

**ACERCA DE LA PROBLEMÁTICA DE LAS UNIONES HOMOSEXUALES:
MATRIMONIO Y ADOPCIÓN**

José Miguel Sánchez Tomás

Miembro del Tribunal Constitucional español. Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad de Murcia (España).

Marisol Fernández Revoredo

Profesora de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Armando Nieto Vélez

Licenciado en Teología (Frankfurt). Profesor de cursos de Historia en Estudios Generales Letras - Pontificia Universidad Católica del Perú.

Patrick McCarthy

Ex profesor de las Universidad Cambridge (Inglaterra), Universidades Vassar, Cornell, Haverford y Escuela de Estudios Internacionales Avanzados de Johns Hopkins (Estados Unidos). Profesor de Investigaciones en la Universidad de Bologna (Italia).

Hace algunas semanas se realizó el primer matrimonio entre homosexuales en nuestro país. Si bien dicho acontecimiento se realizó en la embajada de Inglaterra en el Perú, ello generó tanto críticas y cuestionamientos de las distintas instituciones del sector tradicional, entre ellas la Iglesia Católica, como argumentos favorables por parte de grupos minoritarios que ven en esta celebración el primer paso para un cambio en la concepción de la homosexualidad, el matrimonio y la adopción de niños por parte de parejas del mismo sexo.

THEMIS, en vista de la importancia e implicancias que trae consigo este fenómeno, el cual ya ha sido legalizado en distintos ordenamientos europeos, ha considerado de vital relevancia compartir la opinión de distintos especialistas en la materia, quienes, a través de distintas argumentaciones, muestran lo heterogénea que puede ser la concepción de esta trascendental manifestación social.

1. **La legislación vigente parece moverse en un doble discurso. Primero, la Constitución reconoce expresamente la igualdad ante la ley y la consecuente prohibición de discriminación (artículo 2, inciso 2 de la Constitución Política), el derecho a la libertad (en todas sus variantes), así como proscribire “proteger a la familia y promover el matrimonio por ser institutos naturales y fundamentales de la sociedad” (artículo 4). No obstante ello, reduce la concepción de lo que es el matrimonio a la unión legal de un hombre y una mujer (artículo 234 del Código Civil), así como, al mismo tiempo, señala que será unión de hecho con repercusiones legales¹ sólo aquella que se produzca entre personas de distinto sexo.**

En este marco, hay quienes alegan la existencia de un contrasentido al restringirse el derecho a la igualdad al no ser reconocidas jurídicamente las uniones homosexuales. Por otro lado, están quienes se oponen a dichas uniones aduciendo que el principio de igualdad en la aplicación de la ley tiene como fundamento la imposibilidad de aplicar la ley de una manera distinta a personas que se encuentran en situaciones semejantes, y que, en el caso

de las uniones homosexuales, estamos hablando de una situación distinta (al ser parejas del mismo sexo), razón por la que la ley no podría ser aplicada igualmente. ¿Cuál es su opinión al respecto?

SÁNCHEZ TOMÁS: Un juicio de igualdad no es ajeno a los prejuicios del contexto social en que se realiza. Los actuales contrasentidos en el tratamiento jurídico de la homosexualidad son producto del momento de transición que vive su percepción social, pero se verán paulatinamente superados según se avance en su normalización. En el ámbito internacional, mientras se ha consolidado la prohibición de la discriminación basada en la condición de homosexual (Dictamen del Comité de Derechos Humanos de la ONU de fecha 31 de marzo de 1994, comunicación número 488/1992, caso Toonen contra Australia), no se ha concluido todavía que la prohibición del matrimonio homosexual resulte un trato discriminatorio (Dictamen de 17 de julio de 2002, comunicación 902/1999, caso Juliet Joslin y otras contra Nueva Zelanda). Es sólo una cuestión de tiempo. No más de una generación en los países occidentales. En la conciencia internacional se asentará la idea de que es discriminatoria la prohibición de acceso al matrimonio de las personas del mismo sexo e, incluso, arraigará un profundo sentido de vergüenza hacia un pasado en que existió dicha prohibición. El mismo sentimiento de perplejidad y desprecio que despiertan hoy en nosotros las sociedades y las legislaciones que prohibían los matrimonios interraciales o interreligiosos, será el que mañana se profese hacia nuestro tiempo por prohibir los matrimonios homosexuales.

FERNÁNDEZ REVOREDO: En mi opinión, éste tema debe verse no tanto desde la perspectiva de la igualdad de trato, sino del mandato de no discriminación.

