

REVISTA ESPAÑOLA DE

Derecho Constitucional

58

Año 20

Enero/Abril
2000



CENTRO DE ESTUDIOS POLITICOS Y CONSTITUCIONALES

Plaza de la Marina Española, 9. 28071 Madrid

SUMARIO: I. EL DERECHO Y LAS DISTINTAS FORMAS DE CONVIVENCIA. PAREJAS DE HECHO HETEROSEXUALES. UN DISCURSO JURÍDICO CONSTRUÍDO SOBRE UNA ÚNICA ESTRUCTURA CON EL MATRIMONIO.—III. PAREJAS DE HECHO HOMOSEXUALES: LA «DIFERENCIACIÓN» COMO FACTOR DE DIFERENCIACIÓN JURÍDICA.

I. EL DERECHO Y LAS DISTINTAS FORMAS DE CONVIVENCIA

Durante mucho tiempo se ha presentado a la familia como una realidad convivencial fundada en el matrimonio, indiscutible y esencial, encerrado en la seriedad de la finalidad reproductora. Este modelo ha sido el espacio en la ley para el sexo protegido. Sus alternativas: la negación o el silencio (1).

Pero tal estructura familiar se revuelve sobre sí misma ante los cambios con la aparición de nuevas fórmulas convivenciales. La diversidad de la afectividad fluyen y se superponen a aquellos esquemas de relaciones de interés racionalidad y reclaman su espacio de libertad desconocido. No quieren insertarse en el esquema «organizado» del matrimonio (2). Se niegan a admitir como única estructura de procreación,

(1) Y ha sido, precisamente, el sexo silenciado o reprimido. V. FOUCAULT, el que ha permitido amplios espacios de tolerancia, cfr. *Voluntad de saber*, trad. U. Guinazu, Siglo XXI, Madrid, 1989, pág. 12.

(2) S. DE BEAUVOIR: *El segundo sexo*, vol. I., Los sexos, Martorell, Cádiz, Madrid, 1998, pág. 279.

a que el matrimonio sea la relación exclusiva para su práctica, a la predeterminación de roles en la conducta sexual y, aún más allá, se atreven a negar que la unión del hombre y la mujer, necesaria para la fecundidad lo sea también para ordenar la sociedad en familias. Se aboga por la salida de la homosexualidad de lo patológico para ingresar en la normalidad. Una normalidad que requerirá la entrada de su relación en el derecho, su protección jurídica.

Paradójicamente aquellas relaciones afectivas y sexuales afirmadas contra el rigor del tiempo, de los sexos, de las instituciones y las leyes pretenden ahora efectos jurídicos. Y más aún quieren para sí algunas de las consecuencias jurídicas de aquella institución legal, estable, formal y organizada. De un matrimonio que ya no es indisoluble, que ya no tiene como finalidad la generación, pero que sigue siendo unión formal entre dos personas de sexo diferente (3).

No menos paradójico resulta el hecho de que la opinión general, cuando se habla de amor estable y duradero, se reconcilie con las nuevas formas convivenciales, que se conmueva y las apruebe. Pero cuando esta actitud tolerante exige un cambio en la legislación o el reconocimiento de un derecho, cuando la plena integración social reclama normalidad jurídica entonces se descubre que el respeto y la aprobación no han conseguido liberarse del prejuicio.

Entonces se sobredimensiona el sentido de la tradición para frenar los cambios legislativos respecto a una realidad que, en modo alguno, resulta novedosa. Y que resulta potencialmente conflictiva, lo que se hace ostensible ante la insistencia de reivindicaciones que son sostenidas en los tribunales, amparándose en las discriminaciones que estas formas convivenciales estables suponen en relación al matrimonio.

La discriminación nos lleva al discurso de la igualdad, gran «controladora de simetrías y asimetrías de la racionalidad jurídica» (4). Un discurso que busca diferencias objetivas y razonables en las que justificar un tratamiento jurídico diverso. Entonces los discursos variarán según se trate de una pareja heterosexual u homosexual. Se va a hablar de sexo, o quizás se va a silenciar una cuestión sexual presente y, en cualquier caso, se abre el camino al control social y a discursos de rechazo bajo una aparente tolerancia. Se manejarán argu-

(3) Kelsen, en relación a Platón y al eros homosexual, hace hincapié en la situación paradójica del homosexual al señalar como una característica importante su ambivalencia: si de un lado es hostil a la sociedad y tiende a alejarse de ella, de otro lado persigue en ella una posición elevada de dominio. El sentido de culpa e inferioridad es compensado por una gran ambición social, cfr. H. Kelsen: *L'amor platónico*, trad. C. Tommasi, Il Mulino, Bologna, 1985, págs. 50, 52, 54.

(4) J. I. MARTÍNEZ GARCÍA: «Concepto de derechos humanos y problemas actuales», *Derechos y Libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, núm. 1, febrero-octubre 1993, pág. 66.

mentos diferentes porque se acepta mejor una pareja heterosexual que una homosexual y como prueba de ello aparece como criterio de distinción el hecho de que el matrimonio sólo está permitido entre un hombre y una mujer. La institución consagra así las diferencias fundamentales, que se dan como objetivas, de las distintas convivencias afectivas.

Con el punto de referencia del matrimonio, cuando se trata de abordar el reconocimiento de algunos efectos jurídicos a las uniones de hecho heterosexuales, el jurista habla en nombre del derecho, no necesita del discurso religioso y moral. Despliega todo su arsenal jurídico, las bien aprendidas lecciones de teoría del derecho y sus mejores conocimientos de derecho civil. Se refiere a las lagunas del derecho, a la analogía, a la comunidad de gananciales, a los derechos y deberes *ope legis*, al enriquecimiento injusto o al abuso de derecho.

Pero cuando se trata de parejas homosexuales, entonces el jurista se desliza con facilidad en el terreno de la ética y de la biología, de la pedagogía, la religión y la moral y se hace eco de todos sus recelos y sus miedos. Se exige a la ley que hable, que «descifre» el sexo mediante la regla, que prescriba el orden lícito o ilícito, el sexo útil o peligroso, de ese mundo frágil de donde nos llegan «las amenazas del mal», el «irremediable fin» de los placeres patológicos: el desorden y hasta la muerte del individuo e, incluso, de las generaciones futuras (5). Entonces, se acusa al homosexual de «insultar a la verdad» del sexo (6), del «intento de querer neutralizar el principio mismo del doble origen del hombre» donde la paternidad y maternidad son «prueba decisiva de la diferencia de los sexos» (7). Y se entra en el terreno de las perversiones, enfermedades y desequilibrios, de actos «contra natura», de la excentricidad y la provocación, de la gravedad de las consecuencias demográficas y éticas. Y hasta la ecología sirve de apoyo en un intento de no contaminar la sagrada institución matrimonial.

Y ante una preocupación ruidosa aparece una nueva paradoja: el derecho responde con el silencio del aplazamiento. Un silencio nada sospechoso pues con él se apuesta por la idea de que es mejor discriminar por defecto o ausencia de ley que incurrir en el peligro del exceso. Se trata de obviar el tema tabú: el matrimonio entre homosexuales y la posibilidad de su descendencia. La exclusión del matrimonio de homosexuales viene desde nuestra Norma Suprema, dirán algunos, y sobre eso no es preciso pronunciarse. Pero ¿cómo incidir en la

(5) M. FOUCAULT: *Historia de la sexualidad. I. La voluntad de saber*, cit., págs. 68, 71, 87.

(6) Id.: «El sexo verdadero», en H. Barbin llamada *Alexina B.*, trad. A. Serrano y A. Caneillas, Revolución, Madrid, 1985, pág. 14.

(7) S. AGACINSKI: *Política de sexos*, trad. H. Subirats y M. Baiges Artís, Taurus, Madrid, 1998, págs. 114, 121.

discriminación hacia ellos con una regulación de las parejas de hecho? No se acaba de encontrar un buen discurso en clave de igualdad jurídica que definitivamente cierre la cuestión de esta discriminación.

Lo cierto es que aún en el caso de que se abogue por una regulación diferenciada en las relaciones de pareja, incluso apoyando el matrimonio entre homosexuales, la problemática que se plantea en estos últimos y las parejas heterosexuales es diferente (8). Y una nueva paradoja sale al paso. Uno de los argumentos esgrimidos para no conceder ciertos efectos jurídicos del matrimonio a las parejas de hecho heterosexuales es el respeto de su propia elección. Bajo el supuesto de que pudiendo haberse casado no lo han hecho, porque no quieren someter su relación al régimen jurídico del matrimonio, sería incongruente concederlos determinadas consecuencias de ese mismo régimen jurídico rechazado. Pero cuando se trata de parejas homosexuales no hay aquí libertad que respetar, no hay incongruencia con los actos propios, porque ellos no han pretendido excluir ningún régimen jurídico. Entonces, se dirá que lo que no existe es situación análoga.

