

LA HETEROSEXUALIDAD COMO PRINCIPIO CALIFICADOR DEL MATRIMONIO

Vicente Bellver Capella

Departamento de Filosofía del Derecho, Moral y Política. Universitat de València

Juan José Silvestre Valor

Estudiante de 5º de Derecho. Universitat de València

1. INTRODUCCION

La proclamación por la ONU de 1994 como Año Internacional de la Familia y los incontables actos y adhesiones que tuvieron lugar en esos meses son sólo una muestra de algo evidente: la enorme sensibilidad de la opinión pública mundial en los últimos años hacia esta institución¹. Después de unos años sesenta en que la familia fue criticada desde los sectores contraculturales como estructura de dominación, la crisis actual —altos índices de divorcio, aumento del número de hijos nacidos fuera del matrimonio y de los hijos que no viven con sus padres naturales, etc.— está conduciendo a un replanteamiento de la cuestión, en la línea de una mayor consideración y protección hacia la familia.

Pero junto a este movimiento —*nuevo* porque surge para paliar los problemas *nuevos* generados por la debilitación de la institución familiar— se sigue reivindicando, por parte de algunos colectivos sociales, la equiparación al matrimonio de la relación íntima y duradera entre dos personas del mismo sexo. Para que una pareja homosexual pueda considerarse como familia con todos los reco-

nocimientos jurídicos y sociales que comporta, se dirá, convendrá que se le reconozca el derecho al matrimonio.

Esta pretensión parte de la idea de que la familia fundada sobre el matrimonio heterosexual monogámico es sólo un modelo de familia entre los muchos existentes. La institución cultural del matrimonio como unión estable de uno con una no sería más que la característica de una determinada etapa de la historia de la familia. De esta manera, en una sociedad plural y multicultural habría que ampliar el concepto de “familia” para abarcar cualquier tipo de convivencia entre un grupo de personas vinculados por ciertas relaciones afectivas. El matrimonio heterosexual daría lugar a un tipo de familia; pero ya no sería el núcleo primario de cualquier familia, pues ésta podría constituirse sobre la base de una unión homosexual o poligámica. Desde esta perspectiva no se admitiría ninguna base o requisito ontológico que fundamentara la institución familiar.

En esta encrucijada de tendencias sociales de signo contrario —unas que tienden a la protección del matrimonio heterosexual, como base natural de la familia; y otras que reivindican la condición matrimonial para cualquier tipo de relación afectiva íntima— se plantea la concreta cuestión de si cabe reconocer a dos personas del mismo sexo el derecho a contraer matrimonio. Parece que la respuesta dependerá de si la heterosexualidad es una *conditio sine qua non* para contraer matrimonio. El Derecho español, en consonancia con los ordenamientos de su entorno cultural y con las declaraciones internacionales de derechos humanos, exige la heterosexualidad como elemento constitutivo del

matrimonio o, según dice la Jurisprudencia del TC, como “principio calificador del vínculo matrimonial”². En la segunda parte de nuestro trabajo hacemos una somera referencia al *status questionis* en el Derecho comparado y en la Jurisprudencia del TEDH, para a continuación centrarnos en nuestro ordenamiento jurídico. En la primera parte, tratamos de indagar las razones por las que la heterosexualidad es un requisito jurídico para que haya matrimonio.

En este trabajo no entramos en los problemas éticos que pueda suscitar la homosexualidad. Nuestro punto de partida es la consideración de la homosexualidad como una condición o actividad que, referida a personas adultas y libres, se considera perteneciente al ámbito de la privacidad; y que, por esa falta de trascendencia social (a nadie le importa cuál sea la conducta sexual de un particular), no requiere de mayor atención por el Derecho que la de garantizar la libertad para que el ámbito de privacidad no quede vulnerado: ámbito en el que propiamente se expresa el comportamiento sexual del ser humano. Dando esto por supuesto, nos preguntamos si hay razones para exigir la heterosexualidad como condición del matrimonio y en qué medida esto se refleja en el Derecho vigente.

2. Razones metajurídicas de la heterosexualidad en el matrimonio

Para identificar cuáles son y por qué existen unos principios calificadores del matrimonio, podemos partir de lo que sobre el particular señalan las declaraciones internacionales de derechos humanos. El art. 16 de

la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuyo texto inspira posteriormente el artículo 12 de la Convención Europea de los Derechos del Hombre y el artículo 32 de la CE, proclama que “los hombres y mujeres, a partir de la edad núbil tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y a fundar una familia” y que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del estado”. Idéntico contenido ofrece el artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el que se afirma: “1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y del Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello. 3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes”. Por su parte, el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales afirma que “el matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges”.

Siguiendo el artículo 16 de la Declaración Universal, aunque de forma más concisa, el artículo 12 del Convenio Europeo para la protección de Derechos Humanos dice: “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 derecho”.

De todo ello podemos deducir tres grandes principios que delimitan la institución matrimonial del resto de uniones afectivas no reguladas por la mayoría de los ordenamientos jurídicos, que son: el libre consentimiento, la heterosexualidad en los sujetos del

negocio jurídico y la igualdad entre los mismos. El primero de estos elementos hace imposible la constitución de un matrimonio si no concurre la voluntad de ambos contrayentes (esta situación se da cuando a uno de los contrayentes le falta el conocimiento o la voluntad; o cuando ambos no la manifiestan, lo que sucede con las parejas *more uxorio*). El segundo cierra la puerta a las uniones matrimoniales entre homosexuales. Y el último impediría cualquier forma de poligamia.

En estos momentos, el principio de igualdad entre los cónyuges no ofrece, al menos en Occidente, ningún punto de discusión. No sucede lo mismo con los principios del consentimiento y la heterosexualidad, que son cuestionados por las uniones de hecho y por las reivindicaciones del derecho a contraer matrimonio por las parejas de lesbianas y homosexuales. A continuación nos centramos en las razones metajurídicas por las que la heterosexualidad aparece como una exigencia del matrimonio.

Es difícil definir el matrimonio aunque cabe una aproximación considerando su origen y finalidad. Desde esa perspectiva, podríamos definirlo, o al menos describirlo, como "el desarrollo, normal y adecuado, de la permanente e invariada tendencia o inclinación natural de la persona humana a la unión varón-mujer en orden a la procreación de los hijos, conforme a las exigencias de orden que son inherentes a esa tendencia"³.

según esta noción, el matrimonio tendría, como origen inmediato, la inclinación natural de la persona humana a la unión varón-mujer, derivada de la diferenciación de los sexos; y como fines: la complementariedad de los sexos y un fin tendencial que denomi-

naríamos capacidad procreadora en sentido amplio.