Los motivos prohibidos para discriminar que se encuentran enumerados en nuestra Constitución, así como en las cláusulas antidiscriminatorias de los tratados en materia de Derechos Humanos, aluden a factores históricos de exclusión de grupos de personas por contar con determinadas características, por ejemplo, ser mujeres, tener determinado color de piel, religión, etcétera. Nuestra lista de razones vedadas, contemplada en el artículo 2 inciso 2 de la Carta del año 1993, culmina con una frase “y de cualquier otra índole”, que si bien no la convierte en ilimitada, sí permite

incorporar otros motivos que también responden a la existencia de grupos excluidos por poseer ciertas características. No cabe duda que la "orientación sexual" es una razón vedada –implícita– para discriminar, que además se conecta con el derecho fundamental de toda persona al libre desarrollo de la personalidad.

Así pues, tomando en cuenta lo anterior, si encontramos diferenciaciones de trato por razón de orientación sexual estamos en un escenario discriminatorio, a no ser que se demuestre que en el caso en concreto dicha diferenciación es razonable.

En lo que respecta al matrimonio, éste no es definido por la Constitución como heterosexual, en consecuencia, la norma prevista en el artículo 234 del Código Civil que define al matrimonio como heterosexual podría ser materia de alguna acción de inconstitucionalidad o, en todo caso, de control difuso, pues en mi opinión la limitación que contiene es irrazonable.

En lo que respecta al concubinato, creo que, si vamos a la literalidad, efectivamente vamos a encontrar un contrasentido en la Constitución. ¿Cómo se puede proteger a la familia desconociendo el concubinato homosexual? Creo que una interpretación sistemática, y en favor de la libertad, salvaría esa contradicción.

NIETO: Para la doctrina católica (que asumo plenamente en estas repuestas), el matrimonio es la alianza o unión por la cual el hombre y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida. Dicha unión es un sacramento, ordenado tanto al bien de los cónyuges como a la procreación y educación de los hijos.

La iglesia, naturalmente, acepta que la legislación civil no sólo reconozca sino también proteja a la familia y al matrimonio "por ser institutos naturales y fundamentales de la sociedad". Dentro de este presupuesto no veo cómo –de modo paralelo– se busque reconocer jurídicamente, con el mismo *status* del matrimonio, las uniones homosexuales. "La vocación al matrimonio se inscribe en la naturaleza misma del hombre y de la mujer según salieron de la mano del Creador"².

A mi juicio, no es un contrasentido ni una violación del derecho a la igualdad el no aceptar jurídicamente las uniones homosexuales. La diversidad

y complementariedad de sexos explican que el matrimonio sea una unión natural (reconocida universalmente y en todas las épocas). El hecho de que algunas legislaciones (España, Dinamarca, etcétera) admitan las uniones homosexuales no cambia la valoración negativa que formula la Iglesia acerca de dichas uniones. Incluso nuestra misma Constitución, en el artículo 2 inciso 2, se refiere a la familia y al matrimonio. Por lo demás, no comparto la opinión de que el Código Civil "reduce" el matrimonio a la unión legal de un hombre y una mujer. Creo que en la mayor parte de los diccionarios jurídicos se da al matrimonio una definición real la cual no es "reductiva".

MCCARTHY: Mi opinión es que el derecho a la igualdad debería ser aplicado generalizadamente en la sociedad. El término "en la misma situación" no tiene mayor sentido. Al mismo tiempo, los legisladores deberían considerar que para muchos peruanos, y otros occidentales, la heterosexualidad es norma y no es posible aceptar otra opción. De esta forma, los cambios en las normas deben hacerse cuidadosamente y considerando cuidadosamente las posiciones tradicionales.

2. En los últimos años, en el país han surgido diversos movimientos que buscan reivindicar a los homosexuales y, así, lograr que se los respete socialmente y se les reconozcan legalmente ciertos derechos que, actualmente, en nuestro país son exclusivos de parejas heterosexuales. ¿Por qué cree usted que estas reivindicaciones tienen más acogida entre los políticos de izquierda o socialistas?

SÁNCHEZ TOMÁS: El respeto hacia los derechos de los homosexuales no responde a profundas razones que enfrente a sistemas o partidos políticos. Actualmente, igual que históricamente, hay experiencias de persecución institucional contra los homosexuales tanto en países democráticos como dictatoriales, con gobiernos izquierdistas o de derechas, laicos o religiosos. Creo que en los países occidentales las reticencias a aceptar un avance significativo en el respeto a los derechos de los homosexuales se vinculan principalmente con aspectos coyunturales, como son las creencias religiosas y convicciones morales de los dirigentes políticos y líderes sociales, o la eventual rentabilidad electoral dependiente de la presión mediática de los movimientos igualitarios

² Catecismo de la Iglesia Católica, 1603.

y el nivel de contestación de los sectores sociales más tradicionalistas. Razones, en cualquier caso, alejadas de un serio planteamiento y reflexión de ética social por parte de los actores sociales sobre la justificación del mantenimiento de un régimen jurídico discriminatorio de esta minoría. Sin embargo, toda vez que los partidos democráticos de izquierdas están alejados estatutariamente de cualquier connotación religiosa y sus miembros mantienen una concepción laica de la política, les resulta más fácil que a los partidos y políticos democristianos o socialcristianos la apertura a unos planteamientos que todavía hoy, desgraciadamente, están anatemizados por las jerarquías religiosas.