Partimos, pues, de dos situaciones distintas con un esquema que parece haber sustituido a aquel de la diferencia de los sexos por el de la desigualdad por razón de la opción sexual. Las parejas heterosexuales pueden acceder a un régimen jurídico imperativo para regular su convivencia prestando formalmente su consentimiento. Y si no es así algunas normas fragmentarias y dispersas re-

(8) La unicidad de la regulación jurídica de las parejas de hecho ya sean homosexuales o heterosexuales ha sido recientemente apoyada por A. TALAVERA FERNÁNDEZ: *Fundamentos para el reconocimiento jurídico de las uniones homosexuales. Propuestas de regulación en España*, Cuadernos «Bartolomé de las Casas», Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, 1999, pág. 55. No obstante establece como excepción a esta indistinción normativa el tema de los hijos. La falta de aceptación social a admitir que los homosexuales puedan adoptar hijos, obtener la patria potestad compartida, la custodia de los hijos del otro conviviente o la inseminación artificial en el caso de lesbianas, justificaría tales restricciones en su estatuto jurídico. La ruptura del tratamiento unitario, que no justificaba la imposibilidad jurídica de acceder al matrimonio de estas parejas, o la imposibilidad biológica de engendrar descendencia de forma natural entre ellos, lo consiga la falta de comprensión social al hecho de que puedan querer ser padres. Sorprende esta última conclusión con la postura que, en general, es mantenida a propósito de la homosexualidad. Aunque, como a Kelsen en el tema de la justicia, puede salvarle la compañía. En general, ni las legislaciones ni los juristas más progresistas en la materia consideran conveniente extender a este tema la protección jurídica de las uniones homosexuales. Cfr. legislación holandesa, sueca, danesa o noruega. En ese sentido, cfr. F. PANTALEÓN PRIETO: «Régimen jurídico civil de las uniones de hecho», en J. M. MARTINELL y M. T. ARECES PIÑOL (eds.): *XI Jornades Jurídiques. Uniones de hecho*, Universitat de Lleida, 1998, pág. 70. Una equiparación sin ninguna limitación es defendida por N. PÉREZ CÁNOVAS: *Homosexualidad, homosexuales y uniones homosexuales en el Derecho español*, Comares, Granada, 1996.

gulan, a partir del año 1981, algunos aspectos de su relación. En el año 1992 el Tribunal Constitucional reconoce expresamente a la unión de hecho como familia protegida por el artículo 39 de la Constitución española. Las parejas homosexuales tendrán que esperar al año 1994 para que la legislación nacional expresamente les atribuya alguna ventaja en la Ley de arrendamientos urbanos. En el año 1995 la Ley de ayuda a víctimas de delitos violentos también reconocerá la convivencia homosexual. Sin embargo, en el mismo año en que la Ley reconoce el derecho a subrogarse en el arrendamiento al conviviente superviviente de una pareja homosexual, el Tribunal Constitucional desestima un recurso de amparo en el que un miembro de una pareja homosexual estable solicita pensión de viudedad a la muerte de su compañero, rechazando así el reto que se le planteaba de hacer su aportación en la materia. A partir de 1997 una serie de proyectos de Ley, desde distintas perspectivas ideológicas, abordarán la regulación de las parejas de hecho. En el ámbito nacional ninguna ha alcanzado su aprobación, pero sí se ha conseguido en el ámbito autonómico.

Junto a esta fragmentación jurídica, proliferan los registros de uniones de hecho autonómicas y locales cuya dudosa finalidad es preocupante. Una ligera aproximación a estos registros resulta ya muy esclarecedora. Se constituyen, en su mayor parte, sin determinarse sus efectos, es más carentes de efectos, si acaso probatorios. Pero ni pueden ser un medio de prueba concluyente, ni son el único medio de prueba y, en todo caso, no funcionan a modo de una exigencia formal que sustituya a la convivencia prolongada y continuada. No parece necesario situarse en la perspectiva del hombre malo para imaginar que la mayor utilidad de estos registros, junto a la elaboración de estadísticas, puede ser el control del «desorden» sexual.

La constatación de la diferencia legal existente, los distintos argumentos empleados en relación a su integración jurídica y la distinta aceptación social de las parejas heterosexuales y homosexuales es lo que justifica aquí un tratamiento separado.

II. PAREJAS DE HECHO, HETEROSEXUALES: UN DISCURSO JURÍDICO CONSTRUIDO SOBRE ANALOGÍAS Y DIFERENCIAS CON EL MATRIMONIO

Para Kant la entrega y aceptación de una pareja en la relación sexual sólo es posible a condición de que exista matrimonio. El matrimonio es, por tanto, un contrato necesario para que el hombre y la mujer, que entregan sus órganos al placer convirtiéndose a sí mismos en cosas, recuperen su condición de personas. En el concubinato, al no existir contrato conyugal, uno se entrega como

cosa al arbitrio del otro, como si de un contrato de alquiler se tratara para el uso de un miembro del cuerpo. Cualquiera podrá rescindir el contrato sin que el otro pueda hacer valer lesión de derecho alguno (9).

En Hegel el matrimonio es «amor jurídico ético», convierte a la unión de los sexos en «entrega sustancial». La racionalidad eleva la inclinación natural de dos personas y sus sentimientos a un significado intelectual y ético: al reconocimiento de la unión, a un compromiso ante los demás (10). De estas cualidades carecen las uniones no matrimoniales.

Casi dos siglos después se plantea la cuestión de si el matrimonio es sustancialmente distinto o cumple unas finalidades diferentes a las de una pareja que convive de forma estable y que asume funciones que el ordenamiento constitucional ha considerado dignas de protección. Si realmente el compromiso ante los demás, o el reconocimiento que se aprecia en el matrimonio, puede empujar y provocar la caída de los que quedan fuera de su límite a una simple relación de «alquiler», en la que no pueda percibirse ni entrega, ni compromiso, ni reconocimiento.

Tras la lectura de algunos trabajos doctrinales y resoluciones jurisprudenciales, resulta difícil no caer en la tentación de considerar a las uniones de hecho como las formadas por aquel hombre y aquella mujer que conviven de forma estable y exclusiva, pero estando en condiciones de casarse no lo han hecho. Y, aunque los motivos no importen, recalcar que no han querido comprometerse jurídicamente. Aún más, puesto que hay que ser, y además se es, respetuoso con la libertad ajena, justo es que se les niegue cualquier beneficio jurídico de aquellos que se conceden a los cónyuges.

Se perfilan así los puntos primordiales en el análisis de las parejas de hecho. Por un lado, su semejanza fáctica con el matrimonio, en atención a la estabilidad y la exclusividad en condiciones de contraer matrimonio. En ambas situaciones se crea una convivencia estable, con actuaciones, intereses y fines comunes, una comunidad de vida que supone la constitución de una familia (11). Y como tal, aunque las parejas de hecho surjan sin vinculación directa a precepto jurídico alguno, asumirán fines y funciones que el derecho protege. Y, precisamente, los efectos jurídicos que a estas relaciones le son reconocidos han operado añadiendo, en las normas que así lo han establecido, a la palabra

(9) Cfr. I. KANT: *La metafísica de las costumbres*, trad. A. Cortina Orts y J. Conill Sancho, Tecnos, Madrid, 1989, primera parte, & 24-27 (págs. 97-101).

(10) G. W. F. HEGEL: *Principios de la Filosofía del Derecho*, trad. J. L. Verma, Edhasa, Barcelona, 1988, & 161-165 (págs. 238-244).

(11) La publicidad según el Tribunal Supremo, en la Sentencia de 18 de mayo de 1992, es determinante para constituir una pareja de hecho.

cónyuge «aquel con quien conviviera de forma estable en análoga relación de afectividad», o al matrimonio «la convivencia marital o situación de hecho asimilable» (12). La Ley ha equiparado, de esta manera, en algunos casos ambas situaciones atendiendo al idéntico valor de los vínculos derivados de una vida en común, traigan su causa en un consentimiento formalmente prestado a través del matrimonio o en el hecho concluyente de la convivencia estable.

