexo³⁶⁹.

Hasta el inicio de los años ochenta la Comisión Europea de Derechos Humanos había rechazado las demandas de los homosexuales contra las legislaciones de los Estados miembros que tipificaban como delito las relaciones homosexuales. La Comisión reconocía el derecho de los Estados para considerar delictiva la homosexualidad, situación que no era contraria al derecho a la intimidad del artículo 8 del Convenio por entender que con ello se trataba de proteger la moral y la salud, límites previstos en el apartado segundo del propio artículo 8³⁷⁰.

de hecho. J. M. MARTINELL - M. T. ARECES PIÑOL (Ed.) Lleida, 1998. pág. 492.

³⁶⁹ Vid. NAVARRO VALLS, R. *Matrimonio y Derecho*. Madrid, 1995. pág. 91.

³⁷⁰ Vid. *Ibidem*, pág. 91 donde se cita la Decisión 104/55 de 17 de diciembre que rechazó la demanda de un ciudadano alemán condenado por homosexual conforme al artículo 175 del Código Penal alemán y la Decisión de 30 de septiembre de 1975 que rechazó la demanda de otro ciudadano alemán condenado por actos impúdicos tras la reforma del Código Penal alemán de 1969 que despenalizó la homosexualidad pero mantuvo la tipificación de los atentados contra el pudor cometidos por un varón mayor de edad sobre otro de menor de veintiuno.

La jurisprudencia cambia a partir de la sentencia *Dudgeon*³⁷¹ de 22 de octubre de 1981 en la que el Tribunal consideró que "*el mantenimiento en vigor de la legislación impugnada* (que tipificaba como delito las relaciones homosexuales libremente consentidas) *constituye una intromisión continua en el derecho del demandante al respeto de su vida privada (que incluye la vida sexual) en los términos del artículo 8.1.*" (Párr.41). Dicha intromisión no está amparada por el artículo 8.2, que legitima las injerencias del poder público en la vida privada, entre otros motivos, para proteger la moral y la salud pública, tal como había mantenido en sentencias anteriores y añade que *las actitudes éticas hacia la conducta homosexual masculina en Irlanda del Norte y la preocupación porque cualquier relajación en el derecho tuviera el efecto de erosionar los estándares morales existentes, no puede sin más, justificar intromisiones en la vida privada del demandante* (Párr. 61).

La jurisprudencia posterior ha reiterado que la penalización de las relaciones homosexuales entre varones mayores de edad en privado, constituyen una violación del artículo 8 del Convenio, aun cuando no se fuera víctima de medidas policiales o procesales: la mera existencia de una legislación que castigaba actos homosexuales afectaba directa y constantemente a su vida privada (Sentencias *Norris*³⁷² y

³⁷¹ Sentencia de 22 de octubre de 1981, BJC. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 25 años de jurisprudencia 1959-1983, pág. 732 y ss. La sentencia resolvió el caso de un ciudadano británico, residente en Irlanda del Norte al que, con ocasión de un registro policial en su domicilio en busca de estupefacientes, encuentran correspondencia y documentos personales que describían actividades homosexuales. Aunque *Dudgeon* es interrogado y el Departamento de Acción pública considera la existencia de un delito de "burda indecencia" tipificado en la ley norirlandesa, se decide que no existe interés público en la persecución del delito. No obstante, *Dudgeon* plantea la demanda ante la Comisión Europea de Derechos Humanos alegando que el Derecho vigente en Irlanda del Norte que tipifica como delito las relaciones homosexuales entre hombres mayores de edad libremente consentida, así como la investigación policial efectuada, constituyen una injerencia injustificada en su vida privada y, por tanto, una violación de los artículos 8 y 14 del Convenio.

³⁷² Sentencia 26 de octubre de 1988 (1988/10487).

*Modinos*³⁷³) La jurisprudencia del TEDH dio un paso más al admitir, más allá de la persecución penal de las conductas homosexuales, que no sólo se produce una violación del artículo 8 sino también del artículo 14 cuando la homosexualidad se constituye en causa de medidas restrictivas de derechos. En la sentencia de 21 de diciembre de 1999, en el asunto *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, el TEDH resolvió el caso de un padre divorciado, privado de la patria potestad de su hija por su condición homosexual³⁷⁴. La sentencia del Tribunal de Estrasburgo consideró que fue la condición de homosexual del padre lo que determinó que la Corte de apelación admitiera el recurso y revocara la patria potestad sobre su hija, concedida por el Tribunal de instancia donde esta cuestión no se planteó, decisión que constituye una discriminación sin justificación objetiva y razonable que vulnera no sólo el artículo 8 del Convenio sino también el artículo 14.

El penúltimo eslabón en esta jurisprudencia lo ha constituido la decisión sobre el caso *Sutherland* que planteaba la discriminación de las leyes penales, en este caso británicas, que exigían más edad para mantener relaciones homosexuales que para tener relaciones heterosexuales, así como el hecho de que las relaciones sexuales entre mujeres no fueran objeto de las mismas restricciones que se imponían a los hombres. La Comisión Europea de Derechos Humanos decidió en resolución adoptada el 1 de julio de 1997 que no existía ninguna justificación objetiva y razonable para mantener ambas situaciones y consideró que vulneraban el artículo 14 del Convenio en relación al artículo 8. Esta decisión de la Comisión provocó la modificación de la legislación británica en este punto³⁷⁵ (lo que, a su vez, motivó que

³⁷³ Sentencia de 22 de abril de 1993 (1993/14298).

³⁷⁴ Rec. Aranzadi, TEDH 1999/72.

³⁷⁵ La ley de Ofensas Sexuales de 1956 castigaba la homosexualidad masculina mientras que respecto de las mujeres fijaba la edad de 16 para mantener relaciones sexuales sin distinción. La ley es modificada en 1967 y se establece el límite de veintiún años para mantener relaciones sexuales entre varones, edad que es nuevamente rebajada a dieciocho años en la ley de 21 de febrero de 1994. El proyecto de Ley que se presenta en 1998 no prospera en la Cámara de los Lores

las partes en el caso *Sutherland* renuncian formalmente a la acción ante el Tribunal que la acepta en la sentencia de 27 de marzo de 2001³⁷⁶) así como la posterior condena a Austria por idénticos motivos³⁷⁷.

En la evolución de la jurisprudencia del TEDH el paso más significativo ha sido el que han dado dos sentencias idénticas dictadas el 11 de julio de 2002 en dos demandas de *I.* y de *Cristine Goodwin* contra Reino Unido³⁷⁸ en las que el Tribunal falló a favor de las demandantes, transexuales a quienes su ley nacional impedía modificar la inscripción en el Registro Civil de su cambio de sexo, así como contraer matrimonio con la consiguiente limitación para acceder a determinados derechos sociales cuya denegación dio origen a los pleitos respectivos. En mi opinión, la doctrina contenida en estas sentencias, aunque referida a la transexualidad, puede trasladarse al supuesto de la homosexualidad porque ambos fallos trascienden del argumento que había sostenido hasta la fecha la desestimación de las reclamaciones de los transexuales al matrimonio: el artículo 12 del Convenio, afirmaba el Tribunal, al garantizar el derecho de

que lo rechaza sucesivamente hasta que obtiene su aprobación al final de la legislatura de 2000, entrando en vigor el 8 de enero de 2001.

³⁷⁶ Tanto la Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos como la sentencia del caso *Sutherland* pueden consultarse en la base de datos del Tribunal en la página Web del Consejo de Europa: www.coe.fr.

