

“HACIA UNA FUNDAMENTACIÓN JURIDICO-ANTROPOLÓGICA DE LA HETEROSEXUALIDAD COMO PROPIEDAD ESENCIAL DEL MATRIMONIO”

Autora: Patricia Alzate Monroy

I. INTRODUCCIÓN

Para determinar la verdadera naturaleza jurídica del vínculo matrimonial, es necesario entender que el diseño personal del hombre es esencialmente relacional. Una clave para esta comprensión es la alteridad, la cual nos acerca a un adecuado concepto de persona, de libertad, de amor y de justicia. La mutua y recíproca donación sincera entre un hombre y una mujer que se da en el matrimonio, se realiza siempre en una relación interpersonal, la cual implica reconocer al otro como un ser personal y ser reconocido por el otro como persona.

Hablar de derecho matrimonial no es simplemente referirse a la unión conyugal como una relación jurídicamente reconocida, sino que es, primordialmente, acceder a una realidad personal y biográfica. Bien sabemos que la ciencia jurídica no es solamente ciencia de las normas, sino que es principalmente ciencia del hombre en relación. El matrimonio es el núcleo familiar que crea las más sólidas e íntimas relaciones interpersonales, porque están fundadas en el amor verdaderamente personal que lleva a los cónyuges a darse y entregarse mutuamente en alianza permanente y, por lo tanto, está abierta a la historia de cada uno de sus miembros.

La alteridad que se opera en el matrimonio tiene tal especificidad, que se distingue de otras relaciones interpersonales y es de ella de donde se deriva su intrínseca juridicidad. La esencia y la estructura básica del matrimonio deriva de la misma naturaleza del hombre. El sistema matrimonial regula esa realidad preexistente, no la crea. Esto significa que no son los juristas quienes le han impuesto desde fuera a la esencia del matrimonio un vínculo jurídico, sino que éste es la expresión jurídica de la realidad natural del matrimonio. Por esto, el jurista, en su cometido de determinar el contenido y la estructuración del vínculo conyugal, debe mantenerse en las coordenadas del dinamismo natural de la realidad matrimonial y familiar, para que no queden reducidas estas realidades a una abstracción que oscurezca su perspectiva vital e interpersonal¹.

La relación conyugal es una relación familiar² y –como tal– une a los individuos en su calidad de personas y no por motivos utilitaristas, accidentales o extrínsecos. La persona es un “ser en relación”. Las primeras y más íntimas relaciones humanas, que tejen por dentro su ser personal, son las relaciones familiares. Por eso se dice

¹ Vid. ALZATE, P. Matrimonio, Familia y Cultura, Bogotá, 1997. p. 4.

² Este aspecto será desarrollado en el capítulo segundo del presente trabajo.

de ellas no sólo que son interpersonales (como pueden ser las relaciones de amistad) sino que son intrapersonales, constituyen las primeras identidades personales, pues “al originarse la relación paterno-filial, un nuevo ser recibe la identidad de “hijo”, la cual no le abandonará nunca porque es indeleble”³.

El matrimonio funda la familia, la única comunidad capaz de generar las primeras y primigenias identidades personales, es decir, aquellos aspectos o dimensiones relacionales que la persona llevará consigo a lo largo de esta vida⁴.

En este trabajo estudiaremos los fundamentos jurídicos y antropológicos de la heterosexualidad del matrimonio y el papel que esta propiedad esencial cumple dentro del sistema jurídico matrimonial, partiendo de la conclusión de un anterior trabajo de investigación en el que se considera a los cónyuges como los “primeros parientes” y se enfoca la relación conyugal como una relación plenamente familiar⁵. Los cónyuges unidos verdaderamente mediante su vínculo matrimonial, son capaces de generar las más sólidas e íntimas relaciones familiares como son la paternidad, la maternidad, la filiación y la fraternidad. Necesariamente en esa unión matrimonial deben darse las notas de la monogamia y de la heterosexualidad, como características de la propiedad esencial de la unidad del matrimonio y del amor conyugal.

La monogamia y la heterosexualidad como dos aspectos de la misma y única realidad del matrimonio en cuanto a su propiedad esencial de unidad, es el tema que desarrollaremos en el presente trabajo de investigación. A tal efecto, y como punto de partida, examinaremos el consentimiento matrimonial, su objeto y la libertad de los contrayentes, relacionados todos ellos con la constitución del vínculo conyugal. Este principio del consentimiento adquiere una nueva expresión cuando se pone en relación con la realidad más amplia de la comunidad familiar. La familia no es un hecho meramente biológico ni sociológico, sino esencialmente jurídico; es decir, que se estructura, por su propia naturaleza, con una dimensión intrínseca de justicia.

No podría haber un auténtico consentimiento matrimonial si se excluyeran las propiedades esenciales del matrimonio, como son la estabilidad y la unidad, puesto que al ser esenciales, sin éstas el matrimonio quedaría desvirtuado. Dichas propiedades esenciales son también propiedades del amor conyugal y se fundamentan en la donación mutua y en el bien de la prole. Se trata de una permanente unidad, porque una no se explica sin la otra. Asimismo, el *bonum prolis* y la dinámica del amor conyugal no se explican sin la heterosexualidad que es el presupuesto del poder soberano de los esposos (un hombre y una mujer concretos) para fundar, a través de su voluntad matrimonial, la familia.

³ CARRERAS, J. – FRANCESCHI, H. Antropología jurídica de la sexualidad, fundamentos para un derecho de familia, Caracas, 2000, p. 19

⁴ Vid. VILADRICH, P.J. La Familia Soberana, en *Ius Canonicum* XXXIV, No. 68, 1994, pp. 427-440.

⁵ Vid. ALZATE, P. “Fundamentación jurídica de la indisolubilidad del matrimonio (Hacia una inculturación de la Verdad del Principio)”, tesis doctoral en derecho canónico, Pontificia Universidad de la Santa Cruz, Roma, 1995.

Las uniones homosexuales no pueden ser consideradas uniones matrimoniales por razones de imposibilidad intrínseca, porque no puede existir un verdadero consentimiento matrimonial si falta la heterosexualidad, que es presupuesto natural de la conyugalidad y de la relación de naturaleza familiar. La relación conyugal, del mismo modo que las demás relaciones familiares, une a las personas en relación a las líneas de identidad personal originales y primordiales. Esa identidad personal ha sido creada por voluntad de los esposos para constituirse en marido y mujer⁶.

La relación conyugal es la relación de aquellas personas que son, de modo ontológico y radical, esposos. Tal identidad no desaparece nunca. En ese pacto conyugal los esposos se entregan y se aceptan mutuamente. Ese entregarse significa redimensionar la propia libertad en beneficio del bien del otro. Buscar el bien del otro es sólo posible mientras el otro viva.

El bien personal de los esposos requiere toda la vida de éstos, porque al haberse entregado el uno al otro, el amor es debido en justicia y determina precisas exigencias de justicia que derivan de la identidad de los esposos y comportan unas obligaciones inmutables, como la de la imposibilidad jurídica de que un esposo celebre dos veces un pacto conyugal⁷, mientras viva el cónyuge de la primera unión, porque ese amor conyugal es fecundo, exclusivo y permanentemente fiel.

El sistema matrimonial, más que un cuerpo normativo abstracto que regula un instituto jurídico, ha sido y debe continuar siendo una respuesta justa a las exigencias intrínsecas de la realidad matrimonial y del derecho fundamental al matrimonio, que tiene su sentido y explicación en la persona humana y en su modalización sexual, en la persona-hombre, persona-mujer, sobre la cual se funda su complementariedad⁸.

⁶ Cfr. ALZATE, P. La relación conyugal, como relación familiar. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad del Norte, Barranquilla, Enero-Julio 1996, pp. 33-45

⁷ Cfr. VEGA, A.M. La unidad del matrimonio y su tutela penal. Precedentes romanos y canónicos del delito de bigamia, Granada, 1997, pp. 65-68

⁸ Vid. FRANCESCHI, H. *Ius Connubii* e sistema matrimoniale, tesis doctoral en derecho, Universidad de Navarra, 2002, p. 438

II. CAPÍTULO PRIMERO: EL MATRIMONIO Y LA SEXUALIDAD

1. RELACIÓN ENTRE MATRIMONIO Y SEXUALIDAD

El matrimonio no es una institución jurídico-social en cuyo interior se “legitima” el desarrollo de la sexualidad⁹. El matrimonio, por el contrario, es el desarrollo de la inclinación natural, el desarrollo mismo de la sexualidad acorde con la estructura ontológica de la persona humana y conforme a la naturaleza personal del hombre¹⁰. Representa el recto desenvolvimiento de la persona humana en el orden de la sexualidad, en cuanto ésta se orienta a la unión con el otro sexo. Las exigencias de justicia de la “*inclinatio naturalis*” son también exigencias de justicia del amor conyugal, en cuanto que da lugar a una relación interpersonal típica. La “*lex matrimonii*” es “*lex amoris coniugalis*”¹¹.

a. Matrimonio y complementariedad:

Virilidad y feminidad son complementarias en orden a la formación de la familia, que se manifiesta en una mutua atracción entre el varón y la mujer, como tendencia o llamada a la integración de la dualidad en la unidad¹².

El sentido de la distinción de sexos tiene diversos puntos¹³:

⁹ Cfr. AA.VV. Diritto del sesso e matrimonio, Verona, 1986, pp. 134, 175

¹⁰ Cfr. HERVADA, J. El principio de finalidad y los fines del matrimonio, en *Una Caro*. Escritos sobre el matrimonio, Pamplona, 2000, pp. 37-39

¹¹ Vid. HERVADA, J. Matrimonio y sexualidad, en *Una Caro*, Ibídem, p. 104

¹² Cfr. HERVADA, J. Diez postulados sobre la igualdad jurídica entre el varón y la mujer, en *Una Caro*, Ibídem, pp. 677-678

¹³ Vid. AA.VV. Maschio-femmina: dall'uguaglianza alla reciprocità, Milano, 1992, pp. 78-82

- Un plano de igualdad en el que la naturaleza humana existe de modo único e igual en el varón y en la mujer.
- Varón y mujer se complementan, no se completan.
- El plano de la distinción no afecta exclusivamente a la función generativa, aunque la generación sea lo que en última instancia da razón de su existencia. Atañe también a la estructura accidental de la personalidad psicológica.

La unidad y la estabilidad son propiedades esenciales del vínculo matrimonial. Son dos caras de la misma moneda¹⁴, porque la estabilidad no es más que la plenitud en la unidad. La estabilidad es la unidad en la vertiente de la temporalidad. No se puede atacar la estabilidad sin que sufra la unidad y viceversa. A la unidad del matrimonio se opone la poligamia y a la estabilidad el divorcio. La razón de la unidad del matrimonio es la igualdad en dignidad y en valor que existe entre varón y mujer. La poligamia lleva necesariamente consigo una situación de desigualdad, en la que uno de los sexos está en situación de desigualdad¹⁵.

Es por esto que la sexualidad tiene una dimensión de justicia, basada en el principio de integridad e integración de la persona: la sexualidad humana sólo puede ser considerada en el contexto de la unidad de la persona. La primera tarea de la persona consiste en llevar a término adecuadamente la integración de los elementos de la unidad sustancial en que consiste ella misma¹⁶. La integración de la sexualidad supone la adecuada asunción, por parte de la persona, de los cuatro presupuestos básicos de la sexualidad humana, a saber: la diferencia de los sexos, la inclinación natural entre ellos, la complementariedad y la posibilidad de compartir la capacidad generativa¹⁷.

b. Matrimonio y conyugalidad:

Hay una relación entre la unidad propia del ser personal y la sexualidad humana; la dimensión de justicia propia de este rasgo del carácter total de la persona se descubre precisamente en el acto de consentimiento matrimonial, como expresión, a la vez, de autoposesión y de donación, asentados precisamente sobre la estructura de la persona en cuanto sexuada: como mujer o como varón. En el consentimiento, la dimensión de justicia es necesidad del amor conyugal, pues el

¹⁴ Ídem

¹⁵ Vid. AA.VV. *Maschio-femmina...*, ob. cit., p. 84

¹⁶ Vid. AA.VV. *El matrimonio y su expresión canónica ante el III Milenio*, Pamplona, 2000, *Persona y sexualidad humanas*, pp. 9-11; HERVADA, J. *Persona, Derecho y justicia*, en *Vetera et Nova*, ob. cit. pp. 703-724

¹⁷ Vid. HERVADA, J. *Libertad, naturaleza y compromiso en la sexualidad humana*, en *Vetera et Nova*, Vol. 2, Pamplona, 1991, pp. 1339-1362

amor conduce al don de sí, que no puede tener lugar sino a través de una dimensión de justicia¹⁸.

Los contrayentes no pueden excluir la voluntad de relacionarse conjuntamente como varón y mujer en lo que respecta a los fines del matrimonio. Es necesario entregar la posibilidad de los actos a los que la sexualidad inclina y la potencial maternidad y paternidad a la que se ordenan¹⁹. El acto de entrega personal es uno con la unidad de la persona y de su despliegue en el obrar: la entrega de la persona se realiza haciéndose esposo o haciéndose esposa²⁰. La modalización sexual lo es de la persona y, por lo tanto, la entrega humana del carácter sexuado de uno mismo significa la entrega de uno mismo en su virilidad o feminidad. Es esta unidad entre la persona y su acto de donación en cuanto modalizada sexualmente la que implica de modo necesario la entrega y aceptación de la esposa como madre y del esposo como padre potenciales de la prole subsiguiente²¹.

Es significativo que la “relación en el ser” por el origen –que marca el parentesco y que proviene del acto de engendrar- quede humanizada justamente por la conyugalidad de los padres. Y que la conyugalidad provenga a su vez del acto de compromiso en el que se dan y se reciben mutuamente. La conyugalidad es la primera relación intersubjetiva en el orden del ser y se ha constituido por la libertad de la persona y no desde la necesidad de los procesos naturales, como ocurre con la generación. A la vez la conyugalidad no puede ser verdadera sin orientación de principio a la procreatividad, a la capacidad generativa, como expresión de la totalidad del don de sí²².

Es interesante ver cómo se inserta la relación de parentesco en los tres planos o dimensiones de la persona: 1. en el plano de la unidad, por la ascendencia (en cuanto a participación de los padres como un único principio) y por la descendencia en la singularidad única del ser engendrado; 2. en el plano de la sociabilidad (por la paternidad - maternidad en cuanto relación interpersonal de una nueva realidad permanente: la familiar); 3. en el plano del desarrollo temporal en cuanto a responsabilidad principalmente educativa respecto de la prole concebida²³.

c. El *Ius Connubii* :

¹⁸ Cfr. Ibid. La *ordinatio ad fines* en el matrimonio, Vol. I, pp. 295-390

¹⁹ Vid. Ibid. La *ordinatio ad prolem*, p. 158

²⁰ Cfr. AA.VV. Cuestiones fundamentales sobre el Matrimonio y la familia, Pamplona, 1980, p. 276

²¹ Cfr. ARJONILLO, R. Sobre el amor conyugal y los fines del matrimonio, Madrid, 1998, pp. 70-71

²² Vid. BAÑARES, J. I. Persona y sexualidad humanas, en Escritos en honor a Javier Hervada, en *Ius Canonicum*, volumen especial, Pamplona, 1999, pp. 505-518

²³ Vid. ESCRIVÁ-IVARS, J. El matrimonio como unión en el ser y como despliegue existencial de la unión, en Escritos en honor a Javier Hervada, en *Ius Canonicum*, volumen especial, ob. cit., pp. 573-584

El *Ius Connubii* no es un derecho de libertad ilimitada, sin tener en cuenta la verdad sobre el matrimonio y la familia. No es un derecho a la libertad en el ejercicio de la propia sexualidad, sino el derecho a contraer el matrimonio como el único camino humano y humanizante en el uso de la sexualidad, que no es un simple instinto corporal sino una tendencia que tiene su fundamento en la persona humana sexuada y, por lo tanto, en la complementariedad hombre-mujer, la cual implica a la persona en todos sus niveles: corporal, afectivo y sexual²⁴. Pero en ocasiones ha sido entendido de modo equivocado, al querer ver el derecho al matrimonio como fruto de la cultura y como fruto de un sistema jurídico que ha logrado imponerse sobre todos los demás. Con lo que ha sido entendido como fruto del derecho a la libertad absoluta de elección –sin relación alguna con la verdad del hombre- en el ejercicio de la sexualidad²⁵.

2. ASPECTOS DE LA HOMOSEXUALIDAD Y DE LA HETEROSEXUALIDAD:

Hoy en día se oye por todas partes que los sentimientos homosexuales son algo normal, una simple cuestión de preferencia o gusto. A esto sigue un alegato en pro de su aceptación social: el comportamiento y las relaciones homosexuales son -se dice- iguales a las heterosexuales; por consiguiente muchos reclaman, entre otras cosas, el reconocimiento legal de las relaciones homosexuales, hacerlas equivalentes al matrimonio y dar una mayor información pública, en la que se reconozca su normalidad²⁶. El único problema planteado por la existencia de la homosexualidad no es, como se nos quiere hacer creer, social: hay que conseguir que el público acepte la situación y restaure los derechos de una minoría oprimida durante mucho tiempo²⁷. “Algunos van incluso más allá y reclaman la aceptación de la idea de que cada adulto, por naturaleza, es en parte homosexual; por lo tanto, la educación de los niños debe ser modificada adoptando una postura más abierta hacia la homosexualidad, por ejemplo, dando idéntico trato a chicos y a chicas...”²⁸

La homosexualidad ha sido considerada por mucho tiempo como un estado anormal del instinto sexual. La incapacidad para asumir las obligaciones esenciales del matrimonio, como sucede en los casos más graves de homosexualidad, no se puede conciliar con la naturaleza del consentimiento matrimonial. No cualquier manifestación de homosexualidad puede impedir el matrimonio. La homosexualidad

²⁴ Cfr. MONTESINOS, N. *Ius Connubii*, matrimonio, familia y uniones homosexuales, en *El matrimonio y su expresión...*, ob. cit., pp. 587-588

²⁵ Cfr. *Ibidem*; VILADRICH, P.J. *Agonía del matrimonio legal*, Pamplona, 1984, pp. 78-79

²⁶ Cfr. VAN DEN AARDINEG, G. *Homosexualidad y esperanza. Terapia y curación en la experiencia de un psicólogo*, Pamplona, 1997, pp. 40-41

²⁷ *Ibidem*, p. 66

²⁸ *Ibidem*, p. 73; REICH, W. *La rivoluzione sessuale*, Milano, 1970, pp. 15-17

hará inválido el matrimonio sólo si uno o los dos esposos padecen realmente una homosexualidad grave e irrevocable²⁹.

La Asociación Americana de Psiquiatría suprimió, en el año 1973, la homosexualidad de la clasificación de enfermedades mentales. Igualmente, en 1994, la homosexualidad se retiró completamente de cualquier categoría de perturbación de la personalidad³⁰. No obstante, la antropología cristiana no acepta que la homosexualidad no sea un trastorno, puesto que cree que esos actos homosexuales son intrínsecamente desordenados y contrarios a la ley natural, ya sea como inclinación o como modo de obrar³¹.

En el código de derecho canónico de 1983 la homosexualidad, como posible capítulo de nulidad, es tratada casi exclusivamente dentro del ámbito del canon 1095. No hay que omitir, sin embargo, su posible relevancia según los términos expuestos en el canon 1098 (dolo) si se ha ocultado no sólo la tendencia sino también la actividad homosexual (canon 1095,3). Nadie puede contraer con alguna persona incapaz de prestar un consentimiento matrimonial válido. Sólo por graves motivos sólidamente comprobados puede ser alguien privado del *ius connubii*³². La persona verdaderamente homosexual experimenta una atracción sexual exclusiva hacia personas del mismo sexo y, al mismo tiempo, siente una auténtica repugnancia para mantener relaciones sexuales con personas del sexo opuesto³³.

El hecho de que alguien sufra o haya sufrido tendencia homosexual no es algo infrecuente, incluso, podríamos estar frente al caso de las personas bisexuales que tienen inclinación sexual hacia personas de ambos sexos. A estas personas no se les prohíbe el ejercicio del *ius connubii*. Una tendencia homosexual, "sin praxis"³⁴, no puede hacer incapaz a una persona para asumir o cumplir algunas obligaciones esenciales del matrimonio. Si la simple tendencia homosexual provocara una incapacidad para el ejercicio del *ius connubii*, sí que podría reputarse discriminatoria para las personas homosexuales³⁵. Las pericias empleadas por los tribunales eclesiásticos, deben ser conformes con la antropología cristiana³⁶.

²⁹ Vid. LORÉ, C. - MARTINI, P. *Aspetti e problemi medico-legali del omosessualismo e del transessualismo*, Milano, 1986, pp. 92-93

³⁰ *Ibidem*, p. 34

³¹ Vid. BASEVI, C. *Sexualidad humana y sacramentalidad*, Madrid, 1992, pp. 45-46

³² Cfr. BURKE, C. *Relevancia jurídica de las pericias psiquiátricas. Su aplicación en un ejemplo concreto: la homosexualidad*, pp. 105-144, en *Ius Canonicum*, Vol. XLI, 81, Pamplona, 2001; PRIETO, V. *El juez ante las causas de nulidad matrimonial*, pp. 155-172, en *Ius Canonicum*, Vol. XXXI, No. 61, Pamplona, 1991

³³ Cfr. BURKE, C. *Ibidem*

³⁴ Los autores se refieren a personas que a pesar de sentir inclinación sexual hacia personas de su mismo sexo, o de ambos sexos a la vez, esas inclinaciones no las llevan a la práctica homosexual o bisexual.

³⁵ Cfr. MONTESINOS, N. *Ius Connubii, matrimonio...*, ob. cit., p. 590

³⁶ Cfr. WOESTMAN, W. *Papal Allocutions to The Roman Rota*, Ottawa, 1997, p. 176; FERNÁNDEZ, J. *Derecho matrimonial canónico*, 4a. edición, Madrid, 2000, pp. 47-58; CARRERAS, J. *La giurisdizione della Chiesa sul matrimonio e sulla famiglia*, Roma, 1998, pp. 65-78; GONZALEZ DEL VALLE, J. *Derecho canónico matrimonial según el código de 1983*, Pamplona, 1988; FERRER, J. *El sistema matrimonial*, en *Tratado de derecho eclesiástico*, pp. 895-990, Pamplona, 1996; PRIETO, V. *La función directiva del juez en la instrucción de la causa*, pp. 65-101, en *Ius Canonicum*, Vol. XXXIV, No. 67, Pamplona, 1994

- a. La escisión entre sexualidad, procreación y matrimonio. La debilitación de la heterosexualidad:

El modelo matrimonial de Occidente ha sido siempre heterosexual, los sujetos de la relación jurídico-matrimonial han sido siempre un varón y una mujer en la complementariedad sexual. Actualmente existe una tendencia a difuminar la nota de heterosexualidad en el matrimonio. Con lo cual el matrimonio se ha vaciado de sentido, pero no de significado³⁷. Lo que se ignora es la profunda conexión del sexo con la procreación. Una orientación que conecta con la crisis contemporánea de la identidad sexual y la crisis del sentido de la dualidad sexual humana, para la que la sexualidad ha ido perdiendo progresivamente su objeto más característico y diferenciador: la procreación; su ámbito propio: el matrimonio; y su objeto psico-físico diferenciado: hombre y mujer³⁸.

Y así, la sexualidad se nos presenta ahora como una propiedad que puede ser empleada libremente en toda su gama de posibilidades, en cualquier tipo de situaciones y de relaciones sociales, por personas que, en cuanto tales, son socialmente asexuadas; esto es, por andróginos psicológicos y sociales. De aquí se siguen dos efectos: la sexualización progresiva de la cultura y de la vida social en general, y la libre elección de la identidad sexual en contra del propio sexo biológico, legitimando el transexualismo y dejando abierta la puerta a la libre elección de la conducta sexual, al margen de la finalidad directa de la misma, legitimando así la homosexualidad³⁹.