Las semejanzas entre ambas situaciones determinarían la identidad de razón para la aplicación analógica de algunas normas del matrimonio a las parejas de hecho. Refuerza tal posición la protección de la familia en la Constitución, no vinculada al matrimonio; el derecho al libre desarrollo de la personalidad que ampara la convivencia de hecho y la no imposición al individuo de un estado civil determinado (13); la pérdida de contenido institucional del matrimonio, en el que algunos deberes son difícilmente exigibles, y su incumplimiento carece de cualquier efecto negativo; una cierta sensación de injusticia si se compara la situación del conviviente no ya con el cónyuge sino con otros parientes de su pareja, resultando ser él un auténtico extraño para el derecho mientras puede resultar protegido un colateral de cuarto grado. Además, se restaría protagonismo a otras circunstancias que marcan la diferencia. Así, se ha dicho, en cuanto a la diversa intencionalidad de las partes, que ésta puede ser tan variada al formar un matrimonio como una pareja de hecho y, en cualquier caso, el derecho no le presta atención ninguna en el caso del matrimonio. En cuanto a la necesidad de formalidades para la constitución y disolución del matrimonio, no exigible a las parejas de hecho, se mantiene que sólo por razones de certeza no pueden justificarse medidas discriminatorias y que la ausencia de forma puede ser compensada por la exigencia de un determinado período de tiempo de convivencia.

(12) Así, por ejemplo, el artículo 16 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, artículo 101, 320 del Código civil, el artículo 20, 153 del Código penal, artículo 2 de la Ley orgánica reguladora del procedimiento de *Habeas Corpus*, 219 de la Ley orgánica del poder judicial. Las expresiones son desafortunadas porque al establecer tal analogía, ha hecho pensar que teniendo en cuenta que el matrimonio exige hoy que se constituya entre personas de distinto sexo, cuando se han querido hacer extensivos algunos efectos a las relaciones homosexuales se ha tenido que hacer un nuevo añadido: «con independencia de su orientación sexual». Lo cual hace sugerir que faltando tal añadido en la norma no será de aplicación a las parejas homosexuales.

(13) Este criterio servirá tanto para considerar como inconstitucional cualquier medida que venga a considerar ilícita la convivencia extramatrimonial (algunas de las cuales pueden derivar de la no equiparación del cónyuge con el conviviente) como para justificar la no conversión de la pareja de hecho en un matrimonio en cuanto a los efectos jurídicos que constituyen el núcleo sustancial del derecho matrimonial, cfr. F. PANTALEÓN PRIETO: «Régimen jurídico civil de las uniones de hecho», en J. M. MARTINELL y M. T. ARECEL PIÑOL (eds.): *Uniones de hecho*, págs. 17.

Pero, por otro lado, la jurisprudencia y la doctrina, generalmente, parten de la no equiparación de tales situaciones y, por lo tanto, de que no cabe atribuir a las parejas de hecho más efectos de los que la ley expresamente tiene previstos. Si bien la exclusividad y la permanencia son notas que comparten con el matrimonio hay diversos argumentos para negar la extensión de efectos jurídicos de éste a las parejas de hecho. Entre ellos pueden destacarse: el respeto de la voluntad de las partes; la certeza jurídica derivada del carácter formal del matrimonio, tanto para su constitución como para su disolución, inexistente en la pareja de hecho; la específica garantía constitucional del matrimonio y no la de la pareja de hecho, se dirá que hay un derecho constitucional a casarse y no a crear una unión de hecho; el matrimonio produce por imperativo legal una serie de derechos y obligaciones a las cónyuges no operativo a otras situaciones; el legislador no ha dejado carente de efectos jurídicos a las parejas de hecho, sin perjuicio de que pueda en un futuro concederles otros, mientras así no se haga no existe laguna legal y, por lo tanto, no procede una aplicación analógica de las normas del matrimonio; incluso, se han utilizado razones económicas para apoyar estas posiciones, así sucede, en ocasiones, cuando se trata de la extensión de la pensión de viudedad al conviviente.

Es al legislador, se dirá, a quien corresponde atribuir efectos jurídicos a estas realidades de hecho y no al juez. Pese a esta mayoritaria comprensión del fenómeno lo cierto es que no faltan múltiples discrepancias judiciales, por ejemplo en cuanto a la configuración de un régimen patrimonial una vez producida la crisis, incluso, en alguna ocasión, admitiendo la aplicación de uno de los previstos para el matrimonio. No puede olvidarse tampoco que el derecho de subrogación en el arrendamiento al conviviente supérstite fue concedido antes por el Tribunal Constitucional que por Ley y que, en cambio, se insiste en negar el derecho a la pensión de viudedad al conviviente de hecho, aunque la misma relación puede ser causa de extinción de la pensión, en los casos de separación y divorcio. Y respecto a la doctrina la variedad de posiciones es aún mayor, hasta el punto de que se ha llegado a proponer la equiparación, no de la pareja de hecho al matrimonio, sino en sentido contrario del matrimonio a la unión de hecho con ciertas consecuencias jurídicas, sin que se modifique la situación jurídica de los miembros de la pareja en ningún caso y la especial atención del legislador cuando haya hijos (14).

(14) Será entonces cuando pueda hablarse de familia y de obligaciones y desequilibrios que ello puede generar. El antecedente histórico de tal posición está en el matrimonio *sine manu* romano, una situación de hecho en la que concurre la *affectio maritalis*. Situación matrimonial de hecho que pervivió hasta el siglo XVI. Cfr. V. REINA BERNALDEZ: «Uniones de hecho: perspectiva histórica», en J. M. MARTINELL y M. T. ARECES PIÑOL (eds.): *Uniones de hecho*, cit., págs. 16, 19.

Pero no se trata sólo de considerar si hay o no analogía entre ambas situaciones. La escasa y fragmentaria regulación de las parejas de hecho plantea la cuestión de la respuesta adecuada a una problemática social que sea consecuente con los fines que tales uniones asumen, en tanto constitutivas de familias, y el respeto de todos los preceptos constitucionales en juego, especialmente el principio de igualdad. Y entonces, la racionalidad jurídica se despliega para hacer propuestas concretas de determinados efectos jurídicos que deben ir aparejados a las parejas de hecho además de los actuales. Todo bajo un único punto común: el matrimonio y la pareja de hecho no pueden equiparse en todos sus efectos jurídicos.

A tal fin algunos distinguen entre relaciones internas y externas de los cónyuges y convivientes (15). Otros entre limitaciones internas y externas de la regulación (16). También se propone diferenciar entre aquellas normas que traen su causa directamente del matrimonio de las que provienen de una relación jurídica diversa, resultando las primeras inaplicables a las parejas de hecho, no las segundas. Por último, otro criterio clarificador puede ser el examen de la finalidad de las normas que a los cónyuges hacen referencia y determinar si pretenden proteger el vínculo jurídico matrimonial, no aplicables entonces a la pareja de hecho, o bien la convivencia en tanto familia, extensibles en tal caso a los convivientes. Y mientras tal debate se produce la situación de las parejas de hecho continúa sumida en una gran incertidumbre, en un continuo fluir de un discurso que camina de una a otra contradicción y «que si da lugar a las que se ven es que obedece a las que oculta» (17).

Qué otra cosa cabría decir entre dos decisiones del Tribunal Constitucional, una de las cuales niega el derecho a la pensión de viudedad a una señora

Del conjunto de los preceptos constitucionales en que esta materia puede estar incluida se trataría de no discriminar atendiendo a las consecuencias de determinadas situaciones reales y desentendiéndose de las formalidades. Considerados el matrimonio y la unión de hecho heterosexual como realidades análogas la solución no estaría en posturas de severidad hacia la unión de hecho sino en el «abandono de una parte de la regulación tradicional del derecho aplicable a los cónyuges». V. REINA y J. M. MARTINELL: *Las uniones matrimoniales de hecho*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pág. 55.

(15) M. PEREZ CANOVAS: *Homosexualidad, homosexuales y uniones homosexuales en el Derecho español*, cit., págs. 156-159.

(16) Cfr. M. R. VALPUERTA FERNÁNDEZ: «La institucionalización jurídica de la pareja de hecho. Registro de parejas de hecho», en M. P. SÁNCHEZ GONZÁLEZ (ed.): *Las uniones de hecho*, III Seminario de Estudios Jurídicos y Criminológicos, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz y Departamento de la Mujer del Excmo. Ayuntamiento de Jerez de la Frontera, 1995, pág. 52.

(17) M. FOUCAULT: *La arqueología del saber*, trad. A. Garzón del Camino, Siglo XXI, México, 1990, pág. 254.

que vivió durante más de cuarenta años con el fallecido, del cual tuvo hijos y que alega como motivo del no matrimonio las ideas anarquistas del causante (18) y otra que concede, sin embargo, el derecho a subrogarse en el arrendamiento al supérstite de una pareja de hecho que alega como motivo de no matrimonio la exención del servicio militar de los hijos de la fallecida (19). En las dos decisiones se resalta la exigencia del consentimiento de ambas partes para contraer matrimonio pero, en el primer caso, el ejercicio del derecho a la libertad ideológica produce consecuencias perjudiciales y no la pretensión del incumplimiento de un deber en el segundo.