³⁷⁷ Se trata de dos sentencias de 9 de enero de 2003 que condenan a Austria por exigir más edad para mantener relaciones homosexuales que heterosexuales, tipificadas en el artículo 209 del Código Penal. Cabe señalar que el Tribunal Constitucional de Austria declaró inconstitucionales las disposiciones del artículo 209 del Código Penal relativas a la edad del consentimiento entre homosexuales, y pidió al legislador que modificase dicho artículo antes de 2003. No obstante, a pesar de esta revisión del Código Penal, efectiva desde el 14 de agosto de 2002, los procedimientos entablados con anterioridad prosiguen, en lugar de haber sido suspendidos.

³⁷⁸ Sentencia de 11 de julio de 2002 en el caso *I. Contra Reino Unido*, Demanda 25680/1994. (Jurisprudencia Constitucional Aranzadi TEDH 2002/45); Sentencia de 11 de julio de 2002 en el caso *Goodwin contra Reino Unido*, Demanda 28957/1995.

casarse, se refiere al matrimonio tradicional entre dos personas del distinto sexo biológico³⁷⁹

Pues bien, en las sentencias *I.* y *Goodwin* el Tribunal reconoce que los cambios hormonales y quirúrgicos que experimentan los transexuales dejan como único elemento del sexo originario el cromosómico pero, *en opinión del Tribunal, no es evidente que el elemento cromosómico deba inevitablemente constituir –excluyendo cualquier otro– el criterio determinante a los efectos de la atribución jurídica de una identidad sexual a los transexuales* (Párr. 64).y añade, *el Tribunal considera que se puede razonablemente exigir de la sociedad que acepte algunos inconvenientes con el fin de permitir a otros vivir con dignidad y respeto conforme a la identidad sexual escogida por ellos al precio de enormes sufrimientos* (Párr. 73). Con esta afirmación el Tribunal coloca el problema en su verdadero lugar, el respeto a la dignidad personal y al derecho a la identidad sexual como parte del derecho de la persona a su autodeterminación. La conclusión es reforzada por un argumento más, resultado de la coherencia que el TEDH reclama a los Estados: *cuando un Estado autoriza el tratamiento y la intervención quirúrgica que permita aliviar la situación del transexual, financia en todo o en parte las operaciones y llega a consentir la inseminación artificial de la mujer que vive con un transexual (tal como muestra el asunto X., Y., y Z., contra Reino Unido) parece ilógico que rechace reconocer las implicaciones jurídicas del resultado al que conduce el tratamiento* (Párr. 60).

Transexualidad y homosexualidad tienen idéntico fundamento: el respeto a libre determinación de la persona en su identidad y orientación sexual que trasciende la realidad biológica y obliga a los Estados a ser consecuentes con dicho

³⁷⁹ Esta doctrina se recoge en las sentencias *Rees* de 17 de octubre de 1986 BJC, Jurisprudencia del TEDH 1984-1987, p. 691; *Cossey*, de 27 de septiembre de 1990. Repertorio de jurisprudencia de Aranzadi, TEDH 1990/22, serie A núm. 184; *X., Y., Z* de 22 de abril de 1997. Repertorio de jurisprudencia de Aranzadi 1997-II, TEDH 1997/24., y *Sheffield y Horshman* de 30 de julio de 1998. Repertorio de jurisprudencia de Aranzadi 1998-V, TEDH 1998/34.

reconocimiento³⁸⁰. Si de la despenalización hemos llegado al respeto a la orientación sexual de las personas como contenido de su dignidad y libre desarrollo de su personalidad, es necesario que la persona pueda ser plenamente coherente con dicha identidad³⁸¹. Como se dice en las sentencias *I* y *Goodwin*, no se puede alegar que no hay discriminación porque el homosexual o el transexual pueden contraer matrimonio con personas de sexo distinto al suyo, porque el argumento es artificial ya que la realidad es que el transexual o el homosexual quieren convivir con personas de su mismo sexo, lo hayan cambiado o no.

En consecuencia, y volviendo al planteamiento inicial, de la experiencia aportada por los propios homosexuales acerca de su proceso de auto-identificación así como de la evolución que experimenta la homosexualidad en su consideración jurídica desde la tipificación penal al reconocimiento de su condición como parte de su derecho a la intimidad y al libre desarrollo de su personalidad, podemos concluir que existe una identidad homosexual que se despliega en libertad pero que no es mera elección. Lo que sí podrá elegir el homosexual es si vive o no en pareja. Y es aquí donde nos queda un paso más: ¿Esta relación es comparable con la que se produce en una pareja heterosexual?

³⁸⁰ En nuestro Derecho la Resolución de la Dirección General Registros y Notariado (DGRN) de 31 de enero de 2001 autorizó el matrimonio de un transexual al entender que *desde el momento que una sentencia judicial firme ha ordenado sin limitaciones el cambio de sexo, hay que estimar que este cambio se ha producido a todos los efectos* aunque, precisa la Resolución, coincidan los sexos biológicos invariables de ambos contrayentes. Si el artículo 10.1 de la Constitución justifica el cambio de sexo, *sería dejar las cosas a medio camino, creando una situación ambigua la modo del reconocimiento de un tercer sexo, si no se entendiera que ese cambio de sexo habría de ser efectivo en todos los ámbitos* (F.J. 5º). Por tanto, reconocía que el cambio de sexo no modificaba el sexo biológico que es inmodificable, por lo que, sustancialmente, nada diferencia el matrimonio de un transexual y el de un homosexual.

³⁸¹ Una sentencia posterior de 12 de junio de 2003 (El Derecho. Jurisprudencia. 2003/12034) insiste en la afirmación de que la identidad sexual es una de las cuestiones más íntimas de la vida privada de la persona, de modo que imponer obstáculos a tales personas para que prueben la necesidad del tratamiento médico parece desproporcionado, por lo que condena al Estado alemán a reembolsar los gastos médicos de una cirugía transexual cuya necesidad no había sido probada, según los Tribunales nacionales.

3. 1. C. LA PAREJA HOMOSEXUAL

Resulta evidente que la respuesta que se da a la conveniencia de abrir el matrimonio a las parejas homosexuales depende del punto de partida que se adopte sobre la naturaleza de dicha relación.

Si se mantiene la absoluta diferencia entre la pareja heterosexual y homosexual, la conclusión es que el Derecho ampara sólo la pareja heterosexual, sin que las reivindicaciones en otro sentido puedan ser atendidas so pena de degradar la sexualidad humana. En palabras de VILADRICH, “la fórmula sexual óptima ha de ser aquella en la que el amor y la libertad (atributos específicos del ser personal) son más plena y profundamente realizados. Las piezas que componen la sexualidad humana por ser naturales, tienen límites de tolerancia que si se traspasan, la pieza se degrada. La existencia de unos límites de tolerancia, fuera de los cuales se produce progresivamente una degradación de la sexualidad hasta niveles infrahumanos, impone la distinción entre lo que se *puede hacer* y lo que *debe hacer* en el orden sexual”³⁸². En el mismo sentido se han manifestado reiteradamente los documentos oficiales de la Iglesia Católica³⁸³. Consideran un grave error la

³⁸² VILADRICH, J. J. *La agonía del matrimonio legal*. Navarra, 2001. pág. 57-60.