FERNÁNDEZ REVOREDO: No creo que exista una identificación entre ser de izquierda y reivindicar los derechos de los homosexuales. Yo haría más bien una división entre conservadores y progresistas, identificando a éstos últimos como quienes suscriben tales reivindicaciones por ser manifestaciones de la autonomía individual, la libertad y la igualdad.

Yo no coincido con el diagnóstico de que han surgido en el país, en los últimos años, diversos movimientos de reivindicación a los homosexuales. Mi impresión es que son el propio movimiento homosexual, y luego el movimiento feminista, los únicos que exigen en serio políticas de reconocimiento para homosexuales y lesbianas. Tampoco creo que exista una identificación entre ser de izquierda y reivindicar los derechos de los homosexuales. Sin embargo, existen, en efecto, más políticos de izquierda que de otras canteras que acogen tales reivindicaciones, lo cual considero que tiene que ver con el propio discurso de la izquierda en el sentido de que los derechos deben ser extendidos a todos.

La resistencia a la identidad homosexual y la homofobia no son sólo características de los católicos ortodoxos. Yo diría que están presentes en otros movimientos, generando señales de incoherencia en los discursos. Me refiero, por ejemplo, a cómo quienes se dicen liberales se olvidan de la libertad y la autonomía individual frente a las reivindicaciones del movimiento homosexual. Con esto quiero decir que el prejuicio frente al homosexual está tan arraigado que atraviesa muchas instancias e ideologías.

NIETO: Las reivindicaciones a las que se refiere esta pregunta gozan de más acogida “entre los políticos de izquierda o socialistas” por la tesitura más bien permisiva o liberal en materia de sexualidad que es característica de esos sectores.

MCCARTHY: Las políticas de izquierda tienen menos lazos con estas posiciones y lazos más cercanos al pensamiento moderno innovador. Consideran que hay menos necesidad de defender la heterosexualidad. Hay una contradicción entre el individualismo y la voluntad de excluir a las parejas homosexuales. Sería más honesto exponer esto pero los políticos están determinados, en el mejor de los casos, a unir grupos sociales diferentes. Empiezan desde sus constituciones nacionales y siguen delante, de tal forma que la izquierda le presta menos atención a los grupos que apoyan posiciones conservadoras que son mucho más lejanas.

3. Según Charles Taylor “(...) la tesis es que nuestra identidad se moldea en parte por el reconocimiento o la falta de éste; a menudo, también, por el falso reconocimiento de otros, y así, un individuo o un grupo de personas puede sufrir un verdadero daño, una auténtica deformación si la gente o la sociedad que lo rodea le muestran, como reflejo, un cuadro limitativo o degradante o despreciable de sí mismo. El falso reconocimiento o la falta de reconocimiento puede causar daño, puede ser una forma de opresión que aprisione a alguien en un modo de ser falso, deformado y reducido. (...) El reconocimiento debido no es sólo una cortesía que debemos a los demás: es una necesidad humana vital”³.

¿Tiene este deber de reconocimiento, como expresión de la tolerancia, alguna relación con el reconocimiento del matrimonio entre homosexuales? ¿Es exagerado decir que su no reconocimiento por parte del Estado es una forma de opresión?

SÁNCHEZ TOMÁS: Sólo con una estrecha visión de la democracia desde la atalaya de la mayoría se puede afirmar que el horizonte último del deber de reconocimiento de las minorías radica en su

derecho de resistencia frente a la exclusión social y en una correlativa obligación de la mayoría de tolerancia hacia ellas. Eso pudo ser así en los orígenes de la democracia liberal como un primer paso para garantizar el principio de no exclusión de las minorías. Hoy en día, lo consustancial a este deber de reconocimiento trasciende el viejo derecho de resistencia, convirtiéndose en una obligación promocional de la inclusión del ajeno y en la exigencia de llegar a un consenso entre quienes son incluso moralmente extraños. El problema es que, en materia de reconocimiento de los derechos de los homosexuales, apenas se ha traspasado siquiera ese primer estadio del deber de respeto, siendo todavía numerosas las legislaciones en los países occidentales que incluso persiguen penalmente las conductas homosexuales. En este contexto, sin duda, el no reconocimiento del derecho al matrimonio homosexual implica un trato discriminatorio, aunque tampoco puede afirmarse que sea la más grave de las opresiones que sufre esta minoría.

FERNÁNDEZ REVOREDO: El derecho al reconocimiento en el caso de los homosexuales implica que la identidad de éstos sea valorada, respetada y afirmada. Ello implica un cambio en la cultura y, sin duda alguna, también en el Derecho. Cuando las normas le dicen a los gays y lesbianas: “ustedes no pueden casarse, ustedes no pueden adoptar, etcétera”, lo que hacen es reforzar un patrón cultural de desvalorización de la identidad homosexual. Por el contrario, si las normas reconocen el derecho a la diferencia, a la autodeterminación, van a coadyuvar a cambios en los patrones culturales.