A. El matrimonio y la complementariedad de los sexos

¿Por qué se exige que los sujetos psicofísicos del matrimonio sean diferenciados, es decir, que ambos sujetos sean mujer y varón? Es evidente que varón y mujer son iguales porque ambos son personas y participan de una misma naturaleza y dignidad. Sin embargo, esa igualdad no es uniformidad: el varón y la mujer a la vez que son iguales son diferentes. Y "la cuestión de la diferencia no es reducible a un simple problema de roles sino que debe ser pensada ontológicamente"⁴. Esa diferencia en la igualdad conduce hacia la complementariedad. Los seres humanos, al constatar nuestra diferencia en la común igualdad, reconocemos la interdependencia recíproca y la necesidad de la complementariedad para la realización personal; y así, en concreto, la diferencia entre los sexos conduce a la complementariedad: la dualidad de sexos "representa una deficiencia en ambos y origina su necesidad recíproca de complementarse en la vida mediante su íntima comunión, que llega a constituir una persona más compleja para la plenitud del destino racional: el matrimonio"⁵.

Pero antes de indicar las consecuencias que se desprenden de la tendencia a la complementariedad de los sexos, conviene subrayar algo históricamente olvidado: que la condición sexual afecta a la totalidad de la persona, condicionando su modo de ser pero no determinando unos roles sociales distintos para ellas y para ellos⁶. El ser mujer -feminidad- o el ser varón -masculinidad- no se

puede confundir con lo simplemente biológico, ni tampoco con las costumbres o convenciones asignados por cada cultura a la mujer o al varón. Ataño la distinción sexual a aspectos más amplios y profundos de la persona (temperamento, sensibilidad, mentalidad, estructura psíquica, etc), de modo que todo su actuar se expresa a través de su particular modalidad sexual. En consecuencia, la distinción entre ambos sexos no estará en una distribución de las capacidades y facultades humanas sino en el peculiar modo que cada uno tenga de encarnarlas todas ellas⁷.

No se puede decir que existan cualidades masculinas o femeninas. Las cualidades son humanas, y por ello, los varones han de practicar las cualidades que tradicionalmente se han atribuido a la mujer y viceversa. "La cordura exige percibir que todos aquellos valores que hemos designado como propios de lo femenino no los consideremos en modo alguno como privativos de la mujer (aunque en ella hayan podido tener una mayor presencia por razones históricas); sino que los consideremos como igualmente indispensables en el varón"⁸. De lo que se trata es de que cada sexo no imite al otro, sino que encarne todas las cualidades humanas a su estilo. La inteligencia y la voluntad, por ejemplo no son en sí mismas ni masculinas ni femeninas; pero la feminidad y la masculinidad modalizan su ejercicio dándole tonalidades propias, lo que no significa mayor o menor inteligencia o voluntad, sino rasgos peculiares en el camino del entender y del querer.

Esa distinción y complementariedad de los sexos se realiza en el amor conyugal. El amor conyugal se caracteriza por amar a la otra persona en su totalidad; también en su dimensión

sexual, lo que configura propiamente la distinción y complementariedad en esta concreta forma de relación humana. En el amor conyugal, propio del matrimonio, no se puede separar ese doble componente: lo *personal* y lo *sexual*. De ahí se desprende que "el amor conyugal es el amor entre mujer (persona y feminidad) y varón (persona y masculinidad), por ser precisamente eso: varón y mujer"⁹.

Según lo que acabamos de decir, las relaciones homosexuales no tienen que ver con el amor conyugal. Este se define por ser un amor a la persona del otro, en cuanto sexualmente distinta y complementaria. Se la ama por ser mujer o varón, en la modalización sexual *distinta*; y porque siendo distinta, resulta naturalmente *complementaria*. Las relaciones homosexuales se dan entre personas del mismo sexo, por lo que no existe ni la *distinción* ni la *complementariedad* sexual.

Hemos visto que la complementariedad de los sexos constituye uno de los fines naturales del matrimonio. Pero no parece que esta finalidad, por sí sola, justifique que el Derecho se preocupe por este tipo de relaciones, confiriéndoles un tratamiento diferenciado y favorecedor. Nos parece que la clave para justificar el interés del Derecho por la unión entre iguales, de distinto sexo y libremente consentida, hasta el punto de crear la institución matrimonial reside, junto a lo que acabamos de apuntar, en el otro de los fines a los que aspira la unión conyugal: el de generar nuevas vidas humanas.

B. El matrimonio y la tendencia generativa

Esta finalidad tendencial del matrimonio a la capacidad procreadora se deriva de la

misma heterosexualidad pues si bien el matrimonio heterosexual no se basa en su capacidad reproductora sino en la complementariedad de los sexos, indudablemente esta diferencia sexual es la base de dicha capacidad. Hablamos de una finalidad tendencial pues, en estos momentos, se reconoce que "hombres o mujeres, que no son capaces de tener hijos, ostentan el derecho al matrimonio exactamente como otras personas"¹⁰. Sabemos que históricamente la impotencia constituyó un impedimento dirimente para el matrimonio, pues se consideraba que si una de las partes era impotente, faltaba una de las condiciones esenciales para constituir el matrimonio. En estos momentos, sin embargo, la capacidad generativa no constituye un principio calificador del matrimonio. Ello no obsta para que podamos seguir hablando de la procreación como de un fin tendencial del matrimonio.

Al hablar de fines podemos tomar la palabra en una acepción equivalente a *meta*, *término*, *resultado efectivo*. En este sentido, los fines son las metas a las que tiende el matrimonio. Como *metas*, están fuera de la esencia del matrimonio, de la misma manera que una meta es hacia donde corre el atleta pero no es el mismo atleta. Por otro lado, podemos tomar la palabra "fin" como sinónimo de *tendencia*, *disposición hacia* u *ordenación dinámica*. En este segundo sentido, el fin ya no es la meta y sí que está presente en el sujeto que persigue el fin: en el atleta mismo se encuentra la disposición a llegar a la meta y alcanzar la victoria. Al primer sentido, lo llamamos *fines-meta*. Al segundo sentido, lo denominamos *fines-ordenación interna*. En el sentido de fines-meta, la procreación estaría fuera de la

esencia del matrimonio. Pero en el sentido de fines-ordenación interna, la procreación estaría dentro del matrimonio, pues no es otra cosa que el mismo matrimonio ordenado internamente para correr hacia sus metas.