³⁸³ La Iglesia Católica condena las conductas homosexuales como pecado, no la homosexualidad en sí, por lo que postula la castidad de las personas con tendencia homosexual y deplora los actos de violencia contra las mismas. Mantiene la necesidad de que las leyes positivas no amparen el reconocimiento de estas uniones que califica como un desorden moral. De los numerosos documentos publicados destacan la Carta dirigida por la Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe a los Obispos en octubre de 1986 donde se intenta atajar la pastoral comprensiva y tolerante hacia la homosexualidad que se había iniciado por los Obispos de Estados Unidos en 1973 (“*Principios para guiar a los confesores en cuestiones de homosexualidad*”), seguidos por los Obispos de la Iglesia de Inglaterra y Gales en 1978 (“*Cuidado pastoral de las personas homosexuales*”) y de los Obispos holandeses en 1979 (“*Las personas homosexuales en la sociedad*”) que no aprueban las relaciones homosexuales pero limitan en ciertos casos su responsabilidad moral, afirmando la postura tradicional de la Iglesia. El Catecismo Universal de la Iglesia Católica aprobado el 26 de junio de 1992 reitera que las conductas homosexuales son pecado pero que se

institucionalización de las uniones entre personas del mismo sexo porque se opone a ello la imposibilidad de la procreación de “modo humano”. Tales reivindicaciones tendrían graves consecuencias en el orden social y jurídico y serían especialmente peligrosas respecto de la posible adopción de menores al verse privados de una “verdadera familia”³⁸⁴.

¿Y qué dicen los propios homosexuales sobre su vivencia en pareja? “Decir que los gays se definen más por su libido es contribuir a la extendida idea de que la sexualidad gay es invariablemente mecánica, impersonal incluso animal, mientras que la sexualidad heterosexual forma parte integral de una compleja red de sentimientos humanos... En resumidas

debe respeto y comprensión a las personas con tal tendencia. En julio de 1992 la misma Sagrada Congregación publica un nuevo documento titulado “*Observaciones sobre propuestas legislativas relativas a la discriminación de personas homosexuales*”, donde se instruye sobre la necesidad de que la Iglesia Católica se oponga a tales medidas en ciertos ámbitos, entre ellos el matrimonio o la legalización de sus uniones y la adopción de menores. Es también conocida la respuesta del Papa a la Resolución del Parlamento Europeo de 8 de febrero de 1994, donde se afirma que “se intenta legitimar un desorden moral otorgando valor institucional a comportamientos desviados y contrarios al plan de Dios, secundando debilidades humanas en lugar de ayudar a liberarse de ellas”. En el mismo sentido se pronunció la Conferencia Episcopal española el 24 de junio de 1994 en el documento *Matrimonio, familia y “uniones homosexuales”*. *Nota de la Comisión Permanente del Episcopado con ocasión de algunas iniciativas legales recientes*. Sobre las posturas de la Iglesia Católica en esta cuestión puede verse HERRERO BRASAS, J. A. *La sociedad...* op. cit. pág.187-208, donde también se recogen posturas disidentes de la oficial; PEREZ CANOVAS, N. *Homosexualidad...* op. cit. pág. 49-53; especialmente interesante es el estudio de GAFO, J. “Cristianismo y homosexualidad”, donde se recogen datos históricos, bíblicos y el debate teológico en torno a la homosexualidad, en “*La homosexualidad...* op. cit. pág. 189-222. El último documento sobre el tema es el publicado por la Congregación para la doctrina de la fe el 31 de julio de 2003, *Consideraciones sobre los proyectos de reconocimiento legal de la uniones entre personas homosexuales*, cuya conclusión es que dicho reconocimiento equivale a convertir estas uniones en modelos sociales que se oponen a los valores patrimonio de la humanidad que la Iglesia Católica no puede apoyar.

³⁸⁴ Consejo Pontificio para la Familia, *Familia, matrimonio y “uniones de hecho”*. Madrid, 2000, pág. 49-47.

cuentas, que lo nuestro es cuestión de sexo y lo suyo cuestión de amor”³⁸⁵.

Probablemente, uno de los aspectos más controvertidos respecto de los homosexuales es la acusación que suele hacerse de promiscuidad sexual y, en consecuencia, de la falta de estabilidad de sus relaciones. Esta cuestión ha venido siendo objeto de debate entre los homosexuales que tratan de defenderse de la imagen que se traslada de ellos. Así se afirma que la sexualidad masculina, sea heterosexual u homosexual es más compulsiva que la femenina y no ven en ello diferencia alguna en el comportamiento sexual del hombre heterosexual: es sólo cuestión de oportunidad. Y entre los homosexuales esta oportunidad se ve animada por la necesidad de confirmar y afirmar su propia condición. En los orígenes del movimiento gay a raíz de los acontecimientos de Stonewall, la promiscuidad sexual era una reivindicación de la liberación sexual y era visto como una expresión de una sexualidad plenamente “liberada”. Sin embargo, en la actualidad, por efecto del SIDA y por razones ideológicas, se levantan voces que afirman que el “sexo rápido”, homo o heterosexual es una forma de reduccionismo de la sexualidad humana. La promiscuidad se ve como una forma de sexualidad inmadura e informe. Es la llamada *teoría de los límites* que, tomando el ejemplo de la naturaleza, constata que el mundo físico y las creaciones humanas tienen forma porque tienen límites, contornos. Las mismas personas tienen límites en sus capacidades, sus fronteras de ser, que justamente dibujan y confieren, a capacidades definidas genéricamente, individualidad y originalidad a cada persona³⁸⁶. La teoría se hace extensiva también a la sexualidad de manera que la promiscuidad representa una sexualidad sin límites, no cultivada, que no proporciona satisfacción profunda y podría acabar siendo tan

³⁸⁵ BAWER, B. *Beyond Queer*. New York, 1996, pág. 172, citado por HERRERO BRASAS, J. A. *La sociedad...* pág. 383.

³⁸⁶ Sobre esta visión “positiva” de los límites en la persona vid. *La persona y su...* op. cit. pág. 66.

informe como aquella persona que se pasara la vida sentada en un sillón comiendo y bebiendo cuanto le apeteciera³⁸⁷.

La tendencia a las relaciones estables es cada vez mayor entre los gays y lesbianas aunque la cultura de ocultamiento y la imposibilidad de “normalizar” tales relaciones, las hace más vulnerables. No sorprende que la familia sea la institución mejor valorada por los gays y lesbianas y que más del 80% de ellos manifiesten su deseo de formalizar sus relaciones y ostentar una posición social equiparable al matrimonio incluido la posibilidad de ser padres³⁸⁸. Lo que nos lleva al primer cuestionamiento que hacíamos: ¿Es posible equiparar el amor en la pareja heterosexual a la relación afectiva entre dos personas del mismo sexo?

En el amor entre personas del mismo sexo no hay dudas sobre la presencia del Eros, el amor basado en la atracción que lleva a desear poseer al otro. Pero también puede hablarse de Ágape, del amor gratuito que se entrega al otro, y que permite a cada uno alcanzar su propia realización personal: se necesita al otro par ser enteramente uno mismo. Si el amor es un movimiento del ser, un movimiento de donación donde lo sexual es sólo un elemento más, si afirmamos que el amor es una capacidad de la persona y que, como decía FROMM, amar no es cuestión del objeto amado, ¿qué impide que se pueda vivir hacia personas del mismo sexo? Si nos detenemos sobre los aspectos característicos de una relación de pareja ninguno de ellos queda fuera de estas relaciones³⁸⁹. El lazo de ser (o vínculo subyacente) se refiere a una unidad entre las personas que sienten que las constituye y las permite realizarse plenamente. Y en cuanto a la relación, la

³⁸⁷ Vid. HERRERO BRASAS, J. A. *La sociedad...* op. cit. pág.366.