En otras palabras, el reconocimiento para los homosexuales pasa por dos planos distintos, el respeto por parte de la sociedad y la afirmación de ellos como sujetos de derechos, y a éste nivel, definitivamente ubicamos al matrimonio.

En lo que respecta a la pregunta de si es exagerado decir que el no reconocimiento del matrimonio

homosexual constituye una forma de opresión, creo que no se trata de una exageración y podríamos agregar que tal falta de reconocimiento por parte del Derecho es una manifestación más de cómo la moral de un grupo dominante es impuesta a toda una comunidad.

NIETO: El hecho de no admitir (como ocurre en la doctrina católica) el reconocimiento jurídico de las uniones homosexuales no significa un rechazo a las personas. Teólogos y moralistas de la Iglesia postulan las actitudes de comprensión y acogida. Creo que en esto se ha avanzado bastante respecto de antiguas actitudes de intolerancia y de exclusión. No creo que sea una forma de opresión el no reconocimiento estatal de las uniones homosexuales.

MCCARTHY: La opinión de Charles Taylor sobre las identidades heridas (no es el primer o el único pensador que guste de este tema) es verdadera. Esta idea, junto con el matrimonio gay, de la forma en que las costumbres y hábitos de los gays pueden ser vistas por la sociedad, es una expresión de la generosidad que llamamos “Taylorismo”.

4. La Corte Suprema de Estados Unidos, en un caso⁴, manifestó lo siguiente: “Estos asuntos, relativos a las más íntimas y personales decisiones que una persona puede hacer en su vida, decisiones centrales para la autonomía y dignidad personal, son esenciales para la libertad (...) En la esencia de la libertad se encuentra el derecho a definir el propio concepto de la existencia, el significado del universo y el misterio de la vida humana. La creencia sobre estos asuntos o la definición de los atributos de la personalidad no pueden ser formados bajo la compulsión del Estado”⁵.

La prohibición del matrimonio entre homosexuales en países como el Perú nos genera una duda acerca de cuál debe ser el papel del Estado

⁴ Planned Parenthood of Southeastern versus Casey, 505 US 833 (1992).

⁵ Esta cita de la Corte Suprema de EE.UU. tiene cimiento en la concepción moral liberal, fuertemente arraigada en el pensamiento de Immanuel Kant y Dworkin, quienes establecieron una distinción entre dos tipos de compromiso moral. Según esta concepción, todos tenemos una opinión acerca de los fines de la vida y acerca de aquello en lo que consiste una “vida buena”, pero también reconocemos el compromiso de tratarnos de manera equitativa e igualitaria. Este segundo compromiso es de tipo “procesal”, mientras que el primero es “sustantivo”. Dworkin afirma que una sociedad liberal es la que no asume ninguna posición “sustantiva”, sino que se limita a unirse en torno a un poderoso compromiso procesal de tratar a todos con igual respeto. “La razón de que la entidad política como tal no pueda abrazar ninguna opinión sustantiva, por ejemplo, que no pueda reconocer que uno de los objetivos de la legislación deba consistir en hacer virtuoso al pueblo en uno u otro sentido, es que esto implicaría una violación de su norma procesal, pues, dada la diversidad de las sociedades modernas, infaliblemente ocurriría que algunas personas se comprometerían con la concepción favorecida de virtud en tanto que otras no lo harían así. Las primeras podrían estar en la mayoría; en realidad, es muy probable que lo estuvieran, pues de otra manera no sería verosímil que una sociedad democrática adoptara su opinión. No obstante, esta idea no sería la de todos, y al adherirse a esta visión sustantiva, la sociedad no estaría tratando a la minoría disidente con igual respeto. En realidad, estaría diciéndole: “vuestra opinión no es tan válida, a los ojos de esta entidad, como la de vuestros más numerosos compatriotas”.

en la sociedad actual. ¿Qué asuntos deben permanecer en la “esfera privada” y cuáles pueden ser regulados, teniendo en cuenta el objeto con el que fue “creado” el Estado?

SÁNCHEZ TOMÁS: No puede caerse en la trampa de reconducir las reivindicaciones del colectivo homosexual al derecho a la vida privada para alejarlas del lugar natural en el que deben ser juzgadas: el derecho a la no discriminación. Esa fue la perspectiva que se impuso en el Tribunal Supremo de Estados Unidos en la sentencia *Lawrence versus Texas*, de fecha 23 de junio de 2003, frente a la que, por ejemplo, posteriormente primó en la sentencia del Tribunal Supremo de Massachussets *Goodridge & others versus Department of Public Health*, de fecha 18 de noviembre de 2003. Determinados sectores sociales, que observan lo irremediable del advenimiento del fin de las políticas discriminatorias contra los homosexuales, están intentando frenar, o al menos moderar ese avance, con determinadas concesiones a puntuales reivindicaciones basadas exclusivamente en el derecho a la vida privada. Su fin primordial, sin embargo, es que, relegando la homosexualidad a la intimidad de la alcoba y limitando los derechos del homosexual, como mucho, a la no injerencia del Estado en su conducta sexual en el ámbito privado, pueda evitarse que invadan los espacios públicos y alcancen una plena normalización. La homosexualidad podrá ser una cuestión privada, pero no lo es la abolición de cualquier tipo de trato discriminatorio basado en ella, entre el que está la prohibición de acceder al matrimonio.