Esta teoría supera la crítica de autores que, como Doms¹¹, afirman que los actos matrimoniales no pueden ser considerados como meros medios para un fin (la procreación), sino actos dotados en sí mismos de valor en cuanto que manifiestan y realizan el amor que une entre sí a los esposos. Según esta postura, la consecuencia natural de la relación conyugal —la posible nueva vida humana— podría separarse de la expresión corporal del amor conyugal. Pero esta postura cae, justo por el lado contrario, en el mismo defecto que critica. Al igual que el acto matrimonial no puede reducirse a instrumento de la reproducción humana¹², tampoco puede concebirse como separado de las naturales consecuencias de "aquella unión por la cual el organismo en su totalidad, con el concurso de todas sus fuerzas, se une a otro organismo"¹³. En este sentido, la *intentio prolis* —la apertura a la fecundidad— ha de estar presente en el acto matrimonial mismo; como también ha de estarlo el respeto al otro *partner* del acto matrimonial, valorado como persona y no como mera cosa: "desconocer cualquiera de esas dos dimensiones implica desconocer la densidad ontológica de los actos humanos y desembocar sea en una instrumentalización de la persona, reduciéndola a mero objeto de uso —lo que nunca es lícito, aunque fuera para un fin noble, como puede ser la procreación—, sea en un falso planteamiento de la sexualidad, negando su tendencia oblativa para pasar a concebirla

como una fuerza egoísta"¹⁴. Por ello, decimos que el matrimonio heterosexual no se basa en su capacidad reproductora, sino en la complementariedad de los sexos; pero, como consecuencia de esa diferencia sexual que tiende a complementarse, queda tendencialmente abierto a la procreación.

Si reconocemos la tipicidad como un buen criterio de diferenciación entre los ámbitos del Derecho y la Moral, es fácil comprender por qué el Derecho sólo debe regular aquellas relaciones humanas en las que la persona ocupa una determinada posición jurídica, actuando como sujeto de derechos. Al Derecho no le interesan las relaciones que comprometen a la totalidad de la persona las cuales, sin embargo, constituyen el campo propio de la Moral: cuando el Derecho se afana en sujetar esas realidades dentro de un determinado molde normativo instauro el totalitarismo.

Frente a este criterio general, sin embargo, nos encontramos con que el Derecho siempre ha considerado el amor conyugal objeto de su atención, siendo el matrimonio una institución asociada a los sistemas jurídicos más primarias. ¿Cómo se explica el continuo interés del Derecho por un tipo de relación que, por afectar a la totalidad de la persona, debería resultarle ajeno? A nuestro entender, el Derecho aquí tampoco excede el marco de regulación de las acciones típicas. Se limita a dar efecto a un pacto en el que las partes ocupan la posición jurídica de contratantes: con la extraordinaria peculiaridad de que el objeto y la causa del contrato no es, ni más ni menos, que la entrega recíproca de sus respectivas personas¹⁵. En la medida en que este hecho social excede de la esfera de la morali-

dad privada —porque supone que cada uno de los conyuges ya no se pertenece a sí mismo sino al otro y que esa relación puede dar lugar a nuevas vidas humanas—, requiere de una intervención jurídica. Esa intervención estará dirigida a garantizar la continuidad de esa relación y a que ninguna de las partes afectadas —alguno de los conyuges o de los hijos— sea lesionada en su dignidad. Cualquier otro tipo de relación afectiva: entre un padre y un hijo adulto, entre dos hermanos, entre amigos, las relaciones homosexuales, el noviazgo, aquellas cuyo único objeto es el trato sexual,... son relaciones humanas ajenas en sí mismas al ámbito jurídico. Únicamente cuando concurre la entrega total y recíproca de las personas y la posibilidad de que esa entrega genere nuevas vidas humanas nos encontraremos ante una relación que requiera de una concreta regulación jurídica. Esa relación requiere como elemento esencial la heterosexualidad.

3. LA exigencia de la HETEROSEXUALIDAD EN LOS ACUERDOS INTERNACIONALES

A. Especial referencia al Convenio Europeo de Derechos Humanos a través de las sentencias del TEDH.

El Tribunal europeo de derechos humanos se ha referido a la exigencia de la heterosexualidad para contraer matrimonio en dos sentencias con motivo de los casos *Rees v. United Kingdom* y *Cossey v. United Kingdom*. Aunque ambas sentencias hacen referencia a la posibilidad de matrimonio entre un transsexual y otra persona de su mismo sexo biológico aunque no físico, consideramos de

interés su estudio pues, para gran parte de los autores, admitir el matrimonio de los transexuales atenta contra la nota jurídica de la heterosexualidad matrimonial, ya que un transexual se casa con alguien de su sexo originario (que sigue siendo en realidad el suyo).

Para una parte de los autores, sin embargo, no existiría similitud ni paralelismo entre la petición de matrimonio por parte de los transexuales y la de los homosexuales pues mientras el homosexual está identificado con su sexo (aunque se siente atraído por personas de su propio sexo) el transexual se siente y quiere que la sociedad le reconozca como perteneciente a su sexo psicológico y morfológico después de ser operado¹⁶.

En todo caso conviene analizar los casos aludidos y reparar en que la nítida toma de posición del Tribunal de Estrasburgo lo es en casos de transexualismo, cuya prohibición al matrimonio sería más discutible que la establecida para los casos de homosexualidad *tout court*¹⁷. Realmente puede decirse que, salvo en el ámbito jurídico noruego y danés, la posición unánime de la jurisprudencia continental europea y del área del *common law* es la contenida en la ya clásica afirmación del juez Ormrod en *Corbett v. Corbett*: “siempre se ha reconocido el matrimonio como la unión de un hombre y una mujer”.

En la primera de las sentencias, un transexual (mujer convertida en hombre) demandó al Gobierno británico por negarle el derecho a casarse con una mujer. El Tribunal Europeo estimó por unanimidad que el impedimento existente en el Reino Unido de no permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo no implicaba violación del artí-

culo 12 del Convenio de Roma, que —garantizando el derecho a casarse— “se está refiriendo al matrimonio tradicional entre dos personas de sexo biológico diferente”¹⁸. En consecuencia, el Tribunal afirma “que las leyes nacionales pueden someter el ejercicio del derecho de casarse y de fundar una familia a limitaciones que no carezcan de motivo ni sean arbitrarias, según las limitaciones naturales y fundamentales del matrimonio y de la familia que forma parte de las tradiciones tan arraigadas de los estados miembros”¹⁹.

En el caso *Cossey*²⁰, el Tribunal concluye igualmente que no se produce ninguna violación del artículo 12. Las razones que alega el Tribunal son en síntesis las siguientes:

1. El derecho al matrimonio garantizado por el artículo 12 se refiere al matrimonio tradicional entre dos personas de sexo biológico opuesto. El texto de ese artículo así lo confirma, “en la medida en que el fin perseguido es la protección del matrimonio en cuanto fundamento de la familia”.