³⁸⁸ Vid. TRECHERA, J. L. “Los homosexuales vistos por sí mismos...” op. cit. pág.113; HERRERO BRASAS, J. A. *La sociedad...* op. cit. pág.159, donde recoge los datos de una encuesta realizada por *The advocate* órgano oficioso del movimiento gay americano.

³⁸⁹ Vid. PRH *La persona y su crecimiento*. Obra colectiva realizada por la Fundación Internacional “Personalidad y Relaciones Humanas”. Poitiers, 1997. ID-¿*Qué es amar?* Nota de observaciones elaborada por *Personnalité et Relations Humaines*. Poitiers, 1987. FROMM, E. *El arte de amar*. Barcelona, 1959. ROGERS, C. *El matrimonio y sus alternativas*. Barcelona, 1993

vivencia tampoco es diferente, en lo positivo y en las dificultades. Respecto de la objeción más habitual, la imposibilidad de procreación, se salva desde el concepto de fecundidad de la pareja que no se limita a la sola procreación biológica. Efectivamente la fecundidad también es posible en la pareja homosexual, no sólo biológicamente o a través de la adopción sino también en otras formas de fecundidad social y humana que identifique a la pareja. En cuanto a la necesidad de comunicación profunda, nada lo impide y respecto de la complementariedad sexual tampoco, si se ve en ella no mera fisiología, sino una forma de comunicación y entrega del amor recíproco.

Que la pareja viva una relación amorosa de la profundidad que hemos descrito ¿es cuestión de sexos? Creo bueno traer a colación unas palabras del Prof. TRECHERA cuando afirma, refiriéndose a la realización humana de la sexualidad, que lo fundamental no es el punto de llegada, donde posiblemente cada pareja esté en condiciones de percibir lo que a ellos les permite su plena realización, sino el punto de partida, es decir, que tanto las personas homosexuales como heterosexuales tienen que realizar un camino de humanización, maduración y desarrollo personal³⁹⁰.

3. 2. EL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO: SU CONSTITUCIONALIDAD

¿Es el matrimonio la fórmula jurídica más apropiada para reconocer las parejas homosexuales?

Hay quienes, sin perjuicio de afirmar la no discriminación por razón de la orientación sexual de cada persona, demandan la necesidad de defender el concepto de matrimonio conocido en Europa desde hace siglos y que responde a la naturaleza del hombre, garantizando la continuidad de la especie y el cuidado adecuado de los menores³⁹¹. Es por ello que

³⁹⁰ TRECHERA, J.L. "Aproximación a la realidad homosexual... op. cit. pág.114.

³⁹¹ Vid. NAVARRO VALLS, R. "El reconocimiento del matrimonio canónico ante el derecho del Estado", en AA VV *Escritos en honor a J. Hervada. Ius canonicum*, Pamplona, 1999, pág.1125-1126; VEGA GUTIERREZ, A. "Fundar

niegan la legalización de estas uniones, porque a “pesar del paralelismo o semejanza (con el matrimonio), no existe identidad de razón, que es lo que fundamenta la *analogía legis*³⁹². En otros casos se insiste en que no es un modelo socialmente establecido, quedando el nivel de relevancia meramente individual³⁹³; que las diferencias de trato con las uniones heterosexuales no constituyen una desigualdad sino una diferencia que la naturaleza impone, inmodificable para el legislador³⁹⁴; o simplemente que la ley civil admite sólo el matrimonio heterosexual, característica, por tanto, también predicable de la unión de hecho³⁹⁵.

Frente a esta posición se situaba aquella que entendía justificado que el Derecho habilitara, no tanto el matrimonio que responde a un concepto y a un simbolismo que no es preciso vaciar, formas de institucionalización de estas relaciones que atribuyan efectos equivalentes al matrimonio. Tal es la tesis de PANTALEON para quien una vez disociado el matrimonio de la procreación - y así parece confirmarlo el artículo 32 y 39 de la Constitución cuando no liga la protección de la familia a la procreación - es preciso que exista alguna razón para negar a los homosexuales la posibilidad de institucionalizar su unión. Y añade "si no perjudica a nadie, sino perjudica más que al símbolo, yo creo que conviene que el símbolo no sirva para sacrificar en su altar a seres humanos (...) ahora no hay obligación constitucional de permitir la institucionalización de la pareja, de la convivencia homosexual, pero puede llegar a haberla, conforme se va

una familia en el tercer milenio: nuevos retos y perspectivas para el derecho”, en *Estudios Jurídicos en homenaje a Vidal Guitarte*. pág. 897-903

³⁹² CAMARERO SUAREZ, V. “Consideraciones sobre la convivencia homosexual en el Derecho español y comparado” en *Estudios en homenaje al Prof. Martínez Valls* Vol. II. Universidad de Alicante, 1999.

³⁹³ BLANCO PEREZ-RUBIO, L. *Parejas no casadas y pensión de viudedad*. Madrid, 1992, pág. 108.

³⁹⁴ LALAGUNA, E. *Competencia del Estado sobre relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio* en Boletín informativo del Ministerio de Justicia, núm.1883, 15 de diciembre de 2000, pág. 4006.

³⁹⁵ ZARRALUQUI, L. “La unión paramatrimonial y la vivienda familiar” en *Revista General de Derecho*, 1993, pág.4243.

desenganchando en la conciencia social matrimonio de procreación: cada vez hay más razones de artículo 14 que oponer al artículo 32 (...) y sin duda llegará un momento en que en la conciencia social la convivencia homosexual reclame equiparación; y entonces será discriminatorio no hacerlo³⁹⁶. Si se observa la rapidez con que se están promulgando leyes en Europa sobre este tema, es posible que esa conciencia social ya esté funcionando.

Desde los movimientos de gays y lesbianas, la reivindicación del matrimonio se ha convertido en uno de sus principales objetivos. Con todo existe abierto un debate en el seno de estos movimientos en relación a la oportunidad, e incluso a la conveniencia, de tal reivindicación, bien por temor a que la premura lleve a una batalla perdida antes de tiempo o bien por entender que el matrimonio legal establece un determinado modelo de unión que conduciría a los homosexuales a perder su identidad al asimilarse a la pareja heterosexual³⁹⁷. Sin embargo, no son la posición mayoritaria que sí defiende el derecho al matrimonio como la fórmula que mejor permitiría su integración y normalización social. Entienden que no es suficiente una normativa de uniones de hecho que establece un modelo alternativo al matrimonio respecto de quienes pudiendo casarse, deciden no hacerlo, para aquellas personas que se verían ante la única posibilidad de reconocimiento de su unión. En definitiva, subsistirían las objeciones de fondo para contraer matrimonio lo que seguiría alimentando los recelos sociales ante los homosexuales.

Sin embargo, es posible preguntarse si son sólo motivaciones de reconocimiento social las que animan estas reivindicaciones. ¿Por qué desean casarse los gays y lesbianas, es decir formalizar su unión y asumir el conjunto de derechos y

³⁹⁶ PANTALEON, F. "Régimen jurídico civil de las uniones de hecho" en VV AA *Uniones de hecho*, (Dir. MARTINELL, J. M. - ARECES PIÑOL, M. T) Lleida, 1998. Págs. 67-77. *Derecho de la libertad de conciencia. Vol. II*, (2ª Ed.) Madrid, 2003. p. 352.

