
EL MATRIMONIO “IGUALITARIO” EN LA
PERSPECTIVA DE LA ONTOFENOMENOLOGÍA
JURÍDICA DE SERGIO COTTA

ANTONIO CASCIANO

SUMARIO: I. *Introducción*; II. *Tecnicismo jurídico y ontofenomenología cottiana*; III. *Repensando la antropología postulada por el matrimonio tradicional*; IV. *Sobre la necesidad no demostrada de una disciplina ad hoc para las uniones homosexuales*; V. *Sobre la falta de fundamentación de las argumentaciones a favor del matrimonio igualitario*; VI. *Conclusiones*.

Resumen: El presente artículo habla acerca del matrimonio “igualitario” visto desde la perspectiva ontofenomenológica jurídica de Sergio Cotta planteándose la idea de que el matrimonio, antes que nada, es una institución natural con un propósito: generar una familia, el cual las uniones homosexuales no pueden alcanzar y debido a esto se considera una simple unión.

Palabras clave: matrimonio, Sergio Cotta, uniones homosexuales, fenomenología.

Abstract: This article talks about the "egalitarian" marriage seen from the ontophenomenological approach of Sergio Cotta saying that marriage, first of all, is a natural institution with a purpose: to generate a family, which the homosexual unions cannot reach and due to this it has to be considered as a simple union.

Key words: marriage, Sergio Cotta, homosexual unions, phenomenology.

I. INTRODUCCIÓN

La reflexión que sigue intenta conferir una fisionomía argumentativa orgánica a una serie de consideraciones que nacen de las reacciones que la propuesta de reconocer el Derecho a contraer matrimonio a las parejas del mismo sexo ha generado en la sociedad mexicana.

Una propuesta que sigue siendo justificada cada vez de manera diferente, aunque entre las diferentes razones aducidas –la de garantizar las condiciones con vistas a la realización plena de las personas homosexuales; la de contribuir a la difusión de una cultura de tolerancia hacia las mismas; la de asegurar algo concreto con relación a las exigencias de su vida en pareja– la que hace referencia a la necesidad y a la urgencia de llegar a la neutralización jurídica del “potencial discriminatorio implícito en la concepción tradicional del matrimonio”, parece la más digna de una consideración crítica, en línea con el planteamiento filosófico que aquí se ha elegido.

Una premisa doble, en el *mérito* y en el *método*, a las reflexiones que siguen, introducirá el lector a la parte más exquisitamente analítica del texto, parte que encarna el corazón de los argumentos que vendrán propuestos en contra de los que propugnan la legitimidad de la “equiparación anti-discriminatoria” que el matrimonio extendido a las parejas del mismo sexo subtiende. Así pues, en el mérito, la propuesta de extender el acceso al instituto matrimonial a las parejas homosexuales, implica una concepción del Derecho entendido como *técnica* de reglamentación social entre otras, epifenómeno de la acción gubernamental y más generalmente organizacional del poder político, cuyas determinaciones arbitrarias pueden en cualquier caso asumir la forma normativa del precepto obligatorio para los asociados, prescindiendo de cualquier dimensión de verdad, así configurando una crisis profunda de la autoridad política misma, siempre más a menudo pensada como una nueva “tiranía de los hechos”¹. Esta concepción del Derecho se opone a otra que,

¹Viola, F., *Autorità e ordine del diritto*, Giappichelli, Torino, 1987, pp. 469 – 470.

al contrario, presupone una dimensión ontológicamente propia, autónoma, racional, que enerva el fenómeno jurídico y que llega a ser el elemento más claro de su identidad².

Refiriéndonos ahora al *método*, en la primera parte de las consideraciones que siguen, se intentará definir la fisionomía teórica de aquella concepción del *jurídico* descrita en la parte final del párrafo previo, haciendo referencia en particular a la reflexión de un maestro inolvidable del pensamiento jurídico y ius-filosófico como Sergio Cotta. Su elaboración doctrinal representará la base argumentativa sobre la cual se fundamentará la oposición teórica a la propuesta de introducir la disciplina jurídica del matrimonio homosexual en el ordenamiento mexicano.

II. TECNICISMO JURÍDICO Y ONTOFENOMENOLOGÍA COTTIANA

La “prepotencia normativa del factual” –usando una expresión de Günther Anders– induce a considerar, en la cultura de hoy, como obligatorio todo lo que es posible: ya no vemos como *de-bido* lo que se puede, sino que consideramos *inevitable* lo que se debe³. Desde un lado la sed prometeica de omnipotencia que es propia del hombre, del otro la obsesión de librarse de una cultura que ha intentado, a lo largo del tiempo, contener los efectos codificadores que siempre se acompañan a las dinámicas del progreso, recurriendo a un sistema de valores que se apela a la naturaleza, parece que han producido los resultados esperados. Sin embargo, y fuera de la metáfora andersiana, el “desnivel prometeico” que todo eso ha generado se puede deducir de una serie de datos sociológicos: 1) el carácter entrópico de la disolución del orden social y normativo tradicional, a partir de las costumbres hasta la moral y el derecho; 2) el predominio visible de la técnica que ha llegado a ser racionalidad organizada que,

²Cotta, S., *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontofenomenologia giuridica*, Giuffrè, Milano, 1991.