- b. El proceso de “descriminilización” de la homosexualidad:

La legitimación en el plano privado ha tenido consecuencias múltiples, especialmente en el ámbito del derecho europeo, con repercusiones en el marco del sistema de la tutela regional de los derechos reconocidos en el Convenio de Roma, el cual ha tenido un crecimiento en este tema. En los órganos de Estrasburgo hay dos fases; la primera a principios de los años 1980, en la que la homosexualidad era una infracción punible. Se presentan alegatos, sobre todo de ciudadanos alemanes, que consideran la intervención abusiva del Estado en la vida privada. Y después de 1980 donde no solo se despenaliza la homosexualidad, sino que se permiten equiparar las uniones homosexuales con las heterosexuales, hasta llegar a asimilar la unión homosexual “registrada” con el matrimonio heterosexual, tanto en el marco de los derechos sociales (fiscal, seguridad social, pensiones, etc.)

³⁷ Vid. VILADRICH, P.J. *Agonía del matrimonio legal*, ob.cit. p. 49

³⁸ Vid. ARREGUI, J. – RODRIGUEZ, C. *Inventar la sexualidad*, Madrid, 1995, pp. 36-37

³⁹ Vid. *Ibidem*, pp. 18-20

como en el del derecho civil con todos sus efectos jurídicos, incluidos los sucesorios⁴⁰. Sin embargo, se sigue dando la bigamia si existe con anterioridad un matrimonio heterosexual o una unión homosexual registrada.

La más notoria manifestación de equiparación con el matrimonio ha sido la Resolución del Parlamento Europeo sobre la "igualdad de derechos de los homosexuales y las lesbianas en la Unión Europea" aprobada el 8 de febrero de 1994. Se suprimen las disposiciones jurídicas que criminalizan y discriminan las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo; las que persiguen la homosexualidad como un atentado contra el orden público o las buenas costumbres, las que establecen el almacenamiento electrónico de datos relativos a la orientación sexual de un individuo sin su consentimiento o las que suponen discriminación en el derecho laboral, penal, civil, comercial o contractual, y se pone fin a la prohibición de contraer matrimonio o de acceder a regímenes jurídicos equivalentes a las parejas de lesbianas o de homosexuales, garantizando a dichas uniones los plenos beneficios del matrimonio y se pide que se elimine en los derechos nacionales toda restricción de los derechos de las lesbianas y homosexuales a ser padres, a adoptar o a criar niños⁴¹.

La Iglesia Católica cree que la Resolución del Parlamento Europeo no se ha limitado simplemente a defender a las personas con tendencias homosexuales rechazando injustas discriminaciones hacia ellas, cosa con la que la Iglesia no sólo está de acuerdo, sino que apoya decididamente⁴². Sostiene que lo que no es moralmente admisible es la aprobación jurídica de la práctica homosexual. Con esta aprobación se ha pedido legitimar un desorden moral, al conferir indebidamente un valor institucional a comportamientos desviados. Concretamente la unión entre dos hombres o dos mujeres no puede constituir una familia verdadera, menos aún atribuirles el derecho a la adopción de hijos privados de familia, pues a estos hijos se les aporta un grave y peligroso daño, ya que en esta "familia suplente" ellos no encuentran el padre y la madre, sino dos padres o dos madres⁴³.

En realidad el matrimonio homosexual en la aludida recomendación del Parlamento Europeo introduce la transformación de las relaciones familiares en simples relaciones socio-asistenciales o sexuales. La ficción de que una pareja homosexual constituye un matrimonio es muy contradictoria, porque el modelo matrimonial de Occidente no pretende la protección de simples relaciones asistenciales, amigables o sexuales; lo que pretende es, además, un estilo de vida que asegura la estabilidad social y el recambio y educación de las generaciones. De ahí que si dos homosexuales desean cautelarse en sus relaciones, no sea el camino correcto equipararlas al matrimonio, sino recurrir a otras vías⁴⁴; por ejemplo, diseñar una convención privada en la que se prevea el funcionamiento material de la unión y

⁴⁰ Cfr. PROCAR, V. – RONFANI, P. en AA.VV. *Forme delle famiglie, forme del diritto. Mutamenti della famiglia e dell'istituzioni nell'Europa Occidentali*, Milano, 2001, pp. 33-34

⁴¹ Vid. *Ibidem*

⁴² Cfr. WOESTMAN, W. *Papal Allocutions...* ob. cit. pp. 28-30

⁴³ Vid. PROCAR, V. – RONFANI, ob. cit., pp. 21-33; NAVARRO-VALLS, R. *Matrimonio y derecho*, Madrid, 1994, p. 39

⁴⁴ Cfr. NAVARRO-VALLS, R. *Matrimonio y derecho*, ob. cit., p. 37

las reglas económicas en caso de ruptura; recurrir a la figura de la sociedad de hecho o, en caso de indefensión, al enriquecimiento sin causa⁴⁵.

Pero la regulación legal de la unión de hecho homosexual –en mayor grado que para la heterosexual- es no sólo potencialmente desestabilizadora de la noción de matrimonio, sino también de dudosa utilidad para las propias uniones de hecho. Para estas segundas, porque la concesión de efectos jurídicos a través de la vía legislativa hará gravitar inmediatamente sobre todas las uniones de hecho entre homosexuales, inscritas o no, la sombra amenazante de la analogía entre no inscritas e inscritas. Es decir, esa regulación dificultará precisamente la posibilidad de una relación sin lazos jurídicos⁴⁶. De modo que no podrá sorprender lo que hoy sería paradójico que si dos homosexuales desean verdaderamente una unión “libre” sin consecuencias jurídicas, deberán tomar la cautela de especificarlo por escrito⁴⁷.

En torno al matrimonio y la familia debe desarrollarse una legislación de “modelos” y no de “remedios” que oscurece los perfiles de la institución matrimonial dibujando una familia incierta a través de una unión “a la carta” que combina cohabitación y matrimonio, heterosexualidad y homosexualidad, contractualización del matrimonio que deja a las partes la determinación de sus efectos, su duración y su fin⁴⁸.

La verdad es que la realidad nos presenta un panorama menos pesimista que el de nuestros legisladores. Así, por ejemplo, en la última conferencia de Ministros Europeos encargados de asuntos familiares el informe concluye: 1) cada vez más jóvenes aspiran al matrimonio y hacen de la familia el motivo principal de su existencia: “lo que más deseo es casarme, tener hijos y triunfar en mi vida de familia”; 2) el matrimonio está mejor considerado que en la década de los 80, actualmente un alto porcentaje de personas entre 18 y 55 años, están de acuerdo en general que “el matrimonio es sinónimo de seguridad y estabilidad”; 3) “los hijos se han convertido en una auténtica razón para vivir, porque hacen la vida más intensa y plena”; 4) los matrimonios tienden a durar cada vez más tiempo; 5) los hijos siguen siendo educados por sus padres biológicos; 6) el matrimonio sigue siendo un valor fundamental de la sociedad⁴⁹.

La crisis del matrimonio y de la familia no se debe tanto a razones sociológicas o históricas, cuanto a motivos ideológicos. La mayoría de las personas viven en el seno de una familia de fundación matrimonial. Esta crisis ideológica manifiesta una escisión en tres aspectos: la primera, un aspecto metafísico que separa naturaleza e historia; la segunda, antropológica, que escinde persona e individuo, acentuando lo que aísla al individuo de aquella tendencia relacional con los demás y la tercera, sociopolítica, que aleja lo privado de lo público, acentuando la subjetividad. Llevando todo esto a conceptualizar al matrimonio y a la familia como un hecho cultural y no natural. De ahí la necesidad más urgente de nuestros días de redescubrir qué

⁴⁵ Una cosa es proteger los intereses patrimoniales o socio-asistenciales de los convivientes de hecho, ya sean heterosexuales u homosexuales, y otra cosa es asimilar estas uniones con el matrimonio.

⁴⁶ Vid. NAVARRO-VALLS, R. Matrimonio y derecho, ob. cit., pp. 56-57

⁴⁷ *Ibidem*, p. 74

⁴⁸ *Ibidem*, p. 62

⁴⁹ Vid. *Ibidem*, p. 70.

es el matrimonio, el cual está diseñado por la naturaleza. Por esto, todos los esfuerzos de la técnica jurídica son insuficientes si se prescindiera de la ética y de la antropología que están en el trasfondo jurídico del matrimonio.

No se podría desconocer la influencia de la Iglesia Católica en el modelo matrimonial y familiar de Occidente⁵⁰. Aunque los términos en materia matrimonial: *ius connubii*, matrimonio y familia son coincidentes, no lo son tanto en los contenidos para algunos. Se habla de las crisis de la familia, de las diferentes formas o clases de familia en la sociedad actual, de las formas de regulación de las uniones de hecho y de las uniones homosexuales, conjugando así dos cuestiones: 1. el matrimonio y el derecho al mismo (*ius connubii*) y 2. la familia que conectaría con la definición del matrimonio y de su sentido en la estructura de la familia⁵¹.

Ya habíamos dicho antes que el *ius connubii* no puede ser considerado como un derecho de libertad ilimitada, porque necesariamente debe ponerse en relación con la verdad sobre el matrimonio y la familia. Tampoco puede considerarse como un derecho a la libertad en el ejercicio de la propia sexualidad; debe más bien entenderse como el derecho a contraer el matrimonio, teniendo en cuenta que la sexualidad no es un simple instinto corporal, sino una tendencia que tiene su fundamento en la persona humana sexuada y por lo tanto en la complementariedad hombre-mujer. La sexualidad implica toda la persona en sus diversos aspectos: corporal, afectivo y sexual. En ocasiones se ha entendido de modo equivocado el derecho al matrimonio, reduciéndolo al fruto de la cultura o al fruto de un sistema jurídico impositivo. Con lo que ha sido entendido como el derecho a la libertad absoluta de elección –sin relación alguna con la verdad del hombre- en el ejercicio de la sexualidad. Ante las demandas de las uniones homosexuales, ¿podría verse implicado el *ius connubii*?

La pretendida equiparación de las uniones de hecho al régimen matrimonial sólo existe de manera puntual en diferentes disposiciones, en las que se contempla un trato igual o similar al de los cónyuges para los convivientes de hecho, pero de momento no hay ninguna regulación unitaria de estas uniones⁵². El establecimiento de un estatuto propio similar al matrimonial responde a diferentes proposiciones presentadas por los grupos políticos parlamentarios, que dicen apoyarse en demandas sociales, partiendo de una definición de lo que se considera unión de hecho o contrato de unión civil (se entiende de aplicación la normativa tanto a las uniones heterosexuales como a las homosexuales). En las primeras, la demanda se centra en la equiparación de determinados efectos con el matrimonio y en el de las homosexuales, la demanda prioritaria es la remoción de los obstáculos que impiden su acceso al matrimonio⁵³.

⁵⁰ Cfr. ANDERSON, M. Aproximaciones a la historia de la familia occidental, Madrid, 1998; FERRER, J. El matrimonio canónico en el ordenamiento español, Pamplona, 1986

⁵¹ Vid. FRANCESCHI, H *Ius Connubii* e sistema matrimoniale, ob. cit., pp. 80-81

⁵² Vid. CARRERAS, J. Las bodas: sexo, fiesta y derecho, Madrid, 1997, pp. 65-66

⁵³ Cfr. CARRERAS, J. Situaciones matrimoniales irregulares, Pamplona, 2002, pp. 98-100

Pero si se equiparan las uniones homosexuales a las heterosexuales, y ambas al matrimonio, posiblemente desde el ordenamiento estatal cabe jurídicamente la posibilidad de abrir el matrimonio a las parejas homosexuales. Las uniones homosexuales son actos que están privados de su necesaria y esencial ordenación. La crítica o la reserva con las personas homosexuales, su estilo de vida y su actividad no constituyen una injusta discriminación, así presione la legislación civil o la moda del momento. La actividad homosexual no es equivalente ni igualmente aceptable, en cuanto expresión sexual del amor conyugal, porque no se dan ni la totalidad ni la fecundidad.

Una cosa es la justa reacción frente a las injusticias cometidas contra las personas homosexuales y otra cosa es reconocer y promover la homosexualidad. No se puede pedir a la sociedad que reconozca la homosexualidad o el comportamiento homosexual como una modalidad del ser humano, comparable a las diferencias naturales de raza o de sexo. No es discriminatorio prohibir el matrimonio y la adopción a las parejas homosexuales⁵⁴. Una cosa es tolerar y otra distinta es legitimar. Cualquier equiparación jurídica del matrimonio con las uniones homosexuales supondría otorgarles una relevancia de institución social que no corresponde en modo alguno a su realidad antropológica; igualmente, la equiparación con el derecho de adopción sería injusta, aunque fuera posible legalmente. “Institucionalizar” el comportamiento homosexual es un mal moral. El matrimonio sólo puede ser heterosexual por su propia significación y porque es la base de la familia.

3. CUESTIONES SOBRE LA TRANSEXUALIDAD:

El tema de la transexualidad se mueve en aspectos íntimamente conexos a la persona humana, en el que confluyen auténticos dogmas de alcance constitucional: el derecho a la dignidad de la persona, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la salud e, inclusive, el derecho a la propia identidad sexual. Todo ello se contrapone al principio de inmutabilidad del sexo que acompaña a la persona desde el nacimiento hasta la muerte, como salvaguarda de la certeza en las relaciones jurídicas. La vida del transexual ha sido calificada de drama humano. La transexualidad es un fenómeno conocido desde hace más de 140 años y en la actualidad está adquiriendo especial importancia en nuestra sociedad, pasando de ser algo oculto y mal conocido a ser un fenómeno que plantea problemas tanto en el ámbito social como legal.

⁵⁴ Por ejemplo, el 18 de diciembre de 2003, las Cortes Aragonesas aprobaron la proposición de un proyecto de ley que establece la modificación de la Ley 6 de 1999, del 26 de marzo, la cual excluye el derecho de adopción de las parejas no heterosexuales. Para fundamentar la propuesta, invocaron el artículo 9,2 y el artículo 14 de la Constitución Española que promueve la igualdad y libertad del individuo y de los grupos. El día 29 de abril, aprobaron el proyecto de ley y, así, Aragón se convierte en –hasta ahora– la tercera Comunidad Autónoma que permite la adopción a las parejas homosexuales, junto con el País Vasco y Navarra.

Las primeras intervenciones de cambio de sexo fueron realizadas en Berlín y Praga en 1912, extendiéndose a principios de 1960. Harry Benjamín fue quien introdujo la expresión transexualidad en 1953 y en 1969 tuvo el mérito haber reconocido las bases para un diagnóstico diferencial entre el transexualismo propiamente dicho y otros condicionamientos análogos bajo muchos aspectos, como la homosexualidad, el travestismo, la psicosis con trastorno de confusión en la identificación sexual, la neurosis con ansiedad en relación al propio rol genital, el sadomasoquismo y la grave sociopatía⁵⁵.

a. La noción de sexo.

La multiplicidad del vocablo y la problemática de la transexualidad, pasa por determinar la noción de sexo, ya que tanto desde la perspectiva médica como la jurídica, la cuestión se centra en el cambio de sexo. La concepción jurídica de sexo puede circunscribirse a la capacidad permanente de base biológica o natural, que tiene cierto influjo en la capacidad; es así mismo una circunstancia que afecta al estado civil con influencia en la personalidad jurídica y forma parte de la identidad de la persona⁵⁶. El sexo de la persona se determina legalmente en el nacimiento, en virtud de la inscripción en el Registro Civil, practicada mediante declaración de quien tenga conocimiento cierto del nacimiento. Dicha declaración se fundamenta en una apreciación morfológica, basada en conocimientos naturales que distinguen el sexo femenino del masculino. Y será esta calificación natural la que va a determinar, inicialmente, el sexo legal o jurídico.

La noción legal de sexo se determina por criterios morfológicos sin entrar en mayores consideraciones y, posiblemente, se deja en el olvido que el sexo de un individuo resulta de un conjunto de elementos muy variados: genéticos, cromosómicos, cromatínicos, gonádicos, gaméticos, gonofóricos, hormonales, somáticos, psíquicos, sociales y ello indica que se presta a ser considerado de diferentes maneras⁵⁷.

La jurisprudencia ha tomado en consideración que la identidad sexual está influida por dos tipos de factores: de índole biológico y de índole psico-social. Entre los biológicos pueden establecerse: a) el sexo cromosómico o genético que viene determinado por la presencia de los cromosomas sexuales y es inmutable en la persona. b) el sexo cromatínico o nuclear establecido por la cromatina sexual o corpúsculo de Barr, que representa el material remanente de dos cromosomas X por lo que es positivo en el sexo femenino y negativo en el masculino, si bien según Kaufmann y Zinder pueden hallarse en escasísima cantidad en el sexo masculino.

⁵⁵ Cfr. LORÉ, C. – MARTINI, P. *Aspetti e problemi medico-legali del transessualismo*, ob.cit., pp. 45-70; REICH, W. *La rivoluzione sessuale*, Milano, 1970, pp. 57-69

⁵⁶ Vid. *Ibidem*; Cfr. CHAU, P.L. – HERRING, J. *Defining, assigning and designing sex*, en *International Journal of Law, Policy and the Family*, 16 (2002), Oxford University, pp. 327-367

⁵⁷ Vid. GAVIDIA, J. *El matrimonio del transexual. Planteamientos y análisis jurisprudencial*, *Revista de Derecho Privado I y II*, pp. 517, 569

c) el sexo gonadal se define por la presencia del tejido de las gónadas (ovarios o testículos) d) el sexo morfológico está constituido por caracteres genitales y extra-genitales; los primeros integran los órganos externos que diferencian ambos sexos y los segundos o secundarios muestran las diferencias sexuales en el resto del cuerpo⁵⁸. Estos caracteres genitales externos serán los que marquen la inscripción de un individuo en el Registro Civil como hombre o como mujer.

La influencia de los factores psico-sociales se concibe en razón de que el desarrollo morfológico no garantiza automáticamente la evolución y la expresión de un comportamiento sexual adecuado. Interviene en ello también la dimensión psicológica y social, esto es, el aprendizaje de un comportamiento sexual considerado como normal para uno u otro sexo en un contexto social dado⁵⁹. En este nivel se distinguen dos nociones fundamentales: a) rol sexual o sexo social, que es el sexo al que los demás individuos consideran que pertenece y al que se le considera desde el momento del nacimiento, tratándole de modo distinto según su sexo y b) sexo psicológico o identidad sexual, que es la convicción interior que tiene el individuo de pertenecer a un determinado sexo⁶⁰.

b. El sexo jurídico o legal y el sexo natural:

Algunos autores consideran que el legislador tiene una visión simplista del concepto de sexo, atendiendo sólo a unos caracteres genitales externos para su determinación legal o jurídica y obviando los conocimientos que la ciencia médica pueda facilitarle⁶¹. Sostienen que ha sido la jurisprudencia la que ha tenido que variar esta visión y adaptarse a la realidad social, buscando soluciones jurídicas para situaciones concretas, surgidas a raíz de los avances científicos. La persona transexualizada manifiesta, en virtud de la concesión judicial, un sexo legal adecuado a su nuevo aspecto morfológico, que constata en la inscripción registral, junto al sexo natural o biológico que permanece inmutable⁶². En atención a la prevalencia que se dé a una calificación respecto a la otra, podrá resolverse la cuestión de incapacidad para la celebración del "negocio jurídico matrimonial"⁶³.

c. Aproximación al concepto de transexualidad:

⁵⁸ Cfr. BOTELLA, J. La genética y la endocrinología en la homosexualidad, Madrid, 1996, pp. 24-25

⁵⁹ Vid. BYNE, W. – PARSONS, B. Human sexual orientation. The biologic theories reappraised, New York, 1996, pp. 18-19

⁶⁰ Cfr. GAVIDIA, J. El matrimonio del transexual... ob. cit., p. 550

⁶¹ Cfr. Ibídem, p. 552

⁶² Cfr. Ibídem, p. 554

⁶³ Vid. TOLDRÁ ROCA, M. Capacidad natural y capacidad matrimonial. La transexualidad, Barcelona, 2000, pp. 89-90

El punto de partida en el tratamiento de la transexualidad ha de ser el más pleno y fiel respeto al problema humano que supone. La persona humana es el *prius* absoluto del derecho⁶⁴. El estudio específico de la transexualidad no corresponde a la ciencia jurídica sino a la ciencia médica, psiquiátrica y psicológica. La opinión doctrinal y jurisprudencial podrá determinar un concepto jurídico de persona transexual, sus derechos y deberes, pero no podrá determinar por sí misma, sin los oportunos informes médicos y psiquiátricos, cuándo una persona es transexual⁶⁵.

Las aportaciones científicas realizadas hasta el momento, configuran el síndrome de transexualidad en las siguientes particularidades: se parte de una dotación cromosómica y de una morfología determinada que corresponde a ser hombre o mujer; la persona, no obstante, presenta unos caracteres psicológicos netamente opuestos a los que corresponderían a su sexo y hay un profundo rechazo a sus órganos genitales. Existe un deseo obsesivo de cambiar de sexo, como consecuencia de un sentimiento íntimo y auténtico de pertenencia al sexo opuesto. La idea persistente en el transexual de que pertenece a otro sexo, no es una idea delirante ni puede ser considerada una enfermedad mental, puesto que lo que el sujeto pretende expresar con ello es que “se siente” como un miembro del otro sexo, no que crea que es un miembro de ese otro sexo. La persona pide una transformación corporal a fin de que su cuerpo esté en consonancia con su sentimiento y el tratamiento a que debe someterse es complejo en cuanto comprende cuidados y terapia psiquiátrica, psicológica, tratamiento hormonal y quirúrgico⁶⁶.

Los especialistas basan el diagnóstico en la convicción precoz -desde la infancia- inquebrantable e irresistible en el sujeto de su pertenencia al sexo opuesto. Dicen que tal convicción es totalmente independiente de la voluntad y el diagnóstico se produce sólo si la alteración ha sido continua, por lo menos durante dos años y no limitada a periodo de stress y siempre que no se haya asociada a otra anomalía intersexual física o genética⁶⁷. Sostienen que sin el tratamiento el curso es crítico y sin remisiones. La jurisprudencia recoge la misma opinión, destacando la relevancia del sexo psicológico que fundamenta en tres datos: 1) el sentido irreprimible de pertenecer al sexo legal opuesto, 2) la repugnancia hacia los atributos de su sexo y 3) el deseo obsesivo de un cambio de su morfología genital⁶⁸.

⁶⁴ *Ibidem*

⁶⁵ Cfr. BYNE, W. – PARSONS, B. Human sexual orientation... ob. cit., p. 23

⁶⁶ Cfr. GREEN, R. – KEVERNE, EB. The disparate maternal aunt-uncle ratio in male transsexuals: an explanation invoking genomic imprinting, London, 2000, pp. 63-65

⁶⁷ Vid. *Ibidem*; Cfr. McCONVILL, J. – MILLS, E. Re Kevin and the right of transsexual persons to marry in Australia, en *International Journal of Law, Policy and the Family*, 17 (2003), Oxford University, pp. 251-274

⁶⁸ Cfr. TOLDRÁ, M. Capacidad natural... ob. cit, p. 125

d. Referencia a teorías médicas y sociales que intentan explicar el fenómeno transexual:

1) La teoría neurohormonal que produciría un ajustamiento erróneo de los centros cerebrales responsables de la regulación neuroendocrina de la función genital. 2) La teoría psicosocial que se basa en la influencia ambiental familiar en el desarrollo de la identificación sexual. 3) La teoría multifactorial o de los periodos sensibles afirmarían que se produciría una interacción estrecha y fundamental de lo innato y lo adquirido, factor éste último que puede desempeñar un papel importante. 4) La que supone que la transexualidad se origina durante la formación del feto, cuando una descoordinación biológica hace que el cerebro se impregne hormonalmente con una sexualidad distinta a la genital⁶⁹.