³⁹⁷ Los argumentos son detallados en HERRERO BRASAS, J. A. *La sociedad...* op. cit. pág.159-165.

deberes que definen el matrimonio? Es más, ¿por qué desean hacerlo también por la Iglesia? Existen numerosos ejemplos de relaciones homosexuales estables³⁹⁸ y en principio cabe que una relación entre personas del mismo sexo pueda responder a las características que señalamos están presentes en el amor de pareja. Pero ello ¿es suficiente para el que el Derecho deba asumir el reconocimiento de estas parejas? Y si es así ¿cuál sería la fórmula más adecuada? Creo que, posiblemente, nos encontramos ante un fenómeno de mutua interdependencia. Es decir, a medida que los propios homosexuales profundicen y expresen su propia vivencia de unidad en la pareja, será más fácil captar la dimensión juridificable de estas uniones y, a su vez, el reconocimiento público que representa la legalización de estas uniones contribuirá a una mayor libertad en la expresión de dicha vivencia y un menor temor a la discriminación que aún es posible sufrir por ello. Sin duda un mejor conocimiento de esta realidad ayudaría a dar una respuesta a estos interrogantes más ajustada, menos dogmática o simplemente menos formal.

La reforma de CC ha provocado una sacudida en las posiciones que la doctrina había venido manteniendo, de tal modo que, en muchos casos, de la negativa a cualquier tipo de reconocimiento de las parejas homosexuales se ha pasado a admitir la creación de figuras propias de formalización jurídica pero excluyendo el matrimonio. Sin embargo, la modificación del artículo 44 del Código Civil reconociendo el matrimonio entre personas del mismo sexo obliga a cuestionarse su adecuación en el ordenamiento español, o lo que es lo mismo a entrar en el debate de la constitucionalidad de la reforma legal.

³⁹⁸ HERRERO BRASAS, J. A. *La sociedad...* cp. cit. pág. 165-168, recoge distintos testimonios de parejas de personas del mismo sexo que mantienen relaciones sólidas y duraderas y expresan la hondura de sus sentimientos. Es el caso de pareja gay, Lagon y Melillo, de arraigadas convicciones católicas que llevaban más de veinte años juntos, una de las parejas que protagonizaron el proceso en el Estado de Hawai sobre la posibilidad constitucional de contraer matrimonio. Refiere también algunas de las consecuencias que la falta de reconocimiento como cónyuges acarrea, como en el caso de poder permanecer junto a la pareja en un hospital y en trance de muerte.

3. 2. A. LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 32.1 CE

Este debate tiene, en el artículo 32 CE, su primer argumento, como ya vimos. Utilizando los criterios interpretativos del CC y la propia doctrina del Tribunal Constitucional, podemos apuntar lo siguiente.

El artículo 32.1 CE dice, como es sabido, *el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica*. La doctrina³⁹⁹, recogida en los informes del Consejo de Estado y del CGPJ así como en el recurso de inconstitucionalidad, ha venido afirmando que el derecho a contraer matrimonio del artículo 32.1 CE se refiere al hombre y a la mujer y aunque no haya precisado “entre sí”, ha de entenderse implícito de una doble consideración: la intención del legislador constituyente que en ningún momento se planteó dar cobertura a los matrimonios de homosexuales y de la circunstancia de que es el único derecho que no utiliza un plural como “todos”, “los españoles”, todas las personas”, sino la mención expresa “el hombre y la mujer”. A ello añaden la confirmación que ofrecen los textos internacionales que no contemplan el matrimonio entre homosexuales⁴⁰⁰. Frente a esta tesis, se afirma que la ausencia de la mención “entre sí” del artículo 32.1 CE permite, justamente, interpretar que es posible deducir de la Constitución el derecho de los homosexuales a contraer matrimonio interpretando dicho

³⁹⁹ En este sentido Vid. ALBADALEJO, M. *Curso de Derecho civil Vol. IV*, (7ª ed.) Barcelona, 1996 quien reconoce que al no precisar “entre sí”, el artículo 32.1 no exige la diferencia de sexo para contraer matrimonio pero entiende que está en su espíritu. BERCOVITZ, R. *Las parejas de hecho...* op. cit. pág. 1835. BERNARDEZ CANTON, A. *Elementos definidores del matrimonio implícitos en las causas de nulidad y separación*. V Congreso de Derecho Eclesiástico del Estado, Pamplona, 1990, pág. 3. DIEZ PICAZO, L. –GULLON, A. *Sistema de Derecho Civil. Vol. IV* (6ª Ed.) Madrid, 1992, pág. 63; SANCHO REBULLIDA, F. *Elementos de Derecho civil. Vol. IV*, Barcelona, 1995, pág. 129.

⁴⁰⁰ Vid. DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. *El principio...* op. cit. pág. 720 y ss., donde se analizan estos argumentos in extenso que son comunes en la doctrina. Un estudio de los mismos argumentos también en GAVIDIA, J. “Uniones homosexuales y concepto constitucional de matrimonio” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 61, enero-abril 2001, pág.11-58.

artículo en relación a los valores superiores de la Constitución y al principio de libre desarrollo de la personalidad⁴⁰¹.

Sobre este punto, entiendo, que es posible hacer algunas precisiones. Así, respecto de los antecedentes legislativos, cabe señalar, de un lado, que la mención expresa del *hombre* y la *mujer*, no tenía tanto la finalidad de subrayar el carácter heterosexual del matrimonio, que en 1978 no ofrecía dudas, sino la de resaltar que el matrimonio no restringía la capacidad de la mujer casada⁴⁰², y de otro, que sí se planteó en el debate constituyente el reconocimiento constitucional de otras formas de afectividad como revela el hecho de que se mantuvieran enmiendas al texto en este sentido hasta el debate en el Senado⁴⁰³,

⁴⁰¹ PEREZ CANOVAS, N. *Homosexualidad...* op. cit. pág. 119-120; GOMEZ, Y. *Familia y matrimonio en la Constitución española de 1978*. Madrid, 1990. pág. 189 y 193; IBARRA ROBLES, J. L. "El reconocimiento de efectos jurídicos a las uniones de hecho en el ordenamiento español: su evolución y aspectos a considerar en la actual iniciativa legislativa" en VV AA *El Derecho europeo ante la pareja de hecho*. VILLAGRASA ALCAIDE, C. (Coord.). Barcelona, 1996. Págs. 31-40; F. SAURA, L. F. *Uniones libres y la configuración del nuevo derecho de familia*. Tirant lo Blanch, 1995. pág. 58.

⁴⁰² En la redacción del que sería finalmente el artículo 32, en su párrafo primero, el debate constituyente giró en torno a qué fórmula era la que mejor traducía el principio de igualdad jurídica de los cónyuges que era el que se quería salvaguardar en el texto constitucional y ello como consecuencia de la situación jurídica preconstitucional que restringía la capacidad de la mujer casada y que explica la constitucionalización de este derecho. En especial se puede ver en el debate de la Enmienda presentada por López Rodó que pretendía sustituir la palabra "igualdad" por "equiparación". Enmienda 691, Trabajos Parlamentarios, Vol. I Pág. 397

⁴⁰³ El grupo socialista hizo al Anteproyecto de Constitución una propuesta sobre el artículo 27 (que contemplaba el derecho a contraer matrimonio) en este sentido: *Toda persona tiene derecho al desarrollo de su afectividad y su sexualidad: a contraer matrimonio, a crear en libertad relaciones estables de familia y a decidir libremente los hijos que desea tener, a cuyo fin tiene derecho a acceder a la información necesaria y a los medios que permitan su ejercicio.(...)* BOCG núm.44 Constitución española, Vol., Pág. 42. La enmienda fue defendida por el Senador Xirinacs en términos similares en el debate de la Comisión constitucional del Senado *Toda persona tiene derecho al desarrollo de su afectividad y de su sexualidad. A contraer matrimonio, a crear relaciones estables de familia en libertad en plena igualdad de derechos y deberes de los consortes entre si y de ambos respecto de los hijos comunes a decidir libremente el número de hijos que desea tener, A tal fin tiene derecho a acceder a la información necesaria y a los*

aunque no se planteara entonces el tema del matrimonio entre personas del mismo sexo.