³Anders, G., *L'uomo e antiquato. Volume II. Sulla distruzione della vita nella terza rivoluzione industriale*, Bollati Boringhieri, Torino, 2003, pp. 367 e ss.

sometiendo al hombre a un sistema de control de sus deseos, disimula la voluntad de potencia de los que verdaderamente lo controlan; 3) la nueva concepción del Derecho sin verdad que tal escenario existencial, post-subjetivo y post-humano, post-metafísico y post-moderno, ha contribuido a crear. El Derecho del cual estamos hablando es exactamente el Derecho reducido a *técnica*, producto de una cultura que piensa en la necesidad de borrar los residuos últimos de una obsoleta concepción ius-naturalista para completar la silente sujeción del hombre a la autorreferencial mentalidad tecnocrática. Al orden jerárquico de la razón legisladora universal propia de la modernidad, se ha ido progresivamente sustituyendo el *pluriversum* anárquico de la post-modernidad. Y sin embargo, una cultura post-moderna y post-metafísica, que ha renunciado por siempre a la ontología y a los conceptos de ser, verdad y esencia, continua a vivir en la ilusión de poder dominar los avances de la tecnocracia, sin que nunca se advierta la necesidad de pensar nuevamente en el hombre, en su rol de beneficiario, y no de creador, del universo⁴.

La técnica pura del Derecho, la del positivismo jurídico formalista de inspiración kelseniana, postula y alimenta un pensamiento filosófico que, ya no advirtiendo el límite de unas verdades últimas, produce un nihilismo ontológico, un "nihilismo de las esencias" del cual sólo es posible salir volviendo a un pensamiento que proponga *ex novo* la necesidad de un anclaje metafísico del discurso global sobre el ser, en sus varias dimensiones existenciales⁵. Se trata, en último análisis, de volver a descubrir el *sentido auténtico de lo jurídico*, ya que sólo en la perspectiva de su identidad verdadera será posible ofrecer argumentos, racionales y razonables, por medio de los cuales evaluar y eventualmente rechazar las presiones que, de cada lado, hoy interpelan el derecho, con vistas al reconocimiento de instancias múltiples, heterogéneas, a menudo conflictivas, que provienen de distintos

⁴Cotta, S., *L'uomo tolemaico*, Rizzoli, Milano, 1975.

⁵Possenti, V., *Il nichilismo teoretico e la morte della Metafisica*, Armando Editore, Roma, 1995.

actores sociales⁶.

La propuesta cottiana, en este sentido, intenta conjugar la búsqueda *fenomenológica* de lo jurídico con la de la estructura *ontológica* del sujeto-hombre, lo que permite la identificación de la realidad distintiva del jurídico. Se trata, más bien, de una lectura de lo *jurídico en lo humano* que ofrece al mismo tiempo unas categorías conceptuales que tienen una gran relevancia epistemológica tanto en el ámbito de la antropología filosófica como en el de la filosofía de la *praxis*⁷. Además, la profundidad no común del escenario antropológico que Cotta nos da con su teoría, por medio de un enfoque de tipo fenomenológico, ha pedido que él invirtiese el orden de la investigación, ya no empezando de las categorías conceptuales abstractas, sino del hombre, de lo que es esencialmente, de la estructura ontológica de su *ser*, que puede ser conocida indagando las manifestaciones fenoménicas de su *existir* en el mundo: es éste el planteamiento típicamente heideggeriano de la fenomenología como método para acceder a la ontología⁸. A partir del hombre, así como existe en el mundo, sube hasta a lo que él es verdaderamente y en la transparencia de su profundidad ontológica, así averiguada, descubre la naturaleza y el *quid* del Derecho. El origen del jurídico, por lo tanto, no debe buscarse históricamente, sino que debe ser aclarada ontológicamente, a partir de la estructura onto-fenomenológica del mismo ser humano: como fundamento del *existir* del hombre en el mundo, descubrimos su *co-existir*, vive la realidad no en el aislamiento, sino en la participación común y compartida que es naturalmente, necesariamente, originariamente reglamentada: estamos en frente de una coexistencia relacional, un “estar juntos con” que nos revela la esencia del derecho⁹.

Refiriéndonos ahora al individuo concreto, ya parece posible advertir, desde los tratos que acabamos de ver, una indigen-

⁶Hervada, J., *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, EUNSA, Pamplona, 2008, pp. 582 y ss.

⁷Argiroffi, A., *Il diritto nell'esistenza di Sergio Cotta e la tardamodernità secondo Günther Anders*, “Persona y Derecho”, 57, 2007, pp. 245 – 268; 247.

⁸Husserl, E., Heidegger, M., *Fenomenologia*, Unicopli, Milano, 1999, pp. 235 – 238.

⁹Pareyson, L., *Verità e interpretazione*, Mursia, Milano, 1971, pp. 15 y ss.

cia constitutiva, una incompleta estructura, una finitud natural que se manifiesta en la forma del "tender hacia": el actuar del hombre siempre se configura como un "tender hacia", un aspirar a algo que se necesita y que no se posee, pero que se considera necesario con vistas a la realización de sí mismo¹⁰. Desde la infancia, el actuar intencional del sujeto encuentra la resistencia de los demás "iguales", que actúan en el ámbito del mismo "espacio-ambiente existencial" como sujetos activos¹¹. En ésta situación de con-presencia, el "tender hacia" se transforma en un "pre-tender", ya que cada acción contiene una implícita pretensión que está dirigida hacia los demás "yo-sujetos": pretensión de no ser obstaculizado en la realización de los objetivos elegidos; pretensión de recibir la asistencia por parte de los otros; pretensión de conseguir de manera exclusiva los recursos escasos que se consideran necesarios. La con-presencia de estas pretensiones, todas subjetivamente verdaderas y legítimas, pone al sujeto frente a dos vías: pararse en la contemplación de este estado de cosas y dejar que las dinámicas intersubjetivas vengán disciplinadas por la ley del más fuerte; o más bien buscar y experimentar formas para hacer que estas pretensiones coexistan, a partir de la consideración de una dimensión de verdad que funcione de criterio-guía¹².