El fenómeno transexual siempre se había confundido con otros supuestos afines como el de la homosexualidad o el travestismo. Diferenciarlos ha sido un proceso largo y difícil.

e. La intersexualidad o hermafroditismo. Reconocimiento a la rectificación del Registro en virtud de expediente:

Persona intersexual o hermafrodita es aquella que, desde el nacimiento, posee caracteres sexuales de ambos sexos. Ello comporta que el sexo sea ambiguo con características anatómicas y hormonales no bien definidas ni en sentido masculino ni femenino⁷⁰. Las causas médicamente están orientadas hacia una perturbación hormonal del proceso evolutivo. Jurídicamente estas personas no tienen ningún impedimento para que se constate en la inscripción registral un cambio de sexo y de nombre. El supuesto se incluye en la previsión del artículo 93,2 de la Ley de Registro Civil (España) que permite la rectificación, previo expediente gubernativo, en la indicación equivocada del sexo cuando igualmente no haya duda sobre la identidad del nacido por las demás circunstancias.

⁶⁹ Cfr. BYNE, W. – PARSONS, B. Human sexual orientation, ob. cit; BOTELLA, J. La genética y endocrinología..., ob. cit; GREEN, R. – KEVERNE, EB. The disparate maternal..., ob. cit; LORÉ, C. – MARTINI, P. Aspetti e problema medico-legali del transexualismo, ob. cit. Evidentemente existen muchas teorías que no han sido comprobadas de manera contundente y que intentan explicar que la orientación homosexual, transexual o bisexual vienen determinadas genéticamente.

⁷⁰ Vid. MONGE, M.A. Medicina pastoral, Pamplona, 2002, pp. 147-149

Esta doctrina es la seguida por la dirección general de los Registros y del Notariado como se verifica en las diferentes Resoluciones españolas de 15 de febrero de 1967, 6 de abril 1984, 6 de mayo 1987 y 29 de diciembre 1994, en las que se afirma que la rectificación del sexo por expediente gubernativo ha de entenderse limitada a la hipótesis de discordancia originaria, tanto por inadecuación inicial evidente, como por una apariencia de intersexualidad definida después incluso con intervenciones quirúrgicas⁷¹.

Es una solución jurídica netamente divergente de la prevista para la persona transexual, la cual debe acudir necesariamente a la instancia judicial para el reconocimiento de cambio de sexo y la oportuna rectificación en el Registro. A diferencia del transexual, el intersexual o hermafrodita es acreedor al discernimiento del sexo predominante y, establecido éste, no le comporta ninguna limitación a la capacidad para contraer matrimonio.

Es difícil marcar la línea divisoria entre la persona transexual y la persona homosexual, puesto que el homosexual jamás duda de su identidad sexual, ni tiene deseo de pertenecer al otro sexo anatómico, como sí sucede en el transexual. El discernimiento entre uno y otro no corresponde a la ciencia jurídica, aunque sí el tomar posición respecto de la capacidad matrimonial de la persona homosexual⁷².

f. El travestismo:

La persona travesti es aquella que adopta la indumentaria del sexo contrario al suyo y esta circunstancia puede darse tanto en la persona transexual como en la que no lo es. Mientras que para el transexual el travestismo no es más que la consecuencia lógica de su convicción de pertenecer al otro sexo, el sujeto travesti, en cambio, no duda de su identidad sexual y carece de la firme intención de adoptar permanentemente la identidad y el comportamiento del sexo ajeno⁷³.

g. Características de la persona transexual:

1. Se trata de un sujeto que presenta una morfología normal y adecuada al sexo que se le atribuye en el nacimiento; 2. tiene un sentimiento intenso y una profunda convicción de pertenecer al otro sexo; 3. a la persona se le plantea un conflicto

⁷¹ La ley aborda el caso de intersexualidad o hermafroditismo, a pesar de que es un fenómeno muy escaso. El hermafroditismo sí está comprobado como un error genético de indiferenciación sexual.

⁷² Vid. AA.VV. Diritto del sesso e matrimonio, ob. cit., pp. 34-36

⁷³ Cfr. TOLDRÁ, M. Capacidad... ob. cit. pp. 98-103; AA.VV. Nuova enciclopedia del matrimonio, Brescia, 1992

interno porque se produce una disociación entre la mente y el cuerpo, entre el sexo morfológico y el sexo psicológico; 4. demanda por todos los medios un cambio en su apariencia física, mediante tratamiento hormonal e intervención quirúrgica de cambio de sexo. “A partir de este momento, y en virtud del reconocimiento judicial, se produce una adecuación legal a su realidad, mediante el cambio de sexo y de nombre en la inscripción registral, dejando de ser una persona transexual para convertirse en una persona transexualizada, en la que coincide plenamente el sexo psicológico, el sexo morfológico y el sexo legal o jurídico”⁷⁴.

En el derecho civil se están planteando una serie de retos en la regulación jurídica de la sexualidad, afectando directamente a la institución del matrimonio, basada en la nota esencial de la heterosexualidad. Hay dos planteamientos en pugna: uno es que el derecho debe regular siguiendo la realidad biológica y el otro es que el derecho es una construcción cultural al margen de la biología, que puede decidir las instituciones siguiendo la voluntad de las personas. Existe una postura “intermedia” que dice que el derecho debe respetar la biología quedando márgenes de construcción cultural. Lo que sí queda claro es que para llegar a una adecuada solución jurídica se exige el conocimiento de acertados conceptos científicos y biológicos.

Los modelos de relaciones entre los sexos están en el centro de grandes debates contemporáneos como son el del matrimonio entre personas heterosexuales u homosexuales, el de la inclusión o no de la orientación sexual como una de las posibles situaciones de discriminación en la declaración de derechos (ONU, Convención Europea, Tratado de Ámsterdam, Constituciones de diversos países), el de la regulación de la situación legal de los transexuales y el de la posibilidad de que las parejas homosexuales adopten niños. Muchas veces se confunde lo que es biológico (dado) y lo que son conductas adquiridas. Se atribuyen bases genéticas a lo que no está demostrado, como por ejemplo cuando se confunde el hermafroditismo con la transexualidad o un tercer sexo⁷⁵.

Los presupuestos antropológicos son determinantes para establecer la conexión entre biología y cultura en relación a la institución del matrimonio. La transexualidad es una realidad social que el derecho debe regular, pero las preguntas consiguientes son: ¿Cuál es el ámbito pertinente para establecer su regulación: la vía judicial o una legislación apropiada? ¿Hasta qué punto se puede alegar la demanda de cambio de sexo como un derecho? Y si lo es ¿desde qué perspectiva y con qué límites?

¿Qué rasgo es el esencial para la definición del sexo? Hasta ahora se ha entendido como definitorio del sexo, el sexo cromosómico. Si se admitiera que el sexo morfológico es el que el derecho ha de tener en cuenta, entonces habría que

⁷⁴ TOLDRÁ ROCA, M. Capacidad natural y capacidad matrimonial. La transexualidad, ob. cit., p. 123. Ante la afirmación de la autora, cabría plantearse si realmente una cirugía transexual produce esa plena “coincidencia” entre el sexo psicológico, morfológico y jurídico. ¿Y si el sexo es algo “dado” genéticamente y no “elegido” voluntariamente, sí habría una verdadera “transformación” sexual?

⁷⁵ Cfr. FRANCESCHI, H. – CARRERAS, J. Antropología jurídica de la sexualidad humana. Fundamentos para un derecho de familia, Caracas, 2000, pp. 50-53

otorgar a los transexuales, una vez reconocido su cambio de sexo en el registro civil, todos los derechos que se derivan de su pertenencia a un nuevo sexo. En cambio, si se define el sexo por el aspecto genético o gonadal, ese “cambio de sexo” morfológico, que es el que se produce en las operaciones de transexualismo, no podría tener repercusiones jurídicas. Se podría producir el cambio en el registro civil, pero no admitir que se posee el nuevo sexo desde el nacimiento.

Hasta ahora la jurisprudencia, la doctrina y la legislación habían definido el sexo como el sexo cromosómico, pero actualmente la cuestión está dividida entre los que creen que el sexo está determinado por los cromosomas y los que piensan que cabe una nueva interpretación de dicho término⁷⁶. Para los primeros admitir el matrimonio entre los transexuales atenta contra la nota jurídica de la heterosexualidad matrimonial, ya que un transexual se casa con alguien de su sexo originario, mientras que para los otros el matrimonio de un transexual tendría la nota de la heterosexualidad. Si se admite el matrimonio transexual, se abre la puerta para el matrimonio de los homosexuales. Otros piensan que no, porque el homosexual se siente identificado con su propio sexo cromosómico.

La medicina afirma que el sexo cromosómico no se puede cambiar. El derecho debe respetar esa realidad extra-jurídica y biológica. Los partidarios de justificar el matrimonio de los transexuales dicen que al utilizarse los términos “el hombre y la mujer” se indica claramente que el matrimonio es la unión de dos personas de sexo opuesto, sin que esto signifique necesariamente que el sexo deba ser entendido como sexo biológico, ni como la constitución biológica sexual de un individuo que viene fijada con el nacimiento⁷⁷. A estos efectos, para definir lo que habría que entender por sexo, debería tomarse el que tenían los futuros esposos cuando nacieron, antes que el poseído en el momento en que quisieron casarse, especialmente cuando la condición sexual de un individuo está determinada por múltiples factores (cromosómicos, gonádicos, genitales, psicológicos) que son, casi todos, más o menos, susceptibles de modificación⁷⁸.

Contra esta opinión se entiende que hay que referirse al sexo biológico, cromosómico. Las operaciones del cambio de sexo sólo transforman las características secundarias del individuo y no el sexo cromosómico y, a efectos del matrimonio, el individuo sigue perteneciendo al sexo anterior así se modifique en su registro civil el cambio de nombre y de sexo.

⁷⁶ Vid. AA.VV. Nueva enciclopedia del matrimonio, ob. cit.; ORTEGA, J. Nuevo diccionario jurídico, Bogotá, 2002.

⁷⁷ Sería imposible hacer una relación de estos autores, porque son muchos los que lo argumentan a favor y muchos los que argumentan en contra. Una relación de estos autores puede verse en TOLDRÁ, M., Capacidad..., ob. cit. También puede consultarse una amplia bibliografía al respecto en ELÓSEGUI, M. La transexualidad. Jurisprudencia y argumentación jurídica, Granada, 1998.

⁷⁸ Vid. Artículo 12 del Convenio Comisión Europea de Derechos humanos.

h. La heterosexualidad como propiedad esencial del matrimonio:

La rectificación del sexo lleva consigo, a efectos matrimoniales, unas consecuencias jurídicas. Una de ellas es la incidencia en la misma definición del matrimonio y la función social de la familia. Unos definen el matrimonio y la familia en relación a la procreación, haciendo referencia a la posibilidad de establecer relaciones heterosexuales sin que necesariamente haya descendencia y a la complementariedad de los sexos (*ius coeundi*, pero no el *ius generandi*). Otros entienden el matrimonio como una unión afectiva en sentido amplio, que no implica la sexualidad entendida como cópula⁷⁹.

A efectos del artículo 12 del Convenio de la Comisión Europea de Derechos Humanos, el sexo biológico no está relacionado directamente con la capacidad de procrear. En la reforma del 7 de julio de 1981 del código civil español ha desaparecido la impotencia como impedimento matrimonial. En el caso del transexualismo se discute médicamente hasta qué punto puede haber impotencia o no. En el cambio de mujer a varón es muy factible que la haya; en el caso de varón a mujer la “neovagina” puede permitir la cópula aunque ésta sea artificial y para un sector de la doctrina y de la jurisprudencia seguirán siendo relaciones homosexuales⁸⁰ (entre personas del mismo sexo cromosómico) y será imposible la descendencia.

Otro sector de la doctrina desvincula el matrimonio de sus aspectos biológicos o sexuales, interpretando la vida familiar de un modo más amplio y recomendando la igualdad de derechos de las lesbianas y homosexuales. Todos los ciudadanos son iguales con independencia de su orientación sexual y se les debe garantizar los plenos beneficios y derechos del matrimonio, permitiendo la inscripción de la convivencia y la posibilidad de la adopción. Si esto es así, si la orientación sexual es voluntaria, puede deducirse que también debería solicitarse el derecho a la poligamia y a la poliandria como parte del derecho a la personalidad y a la libre orientación sexual.

Si el matrimonio dejara de caracterizarse por su nota de heterosexualidad, se podría considerar como matrimonio cualquier relación afectiva de vinculación entre dos personas, sin necesidad de mediar las relaciones sexuales. Si el sexo es cromosómico, admitir un matrimonio transexual implica admitir el matrimonio homosexual. A los transexuales no se les niega su derecho a casarse según su sexo cromosómico, luego no se les niega su derecho a casarse. El jurista no puede resolver ningún problema sólo refiriéndose al derecho positivo, debe recurrir a juicios de valor, a juicios sobre lo justo y lo injusto; en el fondo de cada caso jurídico suele esconderse una cuestión moral o ética de envergadura⁸¹.

⁷⁹ Cfr. AA.VV. *La procreazione artificiale tra etica e diritto*, Padova, 1998, pp. 65-86

⁸⁰ En los últimos diez años se ha dado una amplia jurisprudencia canónica del Tribunal de la Rota Romana sobre este aspecto concreto. Puede verse, entre otros, POMPEDDA, M.F. *Cuestiones de Derecho Canónico*, Milano, 2003.

⁸¹ Vid. SARMIENTO, A. – RUIZ, G. – MARTIN, J. *Ética y genética*, Pamplona, 1997, pp. 75-78

Es cierto que hay actuaciones privadas que no repercuten en lo público y, más aún, en estos casos; sin embargo, estas conductas sexuales conllevan necesariamente una valoración ética. Estadísticamente el transexualismo es una proporción mínima entre tantos millones de habitantes, ¿atender dichos casos justifica otorgar unos derechos que desestabilizan y desconocen el derecho civil vigente y el concepto de matrimonio y familia? Se trata de resolver el derecho a la privacidad en dichos casos, pero sin que su resolución comprometa muchas otras cuestiones. No cabe confundir un estado intersexual con los casos de transexualismo. En estas situaciones se manejan conceptos como el de libertad, personalidad, sexualidad, corporalidad, psiquismo, que exceden el marco jurídico y requieren de un análisis filosófico, psicológico, médico, biológico, etc.⁸²

Muchas veces se producen pasos metodológicamente injustificados como el del plano biológico al plano volitivo con argumentos mal contruidos, porque no distinguen el grado de actuación de la voluntad humana sobre lo dado (físico) con lo adquirido (psíquico), aunque sea cierto que el psiquismo está estrechamente vinculado con la corporalidad. Se le da una mayor importancia al sexo psicológico que al cromosómico, porque el factor psíquico es el más noble e importante de la persona y es el que lo diferencia de las especies de grado inferior, porque en los factores anímicos anida el centro y desarrollo de la personalidad⁸³.

Una adecuada antropología es la que defiende la unión inescindible entre corporalidad y psiquismo, de manera que la sexualidad biológica es parte de la identidad del individuo. El sexo cromosómico otorga una manera de ver la vida. Toda conducta está condicionada por nuestra configuración genética. El transexualismo y el homosexualismo no pueden ser considerados como una opción sexual, entre otras razones porque sus causas son de origen socio-psicológico; luego, no son irreversibles. Son anomalías de la voluntad que deben ser tratadas con sumo respeto y delicadeza. Una de las causas de la transexualidad y de la homosexualidad es el de la carencia en el niño o en la niña de un modelo de conducta del sexo que le corresponde⁸⁴. Por lo tanto, sería muy injusta y nada conveniente la adopción de niños por parte de parejas transexuales u homosexuales⁸⁵.

No es lo mismo despenalizar que legitimar; la sociedad puede hacerse más tolerante con las conductas homosexuales o transexuales, pero la tolerancia no cambia la realidad, ni siquiera usando la ficción jurídica. Una cosa es evitar la discriminación y otra es atribuir efectos jurídicos matrimoniales a estas parejas

⁸² Cfr. *Ibíd*em

⁸³ Vid. ARREGUI, J. - CHOZA, J. *Filosofía del hombre. Una antropología de la intimidad*, Madrid, 1996, pp. 45-68

⁸⁴ Cfr. MONGE, M.A. *Medicina pastoral*, ob. cit. pp.69-78

⁸⁵ Vid. ALZATE, P. *Adoption law in Colombia*, *The International Survey of Family Law*, pp. 99-120, The Netherlands, 1996; Cfr. VONK, M. *One, two or three parents? Lesbian co-mothers and a known donor with "family life" under dutch law*, en *International Journal of Law, Policy and the Family*, 18, (2004), Oxford University, pp. 103-117

homosexuales y transexuales, desconociendo la nota esencial de la heterosexualidad en el matrimonio.

La no discriminación racial no es lo mismo que la no discriminación sexual. El poder soberano de los contrayentes de contraer matrimonio, proviene de su condición de ser varón o de ser mujer. El matrimonio pertenece a la soberanía de la persona en cuanto heterosexual; en caso contrario, habría que atribuirlo al poder del Estado. El matrimonio no es una construcción estatal con independencia de la sexualidad. Existe por parte de los poderes públicos y jurídicos un afán de crear relaciones matrimoniales en las que caben todas las orientaciones sexuales. Como ya hemos dicho y debemos reiterarlo, el Estado no es el que crea el vínculo matrimonial, sino que éste ya existe. Cuando ese vínculo no existe y se deja al Estado para que lo cree entre dos personas sin heterosexualidad, el Estado estaría desarticulando el poder generador de la voluntad humana y la heterosexualidad, los cuales son el fundamento del matrimonio⁸⁶.

Un pluralismo cultural que sostiene que el matrimonio es una construcción convencional, cultural y plural, no significa que sea una institución arbitraria. Lo cultural se fundamenta en lo real y a su vez las instituciones reales se organizan de un modo cultural. Por eso el derecho tiene una dimensión cultural y fáctica, pero no se agota en ellas. Hay límites de lo fáctico. El derecho pretende regular lo que conviene hacerse, no sólo lo que se puede hacer⁸⁷. El derecho aparece en ocasiones para frenar un poder, imponer un deber, ordenar conflictos, establecer justicia. Los criterios con los que resuelve los conflictos no son siempre culturales, sino también de justicia y valorativos, como protegiendo los resultados de algunas relaciones sexuales que podrían ser caóticas, si las partes no asumen las consecuencias, como por ejemplo, la descendencia.

i. Dos posturas enfrentadas ante la orientación sexual:

En las últimas conferencias de la ONU hay un claro enfrentamiento en la consideración sobre la definición de familia y el tema de la orientación sexual. En la IV Plataforma de acción para la igualdad, el desarrollo y la paz de la mujer, celebrada en Pekín en septiembre de 1995 se discutió la posibilidad de extender la definición de familia a las uniones de homosexuales y lesbianas. El texto que quedó aprobado es: "la familia es el núcleo básico de la sociedad y, como tal, debe ser reforzada. La familia tiene derecho a recibir apoyo y protección en todos los sentidos. En los diferentes sistemas culturales, políticos y sociales, la familia adopta distintas formas" (párrafo 30). La última frase es suficientemente ambigua para contentar a las culturas que defienden la poligamia y a las que defienden las parejas homosexuales como alternativa de la heterosexualidad.

⁸⁶ Cfr. CAMPANINI, Amore, famiglia, matrimonio, Casale Monferrato, 1994, pp. 67-89; FRANCESCHI, H. Curso de actualización en derecho matrimonial y procesal, Caracas, 2001, pp. 34-43

⁸⁷ Vid. POLO, L. ¿Quién es el hombre? Un espíritu en el mundo, Madrid, 1995, p.170

Se pretende que las parejas homosexuales puedan optar al “matrimonio”, lo cual no es un problema simplemente terminológico, sino que enfrenta dos filosofías, dos maneras de ver el derecho de familia, dos éticas y dos planteamientos jurídicos o culturales de distinta tradición: uno que hace énfasis en los derechos del individuo, en la autonomía individual y en la independencia de cada individuo en la sociedad, con el sólo límite de daño a terceros y, otro, que hace hincapié en la interdependencia de los individuos y las naciones entre sí⁸⁸, considerando que en política la ética debe estar presente tanto en el espacio público como privado y afirmando que el Estado no debe ser religiosamente confesional, ni tampoco puede ser éticamente neutro.

Frente a la doctrina que sustenta la autonomía absoluta del individuo en materia de sexualidad, desaparecen los términos como familia, maternidad y paternidad y aparecen los de orientación sexual y estilos de vida. La sexualidad y sus manifestaciones son “construidas” y en ellas todo es cultural. Toda referencia a presupuestos biológicos, éticos, antropológicos y valorativos es considerada como una restricción al uso de la sexualidad. Se intenta subvertir el ideal tradicional del matrimonio y la familia⁸⁹.

4. SEXO, GÉNERO, ORIENTACIÓN SEXUAL, IDENTIDAD SEXUAL Y SUS PATOLOGÍAS:

El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española divide los sexos en dos: varón y mujer o macho y hembra. El término género se refiere a la lingüística y se aprecian tres géneros: masculino, femenino y neutro. Es un término proveniente de la literatura y aplicado a la psicología y a la antropología. Mientras que el sexo es biológico, el género es una construcción cultural correspondiente a los roles o estereotipos que en cada sociedad se asignan a los sexos. Es una palabra muy adecuada para discernir entre los aspectos biológicos “lo dado” y los factores culturales “lo construido”⁹⁰. No se deben confundir los planos biológicos y culturales, por ejemplo, cuando se dice que la heterosexualidad y la reproducción son una construcción social “biologizada”.

El sexo, la identidad sexual está determinada biológicamente de forma muy clara y constituye “lo dado”, lo no elegible. La orientación sexual y la conductas sexuales (heterosexualidad, bisexualidad, homosexualidad...) aun cuando tienen una base biológica, son configuradas por otros factores como la educación, los estereotipos,

⁸⁸ Cfr. VEGA, AM, Políticas familiares en un mundo globalizado, Madrid, 2002, pp. 34-47

⁸⁹ Vid. BURGUIERE, A. Una geografía de las formas familiares, Madrid, 1999, pp. 89-93

⁹⁰ Vid. ELÓSEGUI, M. La transexualidad. Jurisprudencia y argumentación jurídica, ob. cit. pp. 46-48

los factores culturales y el propio comportamiento elegido, puesto que hay un amplio margen de libertad en el modo en que cada sujeto conduce su sexualidad. Respecto al comportamiento sexuado, a los diferentes “modos” de actuación masculina y femenina en actividades intelectuales, en el mundo laboral, en el aspecto social, etc., hay que decir que su enraizamiento biológico es escaso. Y aunque recientes trabajos indican diferencias estructurales y dimorfismos cerebrales varón/mujer, los roles sociales son más bien resultado de procesos histórico-culturales⁹¹.

a. Diferentes enfoques en la Comunidad Internacional:

La comunidad internacional al reunirse en los foros internacionales presenta dos características peculiares en cuanto contexto y terreno de discusión. Son dos rasgos aparentemente opuestos, pero necesariamente complementarios: la universalidad y la diversidad. La comunidad internacional está marcada por profundas diferencias culturales, religiosas, políticas e ideológicas, reforzadas y protegidas por el derecho a la soberanía de los Estados y por el principio de no injerencia en los asuntos internos. Pero al mismo tiempo esas diferencias deben confluir en la definición y reconocimiento universal de unos derechos humanos básicos e inalienables, como es el derecho a casarse y a fundar una familia.

b. La familia en los documentos internacionales de derechos humanos:

Ni el Bill of Rights de los Estados Unidos de América, ni la Declaración Francesa de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789 aludían a la familia. Hay que esperar a 1948 para encontrar referencias explícitas tanto en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, promulgada el 2 de mayo en Bogotá, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, ratificada el 10 de diciembre en Nueva York, en cuyo párrafo 3 del artículo 16 dice: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.