FERNÁNDEZ REVOREDO: Yo no respondería a esta pregunta a partir de la clásica oposición público/privado, sino más bien en relación a dos concepciones contrapuestas como lo son la autonomía individual y el perfeccionismo ético. Los individuos deben tener la libertad de elegir sus planes de vida, por más absurdos que parezcan a los demás y, en ese sentido, al Estado le deben corresponder dos cosas: intervenir sólo para proteger a terceros y crear las condiciones para que los individuos puedan elegir sus proyectos de vida.

Cuando en el Perú se prohíbe por ley el matrimonio entre personas del mismo sexo, lo que el Estado está haciendo es imponer modelos de vida supuestamente virtuosos; se nos está diciendo que la mejor familia es la fundada en el matrimonio entre varón y mujer. Ello, a mi juicio, es inaceptable

La prohibición del matrimonio entre homosexuales en el Perú se apoya en un entramado de

argumentos en los que la tradición, la costumbre, la naturaleza y la religión aportan cuotas muy importantes. Lamentablemente, en el país varias instituciones y dimensiones del derecho de familia como el matrimonio, el concubinato, la filiación, entre otras, al ser regulados sobre la base de una moral particular y con el propósito de controlar el ejercicio de la sexualidad, han producido y alimentado marginalidades. Una de estas son los homosexuales y lesbianas.

No sé si la orientación sexual se elige o viene determinada genéticamente. Si estuviéramos ante lo primero, el Estado debería generar las condiciones para que las personas pudieran ejercer su derecho a la opción sexual y vivir esta elección como quieran; si, por el contrario, se tratase de una condición biológica, el Estado debería generar las condiciones para que homosexuales y lesbianas pueden ejercer sus derechos plenamente. Así pues, cualquiera que sea la explicación de la condición homosexual, al Estado no le corresponde otra cosa que garantizar los derechos de esos grupos imponiendo límites, sólo para proteger de daño a terceros.

NIETO: Es obvio que el Estado puede regular las actividades de los seres humanos de acuerdo a las pautas de la ética social. El Estado no puede permitir un ejercicio irrestricto de la libertad ni del “yo hago lo que me da la gana”. En un país como el nuestro donde la permisividad ha crecido, desgraciadamente, en proporciones alarmantes, no podría calificarse de abusivo el proceder del Estado cuando interviene para proteger a la niñez, a la familia rectamente constituida y a los más desamparados.

El hecho social y jurídico de la familia no puede ser considerado simplemente como un asunto que sólo atañe a la esfera íntima de las personas (como las preferencias en los gustos musicales o gastronómicos), sino que tiene siempre una connotación social de gran importancia, mucho mayor que la de una simple asociación deportiva o teatral. Que yo sepa, el Estado regula las asociaciones, no las deja al libre albedrío de cada particular.

MCCARTHY: Pier-Polo Pasolini sostiene, por ejemplo, que la tolerancia casi siempre crea una nueva forma de opresión. También agrega que los roles del Poder Legislativo están determinados por la mayoría.

5. ¿Cuáles considera que serían las repercusiones sociales del reconocimiento del matrimonio de parejas homosexuales? ¿Afectaría dicho reconocimiento la

convivencia en sociedad? ¿Cuáles serían los riesgos?⁶

SÁNCHEZ TOMÁS: Institucionalmente, el reconocimiento del derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo tendría un efecto muy positivo: siempre hay que dar la bienvenida a la abolición de un trato discriminatorio. La mayoría social heterosexual, simplemente, ni lo notaría en sus vidas. Los homosexuales verían, por fin, una senda de normalización. Los augures de la Apocalipsis se irían quedando relegados. En cuanto la ciudadanía comprobara que nada cambia y que la posibilidad legal de que personas del mismo sexo accedan a contraer matrimonio no impone obligaciones ni resta derechos a nadie, se olvidará que algún día existió una polémica sobre esta cuestión y seguirán preocupándose de sus problemas cotidianos. El fenómeno será muy parecido al que ya se vivió con la regulación del divorcio. Al principio, movilizaciones sociales patrocinadas por los sectores conservadores a favor del modelo de matrimonio tradicional: heterosexual e indisoluble; después, al igual que cayó el mito de la indisolubilidad y quien quiso divorciarse se divorció y quien no, pues no, caerá el mito de la heterosexualidad, y quien quiera contraer matrimonio con persona del mismo sexo lo hará y quien no, pues no. Todo tan sencillo, todo tan normal, todo sin traumas y sin alteración de la normal convivencia.