La operación de *reducción* fenomenológica, de husserliana memoria, realizada a partir de las "condiciones *existentiales* del hombre", parece desvelar dos datos *esenciales* de su ser: 1) su ineffectividad estructural, que lo empuje hacia un actuar interrumpido en el ámbito del espacio-ambiente en el que vive, poniéndolo en relación con sus símiles; 2) la constatación de una forma de coexistir en el mundo, el tomar conciencia de la necesidad de compartir los espacios vitales con sujetos titulares de la misma naturaleza, las mismas necesidades, la misma dignidad. Las condiciones de coincidencia, piden la adhesión a modelos de conducta que respondan a un "deber ser", mejor dicho, a un

¹⁰Cotta, S., *Il diritto nell'esistenza*, *Op. cit.* p. 52.

¹¹Cotta, S., *Il diritto nell'esistenza*, *Op. cit.* p. 53.

¹²Cotta, S., *Il diritto nell'esistenza*, *Op. cit.* p. 56.

“deber de ser”, el deber de uniformar la existencias de cada uno a la verdad del ser humano, que *pretende* y al mismo tiempo *debe* respeto¹³.

En esta estructura ontológica-relacional del ser humano ya es posible coger y comprender el sentido y el fundamento de la *juridicidad*: la normatividad aparece inscrita en la “ontológica coexistencialidad relacional” del ser humano que, en un primer tiempo, abriéndose a la alteridad, llega a una auto-comprensión reflexiva de sí mismo, y, después, trascendiendo su propia onticidad factual y llegando a concebir propia existencia como *con-posibilidad*, acepta la normatividad como condición natural de ejercicio de la libertad¹⁴. Cada ser humano es un ser necesariamente relacional y en la misma está inscrito su “deber ser”: un ser constitutivamente relacional, pues, un “ser” que es simultáneamente un “deber ser”, una ontología relacional exactamente.

Lo que resta, al final de esta operación de reducción fenomenológica es una subjetividad universal estructurada por relación: la onto-fenomenología de Cotta permite, entonces, transferir la noción de natura normativa desde el plan del humano al de Derecho, ya no concebido como pura facticidad, ni tampoco como una formulación abstracta, sino más bien como un orden simbólico que constituye la sintaxis, la condición para que el hombre pueda expresarse como un ser cultural. Esta es la “juridicidad intrínseca del ser humano”¹⁵. Tal juridicidad tiene como función propia la de realizar la coexistencia de las libertades en el marco de la legalidad universal: la función del Derecho es exactamente la de “hacer posible la legalidad universal en el orden de la justicia”, por medio de una norma que nunca puede ser simplemente “regla”, sino que siempre tiene que ser y ser vista más como “medida”, condición de la coexistencialidad propia del hombre¹⁶. Desde aquí la justificación de la fuerza coactiva

¹³Cotta, S., *Il diritto nell'esistenza*, *Op. cit.* pp. 94 – 96.

¹⁴Romano, B., *Ricerca pura e ricerca applicata nella formazione del giurista*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 26 y ss.

¹⁵Punzi, A., *L'intersoggettività originaria*, Giappichelli, Torino, 2000.

¹⁶Cotta, S., *Soggetto umano Soggetto giuridico*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 111.

que substancia el carácter primario del Derecho, es decir su *obligatoriedad*.

La obligatoriedad del Derecho expresa, a su vez, tanto la dimensión doble de la pretensión y de la “deuda” –dimensiones que promanan directamente de la exclusiva e inconfundible dignidad del hombre, en la medida en que llega a ser consciente de sí mismo en la inter-actuación inevitable con unas alteridades que *pretenden* y *deben* respeto– cuanto la necesidad de una concreción positiva, normativa, que nunca podrá trascender los límites de su mismo origen: aquella estructura radicalmente jurídica del ser humano a la que ya nos hemos referido, es decir aquel núcleo radical de juridicidad natural¹⁷. Y partiendo exactamente de este núcleo, que es expresión del orden del “deber ser” que pertenece al “ser”, será posible construir la realidad jurídica positiva, normativa, del ordenamiento, por medio de las normas sociales y legales. En ningún caso el Derecho puede o debe considerarse como un producto humano puramente histórico, cultural, cuyo contenido pueda ser arbitrariamente decidido con vistas a la realización de los intereses contingentes de las mayorías políticas que dominan las asambleas legislativas. Parece, al contrario, imprescindible entrar a la óptica de considerar siempre a la *producción jurídica como la declinación normativa de una realidad ontológica más profunda*. La dimensión puramente cultural e histórica nunca podrá introducirnos a nosotros la verdadera naturaleza del Derecho, que en la disciplina positiva de sus institutos, en sus declinaciones normativas siempre tiene que mover del *proprium* del hombre, considerado en los intereses y las necesidades que su contingencia, de acuerdo con la verdad de su propio ser, va estableciendo¹⁸. Y en línea con esta concepción que rechaza una visión puramente historicista del Derecho, iremos a colocar la reflexión acerca de la posible abertura del instituto del matrimonio a las parejas del mismo sexo.