El matrimonio es una relación de justicia que engendra derechos y deberes entre los esposos cuyo contenido no es arbitrario⁹². La familia es fundamental para la

⁹¹ Vid. *Ibidem*, p.67

⁹² Cfr. BAÑARES, J.I. El matrimonio; en torno a la esencia, propiedades, bienes y fines, ob. cit. pp. 441-443

sociedad porque constituye el hábitat humano en el que se forja el ser personal. La salud de una sociedad depende de la salud de la familia. La ratificación de instrumentos internacionales celebrados con posterioridad a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, tienen unas pautas comunes y una coincidencia de principios como los siguientes: la familia es elemento o grupo natural y fundamental de la sociedad; se reconocen los derechos a casarse y a fundar una familia como dos derechos diversos pero estrechamente unidos, de los que son titulares el hombre y la mujer, sin discriminación alguna en cuanto a la igualdad en la celebración, convivencia y disolución matrimonial; se reconoce la libertad consensual para contraer matrimonio; se protegen la maternidad y la infancia; se garantiza idéntica protección a los hijos matrimoniales y extramatrimoniales.

La Resolución 44 de 1982 de la Asamblea General de la ONU, que convocaba el año internacional de la familia, expresaba: "las formas y las funciones de la familia cambian de un país a otro como también en el seno de una misma sociedad. Esta diversidad refleja muy bien las diferentes elecciones individuales y las condiciones de vida de una sociedad". Cada uno de estos tipos de convivencia reclama para sí la calificación de "familia" y, por consiguiente exige idéntica protección jurídica, económica y social. En 1994 el Comité de Ministros del Consejo Europeo afirmó que "las políticas familiares deberían tener en cuenta la pluralidad de estructuras familiares y sus necesidades específicas" y, desde entonces, el Parlamento Europeo ha recomendado a los países miembros de la Unión Europea el reconocimiento matrimonial a las uniones de hecho heterosexuales, homosexuales y transexuales⁹³.

Se ha utilizado la estructura jurídica de la familia, fundada en el matrimonio, equiparando sus efectos jurídicos a situaciones muy diversas, basándose en la existencia de una convivencia afectiva o en la simple libertad individual del ciudadano. Hasta hace poco tiempo, en la civilización occidental, la familia estaba fundamentada sobre el matrimonio y éste era el despliegue natural de la familia al que estaba ordenado esencialmente. En consecuencia, el sistema de parentesco aparecía construido sobre la unión conyugal. En el sistema de parentesco occidental, los "cónyuges son los primeros parientes", la primera unidad familiar aunque no haya hijos.

El derecho a la intimidad, a la vida privada y familiar, al libre desarrollo de la personalidad, acaba por incluir toda una gama variadísima de elecciones personales: no sólo las religiosas o ideológicas sino también todas las relativas a la sexualidad, a la vida y a la muerte. El derecho que subyace en estas consideraciones es de signo individualista y egoísta, es decir, antifamiliar, puesto que desconoce que la familia es una comunidad de personas y de relaciones⁹⁴. Si bien es cierto que el derecho a casarse y a fundar una familia debe ser protegido social, jurídica y económicamente, también es verdad que no existe una definición

⁹³ Cfr. MURPHY, J. The recognition of same-sex families in Britain: The role of private international law, en *International Journal of Law, Policy and the Family* 16 (2002), Oxford University, pp. 181-201

⁹⁴ Vid. VILADRICH, P.J. El modelo antropológico del matrimonio, ob. cit. pp. 23-25

de lo que se considera familia en los convenios internacionales; lo que sí existe es la indeterminación, la interpretación abierta y la no discriminación.

A partir de la celebración de las conferencias internacionales, especialmente las del Cairo y Beijing, que reconocen el “derecho a la libre orientación sexual”, se incluye entre los motivos de discriminación en el Tratado de la Unión Europea, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, la homofobia, basada en la orientación sexual, junto a otras discriminaciones como el racismo y la intolerancia⁹⁵.

La Resolución del Parlamento Europeo sobre la igualdad de derechos de los homosexuales y las lesbianas en la Unión Europea, aprobada el 8 de febrero de 1994, les garantiza a sus uniones los plenos derechos y beneficios del matrimonio, como la de ser padres, adoptar y criar niños. Desde entonces, varios países europeos han incorporado normas de este tipo: Groenlandia (1994), Suecia (1995), Islandia y Hungría (1996), Holanda (1998), Francia (1999) Alemania (2001). En España, algunas comunidades autónomas como Cataluña (1998), Aragón (1999), Navarra (2000), Valencia (2001).

Holanda, desde el 1 de abril de 2001, admite la adopción y las técnicas de reproducción asistida para las parejas homosexuales y transexuales. La erosión de la institución matrimonial en Occidente ha ido arrancando de su estructura natural, primero la estabilidad, después su juridicidad, y ahora la heterosexualidad. Hoy sólo se mantienen dos limitaciones al derecho a contraer matrimonio: la bigamia y el incesto⁹⁶.

En las conferencias internacionales el mayor reto es intentar equilibrar el respeto por la universalidad de los derechos humanos con el reconocimiento del derecho a la diferencia y a la identidad cultural.

En los debates de los foros internacionales existe un alto grado de politización, con una sutil estrategia de ciertos grupos de presión para forzar cambios legislativos y jurisprudenciales en distintos países, desconociendo sus valores y tradiciones religiosas, éticas y culturales⁹⁷. Esto explica que varias delegaciones estatales, para reafirmar el valor de la soberanía de las personas y de las naciones, tengan un cierto recelo ante propuestas de estos grupos como, por ejemplo, las que mencionan la maternidad y la vida familiar como fuente de opresión y dificultad para el progreso de la mujer o al sustituir el término “familia” por “familias” o las que sustituyen el concepto de familia por formas de familia, prescindiendo del hecho

⁹⁵ Cfr. GODDY, J. La evolución de la familia y del matrimonio en Europa, Barcelona, 1996

⁹⁶ Un fenómeno que actualmente enfrenta Europa, es el de la creciente inmigración de personas provenientes –principalmente- de países musulmanes; ya varios tribunales europeos, han tenido que declararse en defensa de la monogamia frente peticiones y casos concretos de matrimonios islámicos, residentes en Europa, puesto que la ley Islámica permite la bigamia.

⁹⁷ Vid. ELÓSEGUI, M. Diez temas de género. Hombre y mujer ante los derechos productivos y reproductivos, Madrid, 2002, pp. 27-28

diferencial que existe entre la comunidad familiar y otro tipo de convivencias meramente afectivas⁹⁸.

Sabemos que la familia no la crea ni la sociedad ni el Estado, sino las personas concretas a través de los dinamismos personales de la sexualidad propiamente humana. No se puede pasar de la familia natural a la “familia a la carta” o en lo que cada caso “la familia es para mí” porque se daría lugar a tantos “tipos de familia” como deseos individuales, con un esquema contractual, siempre “renegociable”. Estas libertades, presentadas como una bandera de progreso, no pueden obligar a la sociedad a renunciar a sus valores familiares.

c. Trasfondo ideológico de la redefinición de la familia:

La redefinición del concepto de familia arranca de los países occidentales, especialmente de la Unión Europea, Estados Unidos y Canadá en los que el concepto de familia, basada en el matrimonio, se ha ido erosionando principalmente por dos factores relacionados entre sí: a. una crisis antropológica que define la dignidad humana como absoluta libertad del individuo con una peculiar visión de la sexualidad, de la naturaleza y de la libertad y b. una crisis y relativización de los valores, nutridos por un neoliberalismo y feminismo radical alegando el respeto por todas las opiniones y opciones, por la libertad de elección y la tolerancia por encima de cualquier otro valor que no sea el pluralismo y el multiculturalismo⁹⁹.

Mientras el pluralismo está obligado a respetar la multiplicidad con la que se encuentra, el multiculturalismo promueve las diferencias reforzadas por el individualismo y las propias preferencias en materia de matrimonio, familia, sexualidad, etc., ampliándose así el principio de las discriminaciones, sin que exista un criterio coherente y objetivo que las determine. Pareciera que el único criterio fuera la doble moral y la tolerancia en la esfera pública, que supone dejar a un lado no sólo las convicciones religiosas, sino también las éticas y filosóficas¹⁰⁰. La tolerancia es recíproca, lo que presupone que no es relativista. El resultado de todo esto es abocar por una sociedad legalista, en la que el derecho tiene la última palabra: lo que es legal, se convierte en moral. Y por una neutralidad estatal ilusoria¹⁰¹.

A todo esto se suma un feminismo radical de género que no busca tanto la igualdad de los sexos, sino la construcción de una sociedad sin clases sexuales, propiciando la indiferenciación sexual para que cada persona pueda elegir libremente su orientación e identidad sexual, la cual –según este feminismo- no está basada en la

⁹⁸ Vid. VEGA, A.M. Políticas familiares en un mundo globalizado, Madrid, 2002, pp. 30-33

⁹⁹ Vid. VILADRICH, P.J. El ser conyugal, Madrid, 2001, pp. 30-32; MONTESINOS, N. Algunas reflexiones sobre la existencia de dos ordenamientos... ob. cit. pp. 587-589

¹⁰⁰ Vid. WOJTYLA, K. Persona y acción, Madrid, 1982, pp. 79-80

¹⁰¹ Cfr. ZANOTTI, A. Le manipolazioni genetiche e il diritto della chiesa, Milán, 1996, pp. 17-18

naturaleza sino en construcciones culturales. Según este feminismo, toda institución vinculada a la diferenciación sexual debe ser “redefinida” y cuestionada como el matrimonio, la familia, la maternidad, la paternidad.

Por lo tanto, no se podría imponer un único modelo de familia (nuclear, conyugal y monógama), sino incluir todos los modelos alternativos; ni tampoco se podría imponer a la mujer el único papel de madre y esposa, negándole su derecho sexual y reproductivo de controlar su propia fertilidad sin tener que asumir el riesgo del contagio de enfermedades de transmisión sexual o un hijo no deseado. El derecho sexual y reproductivo de la mujer también incluye el aborto libre o el derecho a un hijo, mediante la técnica de reproducción asistida; incluye igualmente la esterilización, los anticonceptivos, la libertad sexual, la libre orientación sexual, etc. Ante estas situaciones, es claro que se necesita establecer un diálogo entre libertad, naturaleza y cultura y un conveniente pluralismo que complete y sume y no que difumine y aplaste¹⁰².

Otro grupo de disposiciones son las que inciden en el concepto legal del matrimonio. El código civil español, reformado por la ley 30 de 1981, de 7 de julio, reafirma la heterosexualidad: “el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio” (art. 44) e, indirectamente, la monogamia: “el marido y la mujer son iguales en derechos y en deberes” (art. 66) en los mismos o parecidos términos empleados por la Constitución. Precisa los derechos y deberes conyugales de convivencia, fidelidad, socorro (art. 68) y los de respeto y ayuda mutuos (art. 67), además de la obligación de actuar en interés de la familia (art. 67). También perfila la estabilidad como rasgo distintivo del matrimonio. En cambio, la doble desaparición de la impotencia como impedimento (su posible relevancia queda limitada al error en cualidad art. 73, 4) y de la estabilidad, alteran esencialmente el sentido del matrimonio¹⁰³.

La declaración universal de los derechos humanos en 1948 (art. 16): “Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. 2. Sólo mediante el libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse matrimonio 3. La familia es elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”. Aquí se hace referencia a la heterosexualidad y a la monogamia, a la familia de fundación matrimonial, al libre consentimiento de los esposos, mientras se guarda silencio sobre la estabilidad¹⁰⁴.

¹⁰² Cfr. HERVADA, J. Libertad, naturaleza y compromiso en el matrimonio, Madrid, 1994, pp. 70-79; VEGA, A.M. Políticas familiares... ob. cit. p.27-29

¹⁰³ Vid. FERRER, J. La Familia en la experiencia constitucional española: declaraciones de principio y realidad normativa en *Ius Canonium*, Vol. XXXIV, No. 68, pp. 459-482, Pamplona, 1994

¹⁰⁴ Vid. FERRER, J. El derecho a contraer matrimonio y fundar una familia, conferencia en la Universidad de Jaén, sin publicar.

5. SISTEMAS DE PARENTESCO:

Un sistema de parentesco es el modo culturalmente organizado en que se presentan –a través del lenguaje- las relaciones interpersonales de un sujeto que se derivan de su condición sexuada. Por condición sexuada no sólo se entiende la diferencia varón-mujer sino también el conjunto de vínculos sociales a que da lugar la condición sexuada en las relaciones humanas: las relaciones paterno-filiales, las conyugales y las fraternas. Aunque estos tres modos de relación no agoten todas las relaciones de parentesco posibles en un sistema tal, sí son las que fundan todo sistema de parentesco. Las relaciones genealógicas concretas fundan el sistema social y, por tanto, el significado fundamental, primordial de los términos de parentesco¹⁰⁵.

Las relaciones interpersonales con sus notas de reciprocidad, simultaneidad, temporalidad aluden, en primer lugar, a la reciprocidad de las relaciones. La reciprocidad es un aspecto universal de los sistemas de parentesco: padre-hijo, esposo-esposa, tío-sobrino, abuelo-nieto, etc. Los sujetos implicados en la relación se reconocen simultánea y mutuamente en ella. Que las relaciones interpersonales sean temporales y biográficas, no sólo hace alusión a su origen y a su final, al decurso temporal de la existencia humana, sino que también se refiere a que la naturaleza de la relación depende del modo en el que el tiempo comparece en ella; vivirla en presente: “mientras dura” y vivirla trascendiendo el tiempo: elevándose sobre el presente, en este caso el sujeto es incapaz de auto-comprenderse, de reconocer su identidad fuera de la relación¹⁰⁶.

Se habla de sistema de parentesco, porque el conjunto de las relaciones de parentesco forman una unidad, sus piezas son complementarias, lo que refleja la unidad del sujeto que lo protagoniza. El sistema de parentesco está centrado en el individuo (*ego*). Un sistema de parentesco es el conjunto unitario de todas las relaciones posibles que un sujeto concreto mantiene con el resto de parientes, con aquellas personas que él reconoce como parientes. Un mismo sujeto puede ser a la vez padre, hijo, esposo, hermano, tío, sobrino... y todos estos términos reflejan relaciones predicables de un mismo y único sujeto respecto a distintas personas. Lo propio de las relaciones de parentesco es que siempre tienen un carácter triangular: implican a tres sujetos de modo necesario, cada uno ocupando una y sólo una posición posible (por ejemplo: padre-madre-hijo)¹⁰⁷.

a. La diversidad cultural de los sistemas de parentesco:

¹⁰⁵ Cfr. BURGUERE, Una geografía de las formas familiares, ob. cit. pp. 78-80; CARRERAS, J. Las bodas, sexo, fiesta y derecho, ob. cit. pp. 77-79

¹⁰⁶ Vid. FRANCESCHI, H. - CARRERAS, J. Antropología jurídica de la sexualidad, ob. cit, pp. 36-37

¹⁰⁷ Cfr. GIL HELLIN, F. La sociedad de hombre y mujer expresión primera de la comunión de personas, en *Anthropotes* 1 (1998), pp. 123-144

El sistema de parentesco es una pieza fundamental en todas las culturas, pero el modo de clasificar a los distintos tipos de parientes es enormemente variable. Cabe hablar de: 1. parientes primarios: alter unido directamente a ego (padre, madre, esposo, esposa, hijo, hija, hermano, hermana), 2. parientes secundarios: *alter* unido a ego a través de un tercer sujeto (abuelo, tío, nieto, cuñado...), 3. parientes terciarios: alter unido a ego a través de dos sujetos intermedios (bisabuelo, primo...). Los círculos de parentesco pueden ampliarse indefinidamente. Ante esta diversidad cultural de los sistemas de parentesco, hay un mínimo común a todos los sistemas de parentesco: la norma que prohíbe el incesto. Un padre no se puede casar con su hija o con su hermana, o su esposa no puede ser su hija o su hermana a la vez. Un hermano no se puede casar con su madre o con su hermana, o su esposa no puede ser su madre o su hija¹⁰⁸.

Igual sucede con una mujer. Es la norma que permite diferenciar las relaciones paterno-filiales, las conyugales y fraternas como distintas y complementarias entre sí. La primera consecuencia de la ley del incesto es que un individuo, dentro de una familia, sólo puede ser: 1. o masculino o femenino; sólo puede ser padre o esposo, hijo o hermano, o bien madre, esposa, hija o hermana; 2. si es padre y esposo (o madre y esposa) entonces no puede ser hijo y hermano (o hija y hermana) en la misma familia; 3. si es hijo y hermano (o hija y hermana) no puede ser padre y esposo (o madre y esposa) en la misma familia. La norma del incesto prohíbe contraer matrimonio dentro de la familia¹⁰⁹.

El fundamento de estas prohibiciones está no sólo en la cultura sino, sobre todo, en la naturaleza, ya que en los sistemas de parentesco estos dos conceptos – naturaleza y cultura- no se pueden deslindar ni, mucho menos, escindir porque en ellos interviene el elemento sangre. Llama la atención observar cómo estas prohibiciones naturales del incesto se aplican -casi de manera universal- en los sistemas de parentesco por consanguinidad de las diferentes culturas conocidas en Occidente.

El modo específico del reconocimiento de la propia identidad en los sistemas de parentesco es triangular: la identidad de ego la muestra el modo en el que dos sujetos –relacionados con ego- se reconocen entre sí. El vínculo conyugal se entiende fundado en la unión sexual, equiparada a una “fusión sanguínea”, a un intercambio de sangre entre los esposos porque ellos originan los parentescos consanguíneos y los parentescos por afinidad¹¹⁰.

¹⁰⁸ Cfr. ZANNONI, G. Matrimonio e antropología nella giurisprudenza rotale, Roma, 1995, p. 46

¹⁰⁹ Cfr. MARTÍN LÓPEZ, E. Sociología de la comunicación humana, Madrid, 1987, pp. 32-33

¹¹⁰ Vid. MARTÍN LÓPEZ, E. Comunicación hombre-mujer, Madrid, 1994, pp. 21-22

b. La diferenciación sexual:

Los sistemas de parentesco propios de Occidente tienen dos rasgos característicos: 1. Todas las relaciones consanguíneas están centradas en el *status* de hijo, el único que da unidad a todo el sistema; 2. La propia identidad sexual está exclusivamente referida a la relación esponsal: la unión conyugal es la que funda la propia identidad sexual. Por eso la unión conyugal es soporte de la identidad paterna (masculina en el padre, femenina en la madre). Es un sistema articulado en el *status* de hijo, el de esposo y el de esposa. Los cónyuges aparecen constituyendo una unidad respecto a las relaciones de parentesco consideradas como un todo. Lo que funda la identidad como hijo es la unión esponsal (masculina y femenina) de sus padres. En último término, su propia identidad y el modo en el que sus padres se unen (en cuanto esposos) es una y la misma cosa. La propia identidad de hijo no se refiere a su condición sexuada: el hijo –en cuanto masculino y femenino- es fruto de la unión de sus padres, y lo es independientemente de que sea varón o mujer¹¹¹.

De este modo, hay una identidad primera en la que la diferencia sexual no cuenta. En el sistema occidental, ninguna relación de parentesco entre dos sujetos, salvo en la relación esponsal, cuenta la diferencia sexual. La única relación definida en términos en los que la diferencia sexual cuenta es la esponsal: así, si un ego dice “mi esposa” se entiende que el sujeto que habla es masculino, o si dice “mi esposo” se entiende que el sujeto que habla es femenino. En Occidente, por tanto, la única relación que presupone y manifiesta el carácter propio de la identidad sexual es la relación esponsal. El resto del sistema es absolutamente asexual, en el sentido de que la diferencia sexual no comparece como categoría relacional. O, lo que es lo mismo, la diferencia sexual como categoría relacional (como soporte de la propia identidad sexual) sólo comparece en la relación esponsal¹¹².

Desde la Baja Edad Media, en amplias zonas de Europa, la familia nuclear o conyugal (la familia compuesta por los esposos y sus hijos) no es un apéndice de una estructura de parentesco más amplia, sino una célula autónoma e independiente capaz de organizarse por sí misma¹¹³.

“En un sistema de parentesco centrado en la unión esponsal aflora una antropología, una visión acerca del hombre, extraordinariamente optimista. Es la voluntad libre de las partes –manifestada en términos de “presente”- la que funda tal unión. Ese acto de voluntad constituye a sus protagonistas en una unión, en una sociedad, con los mismos efectos que un vínculo paterno-filial: los sujetos nacen a una nueva identidad –la identidad esponsal- que es, aunque de naturaleza distinta, equiparable a la identidad que nace de la relación paterno-filial”¹¹⁴. “Ese

¹¹¹ Cfr. MURDOCK, G.P. *La struttura sociale*, Milano, 1990, pp. 43-56

¹¹² Cfr. MALINOWSKY, B. *Teoria scientifica della cultura*, Milano, 1982, pp. 54-67

¹¹³ Cfr. GODDY, J. *La evolución del matrimonio y de la familia en occidente*, ob. cit., p. 89

¹¹⁴ MORENO, A. *Sangre y libertad*, Madrid, 1999, p. 56

consentimiento manifestado con palabras de presente, muestra que el presente ahora comparece como un tiempo distinto con un estatuto propio: aquel momento que no es mera réplica de lo ya sucedido, aquel tiempo que permite a un mismo sujeto tomarse a sí mismo en sus decisiones, hacerse su futuro, que no está ya todo escrito. El nacimiento del presente es el nacimiento de la libertad, de la conciencia histórica¹¹⁵.

En estos desarrollos jurídicos está implicada una visión antropológica según la cual el hombre, a través de sus actos libremente constituidos, se hace dueño de sí mismo y de su propio futuro: es significativo que uno de los momentos fundacionales de la civilización Occidental aparezca asociado al momento en el que definió con claridad qué entendía por relación esponsal: así, identidad personal, identidad sexual y libertad aparecen históricamente asociados al vínculo esponsal¹¹⁶.

Del mismo modo el nacimiento de la conciencia histórica. Una fraternidad fundada en la unión esponsal es una fraternidad a la vez, temporal, destinada a durar lo que duran sus protagonistas individuales (es, en definitiva, el equivalente de una "generación"), al mismo tiempo que está estructuralmente abierta a la unión esponsal de sus protagonistas, por tanto reorganizable en el tiempo, abierta al futuro, histórica. De este modo Occidente¹¹⁷, estaba en condiciones de constituir la diferencia sexual en cauce privilegiado de comunicación: una unión conyugal de este tipo permite a los sujetos implicados conocerse haciéndose a sí mismos en la relación¹¹⁸.

¹¹⁵ Vid. *Ibidem*, pp. 58-59

¹¹⁶ Vid. ANDERSON, M. *Aproximaciones a la historia de la familia occidental*, ob. cit. pp. 89-90

¹¹⁷ Hemos hecho alusión en nuestra cultura Occidental; pero no desconocemos que en la cultura Oriental –en términos generales– se han seguido de manera parecida estos sistemas de parentesco.

¹¹⁸ Vid. MORENO, A. *Sangre y Libertad*, ob. cit., p. 62

III. CAPÍTULO SEGUNDO: UNA ANTROPOLOGÍA JURÍDICA DE LA FAMILIA Y DE LA SEXUALIDAD HUMANA

1. ¿ POR QUÉ UNA ANTROPOLOGÍA JURÍDICA DE LA FAMILIA Y DE LA SEXUALIDAD HUMANA ?