Dejando de lado la variedad de intencionalidades que pueden llevar a una pareja a contraer o no matrimonio y evitando caer así en una consideración subjetiva de lo se entiende por justicia —en palabras de Ross, convertir una «expresión emocional» en «la exigencia de un postulado absoluto» (20)— lo cierto es que no se comprende tal discrepancia del Tribunal Constitucional (tampoco el propio Tribunal explica adecuadamente su distinto criterio) puesto que ni las prestaciones de la Seguridad Social, ni el derecho de subrogación en el arrendamiento se relacionan directamente con los derechos y deberes de los cónyuges. La pensión de viudedad ni siquiera con la situación de necesidad, sino con una comunidad de vida familiar ante cuya ruptura se pretende compensar un daño económico, la minoración de los ingresos y hacer frente a las repercusiones económicas de la muerte de un miembro de la familia. No obstante se entiende constitucionalmente justificado que sólo afecte al cónyuge y no al conviviente en una pareja de hecho (21). En el caso del arrendamiento, según el Tribunal Constitucional, se protege una situación de mera convivencia, la permanencia en la vivienda común derivado de la protección a la familia en el ámbito del artículo 39 CE y del derecho a la vivienda, de aquí concluye que su concesión al cónyuge y la exclusión al conviviente menoscaba el principio de igualdad (22).

No deja de ser curioso que frente al arrendador triunfe la pretensión y no frente al Estado, tal vez atendiendo a las circunstancias socioeconómicas que funcionan en el régimen de la Seguridad Social, como si estas pudieran erigirse en factor primordial de discriminación justificada, objetiva y razonable (23).

(18) Cfr. STC 66/1994, 28 de febrero.

(19) STC 47/1993, 8 de febrero.

(20) A. Ross: *Sobre el derecho y la justicia*, trad. G. R. Carrió, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1977, pág. 267.

(21) STC 184/1990, 15 de noviembre.

(22) STC 222/1992, 11 de diciembre.

(23) STC 184/1990, 15 de noviembre.

La contradicción se hace más aguda si se examina la postura de uno de los miembros del TC: el magistrado Lopez Guerra. En la Sentencia desestimatoria de la cuestión de inconstitucionalidad a la Ley de Seguridad Social del año 1990, concretamente al artículo que no contemplaba al conviviente de hecho como posible beneficiario de la pensión de viudedad, hizo un voto particular en el que manifestaba su disconformidad con el resultado de aquella decisión. Discrepando de la mayoría de los miembros del Tribunal, él entendía que vulneraba el principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución el precepto cuestionado al establecer una diferencia de trato entre idénticas situaciones de daño económico. Más tarde, en el año 1994, habiendo mediado la Sentencia 222/1992 que extendió el derecho a la subrogación del arrendamiento al conviviente supérstite, y siendo él ponente en la Sentencia 66/1994 se desestima el recurso de amparo en petición de pensión de viudedad, sin producirse ninguna consideración positiva especial a la circunstancia de que se añadía un motivo más de discriminación: la pensión de viudedad se extingue por la convivencia marital.

Es, cuanto menos incoherente, el que la convivencia marital extinga la pensión de viudedad y, en cambio, no derive de ella tal derecho. El propio Tribunal Constitucional dice al respecto que de una misma situación se extraen sólo «consecuencias perjudiciales y restrictivas de derechos», tratándose, por otro lado, de una conducta privada que «en sí misma es lícita en un marco constitucional de libertad, como el diseñado por nuestra Constitución» (24). También el Tribunal Constitucional señala que resultaría afectado el libre desarrollo de la personalidad si como consecuencia de la convivencia *more uxorio* alguien se viera «expuesto a una gravosa y penosa suerte o a soportar sanciones legales de cualquier índole» (25). Y no lejos o, incluso, muy cercana a tal situación estaría aquella persona que viuda se viera privada de su pensión al convivir con otra persona y no se le concediese pensión por la muerte de ésta.

Las prestaciones de la Seguridad Social están destinadas, según el artículo 41 CE, a garantizar asistencia a todos los ciudadanos ante situaciones de necesidad. Y dentro de tales circunstancias se ha tipificado como contingencia a proteger la realidad familiar, tutelando la situación creada ante la desaparición de una persona que hace aportaciones al sustento familiar. El problema es que el legislador define hoy tal contingencia por el vínculo matrimonial y esto ex-

(24) STC 126/1994, 25 de abril. El Tribunal se está refiriendo, en esta sentencia, a un caso de inexistencia de base legal de tal motivo de extinción. Pero tal norma existe para el caso de separación y divorcio en el artículo 172.3 de la Ley General de Seguridad Social.

(25) STC 184/1990, 15 de noviembre.

cluye y deja sin protección otras realidades familiares (26). En el caso de la pensión de viudedad se ha entendido la necesidad en un sentido amplio al configurarla como la «compensación frente a un daño, como es un exceso de gastos o un defecto de ingresos originados por la actualización de determinada contingencia» (27). Tal daño económico por la muerte se produce de igual manera cuando fallece un cónyuge que un conviviente. No obstante, la Ley de Seguridad Social desconoce esta última circunstancia pese a reconocer prestaciones en favor de otros familiares o asimilados distintos del cónyuge o los hijos. Pero ni siquiera es requisito imprescindible el daño económico, puesto que los divorciados y separados siguen conservando el derecho a la pensión de viudedad, aunque no estuvieran recibiendo a la muerte del excónyuge pensión compensatoria, excepto si han contraído nuevas nupcias o conviven maritalmente con otra persona. De todo resulta que la legislación destinada a proteger a los ciudadanos ante una situación de necesidad se ha irrogado la facultad de proteger la institución matrimonial compensando económicamente a los cónyuges o excónyuges, estén o no en situación de necesidad y sufran o no daño económico con la muerte del otro, salvo que sean merecedores del castigo a su pérdida por convivir con otra persona sin casarse, ya que si se casa podrá recibir otra pensión a la muerte del nuevo cónyuge. Ni razones económicas ni de seguridad jurídica parecen poder justificar esta actuación del legislador.

Y la legislación de Seguridad Social no agota la incoherencia legal en la materia. Un nuevo ejemplo se presenta en la regulación de la sucesión intestada. Discutible es ya que entre los legitimarios no se incluya al conviviente, pero lo que resulta incomprensible es que éste no sea llamado al orden de sucesión, en caso de que no haya testamento del causante, cuando pueden resultar beneficiarios parientes colaterales y el Estado. El código civil con las normas de la sucesión *ab intestato* no está configurando los efectos de una convivencia formalizada con una serie de derechos y deberes. Pretende determinar cuales son los afectos de alguien que no ha dejado testamento, estableciendo una presunción en favor de determinadas personas que supone serían las mismas que el causante hubiera elegido para que le sucediesen en sus bienes. Y dentro de esas presunciones, que el código establece, es razonable que una persona prefiera que le herede en sus bienes su compañero-a estable antes que un colateral o el Estado.

(26) Cfr. B. F. M. RODRIGUEZ PIÑERO: «Uniones de hecho y protección social», en J. M. MARTINELL y M. T. ARECES PIÑOL (eds.): *Uniones de hecho*, cit., pág. 58.

(27) STC 103/1983, 22 de noviembre. Una interpretación forzada y precipitada para extender la misma pensión a los viudos dependiendo sólo de la cotización del consorte fallecido y sin necesidad de justificar la dependencia de su esposa y su incapacidad para trabajar, como hasta ese momento exigía la Legislación.

Esta exclusión resulta más llamativa aún en la normativa catalana que confiere derechos de sucesión intestada al conviviente homosexual y no al heterosexual. Parece que con ello quisiera compensar las prohibiciones que, por ejemplo en materia de adopción, la ley establece para los homosexuales (28).

No menos sorprendentes resultan determinadas manifestaciones de la doctrina. Como aquella que insiste en que el matrimonio y la unión de hecho son dos realidades distintas que no cabe comparar y, sin embargo, exige como requisitos para reconocer una unión de hecho los mismos que para el matrimonio: heterosexualidad, exclusividad, igual capacidad que para casarse, apariencia exterior de matrimonio e, incluso, el cumplimiento espontáneo de los deberes conyugales como una obligación natural, la cual exige incluso atender la subsistencia del conviviente abandonado y necesitado y justifica la extinción de la pensión compensatoria o de viudedad, pero no la adquisición de esta última (29). La existencia de libertad de forma para constituirse en pareja de hecho se compensa, en aras a la seguridad jurídica, con la exigencia de cinco años ininterrumpidos de convivencia en aquellas condiciones. Una pareja de hecho se configura así como un matrimonio en que la ausencia de forma para prestar el consentimiento es sustituido por un consentimiento continuado durante cinco años.