¹⁷Hervada, J., *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, cit., p. 473.

¹⁸Hervada, J., *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, *Op. cit.*, pp. 477 y ss.

III. REPENSANDO LA ANTROPOLOGÍA POSTULADA
POR EL MATRIMONIO TRADICIONAL

Durante los siglos, y a cualquier latitud, el matrimonio ha sido concebido como la unión entre un hombre y una mujer que se comprometen públicamente a vivir en una relación de asistencia mutua, permanente y recíprocamente exclusiva, relación que está naturalmente abierta a la generación de la vida y constitutivamente proyectada hacia el crecimiento y la educación de la prole. A lo largo del tiempo, pues, el reconocimiento jurídico del matrimonio ha descansado, particularmente, sobre el dato natural del dimorfismo sexual de los cónyuges. Dicho de manera diferente, nunca había sido posible, en los ordenamientos jurídicos positivos, ofrecer ciudadanía a un instituto, el del matrimonio, que pudiese prescindir de un dato esencial, es decir ontológicamente necesario a la definición de su identidad: el dato de la complementariedad sexual entre los cónyuges. El mismo matrimonio civil, como figura que se ha ido progresivamente separando de la contemplada en el derecho canónico, nunca, antes de ahora, había llegado a configurar un modelo que pusiese en discusión el carácter heterosexual de la unión entre los esposos. Hoy en día, sin embargo, el proceso de disolución completa de la misma institución civilista del matrimonio, parece que ha llegado a las etapas finales. ¿Cuáles son las causas de una progresión similar? Una respuesta exhaustiva exige de un lado el análisis de las razones humanas, morales y sociales que históricamente han producido una conformación disciplinar del instituto que implicase el dato de la diversidad sexual entre los que contraen el pacto nupcial, del otro un examen atento de los recientes acontecimientos antropológicos, históricos y culturales que, generando una ruptura sin precedentes en aquella circularidad nomopoiética existente entre naturaleza y cultura descrita arriba, ha cuestionado definitivamente el dato biológico de la diferencia sexual como requisito mínimo de validez de la unión nupcial, no antes de haber procurado la deconstrucción radical y sistemática de la misma identidad sexual del hombre por medio de la afirmación de la cultura *gender*. El desplazamiento del discurso sobre la

identidad sexual de los seres humanos del plano de la naturaleza al de la cultura, ha causado una revolución antropológica capaz de cuestionar *ab imis* el instituto del matrimonio, así como hasta hoy había sido concebido en cada cultura, ya que propio la diversidad sexual en el sentido biológico ha constituido, en el tiempo, el único elemento útil para la identificación conceptual del matrimonio, y para el reconocimiento jurídico de sus efectos.

Esa revolución cultural profunda ha producido también el efecto de poner en discusión los presupuestos de la juridicidad auténtica y, entre estos, el principio según el cual la normación jurídica siempre tiene que guardar una conexión relevante con el dato natural, como prueban las codificaciones más emancipadas que siempre han prohibido conductas como las que integran los delitos de incesto, aborto y homicidio, figuras todas unidas por el hecho de poner deliberadamente en discusión el dato *natural* de la vida ajena. En el caso del incesto, en particular, las probabilidades altas de malformaciones congénitas graves en el feto, inducían, antes que llegase a ser compartido universalmente el juicio moral que considera reprochable las uniones sexuales entre los consanguíneos, a prohibir estas prácticas a la luz de las consideraciones concernientes de la dimensión naturalmente patológica del producto de tales uniones. Un discurso aparte merecería el tema del aborto, en donde la diversidad de trato penal con respecto al homicidio, en las mayorías de los ordenamientos más desarrollados, ha pedido una progresiva y lenta adecuación cultural hasta llegar a la configuración de una causa de justificación de un acto, el de matar a un ser humano inocente e indefenso por parte de los que deberían acogerlo a la vida, que sigue percibiéndose como profundamente inmoral ya que es esencialmente *in-natural*.

El matrimonio mismo, como instituto jurídico fundamental de cada sociedad desarrollada, desde siempre ha descansado, como dicho, sobre un dato *natural*, y hasta hace poco tiempo indiscutible, de la diferencia/complementariedad sexual de los cónyuges. La circularidad nomopoiética entre este último dato natural y la disciplina jurídica del matrimonio, ha sido cuestionado en el marco de un más amplio fenómeno cultural

de deconstrucción sistemática de la validez ontológica y ética de la unión matrimonial, como lugar conceptual en donde realizar una unión afectiva, corporal y espiritual entre los esposos, que permita también la realización de aquella inclinación propiamente humana al cumplimiento pleno del propio “yo” en la donación de sí mismo al otro, así favoreciendo esa dinámica de relación mutua, agápica que ocasiona el nacer de una nueva vida. Entre un hombre y una mujer existen niveles diferentes de donarse que no pueden existir en otros tipos de unión: hablamos aquí no solo de la complementariedad biológica-sexual, sino también afectivo-sentimental y relacional-educativa.