Igualmente, es posible matizar el recurso a las normas internacionales. ¿Cuál es la tendencia que señalan las normas y la jurisprudencia internacional más recientes? Esta es la primera pregunta que se planteó el TEDH en las sentencias *I* y *Goodwin* habida cuenta que el Tribunal admite que en los pronunciamientos anteriores sobre el mismo tema (Sentencias *Rees* o *Cossey*) pesó el hecho de las escasas coincidencias en los ordenamientos de los países miembros respecto de estos temas, lo que le obligó a actuar con prudencia. En las sentencias mencionadas *I* y *Goodwin*, el Tribunal valora la evolución experimentada en los Estados con el fin de que las garantías del CEDH sean *efectivas y no teóricas o ilusorias* (Párr. 56). Y en este sentido, *el Tribunal concede menos importancia a la ausencia de elementos que indiquen un consenso europeo respecto a la manera de resolver los problemas jurídicos y las prácticas que a la existencia de elementos claros e indiscutibles que muestran una tendencia internacional continua no solamente hacia una creciente aceptación social de los transexuales sino también hacia el reconocimiento jurídico de la nueva identidad sexual de los transexuales operados* (Párr. 67). La tendencia en el Derecho europeo a favor de la prohibición de la discriminación por razón de orientación sexual y del reconocimiento jurídico de sus parejas es clara y tiene como manifestaciones más significativas las siguientes:

A) Desde la Recomendación 924 (1981), la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa ha venido denunciado la discriminación de los homosexuales en los Estados miembros del Consejo de Europa. La última de estas Recomendaciones se

medios que permitan su ejercicio. En su intervención afirmó que “la realidad del mundo actual, aunque la doctrina actual de la Iglesia Católica no lo acepte, es que se investiga sobre nuevas formas de matrimonio y de relaciones no matrimoniales con una intensidad y extensión tales que de no tenerlo en cuenta margina a muchas personas”. A pesar de que el texto de la enmienda coincidía con la presentada por el Partido Socialista en su momento, el consenso alcanzado significó que no prosperara. Sobre el proceso constituyente del artículo 32, Vid. MURILLO, M. *Matrimonio y convivencia...* op. cit. Págs. 427-444

aprobó el 26 de septiembre de 2000⁴⁰⁴ ... Pero fue, sin duda, la Resolución del Parlamento Europeo A3-0028/1994 de 8 de febrero sobre *La igualdad de derechos de los homosexuales y de las lesbianas en la Comunidad Europea* la que mayor impacto produjo en la opinión pública y la que ha ejercido una mayor influencia en la orientación del derecho europeo posterior. El Parlamento ha publicado una nueva resolución sobre esta cuestión el 17 de septiembre de 1998⁴⁰⁵.

B) El artículo 13 del Tratado constitutivo introducido en el Tratado de Ámsterdam, incorporó la mención expresa a la orientación sexual entre las causas de no discriminación. En el mismo sentido, la Carta Europea de Derechos Fundamentales⁴⁰⁶, incorporó la misma previsión en su artículo 21, que ha pasado a formar parte del Proyecto de Tratado de la Constitución Europea⁴⁰⁷, como artículo II 81: *Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.*

C) El artículo II 69 (que había sido el artículo 9 de la Carta) garantiza el *derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio* sin mención al hombre y la mujer, circunstancia ha sido también puesta de relieve por el TEDH que constata cómo el artículo II 69 de la proyectada Constitución Europea se ha apartado del artículo 12 del Convenio europeo y *ello no puede ser sino deliberado* (Párr.82).

Estos datos ponen de manifiesto que aún cuando corresponde a los Estados reconocer el matrimonio entre personas

⁴⁰⁴ Pueden consultarse en www.coe.fr

⁴⁰⁵ Diario Oficial nº C 313 de 12 de octubre de 1998

⁴⁰⁶ Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 18 de diciembre de 2000.

⁴⁰⁷ Firmada en Roma por los Jefes de Estado y de Gobierno de la UE el 29 de octubre de 2004, se encuentra en proceso de ratificación. Puede consultarse en www.constitucioneuropaea.es.

del mismo sexo, el Derecho europeo y la jurisprudencia que antes analizamos del TEDH, han aceptado la evolución social de reconocimiento de la convivencia homosexual y nada se opone a que los Estados contemplen el matrimonio en este caso.

Por último, hemos de referirnos a la doctrina del Tribunal Constitucional contenida, sobre todo, en el mencionado Auto 222/1994 de 11 de julio⁴⁰⁸. El Tribunal sostuvo que la unión homosexual, al igual que la unión de hecho, no es una institución reconocida ni garantizada en la Constitución insistiendo en que se trata de realidades no equivalentes lo que justifica la desigualdad de trato y, respecto del sistema de pensiones, la constitucionalidad de la exigencia del matrimonio tal como ya se ha dicho. En cuanto a la afirmación de que la limitación para contraer matrimonio a las personas del mismo sexo supone una infracción del principio de igualdad el Tribunal mantiene *la plena constitucionalidad del principio heterosexual como calificador del vínculo matrimonial, tal y como prevé nuestro Código Civil*. Conclusión que sostenía sobre la jurisprudencia del TEDH que afirmaba que la prohibición del matrimonio no vulneraba el artículo 12 del Convenio ya que el derecho a contraer matrimonio se refiere al concepto tradicional de matrimonio entre dos personas de distinto sexo.

Entendemos significativo que el TC refiera “el principio heterosexual como calificador del matrimonio” al Código Civil no a la Constitución, de manera que el Auto lo que sostiene es la constitucionalidad de esta opción. Ello significa, como señala GAVIDIA, que la diferente identidad sexual de los contrayentes no integra el concepto constitucional de matrimonio, sino su

⁴⁰⁸ En el recurso de amparo el demandante sostenía la vulneración del artículo 14 de la Constitución porque la imposibilidad de contraer matrimonio entre personas del mismo sexo vedaba el acceso a la pensión de viudedad en caso de fallecimiento al exigir la normativa de Seguridad Social el matrimonio entre el beneficiario y el causante. A ello añadía que la limitación para contraer matrimonio a personas del mismo sexo era discriminatoria y limitaba el principio al libre desarrollo de la personalidad. Dicho de otro modo, planteaba que el principio del libre desarrollo de la personalidad reclamaría el derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo. Vid. DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. “El principio...” op. cit. Pág. 685

concepto legal, por lo que no hay en la Constitución obstáculo alguno que impida que el legislador opte por abrir la institución matrimonial a parejas homosexuales, opción que no corresponde al Tribunal Constitucional sino al legislador positivo⁴⁰⁹. En parecidos términos se pronuncia el TEDH en las sentencias *I* y *Goodwin* cuando afirma que la competencia del Estado para reglamentar el matrimonio no queda sometida completamente a su margen de apreciación: *ello llevaría a concluir que el abanico de las opciones abiertas a un Estado llega hasta prohibir en la práctica el ejercicio del derecho a casarse. El margen de apreciación no puede ser tan amplio*. Al Estado corresponderá determinar las condiciones del ejercicio del derecho pero *el Tribunal no ve motivo alguno que justifique que los transexuales se vean privados en todas las circunstancias del derecho a casarse*, por lo que concluye que hubo violación del artículo 12 del Convenio (Párr. 85).