2. El impedimento legal de celebración de matrimonio entre personas del mismo sexo biológico que existe en el Reino Unido no puede considerarse una limitación que menoscabe la esencia del *ius connubii*.

3. La evolución acaecida hasta el momento en las legislaciones y la opinión pública de la mayoría de los Estados miembros, “no evidencia un abandono general del concepto tradicional de matrimonio”.

Incluso para los magistrados que suscribieron votos particulares en contra del criterio sentado en *Cossey* sobre la prohibición al matrimonio de los transexuales, la distinción de sexos se entiende como determinante del

matrimonio. Así, por ejemplo el juez MARTENS²¹ señala que el artículo 12 del Convenio “indica claramente que el matrimonio es la unión de dos personas de sexo opuesto”, aunque luego estime que “sexo en este contexto no implica que deba ser entendido como sexo biológico”²².

B. La heterosexualidad en otros ordenamientos jurídicos.

La jurisprudencia francesa ha hecho una clara distinción entre el concubinato heterosexual y el homosexual. Y así como a la primera figura comienza a concederle efectos definidos, a la segunda la excluye con el razonamiento de que el concubinato —entendido como “vida común entre dos personas que han decidido vivir como esposos sin unirse en matrimonio”— “no puede concernir más que a una pareja constituida por hombre y mujer”. Este ha sido el criterio seguido por el Tribunal de Casación francés al denegar la pretensión de un auxiliar de vuelo de Air France de que su compañero pudiera beneficiarse de la tarifa reducida para los cónyuges o asimilados del personal de la compañía aérea²³.

La jurisprudencia estadounidense se ha mostrado claramente reacia en reiteradas ocasiones ante las demandas legales de los homosexuales, especialmente en el caso que nos ocupa. El caso americano va del extremo de penalizar la sodomía en algunos estados hasta las peticiones de un derecho al matrimonio homosexual. Indudablemente hay una gran diferencia entre el reconocimiento del derecho a la privacidad de esas relaciones y el reconocimiento del derecho al matrimonio. En la jurisprudencia europea, el TEDH

reconoció que la intromisión del Estado en las prácticas homosexuales entre adultos, privadas y consentidas, atentaba contra el derecho a la intimidad²⁴.

En Estados Unidos no se admite el matrimonio de transexuales, ni de homosexuales. Esto no impide que los movimientos de la *jurisprudencia feminista* hayan elevado sus demandas ante los tribunales. Algunas sentencias se han referido al *derecho* al matrimonio homosexual negándolo. En algunos casos, se ha argumentado que las leyes sobre el estado matrimonial excluyen a los homosexuales en base al vínculo que cabe establecer entre el matrimonio y la posibilidad de la procreación²⁵.

C. Análisis crítico de las legislaciones noruega y danesa.

En la legislación danesa, a los homosexuales que deciden vivir juntos y quieran que su convivencia no resulte precaria, el orden jurídico asegura un reconocimiento muy similar, por no decir análogo, al de las parejas de esposos. Por lo que se refiere a la renta familiar, a las pensiones, a los derechos hereditarios, al uso de la casa “conyugal” etc, se extiende a las parejas homosexuales la misma normativa vigente para los matrimonios. La única diferencia está en que las parejas homosexuales no podrán adoptar hijos.

Siguiendo a D’Agostino en el comentario que hace de esta normativa, podemos decir que “esta ley se limita a reconocer *beneficios económicos* fundados en lo que se podría considerar un verdadero y propio *status*, análogo al de los cónyuges (...).

Sin embargo junto a lo anterior, podemos considerar la explícita previsión de la im-

sibilidad de que los homosexuales *emparejados* adopten hijos. Desde este punto de vista, para el legislador danés las *uniones homosexuales* no tienen nada ni de conyugal ni de familiar; poseen un carácter atípico, que nada induce a asimilar a la experiencia tradicional de la familia. Aunque sea *in negativo* y probablemente sin caer en la cuenta, el legislador danés ha puesto de relieve lo que para el Derecho se presenta como el carácter más profundo e irreducible de la unión matrimonial: su función de transmisión de la vida, a través de la doble figura de los padres, y de educación de los hijos. Una función respecto a la cual no cabe suscitar hipótesis a favor de formas reales que puedan subrogarla. Desde esta perspectiva, entre convivencias homosexuales y convivencias matrimoniales se seguiría interponiendo un abismo. Legalizando las primeras como lo ha hecho, el legislador habría realmente confirmado el tradicional reconocimiento de lo *proprium* de las segundas²⁶.

D. Escasa y vacilante regulación del Parlamento Europeo

En relación a las resoluciones emanadas del Parlamento Europeo conviene hacer mención de dos que por su significación y repercusión podemos considerar más reveladoras. La primera es de febrero de 1994 y se refiere a la igualdad de derechos de los homosexuales y de las lesbianas en la Comunidad Europea. En ella se "opina que la recomendación debería, como mínimo poner fin: a la prohibición de contraer matrimonio o de acceder a regímenes jurídicos equivalentes a las parejas de lesbianas o de homosexuales; la recomendación debería garantizar los ple-

nos derechos y beneficios del matrimonio, permitiendo la inscripción de la convivencia. También debería como mínimo tratar de poner fin a toda restricción de los derechos de las lesbianas y de los homosexuales a ser padres, a adoptar o a criar hijos"²⁷.

La resolución del Parlamento Europeo tuvo una notable repercusión en la opinión pública. Entre la diversidad de reacciones, destacó la de Juan Pablo II que, en su alocución de 20 de febrero, dijo: "la unión entre dos hombres o dos mujeres no puede constituir una verdadera familia. Menos aún se puede atribuir a tal unión 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 encuentra el padre y la madre, sino o *dos padres* o *dos madres*"²⁸.

La segunda resolución, aprobada el 14 de diciembre de 1994, descartó un párrafo que pretendía incluir como *familia* a la pareja de homosexuales. Esta supresión manifestó un cambio de actitud del Parlamento Europeo que contrasta con la resolución aprobada durante la anterior legislatura, en febrero de 1994. Esta última actitud adoptada por el Parlamento Europeo es especialmente significativa porque refleja los cambios en el nuevo Parlamento y también porque en ella participaron más diputados que en la ocasión anterior. en cualquier caso constatamos que el tema no es pacífico y, por ello, hasta el momento no se ha resuelto en el ámbito comunitario en un determinado sentido.