En la base del matrimonio tradicional siempre ha existido una antropología de la diferencia/complementariedad que lejos de ser una opción de preferencia entre otras posibles, radicaba en la naturaleza misma de la corporeidad femenina y masculina, cuya unión no sólo es don recíproco, sino potencial acogida del tercero. El donarse y el recibirse actúan en una intimidad que pide la integralidad del don recíproco y la permanencia en la ofrenda del mismo. Este fundamento antropológico nunca ha sido objeto de una opción preferencial en el momento de disciplinar el instituto del matrimonio, sino que más bien ha sido la potencial riqueza humana, personal, relacional y social de este tipo de unión a ocasionar la creación de un instituto *ad hoc* que consagrarse su forma y cristalizase sus efectos. Así pues, sería posible teóricamente permitir el reconocimiento legal del matrimonio entre personas del mismo sexo, pero en este caso estaríamos hablando de algo diferente, es decir seguiríamos llamándolo con el mismo nombre, algo que ya no sería lo que ha sido y sólo puede ser desde siempre. La complementariedad sexual entre los cónyuges procede del amor y está finalizada al amor: el amor pide actuarse en la forma de la abertura al otro, de la ofrenda integral de sí mismo, implicando una diferencia radical y al mismo tiempo complementaria capaz de realizar una “unión corporal orgánica”¹⁹.

¹⁹Girgis, S., Anderson, R. T., George, R. P., *What is a Marriage? Man and Woman: a Defense*, Encounter Book, New York – London, 2012, *passim*.

Históricamente, antes que se afirmase el paradigma cristiano, la tradición ius-romanística ya había adoptado un esquema conceptual y jurídico del matrimonio que establecía la necesaria diversidad/complementariedad sexual de los esposos: «Nuptiae sunt coniunctio maris et foeminae, consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio», según Modestino. Y Graziano añadía: «Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuum consuetudinem vitae retinens». La ruptura de este paradigma cultural ha supuesto que se pusiesen en discusión tres asuntos ulteriores, que antes formaban parte de un patrimonio cultural colectivo aceptado a lo largo de las generaciones. Piénsese *en primis* en la concepción de la sexualidad como lugar privilegiado en donde realizar la donación total de sí mismo al otro, con vistas a la realización de una unión capaz de abrirse a la generación de la vida. Nuestra naturaleza biológica nos conforma como *seres esponsales*, capaces de completarse en la unión de alma y cuerpo con otro ser que consideramos complementar con nosotros. Esa esponsalidad, vista desde la perspectiva de la generación, pide encarnarse en la forma de la nupcialidad²⁰, es decir, la de los seres humanos aparece como una *esponsalidad nupcial*, conyugal, ya que la abertura a la vida pide una con-pertenencia y una comunicación sexual, íntima, recíprocamente penetrante, por parte de los miembros de la pareja e incluso el poder de procrear no está atribuido al hombre o a la mujer separadamente, sino más bien es un efecto exclusivo de su conjunción. Esta es la razón por la cual cada ser humano debería poder experimentarse como hijo, como un ser querido y generado por la unión agápica y sexual entre los padres, los cuales libremente y responsablemente se abren a la vida. Esta idea ha sido silenciada por una cultura que postula una sustancial despersonalización/objetivación del cuerpo humano, una cultura que ha llevado a ver la corporeidad como si fuera algo externo al “yo” y que sólo puede recibir un sentido en una visión que no deja de ser manipuladora, objetivamen-

²⁰Juan Pablo II, *Familiaris consortio*, Esortación Apostólica, n. 13.

te, en último análisis codificadora. En esta óptica cartesiana la misma sexualidad humana se ha ido configurando como algo desprovisto de un significado propio y específico, que sólo puede recibir un sentido en el marco de una actuación autónoma del sujeto-hombre, que pues parece en la posibilidad de salvar el valor moral de cualquier práctica sexual que haya sido elegida, aceptada y actuada en autonomía.

In secundis, piénsese en el rechazo, hoy muy común, de aquel paradigma cultural que a lo largo de los siglos ha reconocido una unidad sustancial entre la esfera del amor erótico y la del amor agápico, visión que tachaba de utilitarismo la óptica instrumentalizadora de una sexualidad vista y vivida como práctica separada de una consideración sinceramente afectiva e inclusiva de la pareja. Y sin embargo, la instrumentalización de la sexualidad se traduce siempre en una destrucción de la unidad antropológica del “yo”: esta unidad que cada uno tendría que guardar, con su propio cuerpo y sus funciones, es la condición para conseguir una fecundidad espiritual, antes que física. Si la persona humana destruye su “yo”, sometiéndose deliberadamente a unas lógicas auto-instrumentalizadoras, romperá también su unidad biográfica y nunca llegará a realizar aquella potencial comunión que la conjunción de voluntades plena y auténticamente libres puede realizar.

In tertiis, considérese el rechazo, hoy en día igualmente generalizado, de la concepción que veía conjuntas las dos dimensiones de la sexualidad, la unitiva y la procreativa: la difusión de la contracepción de un lado, y la procreación artificial del otro, han progresivamente llevado a una visión del amor conyugal que ya no está orientando hacia el don de la vida, y esto porque se ve como posible un amor conyugal que está deliberadamente cerrado a la vida, también a causa de la difusión de unos procedimientos biomédicos de producción de la vida que prescinden completamente del dato del amor conyugal, llegando a ser puras formas de actuación práctica de unos deseos individuales que la técnica ahora hace posibles. Al contrario, una intención unitiva auténtica siempre tiene que ver con la eternidad, con el “por siempre”, es decir, una intención unitiva auténtica se nutre de

un deseo de fidelidad exclusiva, de entrega del don de sí mismo, con vista a la generación de algo que sea todavía más grande y que trascienda a los mismos donantes. La intención unitiva auténtica implica la fidelidad del don exclusivo de sí mismo respecto a abrirse a la vida, es decir, implica aquel universo de sentido que hace posible ser fecundos, en el plan espiritual y físico.