Para entender qué es la familia desde el punto de vista antropológico, se debe tomar en consideración la intrínseca dependencia existente entre las nociones de familia y de persona. La familia es una comunidad de personas. La persona es un ser que sólo puede alcanzar su plenitud en el interior de una comunidad familiar. La antropología jurídica de la sexualidad pretende adentrarse en la verdad de cada una de las relaciones interpersonales, que constituyen el entramado del matrimonio y de la familia, poniendo el acento en la dimensión jurídica de estas relaciones.

a. La dimensión jurídica del matrimonio y de la familia:

El matrimonio y la familia tienen una connotación jurídica intrínseca que se manifiesta en dos dimensiones esenciales: la interpersonal y la social. La interpersonal es la más importante, porque el consentimiento de los cónyuges constituye la causa eficiente de la comunidad familiar. Ni la Iglesia ni la sociedad tienen el poder de crear la familia, son los cónyuges los que tienen este poder. El derecho de familia no es ni canónico ni civil, precisamente porque es el ordenamiento jurídico intrínseco de esta comunidad de personas, "antes" de ser reconocida por una comunidad eclesial o por una sociedad concreta¹¹⁹. No existe una familia canónica ni una familia civil, porque ella no se agota en las normas positivas de un determinado ordenamiento. El matrimonio y la familia poseen la

¹¹⁹ Vid. LÓPEZ ALARCÓN, M. - NAVARRO-VALLS, R. Curso de derecho matrimonial canónico y concordado, Madrid, 1995, pp. 64-68; MOLANO, E. Hacia un derecho canónico de familia, en El matrimonio y su expresión canónica ante el III milenio, pp. 793-794

misma naturaleza jurídica, porque están fundados en el pacto conyugal, el cual será verdaderamente matrimonial si está abierto a la familia, a la procreación y educación de la prole¹²⁰.

En el momento mismo del pacto nupcial no sólo se constituye la primera relación familiar sino también y necesariamente la comunidad familiar. Los cónyuges, ya en su pacto conyugal, se constituyen en los primeros parientes porque la familia encuentra su inicio en el pacto conyugal ya que es el consentimiento de los esposos el que crea la familia; el matrimonio tiene una naturaleza familiar, naturaleza que no consiste en desarrollar determinados “roles” o funciones de parentesco en las que hay sujetos que “hacen las veces” de padres, de maridos, de mujeres o de hijos reconocidos como tales por la ley. No es la ley positiva la que designa los “roles familiares”¹²¹.

El sistema de parentesco en Occidente se constituyó sobre el concepto de la “*una caro*”: ya no son dos, sino uno sólo, constituyendo los esposos una unidad parental en el árbol del sistema genealógico, un “modo de ser”, una “identidad personal” que no es atribuida por el ordenamiento jurídico estatal¹²². Los tradicionales sistemas de parentesco de Occidente estaban implícitamente fundados sobre la naturaleza interpersonal y sexual de las relaciones familiares, pero hoy se entienden fundados sobre una “libertad que se autoproyecta” de manera ilimitada a la medida de la técnica científica y de la propia voluntad personal.

Por eso es que en el actual derecho de familia occidental se reconocen “derechos” como al “cambio de sexo” en el que un individuo que había ejercido el “rol” de marido, pueda hacer ahora la función de mujer. La misma preocupante dinámica es también patente en el ámbito de la filiación con las técnicas de fecundación artificial, clonación de embriones, manipulación genética, etc. En esta “lógica” jurídica de antropología individualista, las relaciones familiares no serían más que relaciones contractuales sujetas a los intereses particulares de las partes, duraderas por el tiempo que determinen a satisfacción de ellas y reconocidas por el Estado, sin base en una antropología jurídica de la sexualidad humana que describa la dimensión de justicia en los diversos aspectos de la sexualidad¹²³.

b. La noción de familia:

¹²⁰ Cfr. BERNARDEZ CANTÓN, A. Compendio de derecho matrimonial canónico, Madrid, 1990, pp. 78-79; DIEZ PICAZO, L. – GUILLÉN, A. Sistema de derecho civil, Vol. IV: derecho de familia y derecho de sucesiones, Madrid, 1992, pp. 56-56

¹²¹ Vid. FRANCESCHI, H. La teoría de las virtudes como aportación al concepto de capacidad para el consentimiento matrimonial, en Cuadernos Doctorales No. 10, p. 85, Pamplona, 1993

¹²² El verdadero problema es que en los ordenamientos jurídicos occidentales no se define con claridad lo que significa cada relación familiar.

¹²³ Cfr. SARMIENTO, A. – RUIZ PÉREZ, G. – MARTÍN, J. Ética y genética, ob. cit., pp. 54-56; AA.VV. La procreación artificial tra etica e diritto, ob. cit. pp. 93-94

El hombre no es sólo un ser social, sino un ser familiar ya que en la familia encuentra su “primera socialización” su intimidad, su identidad personal y su genealogía. En ella es padre o madre, esposo o esposa, hijo o hija, hermano o hermana porque es un “ser en relación”. La familia se funda en el pacto matrimonial de una pareja heterosexual. Naturaleza y cultura se funden de tal manera en la realidad familiar que ningún ordenamiento jurídico –sea natural o positivo- puede separarlas en la determinación de los sistemas de parentesco. El hombre y la mujer, al entregarse mutuamente el uno al otro, no se limitan a crear un vínculo jurídico de naturaleza contractual, sino que constituyen la primera relación jurídico-familiar, es decir, son los “primeros parientes” o consanguíneos. Esa unión conyugal ya es familiar por naturaleza, así no haya todavía hijos, porque está ordenada a la más amplia comunidad familiar.

Esto no significa que se confundan los conceptos de matrimonio y de familia, los cuales conservan su propia autonomía. Sabemos que la noción de familia no comporta como elemento esencial la dimensión biológica, pero ésta sí tiene relevancia jurídica. En el derecho romano existía una visión exclusivamente jurídica de la familia, sin fundamento biológico, en la que la figura del *paterfamilias* era la de una potestad a la que una comunidad de personas estaba sometida, sin tener en cuenta la dimensión biológica de la sexualidad ni los lazos naturales de la sangre. El cristianismo logró superar esta visión exclusivamente jurídica de la familia al descubrir una dimensión intrínseca de justicia y de ética en el ejercicio de la sexualidad, constituyéndose así la comunidad familiar por los esposos junto con los hijos tenidos por ellos, fruto de sus relaciones conyugales¹²⁴.

Sin embargo, en la actualidad, la cultura occidental ha caído en una visión biologicista de la familia, en la que la esencia de la familia y de las relaciones familiares están dadas por hechos de “sangre”, especialmente en la filiación que sería la relación familiar por excelencia, por ser una realidad prevalentemente biológica. Con este esquema, en la sociedad actual los esposos –al casarse- sólo crearían un vínculo de naturaleza contractual, pero que no tendría carácter familiar¹²⁵. La familia comenzaría a existir a partir del nacimiento del primer hijo.

c. La dimensión familiar de la persona humana:

La gran descomposición del sistema familiar clásico y las legislaciones civiles actuales en las que se echa en falta claramente una noción de familia, parecen haberse efectuado bajo la bandera de la libertad individual. Los “derechos del individuo” han ocupado el centro de los sistemas jurídicos y, por tanto, el derecho de familia aparece ahora como un derecho de signo individualista o egoísta, es

¹²⁴ Cfr. NAVARRO-VALLS, R. Matrimonio y derecho, ob. cit. pp. 57-58; GODDY, J. La evolución del matrimonio y la familia... ob. cit., p. 98

¹²⁵ Vid. GIL HELLIN, F. El matrimonio e la vita coniugale, Libreria Editrice Vaticana, 1996, pp. 79-82

decir, antifamiliar¹²⁶, puesto que no parece reconocer que la familia es una comunidad de personas y de relaciones. La antropología que subyace en algunos ordenamientos estatales es la de un individuo que se autoproyecta con una libertad absoluta y cuantas menos limitaciones tenga, más perfecto es. Una correcta antropología es aquella que considera que la persona sólo puede actuar con eficaz libertad y responsabilidad desde la autoconciencia de su identidad personal y familiar.

Desde este enfoque antropológico, examinaremos las principales fases del proceso de autorrealización personal en el que la persona es siempre “la misma”, desde su concepción hasta su muerte, pero no siempre es “lo mismo”. Esa indeterminación que el “yo” tiene, aparece en varios planos como en el de la conciencia, donde la indeterminación se vence mediante el saber; en el de la existencia, donde se salva mediante las decisiones; en el psicológico, donde se salva mediante el temperamento y en el sociocultural, donde esa indeterminación se vence mediante la formación y el proceso educativo¹²⁷. El yo tiene que autodeterminarse o autorrealizarse en los cuatro planos, y autodeterminarse significa individualizarse¹²⁸.

El “yo puntual”, en su fase embrionaria construye su propio organismo como cuerpo de varón o de mujer, lo cual se conoce con el nombre de sexo biológico (genotípico y fenotípico), aunque dicha “construcción” desde el punto de vista psíquico no hace más que empezar, puesto que las experiencias futuras del niño y del adolescente adquieren una importancia fundamental para el reconocimiento de la propia condición sexual¹²⁹. La primera infancia, es decir, los primeros años de la vida del “yo puntual”, son también determinantes en la formación de la personalidad; es la familia la que asegura que la persona recibirá los cuidados necesarios para que pueda constituirse como un sujeto capaz de establecer relaciones interpersonales. La familia acoge o recibe a la persona, acoge esa vida humana que a ella ha sido confiada¹³⁰.

Al terminar el proceso de formación, la persona es un miembro de determinada familia y determinada sociedad, tiene ya una personalidad, es “alguien” para sí y para los demás, su humanidad tiene ya un contenido concreto. Y si la formación se ha asimilado satisfactoriamente, el resultado es una personalidad integrada que a su vez se armoniza en una familia y en una sociedad, de lo que resulta una mejor consolidación de la familia y la sociedad mismas¹³¹.

Este hombre es ya capaz de fijar para sí mismo un proyecto existencial, un fin elegido en el que cifra su felicidad. Este proceso de formación de la personalidad que sucintamente acabamos de describir, nos sirve de marco de referencia para el desarrollo de las diversas identidades personales y familiares y para explicitar la

¹²⁶ Cfr. TIRAPU, D. – MANTECÓN, J. Once lecciones de derecho matrimonial, Jaén, 1992, pp. 19-28

¹²⁷ Vid. AA.VV. El concepto de persona, Madrid, 1990, pp. 75-77

¹²⁸ Vid. *Ibidem*, p. 80

¹²⁹ Vid. GARCÍA HOZ, V. Educación de la sexualidad, Madrid, 1991, pp. 47-49

¹³⁰ Vid. *Ibidem*

¹³¹ Vid. ARREGUI, J. – CHOZA, J. Filosofía del hombre. Una antropología de la intimidad, ob. cit. pp. 54-78

dimensión familiar de la persona, para lo cual es muy importante examinar su identidad sexual.

d. La condición sexual:

El problema de la naturaleza jurídica de la condición sexual se relaciona precisamente con esta distinción de ser varón o ser mujer. ¿Es una realidad constitutiva del ser personal o es, más bien, una característica periférica de la persona, localizable en “aquello” que es cambiante y modificable? ¿Esa condición sexual constituye un elemento esencial de la personalidad, algo que no puede “elegirse”? La condición sexual exige el reconocimiento por parte del sujeto, que se tiene que poner ante la existencia como varón o como mujer. El ser humano se relaciona con sus semejantes y lo hace desde su ser varón o ser mujer¹³².

La condición sexuada es una condición ontológica que debe ser reconocida; por eso, hablar de derecho a la propia identidad sexual, sólo puede hacerse si esta identidad se fundamenta en la condición sexuada, es decir, en el ser radical de la persona. El ser humano es varón o es mujer; no puede ser las dos cosas y no puede ser otra cosa distinta. Cada sexo co-implica al otro. La radicalidad de la condición sexuada, convierte a ésta en una estructura esencial de la vida humana, particularmente importante desde el punto de vista del derecho de familia¹³³. El ser varón o ser mujer se nace, no se hace.

En el capítulo primero, al hablar de la noción de sexo, decíamos que el sexo biológico ha sido clasificado¹³⁴ de diferentes modos. Entre las más completas y generalizadas clasificaciones podemos encontrar la siguiente¹³⁵: 1. El sexo genotípico, que corresponde a los factores cromosómicos y gonadales. Una vez la gónada ha sido diferenciada en sentido masculino (los testículos) o femenino (los ovarios), comienza una actividad hormonal dirigida a “construir” un cuerpo masculino o femenino. Otro efecto de las hormonas es la diferenciación sexual del cerebro humano; no se trata de que existan dos sistemas neuronales distintos, uno en el varón y otro en la mujer, pero sí hay diferencias sexuales que se manifiestan luego en la conducta sexual. 2. El sexo fenotípico que es la manifestación externa de la diferenciación sexual a través de los caracteres secundarios anatómicos y funcionales del varón y de la mujer. 3. El sexo social que es asignado y reconocido. El recién nacido no sólo debe ser acogido como un don, debe ser también aceptado

¹³² Cfr. ARREGUI, J. – RODRIGUEZ, C. Inventar la sexualidad, ob.cit. pp. 25-39

¹³³ Vid. AA.VV. Diritto del sesso e matrimonio, ob. cit, pp. 15-22; BAÑARES, J.I. Persona y sexualidad humanas. Verdad antropológica y dimensión de justicia, ob. cit. pp. 505-518

¹³⁴ Vid. BOTELLA, J. La genética y la endocrinología... ob. cit, pp. 88-89; MONGE, M.A. Medicina pastoral, ob. cit. pp. 145-146; PILLARD, R.C. – BAILEY, J.M. Human sexual orientation has heritable component, Boston, 1998, pp. 4-7

¹³⁵ Cfr. LUCAS LUCAS, R. Bioética para todos, México, 2003, pp. 33-34; LUCAS LUCAS, R. La persona y la sexualidad, en Antropología y problemas bioéticos, Madrid, 2001, pp. 29-35; TOMÁS Y GARRIDO, G.M. La sexualidad humana, en Manual de Bioética, Barcelona, 2001, pp. 243-244.

como un “tú” masculino o como un “tú” femenino¹³⁶, realizándose el “reconocimiento” de la condición sexual. 4. El sexo psíquico, o sea, la autoconciencia que tiene el sujeto de su propia condición sexuada y de su orientación sexual. Desde el punto de vista jurídico, el estudio del sexo psíquico requiere la correcta comprensión del modo con que se relaciona este aspecto de la formación de la condición sexual de la persona con los demás, es decir, con el sexo biológico y el sexo social.

Puede hablarse de un derecho fundamental de la persona a que se respete la propia condición sexual. Ahora bien, ¿cuál sería el fundamento de tal derecho subjetivo? ¿la conciencia que de sí mismo tiene el sujeto o, más bien, la condición sexuada objetiva y reconocida por las autoridades sociales? La condición sexuada pertenece al “ser” de la persona, forma parte del sujeto como presupuesto de toda posible actividad o ejercicio de derechos y, por lo tanto, sirve como fundamento mismo del derecho al reconocimiento de la propia condición¹³⁷. El crecimiento armónico de la persona sanamente constituida se efectúa sobre la pacífica asunción personal del sexo social, el cual es coherente con el sexo biológico y resulta corroborado por la educación recibida en la familia y en la escuela¹³⁸.

e. Los criterios jurídicos determinantes de la condición sexual:

Por lo general, sobre la base del sexo biológico viene asignado el social y sobre estos dos se construye la personalidad del sujeto como varón o como mujer. En la medida en que la sociedad mantiene a través de la cultura bien definidos los roles sexuales, la adquisición de la autoconciencia de la propia condición sexual suele ser pacífica. Los problemas surgen cuando se presentan situaciones conflictivas, de manera que en la vida de una persona hay disconformidad entre unos y otros elementos de la configuración de la condición sexual y del reconocimiento personal y social de ésta. En unos casos, se trata de situaciones que tienen su fundamento en patologías clínicas, en virtud de las cuales la persona sufre trastornos en el sexo biológico¹³⁹.

A este nivel, surgen los llamados estados de intersexualidad –ya aludidos en el capítulo anterior- en los que el sujeto presenta signos externos de ambos sexos. Suelen ser detectados en los primeros momentos de la vida de la persona, con lo que se plantea el problema de decidir cuál será el sexo que le debe ser asignado. En otros casos el problema se plantea más adelante, cuando la persona pretende que tanto el sexo biológico como el sexo social sean adecuados con respecto al sexo psicológico: el primero mediante una intervención quirúrgica; el segundo, a

¹³⁶ Vid. JUAN PABLO II, Carta a las Familias, número 10.

¹³⁷ Cfr. MARTINEZ GRASS, X. – LLAQUET, L. Antropología, pastoral y derecho en la preparación del matrimonio, en *Ius Canonicum*, Vol. XLI, No. 82, pp. 571-606, PAMPLONA, 2001

¹³⁸ Vid. ALVIRA, R. El lugar al que se vuelve. Reflexiones sobre la familia, Pamplona, 1998, pp. 19-20

¹³⁹ Cfr. CASTILA, B. Persona femenina, persona masculina, Madrid, 1996, pp. 35-37

través de las modificaciones en los diversos documentos y registros del Estado. Este es el caso de transexualismo o cambio de sexo que se diferencia de la intersexualidad.

El criterio jurídico para la determinación del sexo no es esencialmente biológico, no tiene que estar determinado necesariamente por el sexo gonadal o por el cromosómico. La determinación del sexo es un acto en virtud del cual la sociedad (a través de los padres del recién nacido o de otras autoridades) reconoce la propia condición sexual al niño o a la niña. Tal atribución no es arbitraria, sino que se debe basar en unos elementos corporales (fenotípicos) que determinan una obligación de justicia por parte de la sociedad, es decir, que exige que tal atribución “reconozca” la verdad de la condición sexuada de la persona que se manifiesta en el sexo fenotípico¹⁴⁰. Siempre que la persona o sus representantes legales pudieran demostrar que en el momento del nacimiento o en un momento sucesivo le hubiese sido asignado o reasignado injustamente un sexo, cabría hablar de un derecho a la reasignación del mismo¹⁴¹.

El problema se centra en la justicia de la asignación del sexo. Precisamente porque no se trata de una atribución, sino más bien de un “reconocimiento” de una condición ontológica con manifestaciones corpóreas, existe el derecho a corregir la injusta asignación y a recibir el soporte terapéutico necesario para asumir el sexo que le viene reasignado a la persona, mediante la adecuación al mismo de todos los elementos biológicos, sociales, registrales, educacionales, etc. En esto consiste el derecho a la propia condición sexual, en adecuar todos los elementos en conformidad con aquél que es el sexo ontológico de la persona, su condición sexuada que sirve de fundamento al derecho¹⁴².

Existe el derecho fundamental de la persona al reconocimiento de la propia condición sexual (derecho *erga omnes*, que debe ser reconocido también en el ordenamiento canónico); pero lo que sí debe rechazarse es la legitimidad de un derecho absoluto sobre el cuerpo y sobre la condición sexual, en virtud del cual la persona podría cambiar de sexo siempre que razonablemente quisiera y la sociedad estaría obligada a adecuar el sexo social en conformidad con el sexo psíquico deseado por dicha persona.

El pretendido “derecho al cambio de sexo” al igual que otros “derechos reproductivos” invocados por ciertas corrientes ideológicas contemporáneas, se apoya sobre una equivocada noción antropológica de derecho¹⁴³. El sujeto de derecho no es una libertad que se autoproyecta y en cuyo proyecto existencial incluye la configuración radical del propio cuerpo y de las propias identidades personales y familiares. La experiencia nos enseña que en la mayoría de los casos

¹⁴⁰ Vid. FRANCESCHI, H. – CARRERAS, J. Antropología jurídica de la sexualidad humana, ob. cit. pp. 46-48

¹⁴¹ Vid. *Ibidem*

¹⁴² Cfr. CARRERAS, J. La autonomía de la “incapacidad para asumir las obligaciones esenciales del matrimonio” como capítulo de nulidad, en *Escritos en honor a Javier Hervada*, pp. 779-794, Pamplona, 1999

¹⁴³ Cfr. CAFFARRA, C. *Etica generale della sessualità*, Milano, 1994, pp. 80-82

los supuestos de transexualismo no tienen nada que ver con las ambigüedades físicas del sexo fenotípico. En estos sujetos se había producido una correcta asignación del sexo social, en virtud de los cuales habían sido educados y habían establecido relaciones interpersonales y familiares. El hecho de que su psiquismo no se haya desarrollado según los cánones normales constituye un fenómeno patológico¹⁴⁴.

Desde el punto de vista médico es frecuente que quienes admiten la existencia de un derecho al cambio de sexo partan de un prejuicio ideológico muy difundido (el estado irreversible del desequilibrio psíquico de tipo homosexual o transexual) para después exigir el derecho de adecuar el sexo físico al sexo "real" o "vivido"¹⁴⁵. En realidad, las intervenciones médicas no consiguen dar a la persona transexual el "cuerpo sexuado" que la persona deseaba. En estos casos el desequilibrio no sólo permanece, sino que empeora. Desde el punto de vista antropológico jurídico, para tener el derecho al reconocimiento de la condición sexual, es necesario antes que nada "ser", "poseer" y tener como propia esa condición. Todo ser humano tiene derecho a ser tratado como persona y a ser respetado en su condición sexuada de varón o de mujer. Tal condición no radica en su psiquismo, sino en lo que la persona es como "ser en relación"¹⁴⁶.

Las relaciones familiares y sociales que la persona ha tejido a lo largo de su vida son una realidad objetiva y se constituyen sobre el presupuesto de la propia condición sexual (porque ésta se adecua a la dimensión fenotípica del sexo). No se puede desconocer el valor objetivo de la corporeidad, porque sobre tal objetividad se construye el orden social¹⁴⁷. Desde el punto de vista estrictamente jurídico, debe considerarse las consecuencias que se derivarían de un ordenamiento jurídico que admitiese la existencia de un derecho fundamental al cambio de sexo. Si la condición sexual fuese algo que se encontrase en el ámbito de las elecciones personales, se seguirían graves y difíciles problemas en el ámbito del derecho de familia, respecto a cada una de las relaciones familiares¹⁴⁸.

La condición sexual cumple la función de mediación de todas las relaciones familiares y todo sistema de parentesco articula las relaciones familiares que son tales por estar mediadas por la sexualidad¹⁴⁹. Piénsese, por ejemplo, en cuáles podrían ser las consecuencias respecto a las relaciones familiares de quien ha sufrido las intervenciones quirúrgicas y, consecuentemente, de registro. ¿No tienen algo que decir los padres, los hermanos, los hijos y, sobre todo, el cónyuge?

El cambio de sexo no se agota en sí mismo, como si se tratara de un hecho esporádico y singular consumado por una individualidad autosuficiente, sino que afecta a todas las diversas formas jurídicas en que se reflejan los cambios

¹⁴⁴ Cfr. *Ibidem*

¹⁴⁵ Cfr. CASTILLA, B. La complementariedad Varón-Mujer. Nuevas hipótesis, Madrid, 1996, pp. 27-28

¹⁴⁶ Cfr. *Ibidem*

¹⁴⁷ Vid. VILADRICH, P.J. El modelo antropológico del matrimonio, Madrid, 2001, pp. 18-20

¹⁴⁸ Cfr. VILADRICH, P.J. El ser conyugal, ob. cit. pp- 26-27

¹⁴⁹ Vid. FRANCESCHI, H. – CARRERAS, J. Antropología jurídica de la sexualidad humana, ob. cit. pp. 60-62

existenciales. ¿El matrimonio precedentemente estipulado sería todavía válido? ¿Sufren alteración los eventuales ligámenes de filiación? ¿Bajo qué condiciones se podría estipular un nuevo matrimonio? Ninguna sociedad podría subsistir a tal desorden. Parece que detrás de la aprobación de estos derechos, está la convicción de que se tratará siempre de “problemas minoritarios”, lo cual sería una confirmación más del carácter patológico de tales fenómenos¹⁵⁰.