4. LA HETEROSEXUALIDAD COMO PRINCIPIO CALIFICADOR DEL MATRIMONIO EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURIDICO

A. El concepto constitucional del matrimonio y el requisito de la heterosexualidad.

En el Derecho español también se confirma la orientación del Tribunal europeo de derechos humanos y la dominante en el Derecho comparado; así el Tribunal Supremo ha establecido que el transexual no adquiere un *ius nubendi* con persona del mismo sexo biológico²⁹. En cuanto al matrimonio entre homosexuales la Dirección de Registros y del Notariado se ha manifestado en repetidas ocasiones³⁰, rechazándolo; por su valor interpretativo y por su particular claridad argumentativa, transcribimos alguno de los párrafos de la Resolución de 21 de enero de 1988.

“No hace falta resaltar —comienza la Resolución— que el matrimonio ha sido siempre entendido como una institución en la que la diferenciación de sexos es esencial. En efecto, el hecho de que el artículo 32.1 de la Constitución (R. 1978, 2836 y Ap. 1975-82,2875) proclame que “el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica” no autoriza a concluir que al haberse omitido por cualesquiera razones la expresión *entre sí*, la Constitución permita el matrimonio entre personas del mismo sexo. Al contrario es muy significativo que en el Capítulo segundo del Título I de la Constitución, dedicado a los derechos y libertades fundamentales, es el artículo 32 el único que se preocupa de precisar que *el hombre y la mujer* son los titulares del *ius nubendi* mientras que en todos los demás casos se uti-

lizan formas impersonales como *todos, toda persona, se garantiza, se reconoce, tienen derecho* sin estimarse necesario referir el derecho al sexo concreto de la persona. Este mismo criterio es el seguido por los tratados internacionales en la materia ratificados por España y que deben ser muy tenidos en cuenta a la hora de interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales y las libertades (cfr. art. 10.2 de la Constitución)”.

B. Estudio del artículo 32.1 de la CE

Tiene interés recoger el *iter* de la tramitación parlamentaria del artículo 32 de la CE a fin de resaltar los términos exactos en que se manifestó la voluntad constituyente. El Anteproyecto de Constitución establecía en su artículo 27.1: “A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio y a crear y mantener, en igualdad de derechos, relaciones estables de familia”³¹. A este artículo se formuló un voto particular por el Grupo Parlamentario Socialista en el que se proponía otra redacción: “1. Toda persona tiene derecho al desarrollo de su afectividad y sexualidad: a contraer matrimonio, a crear en libertad relaciones estables de familia ...”³².

Junto a este voto particular defendido por Peces Barba se presentaba el del Grupo Parlamentario de Alianza Popular en los siguientes términos: “1. A partir de la edad núbil el hombre y la mujer tienen el derecho a contraer matrimonio. 2. El hombre y la mujer tienen igualdad de derechos en las relaciones familiares”³³. El Grupo Parlamentario Centrista, por su parte, proponía: “A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer, en plena igual de derechos y deberes, podrán

contraer matrimonio para crear una relación estable de familia"³⁴. Esta es la redacción que se incorporó al texto constitucional de la Ponencia. Finalmente, en la sesión celebrada por la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso de los Diputados el 23 de mayo de 1978 mediante una enmienda *in voce* suscrita por la mayoría de los grupos parlamentarios se suprimió la expresión "crear una relación estable de familia" y el texto constitucional asumió, con leves alteraciones posteriores, la redacción conceptual definitiva³⁵.

Las propuestas para la redacción del artículo que precedieron a la redacción definitiva del art. 32, y el mismo art. 32 con su mención al hombre y la mujer, están haciendo referencia "al concepto de matrimonio que es tradicional en nuestra cultura; relación entre un solo hombre y una sola mujer que supone el establecimiento de una comunidad duradera de vida. Hay pues una clara alusión a la *heterosexualidad* como presupuesto subjetivo del *ius connubii*"³⁶. En otro caso no se entendería la especificación en el texto constitucional. A quienes, pese a declararse partidarios de la tesis de la heterosexualidad como requisito del matrimonio, apuntan la objeción de la no presencia de la expresión *entre sí*³⁷ cabría contestar subrayando la *redundancia* que supondría un inciso semejante. Lo cual, se podría igualmente replicar refiriéndose a la *utilidad* de una formulación así, habida cuenta de la polémica desatada sobre el particular³⁸. En cualquier caso, parece incuestionable, en la interpretación del artículo 32.1 CE, la exigencia de la heterosexualidad como propiedad esencial del matrimonio.

C. El artículo 32.1 en la reciente jurisprudencia constitucional.

Esta misma interpretación del artículo 32.1 CE es la expresada por el Tribunal Constitucional en su Auto 222/94 de 11 de julio de 1994. En él se presenta la demanda de D. José Fernández Pulido, pensionista de invalidez en el grado de Incapacidad Permanente Absoluta para todo trabajo, que estuvo conviviendo con don Antonio Hurtado Carmoña desde el año 1978 hasta el día 29 de abril de 1990, en que falleció este último, a consecuencia de un accidente de tráfico, camino de su domicilio. Durante todo ese tiempo el recurrente mantuvo una convivencia íntima, estable y notoria con el causante. La víctima venía trabajando en una empresa como ayudante de cocina y estaba dado de alta en el Régimen de la Seguridad Social. El actor solicitó ante la Seguridad Social, una pensión de viudedad derivada del accidente laboral, que fue denegada por el INSS al no existir vínculo conyugal con el causante que exige el art. 160 de la Ley General de la Seguridad Social.

El demandante de amparo denunció vulneración del derecho a la igualdad por la sentencia impugnada que le niega el derecho a percibir pensión de viudedad e indemnización por el fallecimiento en accidente *in itinere* de su pareja homosexual, por no concurrir el matrimonio previo, que constituye *conditio iuris* para causar derecho a las prestaciones solicitadas. Lo que imputa no es que el art. 160 de la Ley General de la Seguridad Social haya sido aplicado en forma discriminatoria por razón del estado civil, o que la norma en sí misma sea discriminatoria. La razón alegada para justificar la presunta discriminación estriba en que, al no existir la posibilidad

legal de contraer matrimonio entre homosexuales, se les coloca en una situación de desigualdad de trato, porque nunca puede encontrarse en la situación legal del artículo 160 de la L.G.S.S., ya que sólo reconoce la pensión de viudedad al cónyuge superviviente. La cuestión está en determinar si el reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad que trae origen mediató en la imposibilidad legal de los homosexuales de contraer matrimonio -ya que el art. 44 del C.c. sólo se refiere al matrimonio de dos personas de distinto sexo- vulnera el principio de igualdad.