IV. SOBRE LA NECESIDAD NO DEMOSTRADA DE UNA DISCIPLINA AD HOC PARA LAS UNIONES HOMOSEXUALES

En el ámbito de esta revolución antropológica que se ha ido realizando, se coloca también la reelaboración profunda de la misma concepción jurídica de la unión matrimonial, a la cual vamos a referirnos en la segunda parte de nuestra reflexión.

La función social del matrimonio, la única que el Derecho considera desde siempre, ha sido triple: 1) asegurar la continuidad de la especie humana; 2) garantizar el orden de las generaciones; 3) procurar realizar el mejor ambiente para el crecimiento libre, la educación responsable y el desarrollo sano de la personalidad de los niños. Pero, estas funciones, que el Derecho siempre ha ido garantizando, parecen postular una más: la procreativa propiamente, ya que lo que el matrimonio está llamado a proteger no es el amor narcisístico, utilizando una terminología freudiana, y aún menos la circularidad afectiva, pura y simple, entre los consortes, sino el orden, la seguridad y el equilibrio del cuerpo social por medio de la generación, creando las condiciones para asegurar la estabilidad de aquella célula fundamental de la sociedad que es la familia. Omitir de las prioridades propias del ordenamiento jurídico las finalidades que acabamos de ver, significaría poner en discusión a profundidad la función propia del Derecho que o tiene una vocación social, o está destinado a perder su propio sentido. El Derecho tiene que garantizar el orden de las generaciones y a este fin dispone, desde siempre y en cualquier latitud, un instrumento específico que es exactamente el matrimonio, instituto "fuerte" que está llamado a oponer un margen a la "fuerza" disolutiva y antisocial del individualismo narcisístico, por medio de la

aceptación libre y responsable del vínculo conyugal. Ahora, negar el acceso al matrimonio a las parejas del mismo sexo, no puede definirse como un acto de discriminación simplemente porque las parejas del mismo sexo no están abiertas a la generación de la vida como las heterosexuales, es decir, a la perpetuación del orden de las generaciones. Es verdad que los progresos tanto de la ciencia como de la técnica en el ámbito de la procreación artificial, permiten también a las parejas homosexuales acceder a la reproducción, pero nunca éstas podrán decir que están ontológicamente abiertas a la generación de la vida como resultado de una donación recíproca y exclusiva de los cónyuges, realizada mediante la unión de sus cuerpos. La reproducción artificial, en el ámbito de una pareja homosexual, siempre necesitará que el proceso biomédico envuelva un tercer sujeto respecto a la pareja que, rompiendo la circularidad afectiva exclusiva de la misma, puede llegar a amenazar aquella estabilidad que representa el objetivo principal que el Derecho está llamado a garantizar. Por fin, lo que el Derecho defiende, en la disciplina del matrimonio, es la estabilidad de la relación conyugal con vistas a la generación, exigencias que sólo la exclusividad de una relación, deseablemente amorosa, entre cónyuges puede, en perspectiva, garantizar, exclusividad que a su vez descansa sobre una fertilidad circular y autosuficiente que sólo la pareja heterosexual puede asegurar.

Sería inapropiado no considerar la posibilidad de una unión afectiva que pueda surgir también en la pareja homosexual, así como inaceptable sería la negación de una hipótesis de infertilidad que pueda afectar a la pareja heterosexual. Sin embargo, por un lado la circularidad afectiva mera no tiene relevancia respecto de las finalidades propias del Derecho, que comprensiblemente está llamado a desinteresarse de esta dimensión exclusiva; desde otro la infertilidad de la pareja heterosexual se configura como una hipótesis excepcional que nunca podrá ser pensada como la regla, que es la de la fertilidad naturalmente implicada por la complementariedad entre los sexos. Además, el hecho que también una pareja heterosexual pueda acceder, en el caso de esterilidad de uno o de ambos de sus miembros, a la fecundación artificial heteróloga, favoreciendo el acceso de un tercero en la dinámica rela-

cional exclusiva de la misma pareja, bien, esto no sólo confirma la inoportunidad, en la perspectiva del *paradigma antropológico personalista* que aquí se propone y defiende, del recurso indiscriminado a cualquier solución ofrecida por la técnica con vista a la satisfacción del deseo de genitorialidad, sino que también refuerza la idea que el Derecho, en esos casos, seguiría garantizando su función propia, es decir intentar asegurar un ambiente familiar hétero-parental que aparece hasta ahora, y en ausencia de afirmaciones científicas atendibles en sentido contrario, como el más apto para el crecimiento y el desarrollo de los niños. Estos siempre necesitan de la complementariedad sexual de los padres para desarrollar una personalidad sana, es decir, equilibrada con respecto a su propia sexualidad biológica, si es verdadero que el origen psicoanalítico de la homosexualidad es debido al prevalecer indebido, en el equilibrio parental, de una figura sexual entre los dos.