Por tanto, la decisión del Tribunal Constitucional sobre el recurso de constitucionalidad versará sobre si la nueva opción del legislador español es contraria a la Constitución y conviene recordar que en la STC 184/1990 el propio Tribunal afirmó que no era contrario a la Constitución que el legislador dispensara un trato diferente al matrimonio que a la unión de hecho pero nada impedía en la Constitución su plena equiparación⁴¹⁰ y así lo reconoce el mismo Auto respecto de las parejas homosexuales⁴¹¹.

Por otro lado, la decisión del Auto 222/1994 se refiere a una jurisprudencia del TEDH que hay que considerar superada a partir de la sentencias *I* y *Goodwin* en el sentido que antes apuntamos y que obligará al Tribunal a valorar la evolución social y jurídica que se ha producido en los últimos años en el

⁴⁰⁹ GAVIDIA, J. "Uniones homosexuales y concepto constitucional... op. cit. Pág.46.

⁴¹⁰ FJ 3º STC 184/1990 de 15 de noviembre.

⁴¹¹ El Auto 222/1994 afirmaba que el principio heterosexual como calificador del matrimonio no excluye que por el legislador se pueda establecer un sistema de equiparación por el que los convivientes homosexuales puedan llegar a beneficiarse de los plenos derechos y beneficios del matrimonio, tal y como propugna el Parlamento Europeo (Resolución 28/1994).

reconocimiento de las parejas homosexuales. En mi opinión, y por las razones expresadas, el matrimonio de parejas homosexuales no afecta al contenido de su garantía institucional en el sentido de la *preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar*, por cuanto dicha evolución social y jurídica sobre el reconocimiento de las parejas homosexuales ha alcanzado a la imagen del matrimonio civil. Con ello se atiende al criterio interpretativo que también expresa el CC de la realidad social del tiempo en que las normas son aplicadas.

3. 2. B. LAS CONSECUENCIAS DEL PRINCIPIO DE LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD Y DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD

En el Auto 222/1994, Tribunal guardó silencio sobre la alegación que se hizo del principio del libre desarrollo de la personalidad a pesar de que es doctrina común su conexión con el derecho a contraer matrimonio: *la libertad de opción entre el estado civil de casado o soltero es uno de los derechos fundamentales más íntimamente vinculados al libre desarrollo de la personalidad* (ATC 156/1987 de 11 de febrero). ¿Es extensivo este derecho a las personas del mismo sexo?⁴¹² Ya tuvimos ocasión de exponer la conclusión sobre la identidad homosexual como emanación de la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad a que se refiere el artículo 10.1 CE y que se inscribe en el concepto del derecho a la libertad de conciencia como la *percepción que una persona tiene de sí misma como radical libertad, para sentirse uno mismo y distinto del “otro” y de “los otros”*⁴¹³, así como las consecuencias que de ello ha extraído la

⁴¹² Vid. CERVILLA GARZON, D. “Reflexiones en torno al nuevo derecho a la identidad sexual” en *Revista General de Derecho*, núm. 681, junio 2001, pág. 4947- 4959, donde se refiere a la construcción de este derecho a partir de lo dispuesto en el artículo 10.1 CE que ha justificado las consecuencias jurídicas del cambio de sexo; VIDAL GALLARDO, M. “El derecho a la identidad sexual como manifestación del derecho a la identidad personal” en *Laicidad y Libertades. Escritos Jurídicos*, núm. 3, diciembre 2003, pág. 385-414.

⁴¹³ LLAMAZARES, D. *Derecho de la libertad de conciencia*. Vol. I madrid, 2002. Pág.17

jurisprudencia del TEDH. Sin ánimo de reiterarnos, si queremos insistir en la necesidad de ser coherentes con esta consideración. Si reconocemos a los homosexuales el derecho a vivir conforme a su propia identidad, el Derecho deberá arbitrar las consecuencias jurídicas de dicha convivencia. Hacerlo a través del matrimonio es el resultado de aplicar el principio de igualdad: situaciones iguales merecen el mismo trato jurídico. Porque mantener que pareja heterosexual y pareja homosexual no son equivalentes es el argumento de fondo que, en mi opinión, no es acertado en los razonamientos que sostienen la necesidad de crear una nueva figura jurídica para regular una situación que responde a los mismos presupuestos afectivos, psicológicos, sociales o económicos que el matrimonio⁴¹⁴. Definir el matrimonio en función de su potencia procreadora⁴¹⁵ significa asumir la concepción del matrimonio propia del Derecho Canónico cuya influencia sobre el matrimonio civil ha sido evidente pero también lo es que el *vaciado institucional*⁴¹⁶ del matrimonio civil, concluido tras la reciente reforma del CC admitiendo el divorcio unilateral, ha alejado definitivamente el matrimonio civil del

⁴¹⁴ Señala VALLADARES RASCON que “como ha señalado de antiguo nuestra jurisprudencia, las cosas son lo que son, no lo que los particulares quieran llamarlas. Y si quiere cambiar cosa por precio, es inútil llamar a tal convención arrendamiento. De la misma manera, entiendo que si dos personas quieren que el Ordenamiento ampare sus deseos de vivir juntas, regular sus relaciones patrimoniales, equiparar sus derechos sucesorios a los de los cónyuges, causar pensión de viudedad etc., por mucho que se quiera denominar a eso “unión estable”, estamos ante un matrimonio. Naturalmente, en el caso de que el ordenamiento lo admita. Si no lo hace, esos deseos solo pueden tener eficacia jurídica contrayendo nupcias en la forma prevista por el ordenamiento” VALLADARES RASCON, E. “Uniones de hecho en España” en *Derecho de familia y libertad de conciencia en la países de la Unión Europea...* op. cit. pág. 22. igualmente, MARTINELL, afirma que “en situaciones equivalentes la solución sea equivalente porque es lo justo, pero no por un sentido de equiparación a las soluciones que se dan al matrimonio” MARTINELL, J. M. Coloquio en. *Uniones de hecho* MARTINELL, J. M. –ARECES PIÑOL, M. T. (Ed.) Lleida, 1999 Pág. 41.

⁴¹⁵ En las repetidas STEDH I y Goodwin el Tribunal afirma que la incapacidad para una pareja de concebir o criar un hijo no puede por sí misma, privarles del derecho a contraer matrimonio (Párr.80).

⁴¹⁶ REINA, V.-MARTINELL, J.M. *Las uniones matrimoniales de hecho*. Madrid, 1996, Pág.13.

matrimonio canónico. La realidad muestra una concepción del matrimonio civil más próxima a la que conoció el Derecho romano, matrimonio sostenido sobre una voluntad continuada generadora de consecuencias jurídicas. Dicho de otro modo, no se trata que la ley 13/2005 de reforma del CC cambie la “imagen maestra del matrimonio”, sino que esa imagen ya se ha transformado en la sociedad, sin perjuicio que el sistema matrimonial español reconozca el derecho de los contrayentes a contraer matrimonio religioso con eficacia civil en los supuestos reconocidos y que puedan vivir su matrimonio conforme a sus convicciones religiosas. No olvidemos que el matrimonio civil entre bautizados no existe por lo que no deja de sorprender la insistencia, por parte de la Iglesia Católica, de que las regulaciones civiles se ajusten a los principios sacramentales que fundamentan la concepción y la regulación del matrimonio canónico⁴¹⁷.

La creación de una figura autónoma para regular las relaciones de pareja entre homosexuales sólo tiene sentido si se establece algún tipo de restricción en la equiparación con el matrimonio. Esta es la intención que, en mi opinión, late tras aquella posición y tiene, en el tema de la adopción, su manifestación más significativa.