Ante tal demanda, el auto del Tribunal Constitucional señala, en primer lugar, que la exigencia del vínculo matrimonial como presupuesto para acceder a la pensión de viudedad establecida dentro del sistema de Seguridad Social no pugna con el art. 14 CE, ni tampoco las medidas de los poderes públicos que otorguen un trato distinto y más favorable a la unidad familiar basada en el matrimonio que a otras unidades convencionales.

En ese sentido se expresa la STC 66/94, de 28 de febrero, siguiendo la línea jurisprudencial iniciada con la STC 184/90 y reiterada con posterioridad en las SSTC 29, 30 y 31, 35, 38 y 77, todas de 1991 y 29/1992. Incluso en las dos sentencias que se han alejado aparentemente de esta doctrina -222/1992 y 47/1993- se declara de manera general "que el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son situaciones equivalentes, siendo posible por ello que el legislador, dentro de su amplísima libertad de decisión deduzca razonablemente consecuencias de la diferente situación de partida". Estas afirmaciones fueron realizadas en el contexto de

confrontación entre la unión matrimonial y la puramente fáctica de heterosexuales. Pero no debe haber impedimento alguno para hacerlas también extensibles al binomio unión matrimonial-unión de homosexuales que conviven maritalmente.

Al igual que la convivencia fáctica entre una pareja heterosexual -seguimos con el Auto 222/94 TC- "la unión entre personas del mismo sexo biológico no es una institución jurídicamente regulada, ni existe un derecho constitucional a su establecimiento; todo lo contrario, el matrimonio entre un hombre y una mujer que es un derecho constitucional (art. 32.1) genera *ope legis* una pluralidad de derechos y deberes que no genera la convivencia extramatrimonial. Este argumento viene avalado por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que opera aquí como canon de interpretación, al amparo de lo previsto en el art. 10.2 CE. En sendas sentencias (caso Rees, 17 de octubre de 1986, y caso Cossey, 27 de septiembre de 1990 -ya citados y comentados-), ha declarado que no permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo no implica violación del art. 12 del Convenio de Roma, que al garantizar el derecho a casarse, se refiere al concepto tradicional de matrimonio entre dos personas de distinto sexo; y que todo depende de la facultad que tienen los Estados contratantes de regular mediante las leyes el ejercicio del derecho a casarse.

En suma, se debe admitir la plena constitucionalidad del principio heterosexual como calificador del vínculo matrimonial tal como prevé nuestro Código Civil; de tal manera que los poderes públicos pueden otorgar un trato de privilegio a la unión

familiar constituida por hombre y mujer frente a la unión homosexual”³⁹.

D. La heterosexualidad como requisito esencial del matrimonio en nuestro Código Civil.

Como dice el Auto del TC, al declarar la constitucionalidad de este requisito, el Código Civil exige la heterosexualidad para que pueda hablarse de matrimonio. La referencia al hombre y la mujer del artículo 44 se concreta en muchos otros artículos al *marido* y la *mujer* una vez celebrado el matrimonio. Especialmente es significativa esta terminología en los fundamentales artículos 66 (“El marido y la mujer son iguales en derechos y deberes”) y 67 (“El marido y la mujer deben repetarse y ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia”), que son dos de los tres preceptos a los que se debe dar lectura por el Juez o funcionario en el acto solemne de celebración del enlace (cfr. art. 58).

“Pero es que además, si llegara a contraerse un matrimonio entre personas del mismo sexo, el mismo sería, sin duda, nulo por aplicación del artículo 73.1, en relación con el 45.1, ambos del Código civil. Cuando este último precepto señala que “no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial”, la utilización del adjetivo *matrimonial* sirve para acentuar el carácter singular del consentimiento que han de prestar los cónyuges, que no es ya el simple consentimiento necesario para un contrato cualquiera; sino el recíproco en el que cada contrayente ha tenido en cuenta el sexo distinto del otro, destinados a complementarse en la institución querida por el legislador”⁴⁰.

Refiriéndose a la trascendencia que tiene la adjetivación del consentimiento como matrimonial, dice Lacruz: “el consentimiento ha de ser matrimonial. Esta exigencia, viene establecida en el artículo 45 del Cc, es reiterada en el art. 73, núm.1 (...) El consentimiento, en general en el negocio jurídico y muy en concreto en el matrimonio, exige un sentido. Sentido jurídico, distinto de los motivos, que tiene relevancia. Tanta que integra la fuerza constitutiva del consentimiento mismo. (...) Al adjetivarse el consentimiento se señala el sentido que tiene que tener y se traslada su ausencia como anomalía al régimen de la nulidad del matrimonio. (...) Cabía el riesgo de que el consentimiento y su enunciación en un precepto quedase en un *flatus vocis*. Por eso no parece descabellada la adjetivación de que ha sido objeto. Supone un esfuerzo importante en la consideración del papel que ha de jugar en el matrimonio.

Y recurriendo a la teoría general del contrato, nos encontramos con que el consentimiento no se produce -o no debe producirse- sobre el vacío, sino que se especifica volitivamente en tensión a un objeto y a una causa (art. 1262 Cc). (...) La fuerza vinculante del consentimiento prestado en la celebración del matrimonio queda reducida a aquel consentimiento dirigido precisamente a constituir la relación tal como el ordenamiento lo concibe. Otro supuesto es tipificado como un caso de nulidad”⁴¹.

No obstante, y pese a la importancia del consentimiento matrimonial que constituye en todos los países europeos el punto central y básico de la celebración matrimonial, ninguna norma define en qué consiste este consentimiento matrimonial. Trasladando la

definición del artículo 1.262 Cc ("el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato") al negocio jurídico matrimonial, habrá de concluirse que el consentimiento de que habla el art. 45, párrafo 1º, tiene que recaer sobre el objeto y la causa del matrimonio, tal como se deduce del capítulo V, en el que figuran los derechos y deberes de los cónyuges: "el consentimiento de los cónyuges, base del negocio jurídico matrimonial, debe estar dirigido a una *vollige Lebensgemeinschaft*, es decir, a la plena y completa comunidad de vida entre un hombre y una mujer, con inclusión del mantenimiento de relaciones sexuales, y con observancia de los *tria iuris praecepta* del artículo 68"⁴². En parecidos términos se expresan Díez Picazo y Gullón al definir el matrimonio como "la unión de un varón y de una mujer, concertada de por vida mediante la observancia de determinados ritos o formalidades legales y tendente a realizar una plena comunidad de existencia"⁴³.