El hecho de que la persona no elija su condición sexuada, sino que sólo pueda aceptarla o rechazarla no supone una quiebra de la libertad personal. Lo sería para quien concibiera ésta como la mera capacidad de elegir. Muy al contrario, la condición sexual constituye un “don” que la persona recibe y que lejos de limitar la libertad personal la posibilita, puesto que la persona que asume la verdad de su condición sexuada puede ejercitar el principal derecho derivado de la misma: el *ius connubii*. Y, al contrario, la obstinada refutación de la propia condición sexual, cualquiera que sea la causa, culpable o inculpable, puede incidir muy negativamente en el crecimiento integral de la persona, llegando incluso a originar una incapacidad psíquica para constituir el matrimonio y la familia¹⁵¹.

f. La persona humana, ser llamado a la comunión:

El hombre no puede vivir sin amor, ha sido llamado al amor. El amor es la vocación fundamental e innata de todo ser humano. De este presupuesto debe partir el estudio de la dimensión familiar de la persona y así introducirnos en los de relación familiar y comunión de personas. El hábitat humano en el que la persona suele descubrir el amor, el misterio de la comunión de personas es la familia de fundación matrimonial. La familia recibe la misión de custodiar, revelar y comunicar el amor. En la familia este amor no es pasajero ni transeúnte, sino que adquiere un carácter estable como la persona misma¹⁵². Desde una perspectiva estrictamente jurídica, puede decirse que el amor de familia conserva todas las características del amor de benevolencia o de amistad, añadiendo una característica propia y específica: el ser un amor debido en justicia, precisamente porque tiene como base una relación familiar, con profundas exigencias de justicia¹⁵³.

¹⁵⁰ Vid. *Ibidem*

¹⁵¹ Cfr. AMAT, E. Claves de la inmadurez para el matrimonio, Madrid, 1997, pp. 26-27; POLAINO LLORENTE, A. Madurez personal y amor conyugal, Madrid, 1997, pp. 45-47

¹⁵² Vid. LEWIS, C.S. Los cuatro amores, Madrid, 1997, pp. 52-55

¹⁵³ Vid. *Ibidem*

La norma personalista adquiere en el caso de la familia una dimensión jurídica. Los padres deben amar a sus hijos y ese deber es no sólo moral sino también jurídico: no importa que el cumplimiento de tal deber no pueda ser constreñido por la fuerza pública, ni que sea difícilmente medible desde el punto de vista práctico. El caso es que el amor paterno es debido en justicia y su incumplimiento genera consecuencias jurídicas¹⁵⁴.

El principio de la norma personalista responde a la “exigencia moral y originaria de amar y respetar a la persona como un fin y nunca como un simple medio”; este principio debe cumplir un papel directivo en el ordenamiento jurídico familiar, puesto que la familia se edifica sobre el pacto conyugal, en cuya virtud los esposos se entregan el uno al otro constituyendo el vínculo matrimonial¹⁵⁵. El acto fundacional de la familia y también de cada relación familiar, es un acto de entrega en cuya virtud lo que antes podía ser gratuito, a partir de la existencia de la relación familiar comienza a ser “debido en justicia”.

El amor que es debido entre los miembros de la familia es el amor de dilección: deben quererse buscando la perfección del otro y no quererse en la medida en que se sienten útiles los unos para los otros¹⁵⁶.

2. LAS IDENTIDADES FAMILIARES:

Es un concepto abstracto con el que se puede abarcar un conjunto de concretas identidades de la persona que tienen como característica común la de provenir de la familia. Al pertenecer a una concreta familia la persona encuentra en sí misma aspectos o cualidades que le relacionan con los otros miembros de ella. Cuando la vida de una persona se desarrolla en el seno de una familia corriente, descubre en su ser el fruto de la entrega de otras personas y aprende a contemplar su propia vida como una llamada a la entrega de sí mismo.

En la familia se encuentra la genealogía de la persona; gracias a la generosidad de sus padres, la persona humana recibe la primera identidad familiar, que es la filiación. Sin embargo, la primera identidad familiar es la conyugal, que es de la relación conyugal de la que se derivan tanto la comunidad familiar como todas y cada una de las relaciones familiares. La filiación se explica desde la relación conyugal, porque es fruto de la entrega generosa de los esposos entre sí. La filiación se origina en la conyugalidad, puesto que la unidad de los padres es un principio generativo respecto al hijo¹⁵⁷.

¹⁵⁴ Cfr. MELENDO, T. Ocho lecciones sobre el amor, Madrid, 1996, p. 43

¹⁵⁵ Vid. WOJTYLA, K. Educazione all'amore, Roma, 1978, p. 36; WOJTYLA, K. Amor y responsabilidad, Madrid, 1980, pp. 78-79

¹⁵⁶ Vid. PIEPER, J. El amor, Madrid, 1984, pp. 105-107

¹⁵⁷ Somos conscientes de que nos estamos refiriendo al hecho de la conyugalidad en cuanto principio generativo de la filiación consanguínea. La unión varón-mujer que genera esta filiación puede darse dentro o fuera del matrimonio o sin él: lo esencial es el dato natural de la heterosexualidad. Ya nos hemos referido a otros tipos de filiación como la adopción, las técnicas de fecundación artificial, etc.

La condición sexuada es presupuesto esencial de cada relación familiar, entre otras razones porque es la misma familia la que tiene que contribuir poderosamente en la adquisición de una recta conciencia de la propia condición sexual de la persona, lo cual se logra mediante el necesario respeto de los roles y de las prohibiciones sexuales que rigen la vida familiar. La comunión y toda la comunicación, tanto oral como gestual de los sujetos de la relación familiar, resulta estructurada sobre la concreta relación que sustenta el amor personal. Los gestos de pura y auténtica pertenencia del otro en cuanto “varón” o en cuanto “mujer” son específicos de la relación conyugal y son, en cambio, excluidos de las otras relaciones¹⁵⁸.

La relación familiar aporta elementos específicos que nos permiten precisar la noción de amor y de comunión familiar. En el interior de la familia, en cuanto comunidad de personas, se advierten diversos tipos de amor –tanto cuantas son las relaciones en ella existentes- que tienen en común la característica de ser familiares, de basarse sobre el hecho de ser vividos y sentidos por personas que guardan entre sí peculiares y excluyentes vínculos de parentesco¹⁵⁹.

Las relaciones familiares se distinguen de todas las demás relaciones interpersonales por el hecho de ser familiares, es decir, de surgir en el interior de una comunidad de personas que tienen como fin el originar o generar la persona en cuanto ser llamado a la comunión¹⁶⁰. Las formas primordiales de comunidad de personas son las constituidas por las relaciones familiares. Por eso se puede decir que los tipos de comunión a los que son llamadas las personas ligadas por relaciones familiares son originales y primordiales. Si tres son las relaciones familiares fundamentales (conyugalidad, paternidad-filiación¹⁶¹ y fraternidad) serán también tres los principales amores de naturaleza familiar: el amor conyugal, el amor paterno-filial y el amor fraterno.

En el ámbito familiar no existen los “ex –parientes”, porque son relaciones permanentes (sería absurdo decir mi ex – hijo, mi ex – hermano). El amor familiar es un amor personal, es un amor voluntario en el que la persona asume libremente e integra los diversos dinamismos personales, es decir, las inclinaciones, los afectos y la dimensión espiritual. En el amor familiar, la permanencia del amor está asegurada por el carácter indeleble del amor. El tiempo vital es un elemento estructural de las relaciones familiares. Las relaciones familiares tienen y requieren sus tiempos, que no coinciden con el que podría denominarse tiempo “cronológico” sino que forman parte de la vida. Es la vida el lugar en el que la persona se perfecciona a sí misma como un ser en relación. A medida que adquiere mayor madurez, la persona está llamada a establecer relaciones interpersonales cuya calidad y solidez dependerá de la verdad del amor que une a los respectivos sujetos¹⁶².

¹⁵⁸ Vid. PAZ, O. La llama doble. Amor y erotismo, Barcelona, 1997, pp. 36-37

¹⁵⁹ Cfr. THIBON, G. Sobre el amor humano, Madrid, 1980, pp. 33-34

¹⁶⁰ Vid. VON HILDEBRAND, D. La esencia del amor, Pamplona, 1998, p. 17

¹⁶¹ En este tipo de relación familiar, incluimos la maternidad-filiación.

¹⁶² Vid. VON HILDEBRAND, D. La esencia del amor, ob. cit., pp. 19-21

a. El proceso amoroso conyugal y su carácter sexual:

La condición sexuada es un elemento constitutivo de la persona humana. En el proceso de amor conyugal, la sexualidad adquiere un papel esencial. El objeto del amor conyugal es la persona del otro, en cuanto a varón y en cuanto a mujer, en una diferenciación sexual. El hombre tiene en común con los animales el ser corpóreo y la existencia de un nivel instintivo o de pulsiones que se producen en él al margen de la libertad. La sexualidad humana no es un instinto en sentido estricto, porque se sitúa básicamente en el ámbito de la libertad humana y es susceptible de ser gobernada por la voluntad¹⁶³.

Entre la sexualidad humana y la animal existen profundas diferencias que conducen a pensar que entre ellas haya un salto cualitativo tan grande como el que se da entre el lenguaje animal y el humano. Por esta razón se suele preferir hablar de "tendencia sexual", más que de "instinto sexual" porque la primera expresión respeta mejor el ámbito de la libertad de la persona¹⁶⁴. A diferencia de los animales, el varón y la mujer deben integrar el impulso sexual, que él y ella experimentan a nivel fisiológico. Para que el impulso sexual pueda tener carácter humano es necesario que sea integrado en la afectividad de los amantes¹⁶⁵.

El impulso sexual revela al hombre su condición personal y familiar porque siendo un amor conyugal, es decir, mediado por la sexualidad, el amor de los esposos aparece coloreado por el *eros*, es decir, por la afectividad. Así se podrá entender mejor que el análisis de las características del *eros* no se agota en su nivel afectivo, sino que se extiende hacia el nivel personal, hasta el punto que son estas características las que especifican lo conyugal del amor entre un hombre y una mujer¹⁶⁶.

El amor conyugal añade una nueva característica a las aportadas por el *eros*, se trata del carácter jurídico: es un amor debido en justicia porque asume el aspecto de un compromiso, de algo que debe hacerse, de una tarea, de un desafío presentado a la libertad del hombre y de la mujer. La fundación de la relación conyugal mediante el pacto nupcial es el primer acto del amor conyugal, mediante el cual el hombre y la mujer casados podrán convertirse realmente en una sola carne, en una nueva identidad familiar, en una comunión de personas¹⁶⁷.

¹⁶³ Vid. ROJAS, E. La conquista de la voluntad, Madrid, 2003, pp. 113-116

¹⁶⁴ Vid. *Ibidem*

¹⁶⁵ Vid. ROJAS, E. El amor inteligente, Madrid, 1999, pp. 76-78

¹⁶⁶ Cfr. HERVADA, J. Diálogos sobre el amor y el matrimonio, Pamplona, 1974, pp. 45-46

¹⁶⁷ Vid. HERVADA, J. Reflexiones en torno al matrimonio a la luz del derecho natural, en *Persona y Derecho I* (1974), pp. 95-97

El grado de comunión por ellos alcanzado dependerá fundamentalmente, aunque en modos diversos, tanto de los cuidados y de las virtudes por ellos puestos por obra, como de la bondad y efectiva existencia de los afectos que los unen, de la libertad y de la fidelidad al compromiso recíproco. Las características del amor conyugal (amor plenamente humano, total, fiel, exclusivo y fecundo) no son simples promesas sino propiedades de una realidad jurídica y ética. Incluso en el supuesto en que la comunión conyugal muriera por desidia o dejadez o por otras causas, la relación familiar que está en la base y que liga a los esposos para toda la vida, sigue conservando la llamada a la comunión o, en su caso, al perdón y a la reconciliación¹⁶⁸.

b. La conyugalidad como objeto del consentimiento matrimonial:

Los contrayentes lo que quieren y deben querer es la persona del otro en su conyugalidad, querer darse y aceptarse como esposos, porque forma parte de la relación conyugal¹⁶⁹. Conyugalidad y relación conyugal se pueden utilizar como sinónimos, pues es el deseo de querer transformarse en cónyuges: de novios, pasar a ser marido y mujer; de prometidos, convertirse en consortes. De aquí se origina la “*una caro*”, o sea, la naturaleza familiar del consentimiento matrimonial. La relación filial puede servir de referencia, puesto que el acto en el que los esposos se convierten en padres de su hijo es un acto de naturaleza familiar, análogo al pacto conyugal¹⁷⁰.

Tanto en la relación conyugal como en la filial, los derechos y deberes surgen consecuentemente de la misma relación. En el acto de creación de la relación filial es evidente que la relación no surge por el hecho de que los padres “asuman” todas las obligaciones que derivarán en el futuro, sino que al aceptar la relación que crean, se hacen cargo del desarrollo dinámico de la misma, comprometiéndose a cumplir los deberes que irán surgiendo a medida que crece el hijo.

Algo parecido ocurre con el pacto conyugal: al aceptarse mutuamente en la relación, se está asumiendo la obligación de secundar el crecimiento de la misma. La libertad de los esposos consiste en que ellos eligen la persona con la que casarse y tienen derecho a ponerse de acuerdo sobre el tipo de vida matrimonial que desean establecer, mientras se respeta el contenido que por derecho natural debe mantener la relación conyugal¹⁷¹.

¹⁶⁸ Cfr. HERVADA, J. Las obligaciones esenciales del matrimonio, pp. 59-63, en *Ius Canonicum*, Vol. XXXI, No. 61, Pamplona, 1991

¹⁶⁹ Vid. VILADRIK, P.J. El pacto conyugal, Madrid, 1994, pp. 42-43

¹⁷⁰ Vid. HERVADA, J. *Una Caro*. Escritos sobre el matrimonio, Pamplona, 2000, pp. 78-79

¹⁷¹ Cfr. GONZÁLEZ Y GONZÁLEZ, F. Ignorancia y consentimiento matrimonial, León, 1982, pp. 32-33

c. La paternidad – maternidad - filiación como relación familiar:

La paternidad como relación familiar interpersonal no es un hecho simplemente biológico; ser padre no es simplemente generar un hijo, sino que también es una acción voluntaria que reconoce la relación paterno-filial para que ésta alcance su plenitud. La filiación no se identifica necesariamente con la procreación, porque puede darse la paternidad sin procreación, como en el caso de la adopción, y puede darse la procreación con rechazo de la paternidad, como ocurre en el caso de los hijos no reconocidos o abandonados. En este caso hay una paternidad biológica, pero falta esa voluntad amorosa que le resta esa plenitud a la relación paterno-filial como relación familiar.

La paternidad como realidad antropológica no se ordena únicamente a satisfacer una necesidad de la naturaleza: la reproducción y conservación de la especie. Los hijos son fruto de la donación de los esposos, son “el reflejo viviente de su amor”, son un don y no un derecho¹⁷².

Los cónyuges establecen una *communio personarum*, una *communio coniugal*, con la que se inicia la comunidad familiar. Las relaciones familiares están llamadas a ser comuniones familiares, por el íntimo y sólido afecto que se da entre sus miembros. Hay que reconocer que existe una notable pérdida de la conciencia del carácter “familiar” de la relación conyugal, esto es, del matrimonio.

Una de las ciencias del hombre que ha recibido un mayor impulso en nuestro siglo es la antropología. La familia, por otro lado, ha ocupado un primer plano en los estudios de antropólogos, sociólogos, historiadores. En la base de la investigación de estas diversas ciencias humanas radica la convicción de que en la formación de la personalidad, el ser humano requiere un “hábitat” primario adecuado en el que se realice la primera socialización de la persona¹⁷³.

Las relaciones familiares padres – hijos – hermanos tienen como fundamento un hecho biológico: la generación, mientras que la conyugalidad constituye un caso especial porque no se constituye sobre este hecho biológico, sino en la elección del cónyuge que es consecuencia de la libertad de los esposos. Podría pensarse entonces que la conyugalidad no es una relación familiar porque en ella no interviene el elemento sangre, sino la libertad o consentimiento. Por lo tanto, ser cónyuge consistiría en saber desarrollar el propio “rol” de marido y mujer, “rol” que sería definido por el contexto socio-cultural.

De ser así, tendría que concluirse que los conceptos de familia y de relación familiar quedarían ligados exclusivamente a la dimensión biológica de la persona, cayendo

¹⁷² Vid. Exh. Apost. *Familiaris Consortio*, No. 14

¹⁷³ Cfr. MORENO, A. *Sangre y libertad*, ob. cit. pp. 67-68; ARREGUI, J. – CHOZA, J. *Filosofía del hombre. Una antropología de la intimidad*, ob.cit. pp. 77-79

en un prejuicio cultural muy difundido en nuestro mundo Occidental que hace pensar que donde no hay relación biológica, pero sí vínculo de libertad, no habría familia.

La relación conyugal tiene un carácter personal y biográfico y es la relación familiar por excelencia y, sin ésta, no hay ninguna otra relación que sea plenamente familiar. Naturaleza y libertad se estrechan admirablemente en la relación conyugal. Mientras que las otras relaciones familiares tienen su fundamento en un hecho biológico (la generación, la estirpe) que exige estar integrado en el ámbito de la libertad, en la conyugalidad, en cambio, el fundamento de la conyugalidad como relación familiar radica en un acto de libertad (el pacto conyugal) que integra los dinamismos del amor conyugal. La conyugalidad no es sólo obra de la libertad; en ella interviene de modo constitutivo la naturaleza, o sea, la constitución afectiva, corpórea y espiritual de la persona que los inclina a hacerse una carne.

Nos encontramos así ante una característica propia de la conyugalidad respecto de las otras relaciones familiares: su carácter “sexual”, es decir, la distinción sexual y constitutiva de la relación conyugal que sólo es posible entre un hombre y una mujer. Un sistema de parentesco que no tuviera en cuenta la distinción sexual sería totalmente impensable; por esto, la condición sexual es absolutamente necesaria para poder establecer cualquier sistema de parentesco.

La familia no es un conjunto de personas que ponen en común sus existencias y sus bienes, según un sistema convencional de normas de comportamiento. La familia es una “comunidad de personas” que sólo puede constituirse sobre la “comunidad conyugal” del hombre y la mujer. La conyugalidad (comunidad personal del esposo y la esposa) recibe la plenitud de su significado con el advenimiento del hijo. Sin embargo, como ya hemos dicho, con independencia de la inexistencia involuntaria de hijos, la comunión de los esposos es ya familiar puesto que los cónyuges son los primeros parientes.

La dimensión personal de la procreación se funda sobre la condición de esposos de los padres. Los cónyuges, antes que padres, se han dado para siempre como esposos en una “alianza de amor indisolublemente fiel y fecundo”¹⁷⁴. ¿Qué es lo que crea realmente el lazo familiar? Es la exigencia de la solidaridad radical y de la comunidad amorosa dimanante de la condición y dignidad de personas humanas, de quienes se vinculan definitivamente por el “simple” hecho de ser aceptados y amados sin más; es esto lo que crea el lazo radical e incondicional de amor y solidaridad debido en justicia entre familiares¹⁷⁵. Sólo la familia es capaz de constituirse como “hábitat” de amor radical donde se realiza el nacer, vivir y morir como personas humanas. La familia es la expresión del amor profundo por cada persona humana individualmente considerada¹⁷⁶.

¹⁷⁴ Vid. Concilio Vaticano II, Constitución Pastoral *Gaudium et Spes*, No. 49

¹⁷⁵ Cfr. ZANNONI, G. Matrimonio e antropología nella... ob.cit p. 87

¹⁷⁶ Vid. GIL HELLIN, F. La sociedad de hombre y mujer expresión primera de la comunión de personas, ob.cit. pp. 21-22

d. La familia como comunión de personas:

Una vez se constituye la relación familiar, ésta se desliga –por decirlo de algún modo- y se distingue de la vida que realmente realicen los sujetos de la relación. Es decir, tal relación comportará la existencia de una exigencia ética y jurídica de respeto y de honor. En cierto sentido, puede decirse que la relación familiar constituye un mínimo. El don de sí no debe entenderse en términos tan exigentes que hagan pensar que el ser esposo o esposa, padre o madre, hijo o hija, hermano o hermana suponga la creación de algo extraordinario. Nada hay más natural que estos conceptos humanos que se aprenden con la vida misma.

Las relaciones familiares están llamadas o abiertas a alcanzar el máximo grado de comunión interpersonal por el reconocimiento de la propia identidad en una relación personal entre un “tú” y un “yo”. A cada tipo de relación personal entre un tú y un yo, corresponden distintos tipos de comuniones personales: de filiación, de fraternidad, de conyugalidad, de paternidad, de maternidad, porque cada tipo de relación familiar tiene un fundamento. La familia se encuentra como el primer “nosotros” en la que cada uno es yo y tú; cada uno es para el otro marido o mujer, padre o madre, hija o hijo, hermano o hermana, abuelo o nieto.

Todo ser humano debe ser tratado como persona, como objeto de amor. Pero esto sólo será realidad en la medida en que cada persona acepte ser sujeto que debe amar “al otro”, es decir, que reconozca ser sujeto en “relación”. La persona no puede ser entendida como un individuo aislado, sino como un ser en relación con una llamada ontológica que es la de un ser creado para el amor y para la entrega sincera de sí. Su máxima dignidad personal la realizará en la medida en que viva una vida plenamente humana. La persona puede vivir en comunión, en una relación personal entre un tú, un yo, un nosotros. En la familia se da la solidaridad más espontánea y más responsable, donde se encuentra el sentido de pertenencia y de identificación más profundo y originario, donde se aprende que el amor no es algo abstracto e impersonal, sino una continua experiencia del don de sí para el otro.

La comunidad familiar tiene su soporte y fundamento en la comunión que se ha establecido entre los padres, hijos, parientes y familiares. Pero el núcleo original y la fuente irradiadora de esta comunidad y comunión familiar está en lazo de unión conyugal: los esposos, hechos una sola carne, proyectan a todos ellos la imagen y la fuerza de cohesión. ¿Un lazo familiar puede ser destruido por voluntad humana? Efectivamente no; nadie puede llamar a su padre, a su madre, a su hijo o abuelo o hermana como mi “ex”. Aunque la identidad personal familiar quiera ser desconocida, jamás podrá ser destruida. Igualmente sucede con la relación familiar conyugal; entonces, ¿por qué es tan frecuente oír hablar de mi “ex – cónyuge”?

Porque mientras el positivismo jurídico reconoce las primeras relaciones mencionadas como relaciones familiares, desconoce las relaciones conyugales como tales y las reduce simplemente a relaciones “funcionales” interpersonales, sujetas al sólo acuerdo de voluntades. Este positivismo desconoce que la comunión conyugal estrecha y une las relaciones familiares creadas¹⁷⁷.

El amor no es impersonal ni abstracto, sino una continua experiencia del don de sí para el otro. Por esto, la familia no puede conciliarse con una relación conyugal fugaz, pasajera, ocasional o sujeta a la mediocridad del “mientras tanto”. Su misma dinámica exige la totalidad esencial y existencial, para que pueda abrirse a la comunidad familiar. Efectivamente, la comunión conyugal da origen a la comunidad familiar que es una comunión de amor indisoluble. La alianza conyugal no es sólo y exclusivamente un acto de libertad sino que es, también, el acto en que se genera la familia, el acto en que es creado el primer vínculo familiar, de tal manera que la entrega verdadera de los cónyuges es realmente fecunda, aunque no sea coronada con el fruto de los hijos.