No obstante, no se admiten para estas uniones los mismos efectos jurídicos que para el matrimonio. Y aunque se señala que existen pluralidad de razones para no contraer matrimonio, dentro de las cuales eludir su régimen jurídico puede ser casi una anécdota, se dice —para excluir a tales uniones cualquier régimen económico matrimonial— que las partes al no casarse, y en línea de principio, han pretendido no admitir las consecuencias económicas que se atribuyen a los casados.

Sin embargo, ante el horror de la posibilidad de que haya una situación de privilegio de los convivientes en relación a los cónyuges, se admite la aplicación de *lege ferenda* de una norma específica del régimen económico matrimonial a las parejas de hecho: el artículo 1.319 del código civil, que hace responsable subsidiario al cónyuge de las deudas contraídas por el otro para atender a las necesidades ordinarias del hogar. Se trata de proteger la apariencia frente al

(28) Artículos 5 y 34 de la Llei 10/1998, de 30 de juny, d'Unions estables de parella en Catalunya.

(29) I. GALLEGO DOMÍNGUEZ: *Las parejas no casadas y sus efectos patrimoniales*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1995, pág. 439. Ese derecho-deber natural a ser mantenido y prestar asistencia entre los convivientes se entiende que «está en la mente de todos que debe ser cumplido». E. ESTRADA ALONSO: *Las uniones extramatrimoniales en el derecho civil español*, Civitas, Madrid, 1991, pág. 310.

tercero y su justificación es que «no en vano lo normal es que quienes convivan juntos estén casados» (30). No parece que ahora el régimen económico matrimonial traiga su causa en el matrimonio sino en la apariencia de tal. La misma apariencia que ya se había utilizado para reconocer a una pareja de hecho. De tal manera que la forma elevada a elemento esencial para producir efectos jurídicos favorables en el matrimonio, se diluye ante un efecto perjudicial para los cónyuges si se les compara con los convivientes (31).

Cuando se trata de la atribución de determinadas consecuencias económicas, con motivo de la convivencia de dos personas que no están casadas, las posiciones resultan de lo más variadas. No se ha resuelto jurisprudencialmente la posibilidad de aplicar algún régimen económico de los previstos para el matrimonio (32), y la aplicación a estas uniones de reglas relativas a la comunidad de bienes proindiviso (33), la sociedad universal de ganancias (34), la sociedad irregular mercantil (35), el enriquecimiento injusto (36) son distintas posibilidades barajadas por el Tribunal Supremo sin haber establecido una única conclusión que pueda resolver genéricamente esta cuestión.

(30) I. GALLEGO DOMÍNGUEZ: *Las parejas no casadas y sus efectos patrimoniales*, cit., pág. 363.

(31) A soluciones totalmente contrarias ha llevado el examen de la Responsabilidad subsidiaria del 1319 a otros autores. Tal responsabilidad no es sino una consecuencia más de la especial vinculación jurídica que existe entre los cónyuges dentro de un conjunto de derechos y obligaciones que justifican (para los cónyuges y no para los miembros de una unión libre) tanto la subrogación del arrendamiento como la pensión, de viudedad, tanto el sistema de legítimas como los derechos a la sucesión intestada, e incluso la obligación de declaración conjunta. En este punto se critica, al igual que la STC 222/1992, la STC 45/1989, 20 de febrero, que declaró inconstitucional los artículos de la LIRPF que no permitían la declaración separada de los miembros de una unidad familiar. El argumento es que se trataría de una desigualdad justificada en relación a las parejas no casadas ya que el hecho de estar casados supone una mayor capacidad económica para unos mismos ingresos. La posibilidad de comprometer el patrimonio del otro cónyuge y el tener acceso a prestaciones sociales avalan tal posición. Cfr. GAVIDIA SÁNCHEZ: *La unión libre (El marco constitucional y la situación del conviviente supérstite)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, págs. 64, 122, 154.

(32) El TS en su Sentencia de 18 de mayo de 1992, no rechaza la aplicación del régimen de la sociedad de ganancias si expresamente se pacta. Y en la STS 21 de octubre de 1992 afirma que «atendidas las circunstancias de cada caso concreto, pueda predicarse la aplicabilidad (no por «analogía legis», que aquí no se da, sino por «analogía iuris») de algún determinado régimen económico de los diversos que, para el matrimonio regula el código civil». No obstante, en ninguna de las dos Sentencias se consideró aplicable al caso planteado uno de estos regímenes matrimoniales.

(33) STS 2 de septiembre de 1991.

(34) STS 11 de octubre 1994.

(35) STS 9 de marzo 1992.

(36) STS 11 de diciembre 1992.

Y si no fuera suficiente con la falta de un criterio coherente que permitiese discernir las normas previstas para el matrimonio que deberían aplicarse a las parejas de hecho, el Tribunal Constitucional reitera en distintas Sentencias que el hecho de que la convivencia matrimonial y la no matrimonial no sean realidades equiparables a todos los efectos no significa que toda medida «que tenga como únicos destinatarios los cónyuges, con exclusión de quienes conviven establemente en unión de hecho, sea siempre y en todos los casos compatible con la igualdad jurídica y la prohibición de discriminación que la Constitución garantiza en su artículo 14» (37). El mismo Tribunal se plantea —partiendo de que el matrimonio entraña una garantía constitucional que hace necesario en el ordenamiento jurídico un específico régimen civil compuesto de un conjunto de derechos, obligaciones y expectativas jurídicas— si más allá de esta regulación el matrimonio puede constituirse en supuesto de hecho específico de otras normas jurídicas que le conceda situaciones de ventaja en relación a otras realidades familiares. Y parece que al abrigo de su jurisprudencia sólo el derecho de subrogación del arrendamiento al cónyuge y no al conviviente resulta discriminatorio. Pobre resultado de la protección constitucional de la familia del artículo 39 CE.

La poderosa razón que el Tribunal Constitucional esgrime para justificar la desigualdad de efectos jurídicos entre matrimonio y unión de hecho es que la Constitución reconoce expresamente el derecho al matrimonio y un régimen jurídico que, por mandato constitucional, corresponde a la ley. Mientras que no existe ni tal derecho ni tal legalidad imperativa para otras formas de convivencia. Que el legislador haya extendido algunos efectos jurídicos del cónyuge al conviviente de hecho, e incluso que pueda hacer extensible otros, no significa que sea inconstitucional no hacerlo salvo que otra cosa supusiera «coartar o dificultar irrazonablemente la autonomía de la voluntad del hombre y de la mujer que deciden convivir *more uxorio*» (38). Y según su jurisprudencia salvo que del derecho de subrogación en un arrendamientos urbano se trate, parece que toda diferencia legal actual de tratamiento entre unos y otros es objetiva y razonable por la consagración constitucional del derecho al matrimonio (39).

Esta problemática no fue ignorada en la elaboración de la Constitución, de

(37) STC 189/1990; 222/1992; 47/1993.

(38) STC 222/1992.

(39) Como si el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada fuese el único límite del legislador en esta materia y no la protección de la familia o el derecho a la seguridad social, en el mismo nivel constitucional, o el principio de igualdad o el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Pues si así fuera no aparece justificado que después del año 1992 el TC no hubiera cambiado su criterio en relación a la pensión de viudedad.

lo cual algunos deducen la justificación del tratamiento jurídico privilegiado del matrimonio frente a las parejas de hecho. Argumento frecuentemente esgrimido al utilizar los antecedentes históricos como criterio interpretativo de las normas del matrimonio. Pero de los antecedentes constitucionales no se puede sacar tan tajante conclusión aunque algunas enmiendas dejan claro que no fue ignorado el tema de las parejas de hecho. El texto original del proyecto, en el entonces artículo 27, se refería al derecho a «contraer matrimonio y a crear y mantener, en igualdad de derechos, relaciones estables de familia» (40). Lo cual, como bien se señaló en la Enmienda núm. 35, parecía «amparar por igual al matrimonio y a las puras relaciones permanentes entre hombre y mujer» (41). Además de las enmiendas que propusieron el matrimonio como único fundamento de la familia, otras proponían el reconocimiento más explícito aún de otras formas familiares, como la del grupo parlamentario socialista que propone la redacción del artículo sobre el matrimonio: «toda persona tiene derecho al desarrollo de su afectividad y su sexualidad: a contraer matrimonio, a crear en libertad relaciones estables de familia...» (42).