Podemos concluir este apartado diciendo que para nuestra Constitución y por ende para nuestro ordenamiento jurídico, "el sujeto de la relación jurídica matrimonial no es la persona humana considerada sólo en su constitutivo último, en el plano en el que todo individuo es persona (plano de igualdad), sino que es la persona humana contemplada en el plano de la distinción sexual, en cuanto modalizada por la masculinidad y la feminidad"⁴⁴.

5. Conclusiones

De lo dicho hasta el momento, podemos obtener algunas conclusiones:

1.- De entre la enorme variedad de relaciones afectivas que se pueden establecer entre los seres humanos, al Derecho únicamente le interesa en sí misma aquélla que, comportando una donación recíproca y completa, está abierta a nuevas vidas humanas: esa sólo puede ser la que se expresa en la unión conyugal entre un varón y una mujer. Esta relación interesa al Derecho por dos motivos. En primer lugar, porque se trata de una relación socialmente *imprescindible*. De ella, en principio, depende la natural complementariedad de los sexos, en la cual el ser humano alcanza su plena realización; y de ella también depende la procreación, *conditio sine qua non* para la continuidad del género humano. En segundo lugar, porque se trata de una relación que podríamos calificar como de *alto riesgo* para ambas partes y, por tanto, necesitada de un conjunto adecuado de medidas que fomenten la estabilidad de la unión y que garanticen la protección de la parte más débil en cada supuesto. La calificamos de *alto riesgo* también por dos razones: por ser la única en la que el ser humano compromete su vida entera y, en línea de principio por lo menos, con carácter irrevocable; y por estar abierta a nuevas vidas humanas, es decir, los seres más inermes y necesitados de cuidado durante un tiempo más prolongado. Estas dos razones hacen muy aconsejable el establecimiento de un marco jurídico que salvaguarde la dignidad de cada uno de los sujetos implicados (cónyuges y posibles hijos) en una relación tan necesaria como

arriesgada. En cualquier caso, esta relación exige la heterosexualidad como elemento constitutivo de la misma.

2.- Los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno cultural así como nuestra tradición jurídica reconocen la heterosexualidad como requisito para poder hablar de matrimonio. El criterio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional es concorde a la hora de interpretar respectivamente los artículos 12 de la Convención de Roma y 32 de la Constitución. Nuestro Código civil refleja fielmente el espíritu constitucional sobre este particular al regular la institución del matrimonio.

3.- Considerando el argumento de la tipicidad (según el cual, sólo los comportamientos típicos son objeto de regulación jurídica, frente a la globalidad de la conducta humana, que sería el objeto de la moral) se explica que el Derecho regule la unión conyugal únicamente por las peculiares circunstancias que concurren en esa relación. El carácter excepcional del Derecho a la hora de regular relaciones íntimas es el que justifica el rechazo de cualquier forma de represión legal de la relación homosexual libre entre adultos.

4.- Nada de lo señalado en los puntos 1 y 2 constituye, sin embargo, un impedimento para que, en determinadas supuestas que puedan afectar a una pareja homosexual, el legislador les reconozca los mismos efectos que se reconocen a un matrimonio por el mero hecho de serlo. La diferencia esencial entre unos y otros efectos estaría en que unos dimanarían directamente del vínculo matrimonial, mientras que los otros estarían motivados por el fin de proteger los intereses de un individuo, afectados por una relación

homosexual. Sólo la prudencia del legislador y de los aplicadores del Derecho puede determinar en qué supuestos y en qué medida puede ser debido reconocer unos efectos a una relación de estas características. En cualquier caso, el paso primero sería el de justificar el trato diferenciado sobre otro tipo de relaciones afectivas no reguladas por el Derecho, como por ejemplo, la amistad.

Bibliografías

1 Es significativo que revistas como *The Economist* hayan dedicado su portada y un extenso reportaje a la crisis de la familia. Cfr. *The Economist*, sept. 9th-15th 1995, pp. 17-25.

2 Auto del TC 222/94 de 11 de julio de 1994, FJ N° 2.

3 HERVADA, J., "Reflexiones en torno al matrimonio a la luz del Derecho natural", en *Escritos de Derecho natural*, 2 ed., Eunsa, Pamplona, 1993, pág. 183.

4 SCOLA, A., *Identidad y diferencia. La relación hombre-mujer*, trad. Javier Prades, Encuentro, Madrid, 1989, p. 54.

5 Giner de los Ríos, F., *Resumen de Filosofía del Derecho*, Victoriano Suárez, Madrid, 1898, p. 365.

6 Una excepción a esa desconsideración hacia la condición sexuada del ser humana puede verse en los institucionalistas españoles del siglo pasado. Para ellos, "la diferencia de sexo abarca la personalidad total del individuo, no limitándose a su organización corporal (...). Mas no por esto puede creerse que ninguno de los dos sexos se halla enteramente excluido de esfera alguna esencial, como no se encuentra destituido de una sola de las facultades humanas"; Giner de los Ríos, F., cit., pp. 365-366.

7 Cfr. CASTILLA, B., *La complementariedad varón-mujer*, Nuevas hipótesis, Rialp, Madrid, 1993, *passim*.

8 BALLESTEROS, J., *Postmodernidad: resistencia o decadencia*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 130.

9 VILADRICH P.J., *La agonía del matrimonio legal*, Eunsa, Pamplona, 1989, p. 76.

10 Cfr. Sentencia TEDH en Cossey Case. Opinion of the Commission, p. 51, parágrafo 45. Integramente dice: "La Comisión está de acuerdo en que el artículo 12 de la CEDH se refiere al matrimonio tradicional entre personas de sexo biológicamente opuesto. No se puede, sin embargo inferir del artículo 12 que la capacidad para procrear es requisito para el derecho en cuestión. Hombres o mujeres que no son capaces de tener hijos, ostentan el derecho al matrimonio exactamente como otras personas".

11 Cfr. DOMS, H., "Bisexualidad y matrimonio", en *Mysterium salutis*, vol. II, t. 2, Madrid, 1969, pp. 795-841.

12 Algunas palabras de Marcel pueden interpretarse en este sentido reductivo: "...quizá lo único importante es el hecho de que el hombre y la mujer en calidad de procreadores se limitan a cumplir las condiciones bajo las cuales viene al mundo un ser humano, que como tal es imagen de Dios. Lo más importante es, por consiguiente, el don que viene de Dios, a cuyo servicio han de ponerse los seres humanos"; Marcel, G., *En busca de la verdad y de la justicia*, Herder, Barcelona, 1967, p. 106. La cita de Marcel, irrefutable en sí misma, puede dar lugar a equívocos si no se subraya a continuación que el amor entre los conyuges y su expresión corporal constituyen el ámbito más adecuado para que Dios exprese de nuevo su poder creador.