¿Por qué, pues, el reconocimiento jurídico de las parejas del mismo sexo no puede ser aceptado y menos que nunca en la forma canónica del matrimonio clásico? Simplemente porque parece no existir razones jurídico-sociales suficientes para justificar la instancia de un reconocimiento público de una unión que pretende tener una relevancia sólo en razón del pretendido vínculo afectivo de los que la componen. El rol que el Derecho estaría llamado a desarrollar en este caso, parecería ser el de ofrecer un reconocimiento puramente simbólico a unas instancias que pueden ser atendidas accediendo a soluciones diferentes²¹. Pienso en el amplio número de instrumentos de naturaleza privatística a los que la autonomía privada puede libremente acceder para disciplinar exigencias sociales y no simplemente simbólicas que derivan de la convivencia entre personas del mismo sexo y que pueden encontrar una respuesta adecuada propio en el Derecho voluntario y en su instrumento más típico que es el contrato. Pienso en la nómina del conviviente como ejecutor de las disposiciones contenidas en un testamento, *mortis causas* o biológico, en la substitución, en los arrendamientos, o en un

²¹Aramini, M., *PACS, matrimonio e coppie omosessuali: quale futuro per la famiglia*, Paoline, Ed. Milano, 2006, p. 54.

contrato para establecer y repartir los costos, o en la gestión de los bienes comunes de la convivencia, o en la regulación del derecho a la asistencia en el hospital o en la prisión. Exigencias todas reales, legítimas, a las cuales es posible ofrecer una respuesta sin que sea necesario crear un instrumento *ad hoc* y que tenga un carácter público, sino más bien limitándose a reconocer un valor legal a los acuerdos bilaterales privados, perfectamente oponibles a los terceros.

V. SOBRE LA FALTA DE FUNDAMENTACIÓN DE LAS ARGUMENTACIONES A FAVOR DEL MATRIMONIO IGUALITARIO

Así pues, en el intento de ofrecer una esquematización final y compendiada de las razones que se oponen al reconocimiento de un instituto matrimonial que esté abierto a las parejas del mismo sexo, iremos a discutir, puntualmente, los argumentos a los que normalmente se apelan los que rechazan la idea de preservar la natura heterosexual del matrimonio y dejar inalterada la fisonomía normativa de la relativa disciplina jurídica.

1) *No es verdad que el reconocimiento, a las parejas homosexuales, del Derecho a acceder al matrimonio pueda implicar unas cuantas consecuencias negativas para las parejas heterosexuales que ya están casadas, o para las que quieren hacerlo, o para la sociedad toda.* Al contrario, es cierto que la introducción de tal innovación jurídica conllevaría cuestionar los valores históricos reconocidos que fundamentan no sólo el matrimonio, sino la misma institución familiar; de hecho, reconocer legalmente una unión en razón de un vínculo meramente afectivo existente entre los que la componen, como sería en el caso del matrimonio homosexual, sin hacer referencia a la complementariedad sexual, corporal, orgánica de los esposos, llevaría a un previsible aumento de la inestabilidad conyugal en general. Políticas matrimonialistas en este sentido, introducirían una imagen errada de lo que realmente es el instituto principal para la realización de aquella célula social fundamental que es la familia. Se avalaría, es decir, una cultura que ve a la parejas casadas como a unas uniones meras de men-

te y de cuerpo que en ausencia de otros vínculos de naturaleza biológica relevantes en la perspectiva de la abertura a la generación de la vida, serían completamente asimilables a una relación de amistad²². El matrimonio homosexual, en breve, devaluaría aquellos valores conyugales de entrega exclusiva de la fidelidad, estabilidad, reciprocidad, en el momento en el que los extendería a unas parejas que no pueden garantizar una observancia igual de los mismos al no compartir con las parejas heterosexuales, desde las cuales tales valores han promanado, características esenciales, estructurales, relacionales. Y el ocaso cultural de estos valores tendría repercusiones negativas para la sociedad, ya que expondría a riesgos de precariedad mayor las relaciones entre los cónyuges y, pues, la misma estabilidad parental y familiar, que es lo que el Derecho ininterrumpidamente busca.

2) *No es verdad que el reconocimiento a las parejas del mismo sexo del Derecho de acceder al matrimonio aliente en la sociedad sub-culturas misóginas o misándricas*. Al contrario, es cierto que la dinámicas propias de una pareja homosexual, siempre se sustancian en una "negación violenta de la finitud y de la incompletud de cada uno de los sexos"²³, negación que a menudo se acompaña a una inclinación del pensamiento, un auténtico "delirio de autosuficiencia de género" que tiene los rasgos de una sub-cultura y que empuja a mirar en términos de suficiencia, superfluidad, inesencialidad al otro sexo. Si es verdad que la filiación legal reproduce analógicamente la pareja que ha procreado, asimétrica y heterogénea, entonces el esquema legal de tal representación, es decir el matrimonio, no podrá no seguir guardando la estructura implicada por la generación biológica de dos sexos. Negar la existencia de este "invariante antropológico", que está fundado en la diferencia entre los sexos, desde siempre concebido como algo natural y a-histórico, significa favorecer visiones culturalmente deformadas tanto en orden a la igual dignidad de los se-

²²Girgis, S., Anderson, R. T., George, R. P., *What is a Marriage?*, *Op. cit.*, 2012, pp. 24 y ss.

²³Agacinsky, S., *Due madri = un padre?*, artículo que apareció en el diario francés Le Monde, edición del 3 febrero de 2013.

xos, cuanto en orden a la necesidad de seguir considerando la procreación como un acto que necesariamente pide la conjunción de los sexos y, pues, su complementariedad.