Finalmente, como en otros muchos artículos del texto constitucional se opta por una solución consensuada en la que, tal vez, la gran sacrificada fue la pareja de hecho ya que los debates constitucionales muy pronto se centraron en la conveniencia de incluir o no el divorcio en la Constitución. Resultando que la pareja de hecho no aparece reconocida junto con el matrimonio, del que se desvincula la familia, y se incluyó la disolución del matrimonio como materia a regir por ley posterior. En cualquier caso que los antecedentes normativos supongan un freno a la interpretación de los preceptos es olvidarse de la ductilidad constitucional con su «visión inclusiva de integración», como dúctil es la convivencia construida sobre el pluralismo (43).

La garantía constitucional específica del matrimonio y su desarrollo legal no impiden otras formas convivenciales familiares dignas de protección y de no discriminación. La Constitución del consenso es también de la ambigüedad y de la contradicción y ahora estamos ante una de tales contradicciones que hay que conciliar: la relevancia constitucional y legal del matrimonio y el

(40) Constitución española. Trabajos Parlamentarios. Obras completas, edición preparada por F. Sáenz de Moreno. Publicaciones de las Cortes Generales, Madrid, 1980, t. I, pág. 11. Tal redacción desapareció en el informe de la Ponencia de 17 de abril de 1978.

(41) Alianza Popular, ponente L. de la Fuente y la Fuente, Trabajos Parlamentarios, cit., t. I, pág. 148. UCD también presentó la Enmienda núm. 779 en el sentido de hacer desaparecer esta alternativa de familia en el artículo que se refería al matrimonio.

(42) Trabajos Parlamentarios, tomo I, cit., pág. 52.

(43) G. ZAGREBELSKY: *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. M. Gascón, Trotta, Madrid, 1995, págs. 14-15.

pluralismo de estructuras familiares. Resuelta por vía de equiparación la filiación matrimonial y extramatrimonial, queda pendiente la cuestión de las parejas de hecho.

El régimen jurídico del matrimonio está configurado en el código civil donde se contiene su estatuto jurídico básico no aplicable a las parejas de hecho. La forma como requisito sustancial para su constitución, un sistema de derechos y deberes que se extienden hasta después de su disolución, un régimen económico que refuerza las relaciones personales y que justifica determinadas disposiciones tras la muerte de uno de los cónyuges constituyen un régimen jurídico imperativo al que los cónyuges prestan su consentimiento expreso. Son normas específicas del matrimonio, indisponibles para los cónyuges, no están tampoco a disposición de los no casados.

Pero la familia constitucionalmente protegida y formalmente desvinculada del matrimonio justificaría la concesión de algunos derechos a los convivientes. Y no sólo la familia, en la Constitución se protegen más derechos que el matrimonio y la familia, como el libre desarrollo de la personalidad, la igualdad, la seguridad social o a disfrutar de una vivienda digna. No se podrá exigir como necesidad constitucional ineludible la regulación de estas parejas pero sí considerar discriminatorias aquellas medidas que, teniendo como fin la protección de alguno de estos derechos, excluyan la convivencia no matrimonial. Por esta vía algunos de los efectos jurídicos previstos hoy para el matrimonio deberían ser aplicados a las parejas de hecho.

III. PAREJAS DE HECHO HOMOSEXUALES: LA «ORIENTACIÓN SEXUAL» COMO FACTOR DE DIFERENCIACIÓN JURÍDICA

Kant calificaba la homosexualidad como el innominable vicio contra la naturaleza, «*crimina carnis contra naturam*» (44), que viola el deber para consigo mismo, que «sin dudas», y es «evidente» para todo el mundo cuando piensa en él, se opone en «grado sumo» a la moralidad y que hasta tal punto suscita «aversión» que se considera «inmoral mencionar un vicio semejante por su propio nombre» (45).

Actualmente no resulta tan evidente ni indudable que se trate de un vicio, que sea innombrable, que se oponga al deber para consigo mismo, ni en grado sumo a la moralidad. Para algunos aquellas expresiones son «mojigatas», una

(44) I. KANT: *La Metafísica de las Costumbres*, primera parte, cit., & 24 (pág. 98).

(45) *Ibidem*, segunda parte, & 7 (pág. 285).

forma de evitar afrontar una inquietante «realidad» que perturba y así llegar luego a concebirla como la consecuencia de una «exótica» permisividad actual (46).

No obstante, alguna aversión debe suscitar la homosexualidad cuando, una vez desaparecidos todos los dispositivos jurídicos que la condenaban, los argumentos que se manejan al tratar las uniones afectivas entre personas del mismo sexo no son capaces de mantenerse, en buena línea del discurso jurídico, sin vertir sobre ellos un conjunto de prejuicios morales. Sino pecadores, tal vez enfermos o promiscuos, corruptores de menores, con respecto a los cuales el reconocimiento y protección legal impediría regenerarlos, curarlos o rehabilitarlos o, lo que es peor, podría producir la extensión de tal práctica con peligro para la especie.

No es difícil encontrar la relación de estos prejuicios con una legislación que mediante el «oído inconsciente» y un «silencio cómplice» somete la homosexualidad a una «tolerancia represiva» (47). Las parejas homosexuales ni pueden acceder al matrimonio, ni se les reconocen a sus uniones los mismos efectos jurídicos que a las de heterosexuales, y esto sin dar ninguna razón de justicia o convivencia social o de lesión de derechos o de bienes constitucionales que pudieran resultar afectados por un tratamiento igual.

Un discurso moralizante sustituye con frecuencia en este tema al análisis jurídico. Si no como se puede hablar, dentro de nuestro marco constitucional, de un «derecho del Estado» a exigir como requisito del matrimonio la capacidad física para procrear o un derecho de la comunidad a «imponer determinados valores» que nos defiendan de las tremendas consecuencias de la homosexualidad. Con este punto de partida resulta difícil pensar en cómo proteger unas conductas que nacen «irremediamente estériles», cuya «patología» se manifiesta en una serie de síntomas como la inestabilidad, la promiscuidad, la sexodependencia y el amor al riesgo, por no insistir en sus relaciones con la pedofilia y el incesto.

Al discurso no le falta un mensaje: seamos comprensivos con estos pobres enfermos, pero en ningún caso elevemos una patología al reconocimiento de un derecho. Finalmente, las analogías resultan muy elocuentes. No se traen a colación el matrimonio, ni las uniones de hecho heterosexuales, sino la drogadicción y la raza. Así, se dirá, de igual manera que no es lo mismo la comprensión con los drogadictos, e intentar reinsertarlos socialmente, que un derecho a

(46) J. BOSWELL: *Las bodas de la semejanza. Uniones entre personas del mismo sexo en la Europa premoderna*, trad. M. A. Galmarini, Muchnik, Barcelona, 1994, pág. 476.

(47) N. PÉREZ CÁNOVAS: *Homosexualidad, homosexuales y uniones homosexuales en el Derecho español*, cit., págs. 110, 306.

la drogadicción y proteger el tráfico de drogas, no es igual ser tolerantes con los homosexuales, y se supone que intentar curarlos, que un derecho a la homosexualidad. Y tampoco es igual discriminar por motivos raciales que sexuales. No se explica porqué, aunque no es difícil imaginar que la raza no es algo que pueda rehabilitarse (48).

Difícilmente puede hacerse argumentación jurídica partiendo de la hostilidad basada en difundidos temores ante el mundo homosexual, donde la cara amable de la diosa naturaleza, de la economía de la creación, que no se manifiesta actualmente en prejuicios hacia el celibato ni la masturbación, en tanto actos intrínsecamente no procreadores, los mantiene vivos hacia las relaciones afectivas entre personas del mismo sexo. El sida recuerda viejas creencias en condenas divinas, no en vano, Dios destruyó Sodoma, porque el sodomita es culpable de plagas, pestes y otras maldiciones divinas (49).

Pero el derecho se ha humanizado y pretende que sólo el daño social directo sea objeto de represión. Represión cuya máxima expresión es la inclusión de determinadas conductas en la norma penal. Pero no sólo allí, los recursos de la racionalidad jurídica son de tal magnitud que, incluso en un lenguaje de tolerancia, libertad e igualdad, son capaces de reprimir algo tan íntimo como la práctica de la sexualidad. Aunque mal podría hacerse sin recurrir a criterios extrajurídicos. Así, con auxilio de la medicina, la moral o las convenciones culturales, el derecho se ha convertido en un experto para librarse de la protección jurídica de la homosexualidad. Absueltos en la norma penal siguen condenados en el resto del ordenamiento jurídico en el que el discurso a favor de la libertad sexual es incapaz de ver, cuando a relaciones sexuales entre personas del mismo sexo se refiere, los mismos valores que en una relación heterosexual (50).