FERNÁNDEZ REVOREDO: Esta pregunta me hace recordar el conocido debate Devlin - Hart que se dio a propósito de una propuesta en el Reino Unido de despenalización de las relaciones homosexuales consentidas entre adultos. Devlin sostenía que las convicciones morales de los miembros de una comunidad son elementos constitutivos de ésta, de tal manera que si se va en contra de tales convicciones, la sociedad se quiebra. Las leyes, en esta línea de pensamiento, juegan un papel fundamental en el mantenimiento del orden moral que, a la larga, es el que garantiza el sostenimiento de la sociedad.

La posición de Hart en esta polémica fue la de cuestionar la idea de que una comunidad se define por cuestiones de orden moral; así entonces, las sociedades son vistas como colectivos plurales que

van evolucionando conforme la mentalidad va cambiando. La sociedad no se destruye cuando se dejan de lado determinados rasgos morales; más bien avanza.

Respondiendo, entonces, a la pregunta en concreto, creo que la repercusión sería que nos convertiríamos en una sociedad un poco más democrática, basada en una moral crítica.

MCCARTHY: El Estado es, en sí mismo, un ejemplo de una institución que puede liberar y oprimir. A menos que el Ejecutivo y el Legislativo sean áreas independientes del proceso electoral, en cuyo caso será muy probable que no haya democracia, los roles de la creación de leyes que tiene el Estado son dependientes de las mayorías parlamentarias. Esto significa que siempre habrá gente que será excluida.

6. ¿La posición de la Iglesia Católica es clara respecto del matrimonio gay: las relaciones homosexuales son una anomalía al haber creado Dios al hombre y a la mujer para complementarse y cumplir con la misión de perpetuar la raza humana, por lo que el matrimonio homosexual no puede permitirse pues violentaría el bien de la familia fundada sobre el matrimonio?⁷ **No obstante, España, uno de los países con tradiciones católicas más arraigadas en el mundo, aceptó hace poco el matrimonio civil entre homosexuales. ¿Considera ésta una muestra de cambios en los consensos sociales que se están dando dentro de los estados en el mundo?**

SÁNCHEZ TOMÁS: La posición de la Iglesia Católica respecto de esta y cualquier otra cuestión es algo que sólo compete a los miembros de esa religión. Si la Iglesia Católica mantiene una determinada concepción del matrimonio es lógico que en su ordenamiento jurídico interno sea consecuente con ello. No creo que nadie espere a medio plazo una modificación del Código Canónico que sacramentalice las uniones homosexuales. Tampoco tiene por qué resultar extraño que el catolicismo, en tanto que ideología totalizadora, intente influir y presionar, como un mo-

⁶ Esta pregunta no fue absuelta por el profesor Nieto.

⁷ El Papa Benedicto XVI, en su primera encíclica *Deus caritas est*, afirma que la palabra amor está actualmente "desgastada, consumida y abusada", y que al ser el amor parte de la humanidad o corporeidad de la fe, la aceptación de la misma "encuentra en el matrimonio indivisible entre un hombre y una mujer su forma radicada en la creación".

vimiento social más, en la regulación estatal del contrato matrimonial. Ahora bien, a la Iglesia Católica no le queda otro remedio que asumir el carácter laico del Estado con todo lo que ello implica, que no es sólo la división entre Iglesia y Estado, sino también la división que el propio católico hace entre su condición de miembro de la Iglesia y su condición de ciudadano. Eso explicaría lo que ha sucedido en España. Mientras la mayoría de los católicos españoles no permitiría que el Estado dispusiera cómo se debe regular el matrimonio en el Código Canónico, tampoco la mayoría de los ciudadanos españoles permitiría que la Iglesia Católica dispusiera cómo se debe regular el matrimonio en el Código Civil.

FERNÁNDEZ REVOREDO: Pienso que en los países en los que la Iglesia Católica goza de poder político, no podemos hablar de consensos sociales, pues particularmente en los últimos años la jerarquía eclesiástica ha puesto muchos esfuerzos para que, precisamente, no se extiendan derechos a los homosexuales, fundamentalmente los vinculados a la esfera familiar. Recordemos que, recientemente, en junio del 2003, en el Vaticano se generó un documento que contenía las consideraciones de la Iglesia Católica acerca de los proyectos de reconocimiento legal de las uniones entre personas homosexuales, en el que se instaba a los legisladores católicos a mantener una oposición frente a este tipo de propuestas. En este orden, creo yo que es muy difícil hablar de la generación de consensos sociales, entendiendo por estos a aquellos acuerdos compartidos por los sectores relevantes.