Familia y matrimonio son dos realidades comunionales que no pueden ser examinadas por separado. La dimensión familiar de la comunidad conyugal comienza en la alianza matrimonial que hace de los cónyuges los “primeros parientes”. Por esto, la relación entre los cónyuges, lejos de ser una relación “funcional” es una relación “plenamente familiar” que los hace llamarse “consortes” porque la relación conyugal es la relación familiar por excelencia y, sin ésta, no hay otra relación que sea plenamente familiar¹⁷⁸.

Naturaleza y libertad se estrechan admirablemente en el pacto conyugal. El carácter de permanencia y de unidad del vínculo conyugal (que son sus propiedades esenciales), entendido como “relación familiar” no excluye el hecho de que tal relación esté llamada o abierta a alcanzar el máximo grado de comunión interpersonal¹⁷⁹. Siendo una realidad permanente y dinámica en la que cabe una mayor o menor fidelidad, la relación conyugal es un concepto analógico que puede también expresarse como “comunión de personas” porque supone un factor de unidad y de solidaridad que crea el bien trascendente de las personas, ya que tienen en común el empeño recíproco de conseguir el bien de los cónyuges que reclama el nexo íntimo del bien de la familia¹⁸⁰.

¹⁷⁷ Vid. AZATE, P. Fundamentación jurídica de la indisolubilidad del matrimonio, ob. cit. pp. 91-105

¹⁷⁸ Vid. *Ibidem*, p. 195

¹⁷⁹ Vid. *Ibidem*, p. 202

¹⁸⁰ Vid. *Ibidem*, p. 228

IV. CAPÍTULO TERCERO: ¿UNIDAD O PLURALIDAD DE MODELOS MATRIMONIALES?

Partiendo de la Reforma Protestante, y atravesando el decisivo periodo de la codificación civil de los siglos XIX y XX, en los países de Occidente se ha cristalizado un modelo de unión sexual institucionalizado, cuyas características pueden enunciarse así¹⁸¹:

- a. Aceptación generalizada del término matrimonio, el cual se ha confirmado en la mayoría de los idiomas modernos.
- b. Heterosexualidad, ya que, hasta las dos últimas décadas del siglo XX, de modo unánime las legislaciones civiles establecían que sólo podían casarse entre sí un hombre y una mujer.
- c. Monogamia, dado que la unión sólo puede contraerse entre un solo hombre y una sola mujer.
- d. Consensualidad, pues el matrimonio se constituye mediante la libre manifestación de la voluntad de ambos contrayentes.
- e. Solemnidad, ya que el consentimiento matrimonial debe manifestarse ante la autoridad competente.
- f. La unión conyugal debe inscribirse en un Registro Público con carácter obligatorio.
- g. La unión conyugal se concibe asimismo como una unión duradera y estable.

En los últimos años se ha dado un acelerado cambio con las novísimas reformas europeas y norteamericanas sobre el sistema legal del matrimonio y de la familia, lo cual ha suscitado un cambio en el modelo matrimonial y familiar hasta ahora legalmente aceptado¹⁸².

Ante estos continuos cambios que se presentan en la legislación civil sobre el matrimonio y la familia en los países de Occidente, cabe plantearse –bajo una estricta óptica jurídica- varias preguntas que nos ayudarán a reflexionar y a profundizar en estas realidades tan vivas y personales, como son el matrimonio y la familia, realidades que tocan a cada uno de nosotros de forma muy directa.

¹⁸¹ Vid. GARCIA CANTERO, G. ¿Unidad o pluralidad de modelos matrimoniales? Universidad de Zaragoza, 2003, pp. 5-11

¹⁸² Vid. Ibídem. Cfr. GODDY, J. La evolución del matrimonio y de la familia en Europa, ob. cit. pp. 37-44

1. Algunos planteamientos¹⁸³:

1. ¿El Estado puede permanecer neutral e indiferente ante la discusión abierta sobre el modelo de unión sexual legalizada? ¿De ser así, se podrían aceptar modelos matrimoniales o familiares que provinieran de uniones sexuales polígamas o incestuosas?

2. ¿Ha de aceptarse un modelo matrimonial único o éste ha de ser plural? ¿Cómo exigir a las uniones de hecho alguna forma de solemnidad si, precisamente, su razón de ser estriba en su negativa y rechazo de toda solemnidad?

3. ¿El pluralismo de formas de convivencia sexual legalizada, beneficiaría la posición jurídica de los hijos nacidos fuera del matrimonio?

4. ¿Será necesario en el futuro hacer una nueva ley de parejas de hecho?

5. ¿Debe revalorizarse el “modelo de familia matrimonial”? ¿Da lo mismo casarse o no casarse? ¿No deja de ser paradójico que ante una “cultura” que aparentemente rechaza el modelo matrimonial familiar clásico, lo desee como punto de referencia y modelo para otro tipo de uniones sexuales? ¿Y especialmente, no es más paradójico que ese modelo matrimonial clásico pretenda aplicarse a parejas de hecho que, precisamente, desean permanecer en la alegalidad?

6. ¿La ley debe ser fruto de relaciones de fuerza entre grupos de presión? ¿La ley debe legislar para una minoría? ¿Qué valor social debe atribuirse a la “oficialización de las uniones homosexuales” si la perpetuación de la sociedad resulta ser un valor esencial?

7. ¿Resulta comprensible que en muchos países cuyas legislaciones civiles equiparan las parejas de hecho heterosexuales u homosexuales con el matrimonio, les nieguen efectos civiles a los matrimonios religiosos como formas válidas de regular la vida en común de un hombre y una mujer? ¿Es que tendrá menor consistencia jurídica el matrimonio celebrado conforme a una confesión religiosa acreditada, que una unión de hecho?

¹⁸³ Son planteamientos que nos surgen a raíz de esta investigación pero, obviamente, no se intentarán resolver en este trabajo, dadas las limitaciones de tiempo y de espacio. Seguramente serán objeto de un futuro trabajo de investigación.

Asistimos a un vaciamiento del concepto de matrimonio y de familia en el que se conjugan “cuatro conceptos mágicos” que desfiguran y alteran su contenido jurídico y social. Estos conceptos son: a. Pluralismo ideológico y social en torno a la familia, el matrimonio y la sexualidad que lleva a los individuos a organizarse según sus preferencias, dando origen a tantos modelos de organización como de individuos; b. Neutralidad del Estado y de la sociedad en relación con las diferentes formas como los individuos organicen su vida sexual, afectiva, matrimonial y familiar, puesto que esto concierne a la esfera de la intimidad personal; c. Privatización de la sexualidad, del matrimonio y de la familia pasando a ser asuntos tan estrictamente privados, en los que el derecho poco o nada tiene que decir y la sociedad no tendría derecho a intervenir, porque daría lo mismo las formas de organizarse los individuos; d. Desjuridificación por la ausencia de un mensaje claro de la sociedad acerca de esas realidades, con su consecuente pérdida de sentido¹⁸⁴.

2. Diferentes actitudes y criterios ante la “legalización” de las uniones homosexuales:

Las autoridades civiles asumen, a veces, una simple tolerancia con respecto a este hecho; en otras ocasiones, promueven el reconocimiento legal de tales uniones para evitar la discriminación de quien convive con una persona del mismo sexo; en algunos casos favorecen la equivalencia legal de las uniones homosexuales al matrimonio propiamente dicho, sin excluir el reconocimiento de la capacidad jurídica a la adopción de hijos o de la reproducción asistida.

Los que desaprueban el reconocimiento legal de estas uniones homosexuales, apelan a la conciencia moral y a la ley moral objetiva a la cual se oponen tanto la aprobación de las relaciones homosexuales como la injusta discriminación de las personas homosexuales. Declaran que es necesario recordar que la tolerancia del mal es muy diferente a su aprobación o legalización y que no se puede ir contra la recta razón, pues al legalizar estas uniones se falta al deber de tutelar y promover la institución matrimonial y familiar, esencial para el bien común de la sociedad.

Los defensores de la legalización de las uniones homosexuales se preguntan ¿cómo podría contrariar al bien común una ley que no impone ningún comportamiento en particular, sino que se limita a hacer legal una realidad de hecho que no implica una injusticia hacia nadie? A lo que los opositores responden diciendo que es necesario diferenciar entre comportamiento social -como fenómeno privado- y el mismo como comportamiento público legalmente previsto, aprobado y convertido en una de las instituciones del ordenamiento jurídico con un alcance tan vasto y tan profundo, que podría comportar modificaciones contrarias al bien común de toda la organización social, ya que la ley civil desempeña un papel muy

¹⁸⁴ Vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. Diagnóstico sobre el derecho de familia, Madrid, 1996, pp. 45-52.

importante y determinante en la promoción de una mentalidad y de unas costumbres.

Las formas de vida y los modelos expresados en las leyes, no solamente configuran externamente la vida social, sino que tienden a modificar en las nuevas generaciones la comprensión y la valoración de los comportamientos. La legalización de las uniones homosexuales oscurece la percepción de algunos valores morales fundamentales y la desvalorización de la institución matrimonial, además de que desconocen los elementos biológicos y antropológicos del matrimonio y de la familia y la dimensión conyugal de la complementariedad de los sexos y de la apertura a la vida¹⁸⁵.

Sostienen los mismos opositores que si estas parejas homosexuales apelan a los medios de fecundación artificial, es una falta de respeto a la dignidad de la vida; y que al permitir la adopción de niños a las parejas homosexuales, se crean obstáculos en el desarrollo normal de los niños por la ausencia de bipolaridad sexual¹⁸⁶, pues la falta de experiencia de la paternidad o la maternidad no favorece el correcto desarrollo humano del menor, que es la parte más débil e indefensa, lo cual atenta contra el Derecho del Niño promulgado por la Convención Internacional de la ONU¹⁸⁷.

No puede invocarse el principio del respeto y la no discriminación de las personas, para atribuir un “*status*” social y jurídico de matrimonio a formas de vida que no son matrimoniales; ni tampoco puede invocarse el principio de la justa autonomía personal, ya que una cosa es que cada ciudadano pueda desarrollar libremente actividades de su interés y que tales actividades encajen en los derechos civiles comunes de libertad; y otra cosa muy distinta es que actividades que no representan una contribución significativa o positiva para el desarrollo de la persona y de la sociedad, puedan recibir del Estado un reconocimiento legal específico y cualificado en tanto en cuanto las uniones homosexuales no cumplen, ni remotamente, las tareas propias del matrimonio y de la familia y, en cambio, sí son nocivas para el recto desarrollo de la sociedad humana y del bien común.

Los contradictores a la legalización de este tipo de uniones creen que es falso el argumento según el cual la legalización de las uniones homosexuales sería necesaria para evitar que los convivientes, por el simple hecho de su convivencia homosexual, pierdan el efectivo reconocimiento de los derechos comunes que tienen como personas y ciudadanos. En realidad, como todos los ciudadanos, también ellos, gracias a su autonomía privada, pueden siempre recurrir al derecho común para obtener la tutela de situaciones jurídicas de interés recíproco.

Por su parte, los defensores de la legalización de las uniones homosexuales sostienen que los sentimientos homosexuales son algo normal, una simple cuestión de preferencia o gusto y, en muchos casos, de genética¹⁸⁸. Por eso creen que las relaciones homosexuales son normales y deberían ser consideradas iguales a las

¹⁸⁵ Temas que ya han sido desarrollados en los dos primeros capítulos de este trabajo de investigación.

¹⁸⁶ Cfr. SARMIENTO, A. – RUIZ, G. – MARTIN, J. *Ética y genética*, ob. cit. pp. 76-78

¹⁸⁷ Cfr. ZUMAQUERO, J. – HERVADA, J. *Textos internacionales de derechos humanos*, ob. cit. pp. 86-89

¹⁸⁸ Vid. MORSE, L.H. *Genetics and homosexuality*, PubMed, indexed for Medline, 1996; RUSE, M. *¿Are the gay genes? Sociobiology and homosexuality*, PubMed, indexed for Medline, 1981

heterosexuales, ser reconocidas legalmente y hacerlas equivalentes al matrimonio, además de dar una mayor información pública en la que se reconozca su normalidad.

Dicen que hay que conseguir que el público acepte la situación de homosexualismo y restaure los derechos de una minoría oprimida durante mucho tiempo. Algunos, incluso, van más allá y reclaman la aceptación de la idea de que cada adulto, por naturaleza, es en parte homosexual¹⁸⁹; por eso intentan, por todos los medios, que la educación de los niños sea modificada adoptando una postura más abierta hacia la homosexualidad. Consideran que la influencia de los factores psico-sociales se concibe en razón de que el desarrollo morfológico no garantiza automáticamente la evolución y la expresión de un comportamiento sexual adecuado. Interviene en ello también la dimensión psicológica y social, esto es, el aprendizaje de un comportamiento sexual considerado como normal para uno u otro sexo en un contexto social dado¹⁹⁰.

Argumentan sus defensores que la homosexualidad no es ninguna enfermedad mental ni tampoco ninguna perturbación de la personalidad. Se apoyan en que el Parlamento Europeo suprimió las disposiciones jurídicas que criminalizan y discriminan las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo, las que persiguen la homosexualidad como un atentado contra el orden público o las buenas costumbres, las que suponen discriminación en el derecho laboral, penal, civil, comercial o contractual y se pone fin a la prohibición de contraer matrimonio o acceder a regímenes jurídicos equivalentes a las parejas de lesbianas o de homosexuales, garantizando a dichas uniones los plenos beneficios del matrimonio; al mismo tiempo, piden que se elimine en los derechos nacionales toda restricción de los derechos de las lesbianas y homosexuales a ser padres y a adoptar o criar niños.

Estas Resoluciones del Parlamento Europeo son criticadas por los opositores a la legalización de las uniones homosexuales, considerando que este Parlamento no se ha limitado simplemente a defender a las personas con tendencias homosexuales ni a rechazar esas injustas discriminaciones hacia ellas. Sostienen que apoyan con decisión la no discriminación, pero lo que no es moralmente admisible es la aprobación jurídica de la práctica homosexual ya que se confiere indebidamente un valor institucional a comportamientos desviados; las conductas homosexuales son conductas elegidas voluntariamente por la persona. La elección es una elección psíquica. Ciertamente la inclinación puede deberse en ocasiones a muchos factores ambientales, culturales, sociales, de educación, en el que los individuos no hayan sido absolutamente libres, sino que están indudablemente condicionados, pero eso nada tiene que ver con atribuir superficialmente unas causas genéticas a las conductas homosexuales¹⁹¹.

¹⁸⁹ Cfr. MACKINTYRE, F. – ESTEP, K.W. Sperm competition and the persistence of genes for male homosexuality, *Ámsterdam*, 1993; PILLARD, R.C. – BAILEY, J.M. Human sexual orientation has a heritable component, *Boston*, 1998

¹⁹⁰ Cfr. LIM, L.C. Present controversies in the genetics of male homosexuality, *Singapore*, 1995, pp. 10-16; BYNE, W. – PARSONS, B. Human sexual orientation, *ob. cit.*, p. 54

¹⁹¹ Vid. ELÓSEGUI, M. Diez temas de género. Hombre y mujer ante los derechos productivos y reproductivos, *Madrid*, 2002, pp. 26-27, 33-34

Argumentan además que la regulación legal de la unión de hecho homosexual –en mayor grado que para la heterosexual- es no sólo potencialmente desestabilizadora de la noción de matrimonio, sino también de dudosa utilidad para las propias uniones de hecho. Para estas segundas, porque la concesión de efectos jurídicos a través de la vía legislativa hará gravitar inmediatamente sobre todas las uniones de hecho entre homosexuales, inscritas o no, la sombra amenazante de la analogía entre no inscritas e inscritas. Es decir, esa regulación dificultará precisamente la posibilidad de una relación sin lazos jurídicos. De modo que no podrá sorprender lo que hoy sería paradójico que si dos homosexuales desean verdaderamente una unión “libre” sin consecuencias jurídicas, deberán tomar la cautela de especificarlo por escrito¹⁹².

Con todo esto, concluyen los opositores a la legalización de las uniones homosexuales, que una cosa es la justa reacción frente a las injusticias cometidas con las personas homosexuales y otra cosa es reconocer, promover y aprobar la homosexualidad¹⁹³.

Lo cierto es que sabemos muy poco acerca del origen de la inclinación sexual. Podría decirse que la ciencia no ha llegado todavía a ninguna demostración probada de que la homosexualidad tenga bases genéticas; nadie ha demostrado que ciertas personas estén determinadas a la homosexualidad. Hoy por hoy, esta afirmación no tendría ninguna base en datos científicos probados.

3. Derecho, biología y cultura:

En el derecho civil se están planteando una serie de retos en la regulación jurídica de la sexualidad, afectando directamente a la institución del matrimonio, basada en la nota esencial de la heterosexualidad. Hay dos planteamientos en pugna: uno es que el derecho debe regular siguiendo la realidad biológica y el otro es que el derecho es una construcción cultural al margen de la biología, que puede decidir las instituciones siguiendo la voluntad de las personas. Existe una postura intermedia que dice que el derecho debe respetar la biología, quedando márgenes de construcción cultural. Una adecuada solución jurídica exige conocer conceptos biológicos y científicos.

Los presupuestos antropológicos son determinantes para establecer la relación entre biología y cultura con respecto a la institución del matrimonio. Unos definen el matrimonio y la familia en relación a la procreación, a la complementariedad de los sexos, haciendo referencia a la posibilidad de establecer relaciones heterosexuales sin que necesariamente haya descendencia.

¹⁹² Vid. NAVARRO-VALLS, R. Matrimonio y derecho, ob. cit., p. 45

¹⁹³ Son tantos y tan variados los autores que defienden y que se oponen a la legalización de las uniones homosexuales, que sería interminable relacionarlos concretamente. Por esto, hemos intentado en este apartado hacer una síntesis de sus diferentes argumentaciones. Como toda síntesis, es limitada, porque no se puede exponer su pensamiento de manera pormenorizada sino general. Sin embargo, a lo largo del presente trabajo de investigación, hemos citado varios autores a favor o en contra de la legalización.

Otros conciben el matrimonio como una unión afectiva en sentido amplio, que no implica la sexualidad entendida como cópula. Este sector de la doctrina desvincula el matrimonio de sus aspectos biológicos o sexuales, interpretando la vida familiar de un modo más amplio y recomendando la igualdad de derechos a las lesbianas y homosexuales. Dicen que todos los ciudadanos son iguales con independencia de su orientación sexual y debe garantizárseles los plenos beneficios y derechos del matrimonio, permitiendo la inscripción de la convivencia y la posibilidad de la adopción.

¿Realmente existe un derecho a la libre opción sexual? ¿Estaría en la categoría de los derechos fundamentales? Bien sabemos que los derechos fundamentales son los derechos naturales protegidos constitucionalmente. Son expresión de la naturaleza y de la construcción cultural, esto es, naturales y culturales. Que el derecho sea una construcción cultural no quiere decir que pueda ser antinatural. La naturaleza¹⁹⁴ es un límite para la técnica jurídica; mediante el artificio podemos no quedar a merced de las reglas de la naturaleza, pero no podemos contradecirlas, puesto que la naturaleza y los derechos son realidades distintas, pero no antagónicas¹⁹⁵.

Por eso es nulo e inexistente el “matrimonio” entre homosexuales o transexuales por no existir un verdadero consentimiento matrimonial, ya que excluye la nota natural, biológica y, por lo tanto, esencial de la heterosexualidad del matrimonio. El componente del matrimonio no es sólo la libertad, sino también la naturaleza biológica de la conyugalidad, es decir, la complementariedad varón-mujer. En estas situaciones concretas el simple componente psíquico, unido a asumir un rol femenino o masculino, sintiéndose emocionalmente mujer u hombre desde la infancia, así hubiese intervención quirúrgica posterior, no modifica ni altera los componentes determinantes del sexo. El sexo es una cualidad de la persona y, como tal, pertenece al derecho natural imperativo con importantes componentes de derecho público, que no están sujetos al arbitrio de los particulares. Por lo tanto, está fuera de la esfera del derecho dispositivo¹⁹⁶.

4. Un sano pluralismo cultural:

Un sano pluralismo cultural que sostiene que el matrimonio es una construcción convencional, cultural y plural, no significa que sea una institución arbitraria. Lo cultural se fundamenta en lo real y, a su vez, las instituciones reales se organizan de un modo cultural. Por eso el derecho tiene una dimensión cultural y fáctica, pero no se agota en ellas. Hay límites de lo fáctico. El derecho pretende regular lo que conviene hacerse, no sólo lo que se puede hacer. El derecho aparece en ocasiones

¹⁹⁴ Y dentro de la naturaleza, el matrimonio con sus aspectos biológicos o sexuales, conformes a la sexualidad humana.

¹⁹⁵ Vid. PÉREZ ROYO, J. Curso de derecho constitucional, 9ª. Edición, Madrid, 2003, p. 295

¹⁹⁶ Vid. BURKE, C. Relevancia jurídica de las pericias psiquiátricas. Su aplicación en un ejemplo concreto: la homosexualidad, ob. cit. pp. 105-107

para frenar un poder, imponer un deber, ordenar conflictos, establecer justicia¹⁹⁷. Los criterios con los que resuelve los conflictos no son siempre culturales, sino también de justicia y valorativos.

La sexualidad humana es una dimensión de la persona, porque la persona humana es una persona sexuada. La condición sexuada pertenece al ser de la persona, lo que constituye el fundamento mismo del derecho a la identidad sexual desde su condición concreta de varón o de mujer, pues actúa no desde una libertad incorporal y asexuada, sino desde unas concretas condiciones existenciales, las cuales no pueden elegirse ni cambiarse.

Sabemos que el matrimonio y la familia no los crean ni la sociedad ni el Estado, sino las personas concretas a través de los dinamismos personales de la sexualidad propiamente humana.

El sexo es cualidad immanente del ser humano, en tanto que la sexualidad, por referirse al comportamiento o conducta del individuo con relación a él, es contingente y versátil, no pudiendo constituir este último, por consiguiente, factor adecuado para cambiar aquél, pues el sexo, aun con componentes psíquico-somáticos, tiene incuestionablemente un ingrediente de carácter físico-biológico, de trascendencia infinitamente mayor que el elemento psíquico que lo complementa y adorna¹⁹⁸.

El estado sexual de cada hombre en el todo en el que necesariamente ha de estar no es algo que arbitrariamente puedan fijar el mismo sujeto o el legislador, sino que "viene dado" en las condiciones y características de cada individuo.

A partir de la edad núbil el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho¹⁹⁹. La atribución de uno u otro sexo en una persona es relevante en el orden jurídico, ya que es uno de los datos caracterizadores o conformadores del estado civil.

Si se acogiera indiscriminadamente la facultad de cambiar de sexo, o de elegir la opción homosexual, no quedarían excluidas ulteriores opciones, pues nada se dice sobre que el primer cambio sea de efectos consuntivos. Piénsese en este aspecto de la inseguridad jurídica en el despliegue temporal de los efectos de una declaración constitutiva de sexo, especialmente en cuanto a relaciones jurídicas atinentes al estado civil o a relaciones familiares como el de la paternidad o la maternidad constituidas con anterioridad a dicha declaración de cambio.