(48) M. ELOSEGUI ITXASO: *La transexualidad. Jurisprudencia y argumentación jurídica*, Comares, Granada, 1999, págs. 36, 46, 48, 52, 106-108. En lo referente a la discriminación racial o étnica y por tendencia sexual, de la Carta dirigida a los Obispos en 1986 la Congregación para la Doctrina de Fe deduce que: «la tendencia sexual no constituye una cualidad comparable a la raza o al origen étnico, en relación a la no discriminación, ya que a diferencia de aquéllas, es un desorden objetivo y reclama una preocupación moral».

(49) Cfr. F. TOMÁS Y VALIENTE: «El crimen y pecado contra natura», en AA. VV.: *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*, Alianza, Madrid, 1990, pág. 41. Aunque no ha sido esa la única interpretación del relato del Génesis 19. También se apuntan otras conclusiones como que Sodoma fue destruida por la depravación general, por el intento de violación a los ángeles o por falta de hospitalidad con los enviados de Dios, cfr. J. BOSWELL: *Cristianismo, tolerancia social y homosexualidad*, trad. M. A. Galmarini, Muchnik, Barcelona, 1997, págs. 117-118.

(50) Aunque también ellos se hacen partícipes del pragmatismo sexual de la pareja estable. Para algunos autores el hecho de que los homosexuales utilicen esquemas de relación de origen heterosexual es una consecuencia del sida, cfr. O. GUASH: *La sociedad rosa*, Anagrama, Barcelona, 1991, págs. 156-157.

Fijados los roles masculinos y femeninos, su complementariedad y dependencia —el símbolo del origen del hombre— el homosexual es situado en el límite de lo no definido, en un esquema de representación donde no se le encuentra ubicación porque carece de las señas de identidad masculinas o femeninas y, en la medida que las pueda traicionar, se le teme. Se le obliga a confesar para después ignorarle. Qué sentido tendría sino abrir un registro al que tiene acceso cuando no se le reconocen efectos jurídicos.

Resulta preocupante que este colectivo reivindique para sí derechos monopolizados hasta ahora por los heterosexuales. No sólo quieren vivir en pareja sino que el derecho les reconozca esta unión y hasta se atreven a escandalizar queriéndose casar. Y mientras, el jurista habla mucho de las parejas hombre y mujer, pero no tanto de las del mismo sexo; tal vez así pueda «esquivar la insoportable, la demasiado peligrosa verdad del sexo» ocultando aquello de lo que se habla (51). Y si se oculta queda la esperanza de haber podido conjurar el peligro de que un cambio en la normativa del matrimonio o de las parejas de hecho se convierta en un conjunto de males que afecten a generaciones futuras.

Apelando a una suerte de economía del placer, uno de los puntos fuertes del discurso que trata de buscar diferencias objetivas entre las parejas homosexuales y las heterosexuales es la imposibilidad de procreación de aquellas. Sin embargo, la facultad de engendrar no es ni requisito del matrimonio, ni de la familia constituida por una pareja no casada a la que hizo referencia el TC en su Sentencia 222/1992. No siendo exigencia legal mal puede constituirse en factor diferenciador de efectos jurídicos. Más bien parece ser una coartada para no afrontar la cuestión de si la diferencia de sexos define de modo definitivo el matrimonio del artículo 32 de la CE y aquella relación de afectividad análoga al matrimonio en tanto que familia protegida por el artículo 39 y recogida en diversas normas como merecedora de determinados efectos jurídicos.

Curiosamente, pese a la insistencia a no considerar el matrimonio y la pareja de hecho como situaciones análogas, es frecuente en la doctrina la exigencia de dos personas de distinto sexo para identificar una unión a la que reconocer determinados efectos jurídicos matrimoniales. Exigencia que se confirma en la legislación a través de la expresión «unión de afectividad análoga a la matrimonial» y la referencia explícita al conviviente del mismo sexo mediante el añadido «con independencia de su orientación sexual», cuando a él se le quieren extender los mismos efectos. De esta forma un tanto enrevesada la legislación toma partido por una diferencia de trato jurídico en relación a las pa-

(51) M. Foucault: *Historia de la sexualidad*, vol. I., cit., pág. 67.

reas de hecho, operando un recorte en los efectos jurídicos aplicables a las uniones entre personas del mismo sexo.

Para algunos es discutible que sea la Constitución la que prohíba el matrimonio entre personas del mismo sexo y que tal exigencia no se deba únicamente a la ley ordinaria (52). El TC trató este asunto con motivo de la petición en amparo de la pensión de viudedad de un varón a la muerte de su compañero sentimental con el que convivió de forma estable y notoria durante doce años. El fundamento del recurso era la discriminación a la que una pareja homosexual se ve sometida al tener imposibilidad legal de contraer matrimonio y, por tanto, no poder estar nunca en el supuesto legal del artículo 160 de la Ley General de Seguridad Social (53).

Aunque el Tribunal reconoce que siempre que se ha pronunciado a propósito de la pensión de viudedad y las parejas de hecho había atendido a uniones entre personas de distinto sexo a quienes nada les impedía contraer matrimonio no es esta la razón esencial que justifica el tratamiento jurídico diferenciado en relación a los cónyuges, sino que no existe un derecho constitucional a su establecimiento —independientemente del sexo de sus componentes—, mientras sí que existe un derecho constitucional al matrimonio. Sostiene además que la exigencia de unión de dos sexos como principio del matrimonio es perfectamente constitucional apelando a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aunque no descarta que por ley puedan las uniones homosexuales llegar a beneficiarse de los mismos derechos del matrimonio. No obstante, siendo lo determinante para la concesión de la pensión de viudedad el vínculo matrimonial y no la orientación sexual del demandante, no se entiende muy bien el desliz cometido en el auto al decir: «la exigencia del vínculo de-

(52) No se discute que en la elaboración del artículo 32 de la Constitución se estuviese pensando en una pareja heterosexual. De hecho hay una única referencia expresa a la homosexualidad en los debates parlamentarios del texto constitucional. Concretamente, en el Senado y en voz del señor Xirinaés Damians, que mantuvo hasta el final un voto particular que proponía una redacción alternativa del artículo 32 en los siguientes términos: «toda persona tiene derecho al desarrollo de su afectividad y de su sexualidad, a contraer matrimonio, a crear relaciones estables de familia en libertad, en plena igualdad de derechos y deberes...». El resultado de la votación fue de 142 votos en contra, dos a favor y 24 abstenciones, Cfr. Debates Parlamentarios, t. VI, cit., págs. 4250, 4499, 4504. Lo discutible es que realmente la definitiva redacción del artículo 32 excluya en su literalidad el matrimonio entre personas del mismo sexo. Y no siendo así, que pueda primar una interpretación subjetiva e histórica sobre una interpretación objetiva que se vaya adaptando a la realidad social.

(53) La extensión de la pensión de viudedad a aquellos que tienen imposibilidad legal de contraer matrimonio tiene un precedente legislativo en la Disposición Adicional décima de la Ley de 1981, para aquellos que no hubieran podido casarse por estar unidos por vínculo matrimonial y cuando el fallecimiento hubiera tenido lugar antes de la entrada en vigor de la Ley.

termina consecuencias distintas en orden a la pensión, pues cuando el causante es el cónyuge se tiene derecho y cuando es un homosexual no» (54).

La circunstancia en sí de la homosexualidad ni condiciona la concesión de la pensión de viudedad, ni tampoco el derecho al matrimonio, que es un derecho individual. Ser homosexual no es un impedimento para casarse, es la coincidencia del sexo en la pareja lo que impide a ambos, y entre sí, el vínculo matrimonial. Sin embargo, el Tribunal Supremo ha privado del derecho al matrimonio a los homosexuales transexuados.

La legendaria afirmación de que el derecho todo lo puede salvo convertir al hombre en mujer y a la mujer en hombre cobra en la actualidad una especial dimensión que la hace dudosa. La falta de identificación del sexo biológico con el psicológico ha tenido una respuesta médica a través de tratamientos hormonales y quirúrgicos, en un intento de hacer coincidir la apariencia externa con el sentimiento personal de pertenencia a un sexo determinado. El resultado de esta situación es que una persona se considera psicológicamente, se comporta socialmente y tiene apariencia de pertenecer a un sexo, mientras sus cromosomas han determinado su identificación registral con un sexo distinto. La petición de un pronunciamiento judicial para que se modificase la inscripción del sexo en el Registro civil, dió lugar a la STS de 2 de julio de 1987 que autorizó el cambio de nombre, pero sin que ello habilitase al demandante para realizar determinados actos y negocios jurídicos. El Tribunal Supremo configura el sexo jurídico teniendo en cuenta el factor psicológico y morfológico, pero para determinados actos y negocios, como el matrimonio, permanecerá en su relevancia jurídica el sexo biológico porque «con el cambio en el registro se crea sólo una ficción que no cambia la realidad». Como si con esta ficción apareciera en la escena jurídica un tercer sexo integrado por aquellos a quienes se les priva por sentencia del derecho constitucionalmente reconocido a contraer matrimonio (55).