En mi opinión, España no ha sido una excepción. Creo que a partir del triunfo del Partido Socialista Obrero Español (PSOE) en las elecciones, el país se polarizó mucho más entre la izquierda y la derecha (Partido Popular y la Iglesia). Una vez que el nuevo gobierno implementó sus promesas electorales, las diferencias se han agudizado. En este contexto, la extensión de derechos para homosexuales y lesbianas ha sido una medida de la mayoría y no el resultado de una amplia deliberación.

En términos generales, pienso pues que en donde la Iglesia tenga poder, el reconocimiento de derechos para los homosexuales será el resultado

de batallas judiciales y de lucha social, más que de acuerdos entre los diversos sectores.

NIETO: El caso actual de España no significa sino lo siguiente: El gobierno español –perteneciente al PSOE– ha reconocido el matrimonio entre homosexuales. Pero bien sabemos que ello no refleja una corriente mayoritaria del país, y aun en el supuesto de que lo fuera, tal ley no obliga en conciencia. Es curioso que un Estado que permite tantas objeciones de conciencia no las consienta cuando un alcalde o juez rehúsa casar una pareja de homosexuales.

MCCARTHY: La Iglesia Católica es una institución muy diversa que tiene órdenes religiosas que tienden hacia la izquierda extrema y otras de liderazgo muy conservador. La posición española sobre el matrimonio gay no es una sola, por lo que el cambio en España no significa un cambio realmente global.

7. El matrimonio como institución ha sufrido un cierto descrédito en los últimos tiempos. Al parecer, la idea de que la familia se funda en el matrimonio ha sido dejada de lado hace mucho tiempo, y prueba de ello es que las uniones de hecho proliferan en estos tiempos. Además, las cifras de divorcios y separaciones son cada vez más grandes, lo que ha hecho pensar a más de un intelectual que el matrimonio gay lo que hará es darle nuevos bríos a esta institución bastante desgastada⁸. ¿Qué opinión le genera tal presagio?

SÁNCHEZ TOMÁS: Los matrimonios formados por parejas del mismo sexo no considero que vayan a diferir en nada de los matrimonios heterosexuales. Tampoco, por supuesto, en cuanto a su estabilidad y duración. Es más, desde una perspectiva estrictamente jurídica, ningún interés despierta la cuestión de la estabilidad, ya que ni es inherente al contrato civil matrimonial, ni tampoco puede afirmarse siquiera que tenga que ser un *desideratum*. Jurídicamente, el divorcio no es el fracaso del matrimonio civil, sino una forma más de disolución de dicho contrato, del mismo modo que la rescisión de un contrato de arrendamiento tampoco es el fracaso de éste, sino una forma más de extinción. Va llegando el momento

⁸ Vargas Llosa comenta que “dentro de veinte o treinta años, las familias más estables descubrirán las estadísticas entre los matrimonios gays”. En: El matrimonio gay. Diario El País. Madrid, España. Publicación del 26 de julio del 2005.

de que el Derecho Civil deje de concebir el matrimonio en clave o a partir de extrapolaciones canónicas y asuma que no es sino un contrato más.

FERNÁNDEZ REVOREDO: Yo creo que lo que la crisis del matrimonio revela es que se han dado importantes cambios sociales, tecnológicos y culturales que han repercutido en los modelos de las familias tradicionales, basadas en el matrimonio. Treinta o cuarenta años atrás, las mujeres tenían como único destino el matrimonio, además de que éste iba de la mano de la reproducción. Estos paradigmas han caído y, por eso, cada vez se eligen más otros modelos de convivencia diferentes al matrimonial. Coincido en que el matrimonio homosexual puede contribuir a una reconceptualización de la propia institución matrimonial.

El discurso y la realidad en torno a la familia y al matrimonio han ido variando en el tiempo. Sin embargo, creo que hay que diferenciar dos niveles: el del Derecho y el de los hechos. En el plano jurídico hay que recordar que hasta el año 1979, en el Perú, el concubinato no era reconocido como una unión equivalente a la matrimonial, lo cual inclusive tenía un importante impacto en el tratamiento de los hijos, a quienes se les diferenciaba entre legítimos e ilegítimos, a lo cual se sumaba el hecho que el matrimonio tenía como fin la reproducción. Este modelo, productor de marginalidades, se encaminó hacia el reconocimiento del concubinato como otra forma de fundar una familia, así como a impregnar el ordenamiento jurídico familiar de principios como el de igualdad y no discriminación. No obstante esta evolución, lamentablemente, en el plano jurídico aun se mantiene al concubinato en un estatus inferior en relación con el matrimonio, y ello obedece a la estrategia implementada por el Estado para cumplir con el mandato constitucional de promover el matrimonio.

Este marco normativo nos revela el abismo existente entre el Derecho y la realidad; esta última más bien muestra que el matrimonio es una institución en crisis, lo cual creemos que obedece a factores culturales, sociales, económicos y tecnológicos. En el marco de esta crisis surgen otras formas de uniones que nos llevan a una reconceptualización de la familia. Ahora bien, en relación al presagio que se formula en la pregunta planteada, yo pensaría que el reconocimiento del

matrimonio gay sería más bien el resultado de un cambio de concepción del matrimonio y la familia concebidos tradicionalmente. Recordemos que es muy arraigado el discurso que sostiene que el matrimonio y la familia son institutos naturales, por lo que reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo sería poner en cuestión tal concepción.