5. Algunas reformas familiares:

¹⁹⁷ "Uno de los aspectos más importantes de la cultura es el derecho. La cultura, que es una continuación de la naturaleza, lleva consigo normatividad y, en este sentido, también alude a la ética" (POLO, L. Quién es el hombre. Un espíritu en el mundo. Madrid, 1992, p.170)

¹⁹⁸ Cfr. MONGE, M.A. Medicina pastoral, ob. cit. pp. 89-110

¹⁹⁹ Cfr. HERVADA, J. Esencia del matrimonio y consentimiento matrimonial, ob. cit., p. 157

En el pasado siglo XX y en lo que va del presente siglo XXI, el matrimonio ha sido una de las instituciones civiles más profundamente reformadas. Empezando por el principio fundamental de la igualdad entre los cónyuges, lo que repercutió en los derechos y deberes conyugales, las relaciones paterno-filiales, el régimen económico matrimonial cuyos cambios se realizaron de manera gradual y paulatina²⁰⁰. Avances científicos referentes a la reproducción (contraceptivos, pruebas biológicas de la paternidad, técnicas de reproducción asistida, etc.) influyeron en el derecho de filiación e indirectamente en el derecho matrimonial.

La oleada de reformas que se han dado en Occidente en el modelo matrimonial generalmente aceptado, ha obedecido más a principios ideológicos apoyados por grupos de presión (como por ejemplo las asociaciones de gays y lesbianas), que a mandatos constitucionales o a trabajos de investigación²⁰¹. Es el caso de la promulgación de leyes y de los efectos jurídicos de las parejas de hecho que en un principio eran exclusivamente heterosexuales y que se han ampliado a las uniones homosexuales.

En los países escandinavos, basados en los principios de neutralidad, indiferencia o abstencionismo del Estado frente a las uniones de hecho, han equiparado prácticamente estas uniones con el matrimonio, sobre todo en lo que respecta al régimen patrimonial. Análogamente, aunque de manera diversa, ha sucedido lo mismo en Francia, Alemania, y otros países europeos. Holanda es un caso especial, pues fue el primer país europeo que permitió legalmente el “matrimonio” entre homosexuales, modificando el requisito esencial de la heterosexualidad. Y se ha ido más allá: la ley holandesa del 21 de diciembre de 2000 y que entró en vigor el 1 de abril de 2001, admitió la adopción de menores por parejas del mismo sexo²⁰², lo que altera fundamentalmente la naturaleza de la adopción, ya que parece ser que persigue el interés de los adoptantes de adquirir en su beneficio una relación paterno-filial respecto del adoptado, y no tanto en perseguir el interés del menor. Esto transforma radicalmente la visión general del Derecho de Familia, pues no sólo repercute en la posición jurídica de los hijos, sino que se viola el principio de igualdad de filiación y de no discriminación, al resultar muchas situaciones posibles con diferente contenido de derechos y obligaciones²⁰³.

Estas reformas parlamentarias han tenido repercusión en España, como en cualquier otro país de la Unión Europea, sobre todo en la elaboración de los programas de los partidos políticos y en la promulgación de las leyes autonómicas, lo que hace imposible extraer una línea generalizada de una común orientación legislativa.

²⁰⁰ Cfr. AA.VV. *Forme delle famiglie, forme del diritto. Mutamenti della famiglia e dell'istituzioni nell'Europa Occidentale* (a cura de V. Pocar e P. Ronfani, Milano, 1992, pp. 77-78)

²⁰¹ Vid. *Ibidem*

²⁰² A partir de ese año 2001 a la actualidad, año 2004, se ha incrementado en estos escasos tres años, el número de países europeos que también permiten la adopción entre las parejas homosexuales. En España, hay tres Comunidades Autónomas que también la permiten, Aragón, Navarra y País Vasco.

²⁰³ Piénsese, por ejemplo en las diversas situaciones que este hecho posibilita: como la relación en la que los padres están casados con personas de sexo opuesto; o en que los padres de sexo opuesto, sin estar casados, han registrado su unión; o en la que los padres de sexo opuesto, ni se han casado ni han registrado su unión; o en la que los padres ya estén casados o hayan registrado su unión, pero son del mismo sexo; o en la que los padres del mismo sexo, ni se han casado ni han registrado su unión.

V. CONCLUSIONES

1. Presentar la dimensión jurídica del amor fecundo e indisolublemente fiel es la realidad de la que debe partir el jurista para explicar y armonizar el matrimonio con el conjunto de notas y propiedades que lo caracterizan. Precisar qué es lo justo para los cónyuges en cuanto personas, cuáles son las exigencias de justicia en sus relaciones interpersonales es lo que debe determinar el jurista.

2. Una visión extremadamente contractualista del matrimonio en la que el principio del libre consentimiento de los cónyuges es la única causa eficiente del matrimonio, no tendría mayor dificultad si se entendiera –como hasta ahora había sido- que la palabra cónyuges hace relación exclusiva a la unión de un hombre con una mujer. El principio de la autonomía de la voluntad como la única generadora de las obligaciones de las partes y como el único criterio válido para la constitución del matrimonio, aunque es cierto y legítimo, no se puede mal interpretar para favorecer opciones que nada tienen que ver con la verdadera calificación jurídica del matrimonio y de la familia.

3. No existe derecho sin objeto, el cual en el matrimonio se refiere a la persona de los cónyuges en su dimensión conyugal (virilidad y feminidad), con la que se origina la unidad en las naturalezas diferenciadas que es también unidad jurídica y social. Una ley que quiebra el orden de las relaciones interpersonales y el orden del amor, no puede ser una ley justa ni, mucho menos, decir qué es lo justo para los cónyuges y para la familia. Lo justo es darles a las personas de los cónyuges lo que les pertenece por naturaleza en una relación de igualdad basada en el amor conyugal y en la donación personal. En consecuencia, la persona tiene derechos naturales originarios, esto es, en razón de su naturaleza humana que deben ser respetados por todos los demás.

4. Es por esto que “naturaleza y libertad” se estrechan admirablemente en la relación conyugal porque el fundamento de la conyugalidad, como relación familiar, radica en un acto de libertad –el pacto conyugal- que integra los dinamismos del amor conyugal. La conyugalidad no es solamente obra de la libertad; en ella interviene de modo constitutivo la naturaleza, o sea, la constitución afectiva, corpórea y espiritual de la persona que los inclina a hacerse *una caro*.

5. Para que exista un verdadero consentimiento matrimonial debe darse la nota esencial de la heterosexualidad, que es el presupuesto natural y específico de la conyugalidad y de la relación de naturaleza familiar. La relación conyugal, del mismo modo que las demás relaciones familiares, une a las personas en las líneas de identidad personales, originales y primordiales. Esa identidad personal ha sido creada por voluntad de los esposos para constituirse en marido y mujer. Es por esto que la relación conyugal sólo se da entre esposos, los cuales son los “primeros parientes”.

6. Nos encontramos así ante una característica propia de la conyugalidad respecto de las otras relaciones familiares: su carácter sexual, es decir, la dimensión sexual y constitutiva de la relación conyugal que sólo es posible entre un hombre y una mujer. Un sistema de parentesco que no tuviera en cuenta la condición sexual sería absolutamente impensable; por esto, la condición sexual es completamente necesaria para poder establecerse cualquier sistema de parentesco.

7. La familia no es un conjunto de personas que ponen en común sus existencias y sus bienes, según un sistema convencional de normas de comportamiento. La familia es una comunidad de personas que puede constituirse solamente en la

comunidad conyugal del hombre y la mujer que los hace esposos y, como cónyuges, los hace los primeros parientes.

8. Y lo son porque el vínculo conyugal no es simplemente un vínculo jurídico derivado de un mero acuerdo de la voluntad de los contrayentes, sino que es una relación verdaderamente familiar. Si sólo fuera obra de la libertad, excluyendo la naturaleza, podrían darse un sin número de posibilidades cuantas fueran las que quisieran pactarse, dando así origen a eufemismos como los que actualmente enfrenta el derecho, al pretender equiparar el matrimonio y la familia a lo que arbitrariamente quieran las partes constituir, apoyándose en equivocados conceptos de libertad, de amor, de justicia y de tolerancia, como puede ser el del derecho a la “opción sexual”.

9. Por otra parte, los contrayentes tienen el derecho de determinar el tipo de vida matrimonial que quieran vivir, siempre que se respete el contenido natural del consentimiento, que debe contemplar el carácter interpersonal y familiar de la relación conyugal. Sólo de esta manera puede protegerse la verdad y la libertad del consentimiento matrimonial que funda la familia, la cual es un núcleo natural que se apoya en unos fundamentos biológicos y antropológicos dotados de la misma perennidad que la naturaleza humana (en la que a su vez se apoya la dignidad de la persona) los cuales, sintéticamente, son:

9.1. La sexualidad humana es una dimensión de la persona. La persona humana es una persona sexuada. La condición sexuada pertenece al ser de la persona lo que constituye el fundamento mismo del derecho a la identidad sexual, desde su condición concreta de varón o de mujer, pues actúa no desde una libertad incorporal y asexuada, sino desde unas concretas condiciones existenciales, las cuales no pueden elegirse ni cambiarse, están allí como presupuesto del ejercicio de la libertad y como condición personal del “yo”. En virtud de esta condición ontológica y desde ella (sexo biológico) se reconoce a sí misma (sexo psicológico) y pide ser reconocido por la sociedad (sexo social y civil). Y esa condición no radica en su psiquismo, sino en lo que la persona es como ser en relación.

9.2. El cuerpo humano tiene una estructura esponsalicia: o se es varón o se es mujer con una apertura y complementariedad sexual y con una atracción natural entre los sexos, con un amor personal que se compromete y entrega en un amor específico (el amor conyugal) que, por implicar corporeidad, es capaz de comunicarse generando vida.

9.3. La esponsalidad o conyugalidad engendra una relación de justicia: esa atracción sexual se transforma, mediante un acto libre y soberano de la voluntad (el consentimiento matrimonial) y deja de ser un “hecho” para convertirse en una deuda de justicia asumida personalmente: el paso de ser amantes a ser esposos. Ese pacto matrimonial no es un simple sentimiento amoroso, ni tampoco un acto privado, sino un acto de voluntad que funda el estado matrimonial con un *status* jurídico y plena relevancia social, porque en él se constituyen las dos primeras

identidades familiares: la de esposo y esposa, sobre la que se articulan las restantes: padre, madre, hijo/a, hermano/a, abuelo/a, etc.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV. Cuestiones fundamentales sobre matrimonio y familia. II Simposio internacional de teología de la Universidad de Navarra, Pamplona, 1980.

AA.VV. Diritto del sesso e matrimonio, Verona, 1986

AA.VV. El concepto de persona, Madrid, 1980

AA.VV. Escritos en honor de Javier Hervada, en *Ius Canonicum*, Volumen especial, Pamplona, 1999

AA.VV. Forme delle famiglie, forme del diritto. Mutamenti della famiglia e dell'istituzioni nell'Europa occidentale (a cura di V. Pocar e P. Ronfani), Milano 1991

AA.VV. *International Journal of Law, Policy and the Family*, Oxford University Press, 1999 a 2004

AA.VV. La procreazione artificiale tra etica e diritto, Padova, 1989

AA.VV. Maschio-femmina: dall'uguaglianza alla reciprocità, Milano, 1992

AA.VV. Matrimonio. El matrimonio y su expresión canónica ante el III milenio. Pamplona, 2000

AA.VV. Nuova enciclopedia del matrimonio, Brescia, 1992

AA.VV. *The International Survey of Family Law. Changes in family forms*, The Netherlands, 2000 a 2004

ALVIRA, R. El lugar al que se vuelve. Reflexiones sobre la familia, Pamplona, 1998

ALZATE, P. Fundamentación jurídica de la indisolubilidad del matrimonio (hacia una inculturación de la Verdad del Principio), tesis doctoral en derecho canónico, Pontificia Universidad de la Santa Cruz, Roma, 1995

ALZATE, P. La relación conyugal, como relación familiar, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad del Norte, Barranquilla, Enero-Julio de 1996, pp. 34-45

ALZATE, P. Matrimonio, Familia y Cultura, Bogotá, 1997

ALZATE, P. Adoption Law in Colombia, The Internacional Survey of Family Law, The Netherland, 1998, pp. 98-120

ALZATE, P. Legal Update from Colombia: The project for a law giving equal status to same-sex couples is finally sunk, The International Survey of Family Law, Great Britain, 2004, pp. 99-109

AMAT E. Claves de la inmadurez para el matrimonio, Madrid, 1994

AMIGO, F. Unidad e indisolubilidad del matrimonio, Madrid, 1962

ANDERSON, M. Aproximaciones a la historia de la familia occidental (1500-2000), Madrid, 2001

ARJONILLO, R. Sobre el amor conyugal y los fines del matrimonio, Madrid, 1998

ARREGUI, J. – CHOZA, J. Filosofía del hombre. Una antropología de la intimidad, Madrid, 1991

ARREGUI, J. – RODRIGUEZ, C. Inventar la sexualidad, Madrid, 1995

BAÑARES, J.I. El matrimonio; en torno a la esencia, propiedades, bienes y fines, pp. 441-458, en *Ius Canonicum*, Vol. XXXIV, No. 68, Pamplona, 1995

BAÑARES, J.I. Persona y sexualidad humanas. Verdad antropológica y dimensión de justicia, en *Escritos en Honor a Javier Hervada*, *Ius Canonicum*, Volumen Especial, pp. 505-518, Pamplona, 1999

BASEVI, C. Sexualidad humana y sacramentalidad, Madrid, 1992

BERNARDEZ CANTÓN, A. Compendio de derecho matrimonial canónico, Madrid, 1990

BOTELLA, J. La genética y la endocrinología en la homosexualidad, Madrid, 1996

BURGUIERE, A. Una geografía de las formas familiares, Madrid, 1990

BURKE, C. Relevancia jurídica de las pericias psiquiátricas. Su aplicación en un ejemplo concreto: la homosexualidad, pp. 105-144 en *Ius Canonicum*, Vol. XLI, 81, Pamplona, 2001

BYNE, W. – PARSONS, B. Human sexual orientation. The biologic theories reappraised, New York, 1993

CAFFARRA, C. Etica generale della sessualità, Milano, 1996

CAMPANINI, G. Amore, famiglia, matrimonio, Casale Monferrato, 1994

CARRERAS, J. Las bodas: sexo, fiesta y derecho, Madrid, 1995

CARRERAS, J. Situaciones matrimoniales irregulares (la solución canónica), Pamplona, 2002

CARRERAS, J. La autonomía de la “incapacidad para asumir las obligaciones esenciales del matrimonio” como capítulo de nulidad, en *Escritos en honor de Javier Hervada*, pp. 779-794, Pamplona, 1999

CARRERAS, J. La giurisdizione della chiesa sul matrimonio e sulla famiglia, Roma, 1998

CASTILLA, B. Persona femenina, persona masculina, Madrid, 1996

CASTILLA B. La complementariedad Varón-Mujer. Nuevas hipótesis, Madrid, 1996

DIEZ PICAZO, L. – GUILLÉN, A. Sistema de derecho civil. Vol. IV: Derecho de familia y derecho de sucesiones, Madrid, 1982

ELÓSEGUI, M. La transexualidad. Jurisprudencia y argumentación jurídica, Granada, 1999

ELÓSEGUI, M. Diez temas de género. Hombre y mujer ante los derechos productivos y reproductivos, Madrid, 2002

FERRER, J. Celebración en secreto e inscripción en el Registro civil, en Forma jurídica y matrimonio canónico, pp. 43-74, Pamplona, 1997

FERRER, J. El matrimonio canónico en el ordenamiento español, Pamplona, 1986

FERRER, J. El sistema matrimonial, en Tratado de Derecho Eclesiástico, pp. 895-990, Pamplona, 1996

FERRER, J. La familia en la experiencia constitucional española: declaraciones de principio y realidad normativa, en *Ius Canonicum*, Vol. XXXIV, No. 68, pp. 459-482, Pamplona, 1994

FORNÉS, J. Derecho matrimonial canónico, 4ª. Edición, Madrid, 2000

FRANCESCHI, H. – CARRERAS J. Antropología jurídica de la sexualidad. Fundamentos para un derecho de familia, Caracas, 2000

FRANCESCHI, H. Curso de actualización en derecho matrimonial y procesal, Caracas, 2001

FRANCESCHI, H. *Ius connubii e sistema matrimoniale*, tesis doctoral en derecho, sin publicar, Universidad de Navarra, 2002

FRANCESCHI, H. La teoría de las virtudes como aportación al concepto de capacidad para el consentimiento matrimonial, en Cuadernos Doctorales nº 10, pp. 85-150, Pamplona, 1993

GARCIA CANTERO, G. ¿Unidad o pluralidad de modelos matrimoniales?, Universidad de Zaragoza, 2003

GARCIA HOZ, V. Educación de la sexualidad, Madrid, 1991

GAVIDIA, J. El matrimonio del transexual. Planteamientos y análisis jurisprudencial, Revista de derecho privado I y II pp. 517-569, Madrid, 2002

GIL HELLIN, F. La sociedad de hombre y mujer expresión primera de la comunión de personas, en *Anthropotes* 1 (1988), pp. 123-144

GIL HELLIN, F. *Il matrimonio e la vita coniugale*. Librería Editrice Vaticana, 1996

GODDY, J. *La evolución de la familia y del matrimonio en Europa*, Barcelona, 1989

GONZÁLEZ DEL VALLE, J. *Derecho canónico matrimonial según el Código de 1983*, Pamplona, 1988

GONZÁLEZ Y GONZÁLEZ, F. *Ignorancia y consentimiento matrimonial*, León, 1982

GREEN, R. – KEVERNE, EB. *The disparate maternal aunt-uncle ratio in male transsexuals: an explanation invoking genomic imprinting*, London, 2000

HERVADA, J. *Diálogos sobre el amor y el matrimonio*, Pamplona, 1974

HERVADA, J. *Las obligaciones esenciales del matrimonio*, pp. 59-83, en *Ius Canonicum*, Vol. XXXI, No. 61, Pamplona, 1991

HERVADA, J. *Libertad, naturaleza y compromiso en el matrimonio*, Madrid, 1992

HERVADA, J. *Reflexiones en torno al matrimonio a la luz del derecho natural*, en *Persona y Derecho* I (1974), pp. 95-100

HERVADA, J. *Studi sull'essenza del matrimonio*, Milano, 2000

HERVADA, J. *Una caro. Escritos sobre el matrimonio*, Pamplona, 2000

HERVADA, J. *Vetera et Nova. Cuestiones de derecho canónico y afines (1958 – 1991)*, Volúmenes 1 y 2, Pamplona, 1991

HERVADA, J. – ZUMAQUERO, J. *Textos internacionales de derechos humanos*, Pamplona, 1978

LEWIS, C.S. *Los cuatro amores*, Madrid, 1997

LIM. L.C. Present controversies in the genetics of male homosexuality, Singapore, 1995

LÓPEZ ALARCÓN, M. – NAVARRO VALS, R. Curso de derecho matrimonial canónico y concordado, Madrid, 1995

LORÉ, C. – MARTINI, P. Aspetti e problemi medico-legali del transessualismo, Milán, 1986

LUCAS LUCAS, R. Bioética para todos, México, 2003

LUCAS LUCAS, R. La persona y la sexualidad, en Antropología y problemas bioéticos, Madrid, 2001, pp. 29-65

MACKINTYRE, F. – ESTEP, KW. Sperm competition and the persistence of genes for male homosexuality, Ámsterdam, 1993

MALINOWSKY, B. Teoria scientifica della cultura, Milano, 1982

MARTÍN LÓPEZ, E. Sociología de la comunicación humana, Madrid, 1987

MARTÍN LÓPEZ, E. Comunicación hombre-mujer, Madrid, 1994

MARTINEZ DE AGUIRRE, C. Diagnóstico sobre el derecho de familia, Madrid, 1996

MARTINEZ GRAS, X. – LLAQUET L. Antropología, pastoral y derecho en la preparación del matrimonio, en *Ius Canonicum*, Vol. XLI, No. 82, pp. 571-606, Pamplona, 2001

MELENDO, T. Ocho lecciones sobre el amor, Madrid, 1996

MOLANO, E. Hacia un derecho canónico de familia, en *El matrimonio y su expresión canónica ante el III milenio*, pp. 793-804, Pamplona, 2000

MONGE, M.A., Medicina pastoral, Pamplona, 2002

MONTESINOS, N. Ius connubii, matrimonio, familia y uniones homosexuales. Algunas reflexiones sobre la coexistencia de dos ordenamientos, en *El matrimonio y su expresión canónica ante el III milenio*, pp. 587-600, Pamplona, 2000

MORENO, A. *Sangre y libertad*, Madrid, 1999

MORSE, L.H. *Genetics and homosexuality*, Medline, 1996

MURDOCK, G.P. *La struttura sociale*, Milano, 1991

NAVARRO-VALLS, R. *Matrimonio y derecho*, Madrid, 1994

PAZ, O. *La llama doble. Amor y erotismo*. Barcelona, 1997

PÉREZ ROYO, J. *Curso de Derecho Constitucional*, 9ª. Edición, Madrid, 2003

PIEPER, J. *El amor*, Madrid, 1984

PILLARD, R.C. – BAILEY, J.M. *Human sexual orientation has a heritable component*, Boston, 1998

POLAINO LLORENTE, A. *Madurez personal y amor conyugal*, Madrid, 1997

POLO, L. *¿Quién es el hombre? Un espíritu en el mundo*, Madrid, 1995

PRIETO MARTINEZ, V. *El juez ante las causas de nulidad matrimonial*, pp. 155-172, en *Ius Canonicum*, Vol. XXXI, No. 61, Pamplona, 1991

PRIETO MARTINEZ, V. *La función directiva del Juez en la instrucción de la causa*, pp. 65-101, en *Ius Canonicum* Vol. XXXIV, No. 67, Pamplona, 1994

REICH, W. *La rivoluzione sessuale*, Milán, 1970

ROJAS, E. *El amor inteligente*, Madrid, 1991

ROJAS, E. *La conquista de la voluntad*, Madrid, 2003

RUSE, M. ¿Are the gay genes? Sociobiology and homosexuality, PubMed, indexed for Medline, 1991

SARMIENTO, A. – RUIZ PÉREZ, G. – MARTÍN, J. Ética y genética, Pamplona, 1993

THIBON, G. Sobre el amor humano, Madrid, 1974

TIRAPU, D. – MANTECÓN, J. Once lecciones de derecho matrimonial, Jaén, 1992

TOLDRÁ ROCA, M. Capacidad natural y capacidad matrimonial. La transexualidad, Barcelona, 2000

TOMÁS Y GARRIDO, G.M. La sexualidad humana, en Manual de bioética, Barcelona, 2001, pp. 243-254

VAN DEN AARDINEG, G. Homosexualidad y esperanza. Terapia y curación en la experiencia de un psicólogo, Pamplona, 1997

VEGA, A.M. La unidad del matrimonio y su tutela penal. Precedentes romanos y canónicos del delito de bigamia, Granada, 1997

VEGA, A.M. Políticas familiares en un mundo globalizado, Madrid, 2002

VICENTE, J. – CHOZA, J. Filosofía del hombre. Una antropología de la intimidad, Madrid, 1993

VILADRICH, P.J. Agonía del matrimonio legal, Pamplona, 1984

VILADRICH, P.J. El modelo antropológico del matrimonio, Madrid, 2001

VILADRICH, P.J. El pacto conyugal, Madrid, 1994

VILADRICH, P.J. El ser conyugal, Madrid, 2001

VILADRICH, P.J. La familia soberana, pp. 427-440, en *Ius Canonicum*, Vol. XXXIV, No. 68, Pamplona, 1995

VON HILDEBRAND, D. La esencia del amor, Pamplona, 1998

WOESTMAN, W. Papal allocutions to the Roman Rota, 1939-1994, Ottawa, 1995

WOJTYLA, K. Amor y responsabilidad, Madrid, 1980

WOJTYLA, K. Educazione all'amore, Roma, 1978

WOJTYLA, K. Persona y acción. Madrid, 1982

ZANNONI, G. Matrimonio e antropología nella giurisprudenza rotale, Roma, 1995

ZANOTTI, A. Le manipolazioni genetiche e il diritto della chiesa, Milán, 1990