El Tribunal Supremo tan receloso ante el temor a realizar una labor creadora del derecho concediendo beneficios a las parejas heterosexuales no casadas (56), es capaz de elaborar una teoría de ficciones y de división de sexos en

(54) Auto núm. 222/1994, de 11 de julio. El recurso de amparo no se admite.

(55) Cfr. M. D. TOLDRA I ROCA: «Las uniones de las personas transexualizadas: límite jurisprudencial al *ius nubendi*», en J. M. MARTINEL y M. T. ARECES PIÑOL (eds.): *Uniones de hecho*, cit., págs. 451-452.

(56) STS 22 de julio de 1992: la aplicación análoga a las parejas de hecho de las normas establecidas para los regímenes económico matrimoniales... «podría implicar o acaso incluso conducir a una auténtica creación judicial del derecho..., lo cual no autoriza hoy el artículo 1 cc en general y su ordinal 6.º en particular».

una misma persona para privar del derecho a contraer matrimonio a quienes se han sometido a una operación de cambio de sexo (57).

La legislación se ha hecho eco de aquellas dos incapacidades que afectan a la pareja homosexual —no se pueden casar y no pueden engendrar descendencia biológica— y que han sido utilizadas para justificar la diferenciación jurídica entre parejas de distinto y del mismo sexo. La exposición de motivos de la Ley de parejas de hecho catalana lo manifiesta expresamente (58).

El criterio diferenciador de la imposibilidad de casarse podría tener sentido para dotar a las parejas del mismo sexo de similares efectos a los que llevan aparejados las compuestas por personas de distinto sexo en el matrimonio, régimen al que estas últimas no acceden, según dicha exposición de motivos, por «voluntad propia». Pero contra este pronóstico los homosexuales tendrán más dificultades para constituirse en pareja de hecho que los heterosexuales y se verán privados de algunas ventajas a las que estos tienen acceso. Así, mientras aquellos «que no han querido casarse» podrán optar a los beneficios de la Ley por convivir durante dos años, o sin exigencia de tiempo si tienen hijos en común, o bien otorgando escritura pública, a las parejas del mismo sexo se les requiere siempre otorgar escritura pública. Su única compensación por tal desigualdad de trato es la concesión de derechos de sucesión intestada, negados a las parejas heterosexuales. Pero como si un precio más por ello tuvieran que pagar, a las uniones del mismo sexo se les impide la adopción (59).

(57) Hay quien opina que el transexual se priva a sí mismo y voluntariamente del derecho al matrimonio, cfr. L. DIEZ DEL CORRAL: «Estado Civil y Sexo. Transexualidad», *Actualidad Civil*, núm. 36, 1987, pág. 2.157.

(58) No hay, por el contrario, regulación separada de parejas de distinto y del mismo sexo en la Ley aragonesa 6/1999, relativa a parejas estables no casadas, de 26 de marzo, aunque en el artículo 10 reconoce la posibilidad de adopción conjunta sólo a las parejas estables no casadas heterosexuales. Ninguna otra diferencia de tratamiento jurídico se explicita en la Ley, a pesar de que en el Preámbulo se dice que el de la pareja homosexual es un «fenómeno similar» al de las parejas heterosexuales, pero de «naturaleza y consecuencias bien diferentes» (BOE, núm. 95, fascículo 1.º, de 21 de abril de 1999).

(59) La Disposición Adicional 3 de la Ley 21/1987 permite la adopción simultánea a parejas de hecho de distinto sexo y no a las integradas por personas del mismo sexo. No obstante, la Ley valenciana 7/1994 de Protección de la infancia en su artículo 28 establece que «no será en ningún caso considerada una medida discriminatoria para conceder una adopción, el tipo de convivencia familiar por el que hayan optado libremente aquellos o aquellas que soliciten la adopción». Parece que esta ley ha cogido el testigo de la recomendación que hizo la Resolución del Parlamento Europeo, el 8 de febrero de 1994, para poner fin a la restricción de derechos de homosexuales y lesbianas a ser padres, a adoptar o a criar niños. No obstante, la legislación estatal sobre la materia hace dudosa esta interpretación. Cfr. J. PLAZA PENEDÉS y J. A. TAMAYO CARMO-

El tema de la adopción entronca mejor con la segunda razón que justifica en la Ley catalana la regulación separada: la imposibilidad para tener descendencia biológica que pesa sobre la pareja del mismo sexo. Sin embargo, probablemente son las parejas que no puedan engendrar quienes con más frecuencia acuden a la adopción y no existe tal prohibición para las parejas de distinto sexo. Más aún ni la relación sexual, ni la existencia, ni siquiera la posibilidad de tener hijos son requisitos para constituir una pareja de hecho, ni para casarse, ni para derivar efecto jurídico alguno, salvo la protección de los hijos, si es que los hay, y entonces con independencia del vínculo jurídico o afectivo que una a sus padres. Precisamente es la circunstancia de que el matrimonio no tenga ya como objetivo legitimar la descendencia o resolver cuestiones dinásticas, lo que plantea los problemas de analogía con otro tipo de relaciones personales de carácter sentimental (60).

Cuanto menos resulta discutible las conexiones entre estos argumentos y las conclusiones jurídicas que de ellos se hacen derivar. Mientras la unión física de los dos sexos, como el símbolo del doble origen del hombre, permanece íntegra en la mente del jurista, se deshace en el laboratorio del biólogo e, incluso, en el del propio jurista mediante la adopción individualizada. Y aunque la asignación de roles a hombres y mujeres se va difuminando, lo cierto es que permanece el miedo ante el desconocido mundo de la homosexualidad. Casi un misterio ante el que se teme algo tan mágico como una propagación que ponga en peligro a generaciones futuras.

Aún no se ha descubierto la verdad del sexo. No está claro que sea la Constitución la que impide el matrimonio entre personas del mismo sexo. Tampoco es indiscutible que las uniones homosexuales estén incluidas en la protección familiar del artículo 39 CE. Ni siquiera está concluido el debate acerca de si con la actual regulación de las parejas de hecho se están o no vulnerando preceptos constitucionales como los artículo 10 o 14.

Pero sí se ha puesto de manifiesto el «acto de magia social» derivado de la institución matrimonial. El «milagro» producido para que los individuos «consagrados» por la institución tengan conciencia de la importancia de su función

NA: «Artículo 28 de la Ley autonómica valenciana 7/1994, de la infancia, y sus repercusiones en materia de adopción por los posibles integrantes de una unión de hecho», en J. M. MARTINELL y M. T. ARECES PIÑOL (eds.): *Uniones de hecho*, cit., pág. 410.

(60) Mientras el matrimonio heterosexual tenía un carácter cuasicomercial, el concubinato y las relaciones homosexuales, en tanto relaciones de carácter sentimental, se mantenían separadas de aquel, cfr. J. BOSWELL: *Las bodas de la semejanza*, cit., pág. 164. Las uniones homosexuales tampoco pudieron equipararse al matrimonio mientras éste no se consideraba como un medio de satisfacción sexual o emocional, *ibidem*, pág. 332.

en relación con otras realidades no institucionalizadas, y el reconocimiento que todo el grupo social les dispensa. Así, bajo el manto de esta atmósfera mágica, se mantiene un régimen jurídico privilegiado, que se permite «estrategias de condescendencia», «estímulos» y «llamadas al orden» para seguir manteniendo las diferencias, e impedir que los que están «dentro de la línea», en el «lado bueno», salgan o «se degraden». Se intenta evitar la transgresión, la tentación de paso por la «frontera sagrada», donde la diferencia de sexos logra marcar un límite intraspasable.

Pero la institución matrimonial, que ha definido e impuesto límites como si de algo natural se tratara, al enfrentarse con las distintas realidades convivenciales familiares, pone de manifiesto que el poder de la magia se va resquebrajando. Entonces los límites se desvanecen, y más que naturales aparecen como arbitrarios. Las diferencias no quieren significar más un destino natural y se acaban traspasando los límites, a la vez que la institución va perdiendo su poder de actuación sobre la realidad (61).

En este momento procede la revisión de la institución: Un nuevo acto de magia estableciera otras líneas divisorias, de acuerdo con una diferente representación de la realidad, en la que ya será difícil dejar al otro lado de la frontera a las parejas del mismo sexo.

(61) P. BOURDIEU: «Los ritos como actos de institución», en J. PITT-RIVERS y J. G. PERISTANY (eds.): *Honor y gracia*, trad. P. Gómez Crespo, Alianza, Madrid, 1993, págs. 114-123.