3. 2. C. LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA ADOPCIÓN CONJUNTA POR PARTE DEL MATRIMONIO HOMOSEXUAL

La posibilidad reconocida en la ley 13/2005 de la adopción conjunta por parte de los matrimonios homosexuales se constituye en otro de los argumentos para defender la

⁴¹⁷ La razón de ello se encuentra en la idea de que esta concepción no es propia del Derecho canónico, sino de todo verdadero matrimonio porque no es una cuestión de libertad religiosa sino de Derecho Natural que el Estado está obligado a defender. Vid. VILADRICH, P.J. *La institución del matrimonio: los tres poderes*. Madrid, 2005.

inconstitucionalidad de la ley sobre la base de la protección del interés del menor y la inexistencia de un “derecho al hijo”⁴¹⁸.

La protección del menor implicaría la conveniencia de ser educado en una familia heterosexual donde pueda reconocerse el rol femenino y masculino. Es esa la situación idónea para un menor, sin duda, pero el análisis del tema debe ir más allá, a preguntarse si una unión homosexual puede ofrecer a un menor, garantías para su adecuado desarrollo físico y emocional. La importancia que la figura de los roles tiene en la educación del menor es limitada en los estudios recientes sobre psicopedagogía infantil que ponen el acento en el elemento de la seguridad afectiva como el más decisivo en su desarrollo psicológico. Los estudios se elaboran a partir de las consecuencias que producen en los menores el divorcio de sus padres donde se observa que no es la pérdida de un determinado rol lo que perturba al menor sino la pérdida de la seguridad afectiva, siendo este el elemento a preservar en caso de ruptura de los padres⁴¹⁹. Luego el entorno más adecuado para el crecimiento saludable de un menor es la seguridad de que será querido en todo caso y lo que habrá que valorar es si una pareja homosexual esté capacitada para ofrecer ese entorno. Por otro lado, el argumento del biparentesco entendido como la “dimensión simbólica de la filiación basada en la diferencia de sexos”⁴²⁰ no parece preocupar cuando se trata de la adopción por personas solteras. Es más nada impide que un homosexual adopte individualmente y pueda convivir con otra persona con lo que la familia homosexual ya es una realidad que, sin embargo, puede verse trastocada cuando desaparece la relación o el adoptante, en cuyo caso, el menor pierde el derecho a continuar con la persona que ha sido su padre o madre

⁴¹⁸ Vid. Tales argumentos aparecen desarrollados en TALAVERA, P. A. *La unión de hecho...* op. cit. pág. 242 y ss.

⁴¹⁹ Vid. GOTTMAN, J. – DECLAIRE, J. *Los mejores padres*, Buenos Aires, 1997, donde se recogen los estudios realizados en Estados Unidos sobre este tema, pág. 151 y ss. En similares términos se pronuncia SHAPIRO, L.E. *La inteligencia emocional de los niños*, Bilbao, 1997.

⁴²⁰ CADORET, A. *Padres como los demás. Homosexualidad y parentesco*, Barcelona, 2003, pág. 102.

vulnerando lo que es, de hecho, su interés en forma de estabilidad emocional y afectiva.

Por tanto, las parejas del mismo sexo podrían acceder a la adopción conjunta cuando ello sea de interés para el menor lo que deberá valorarse en el reconocimiento de su idoneidad. Para ello podrían establecerse criterios propios siguiendo el modelo de la reforma sueca⁴²¹ que incluye en dicho examen la valoración de la situación social de la pareja, la aceptación en el entorno en que viven de su condición homosexual, la existencia de relaciones plurales no limitadas a ambientes gays, la estabilidad de la pareja por la duración de la relación, en fin, su educación en un entorno tolerante y abierto a los distintos modelos familiares. El reconocimiento de este derecho protege mejor al menor que de hecho vive en el seno de una familia homosexual al existir dos personas obligadas a velar por él, dispensándole atención y cuidado de orden afectivo y también económico. Y todo ello no solo tiene encaje en el artículo 39 CE sino que puede constituirse en consecuencia obligada de los poderes públicos de “asegurar la protección integral de los hijos”.

4. A MODO DE CONCLUSION

De la exposición hecha podemos destacar, a modo de conclusión, que si se reconoce el derecho a la identidad sexual conforme al principio de libre desarrollo de la personalidad, la coherencia con este principio no puede ser otra que la de establecer el reconocimiento legal de las uniones entre personas del mismo sexo y hacerlo utilizando las mismas vías que las establecidas para las uniones heterosexuales. Ello como exigencia del principio de igualdad y no discriminación y de normalización social de las personas cualquiera que sea su identidad sexual. La realidad de la vivencia de estas parejas muestra que responde a las mismas necesidades de complementariedad personal, afectiva, sexual y social que la pareja heterosexual y existiendo tal identidad la solución jurídica ha de ser la misma. El cambio de la

⁴²¹ Vid. RODRIGUEZ J.A.- MURILLO, M. “Crónica legislativa de los países nórdicos” en *Laicidad y Libertades. Escritos Jurídicos*. Num.3. 2003, pág. 642.

jurisprudencia del TEDH respecto del matrimonio transexual no puede interpretarse como lo hace el recurso de inconstitucionalidad presentado contra la ley 13/2005 afirmando que se ha limitado a determinar si concurre o no el requisito de la heterosexualidad en el caso de la transexualidad. La lectura de la Sentencia pone de manifiesto que el cambio de criterio supone priorizar el derecho de la persona a definir su identidad sexual sobre el hecho de su sexo cromosómico que es inmodificable. Y es de aquella afirmación de donde extrae las consecuencias en orden a admitir el derecho al matrimonio entre personas que sustancialmente son del mismo sexo.

El miedo que algunos expresan a la proliferación de estas uniones es infundado porque nadie puede forzar su identidad sexual hasta ese punto, y desde luego, no lo puede el mero reconocimiento del derecho a contraer matrimonio. Si puede, en cambio, contribuir a generar un clima de aceptación social que normalice su presencia en la sociedad como ciudadanos iguales a los demás en la posibilidad de vivir de acuerdo a quien se descubren ser.

Escribía ROGERS en 1970 sobre el matrimonio entre personas de raza diferente y los problemas de intolerancia y marginación a que se enfrentaban, lo siguiente: “Me impresiona el detalle de que, ante todo, ésta es una pareja entre dos personas y sólo secundariamente un matrimonio interracial”⁴²². Hasta finales de los años sesenta en Estados Unidos se prohibió el matrimonio entre personas de distinta raza en algunos Estados. Los argumentos empleados calificaban estas uniones como antinaturales y se afirma la inferioridad física y mental de los hijos habidos de tales uniones. Sin embargo, el Tribunal Supremo americano en la sentencia *Loving v. Virginia*, al considerar inconstitucional la legislación del estado de Virginia que prohibía los matrimonios interraciales, argumentó: *la libertad de contraer matrimonio ha sido largamente reconocida como uno de los derechos personales vitales, esencial para la búsqueda ordenada de la felicidad por los hombres libres. El matrimonio es uno de*

⁴²² ROGERS, C. *El matrimonio...* op. cit. pág. 134

los derechos fundamentales del hombre. De acuerdo con la Constitución la libertad de casarse o no con una persona de distinta raza se encuentra en los individuos y no puede ser infringida por el Estado. ¿Podrían trasladarse los argumentos al matrimonio entre personas del mismo sexo cuando se afirma que es tan antinatural como el matrimonio interracial hace sólo cuarenta años? ¿Acaso no puede contemplarse como una “pareja entre dos personas” y sólo “secundariamente como un matrimonio homosexual”?