13 Capograssi, G., "Analisi dell'esperienza comune", en *Opere* (II), Giuffrè, Milán, 1958, p. 136.

14 Cfr. ILLANES MAESTRE, J.L., "Amor conyugal y finalismo matrimonial", en *Cuestiones fundamentales sobre matrimonio y familia*, Eunsa, Pamplona, 1980, pp. 474-476.

15 "En la propiedad es la cosa la que es atraída a la órbita del querer; en la unión conyugal y familiar es la voluntad misma la que se introduce en la órbita de la otra vida, asumiendo las exigencias de esta otra vida como sus propias exigencias. Con el amor, la vida se une a otra vida por un camino que es el reverso de la unión real con la cosa... Unirse significa vivir la vida de otra vida, y para vivir la vida de otra vida —el asunto es muy áspero pero es así— es necesario renunciar a la propia en tanto en cuanto la otra vida es acogida en la propia"; Capograssi, G., cit., p. 138.

16 Cfr. ELOSEGUI ITXASO, M., "Transexualidad, Derecho a la vida privada y Derecho al matrimonio", en *Actualidad civil*, marzo 1991.

17 Cfr. NAVARRO VALLS, R., *Matrimonio y Derecho*, Tecnos, Madrid, 1995, pp. 100-101.

18 Sentencia Rees v. United Kingdom, de 17 de octubre de 1986, Serie A, n° 106.

19 Rees Case. Opinion of the Commission, p. 1593.

20 Sentencia Cossey v. United Kingdom, de 27 de septiembre de 1990.

21 Voto particular disidente del juez MARTENS en Cossey v. United Kingdom.

22 "Contra esta opinión, todas las sentencias del TEDH, de nuestra jurisprudencia y de la estadounidense, han entendido que el término sexo se refiere al sexo biológico, cromosómico. Los fallos reiteran la doctrina de que las operaciones de cambio de sexo sólo transforman las características secundarias del individuo y no el sexo cromosómico, luego el individuo sigue perteneciendo a efectos del matrimonio a su sexo anterior, aunque se le permita el cambio de nombre en sus documentos y aunque se añada en su registro civil una anotación en la que figure que a partir de determinada fecha ha adoptado morfológica, psicológica y socialmente un nuevo sexo"; Elósegui Itxaso, M., cit.

23 Cfr. tres sentencias de fecha 11 de julio de 1989 de la Corte de casación francesa (sección de lo civil) en Bull. civ., I, n. 514 y 515; Gaz. Pal., 14 de abril de 1990.

24 Una de las sentencias más significativas en esta línea es la del caso *Dungeon* (serie A, publicaciones del Tribunal, n°. 45, 18), en la que se establece que la prohibición legal de actos homosexuales entre adultos es una interferencia injustificada en el ejercicio de la vida privada. Sin embargo el TEDH tampoco se ha pronunciado de forma taxativa pues en ocasiones —sentencia del caso *Handsyde* (sentencia de 7 de diciembre de 1976, serie A publicaciones del Tribunal, n° 24, 22)— establece que en muchos casos son las autoridades estatales las que están en mejores condiciones de proponer una opinión, teniendo en cuenta las exigencias morales del grupo social (vid. art. 8 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales).

25 Cfr. *Singer v. Hara*, 11. Wahington, App 247, 522 P. 2d 1187 (1974), p. 1195 en Lewis, C. "From This day Forward: A feminine Moral Discourse on Homosexual Marriage", en *The Yale Law Journal*. Vol. 97, (1988), pp. 1783-1803.

26 D'AGOSTINO, F., *Elementos para una filosofía de la Familia*, Rialp, Madrid, 1991, pp. 133-136.

27 Resolución del Parlamento Europeo A3-0026/94.

28Alocución durante el Angelus, domingo 20 de febrero de 1991.

29 Por ejemplo, las sentencias de 2 de julio de 1987 (RJA 1987, n° 5045) "el transexual tiene un primigenio derecho a cambiar el nombre de varón por el de hembra, pero sin que tal modificación registral suponga una equiparación absoluta con la del sexo femenino para realizar determinados actos o negocios jurídicos (...)". Con más claridad si cabe la sentencia de 19 de abril de 1991 (RJA 1991, n° 2725) "... sin que tal modificación en el Registro Civil suponga una equiparación absoluta con la del sexo femenino para determinar actos o negocios jurídicos, especialmente contraer matrimonio como tal transexual".

30 Cfr. Resoluciones de la D.G.R.N de 21 de enero de 1988 (RJA 1988, n° 215) y 2 de octubre de 1991 (RJA 1991, n° 8611).

31 Boletín Oficial de las Cortes, núm. 44, 5 de enero de 1978, págs. 673 y 674.

32 Boletín Oficial de las Cortes, núm. 44, 5 de enero de 1978, pág. 714.

33 Constitución Española. Trabajos Parlamentarios, vol. I Cortes Generales, Madrid, 1980, p. 148.

34 Constitución Española. Trabajos Parlamentarios, vol. I Cortes Generales, Madrid, 1980, p. 487.

35 Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, núm. 72, 23 de mayo de 1978, p. 1.539.

36 SALVADOR CODERCH, P., Comentario a las reformas del Derecho de Familia (I), Tecnos, Madrid, 1984, pp. 123-124.

37 Esta objeción a la redacción del art. 32.1 CE es introducida y comentada por ALBALADEJO, Derecho Civil IV: Derecho de Familia, Bosch, Barcelona, 1989, p. 38 y GARCIA CANTERO, G., Comentarios al Código de Derecho civil, Tomo II, Edersa, Madrid, 1982, p. 58.

38 SALVADOR CODERCH, P., Comentarios al Código Civil, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 261-262.

39 Auto del TC, núm. 222/1994 de 11 de julio de 1994.

40 Resoluciones D.G.R.N. citadas (la de 1991 en iguales términos la de enero de 1988). También coinciden con esta doctrina las SSTs de 2 de julio de 1987, FJ. núm. 5 (RJA n° 1987, 5045) y 20 de abril de 1991, FJ. núm. 3 (RJA n° 1991, 2725).

41 Lacruz Berdejo, J.L. (coord.), Comentarios al nuevo Título IV del Código Civil, Civitas, Madrid, 1983, p.

42 GARCIA CANTERO, G., cit., p. 61.

43 DIEZ PICAZO L. y GULLON, A., Sistema de Derecho Civil, vol. IV, Tecnos, Madrid, 1986, pág. 65.

44 ESCRIBA IVARS, J., "Transexualismo y matrimonio", en Persona y Derecho, 2 (1992), pp. 335-336.