NIETO: Vuelvo a señalar que el matrimonio y la familia son “institutos naturales y fundamentales de la sociedad”. Las investigaciones hechas por psicólogos infantiles (a las que hace alusión la pregunta) revelan, más bien, que los niños valoran y necesitan de la educación y el cariño dado por “la madre” y “el padre”.

MCCARTHY: Me parece que es a la inversa: los matrimonios tradicionales están peleando por otras formas de unión como lo es el matrimonio gay.

8. Se ha señalado que permitir que las parejas homosexuales puedan adoptar resultaría siendo muy beneficioso para niños desamparados, sin hogar ni alimentación. Por otro lado, hay quienes sostienen que la ayuda a dichos niños podría darse por la implementación de ciertos programas a cargo del Estado, y no necesariamente permitiendo la adopción de niños por parejas homosexuales, pues ha de tenerse presente que el niño requiere de un padre y una madre, dado que, al estar en contacto con dos roles de género distintos, el niño afianza el suyo propio diferenciando conductas femeninas de masculinas. Sin embargo, existen numerosas investigaciones hechas por psicólogos infantiles en las que se ha concluido que los niños necesitan amor y dedicación, y no un determinado rol de género en sus padres. ¿Por qué las meras inclinaciones sexuales hacen a las personas capaces o incapaces de criar a sus hijos? ¿No es esto algo que acaso escapa a lo biológico?⁹

SÁNCHEZ TOMÁS: Desconozco si existen razones científicas para avalar que la homosexualidad sea una circunstancia relevante en la educación de los menores o para avalar qué tipo de familia, si matrimonial o monoparental, heterosexual u homosexual, resulta más beneficiosa para los

⁹ Esta pregunta no fue absuelta por el profesor Nieto.

menores. El propio planteamiento me resulta intrínsecamente perverso. No se cómo reaccionaría cualquier persona ante un estudio cuya pretensión fuera analizar la influencia que tiene la raza o la religión sobre la capacidad de educación de los hijos, para, a partir de ello, poder extraer conclusiones de política legislativa respecto de la eventual prohibición de que los blancos o los católicos pudieran adoptar o incluso educar a sus hijos biológicos por demostrarse, por ejemplo, una inferior capacidad para transmitir los principios de no discriminación racial o de tolerancia religiosa. Supongo que la mayoría miraría estupefacto a quien lo planteara. Esa misma reacción es la única que, en buena lógica, cabe esperar cuando se pretende poner en duda la capacidad de los homosexuales para educar a un menor como argumento y coartada para justificar que el Estado les imposibilite adoptar e, incluso, les prive del derecho de educar a sus propios hijos biológicos.

FERNÁNDEZ REVOREDO: La satisfacción de las necesidades materiales y el amor son los aspectos indispensables para la crianza de un niño o niña, y para poder garantizarlas se requiere tener cualidades que nada tienen que ver con la orientación sexual. ¿Quién es mejor padre, el heterosexual que le niega a un hijo alimentos o el homosexual que satisface de la mejor manera posible las necesidades de su hijo? ¿Cuál es el mejor ambiente para un niño, aquél en el que existe abuso de poder por parte de sus padres biológicos o, más bien, aquél en el que la pareja

del mismo sexo le garantiza una vida libre de violencia? Con esto quiero decir que la orientación sexual no puede ser vista como un demérito para la crianza de un hijo.

Por otra parte, hay que tomar con cuidado esa idea de que el niño requiere de la presencia de padre y madre, pues ello le permitiría estar en contacto con los dos “roles de género” distintos. Creo que en esa afirmación hay una trampa, pues los roles de género son construcciones culturales que operan como camisas de fuerza para hombres y mujeres. En nuestro sistema de género, por ejemplo, lo masculino está asociado a la fortaleza y lo femenino a la debilidad, y ello se traduce en el conocido y frecuente mandato: “los niños no lloran”. Entonces, ¿se quieren parejas heterosexuales para enseñar eso?

De otro lado, niños y niñas cuentan con muchos espacios de socialización, los cuales les permiten ver la diversidad de la condición humana. Así que si sólo pudieran hacerlo a partir de la imagen de padre y madre, ello significaría que el abandono paterno –muy común en sociedades tan machistas como la nuestra– generaría homosexualidad en los hijos varones, cosa que es insostenible.

MCCARTHY: La noción de que la inclinación sexual de una persona decida, por sí sola, si es que una pareja debe adoptar, es tonta. La calidad y la vida emocional de la familia es lo que cuenta. El género hace que un policía joven pueda estar en una posición pero no determina cuál será ésta.