3) *No es verdad que las relaciones homosexuales están asociadas, en cantidades incomparablemente mayores, a la difusión de enfermedades venéreas y que las uniones homosexuales exponen a riesgos infectivos mayores no solo a los miembros de una hipotética familia homoparental, sino a los consociados todos.* Al contrario, parece innegable que los hábitos sexuales de las personas con esta orientación constituyen etiológicamente la fuente más cierta y frecuente para la difusión de las enfermedades venéreas. La manera en el que se estructura la relación sexual entre personas del mismo sexo, sobre todo entre los hombres, contiene en sí los presupuestos de la *in-salubridad*, de la *in-naturalidad*, de la *in-sanidad*, llegando a ser el vehículo principal en la transmisión de las infecciones y de las enfermedades, así como de la insurgencia de múltiples patologías tumorales²⁴. Y es más, según los expertos el incremento de las enfermedades venéreas es particularmente preocupante ya que ese se acompaña sistemáticamente a un aumento exponencial del riesgo de contraer infecciones por medio del virus de VIH y SIDA. Y es significativo hacer observar

²⁴A propósito de la incidencia del cáncer en un grupo y población de hombre y mujeres que están envueltos en relaciones homosexuales más o menos estables: Frisch, M., et Al., *Cancer in a Population-based Cohort of Men and Women in Registered Homosexual Partnerships*, in "Am J Epidemiol", 157 (11), 2003, pp. 966 – 972; Knight, D., *Health Care Screening for Men who Have Sex with Men*, in "Am Fam Physician", 69 (9), 2004, pp. 2149 – 2156; Goldstone, S., *Anal Dysplasia in Men who Have Sex with Men*, in "AIDS Read", 9 (3), 1999, pp. 204 – 208 e 220; Hopfl, R., et Al., *High Prevalence of High Risk Human Papillomavirus-capsid Antibodies in Human Immunodeficiency Virus-seropositive Men: a Serological Study*, in "BMC Infect Dis", 3 (1), 2003, p. 6; Chin-Hong, P. V., et Al., *Age-related Prevalence of Anal Cancer Precursors in Homosexual Men: the EXPLORE study*, in "J Natl Cancer Inst", 97 (12), 2005, pp. 896 – 905; Chin-Hong, P. V., et Al., *Age-Specific Prevalence of Anal Human Papillomavirus Infection in HIV-negative Sexually Active Men who Have Sex with Men: the EXPLORE study*, in "J Infect Dis", 190 (12), 2004, pp. 2070 - 2076; Daling J. R., et Al., *Human Papillomavirus, Smoking, and Sexual Practices in the Etiology of Anal Cancer*, in "Cancer", 101 (2), 2004, pp. 270 – 280; Kreuter A., et Al., *Screening and Therapy of Anal Intraepithelial Neoplasia (AIN) and Anal Carcinoma in Patients with HIV-infection*, in "Dtsch Med Wochenschr", 128 (38), 2003, pp. 1957 – 1962.

que: 1) el 50% de los que han contraído el virus del SIDA en el mundo está hecho por personas homosexuales, que han tenido o siguen teniendo esas relaciones; 2) las posibilidades de contraer el virus del SIDA en el ejercicio de prácticas eróticas homosexuales, son 500 veces superiores a las conectadas a la consumación de una normal relación sexual vaginal; 3) la tasa de infidelidad en las parejas homosexuales es normalmente más alto del que se registra en las parejas heterosexuales, y esta inclinación a la promiscuidad, más allá de tener repercusiones sobre los valores a los que nos referíamos antes, constituye un índice seguro de un riesgo más alto de transmitir enfermedades por vías sexuales. Y estas patologías representan un peligro no sólo para la pareja, sino también para los demás miembros de su familia, así como para la sociedad. Así que se van multiplicando las apelaciones por parte de los epidemiólogos y de los infectivólogos para que se observen conductas sexuales más correctas. Entre otros riesgos, el de la insurgencia de bacterias resistentes a todas las terapias antibióticas hoy conocidas, que conductas sexuales promiscuas e innaturales contribuyen a difundir.

4) *No es verdad que el ambiente de vida que una pareja homosexual puede generar no es idóneo al crecimiento y a la educación de los niños.* Al contrario, no parece dudable que: 1) los únicos estudios significativos y científicamente atendibles, revelan, en contra de los que defienden las teorías "no difference", las diferencias sustanciales entre los niños crecidos con padres homosexuales y los crecidos en parejas heterosexuales²⁵. No está cuestionado el hecho que una madre y un padre biológicos ofrezcan, normalmente, un eficaz y probado ambiente para hacer crecer a los hijos y es razonable concluir que las funciones de una madre y de un padre forman una unidad genitorial complementaria en donde cada uno tiende a dar algo que es único, útil e insustituible para el desarrollo del menor. Aunque las parejas del mismo sexo puedan ofrecer calidad y esfuerzos exitosos en la educación

²⁵Marks, L., *Same-sex parenting and children's outcomes: A closer examination of the American psychological association's brief on lesbian and gay parenting*, in "Social Science Research", 41 (4), 2012, pp. 735 – 751.

de los niños, la evidencia de las ciencias sociales muestra la ventaja incomparable de una estructura hecha por una madre y un padre²⁶. Es por lo tanto razonable que, por parte del poder público, se opte por un reconocimiento distintivo y exclusivo del matrimonio heterosexual, el único que puede garantizar aquella estructura genitorial que se ha demostrado la mejor. Dicho de manera diferente, el matrimonio sigue siendo el medio jurídico más idóneo para garantizar a los niños una unidad estable con sus padres biológicos, y por eso salvaguardar la identidad del matrimonio es algo que permite tutelar una libertad -la de ser crecidos en un contexto que sea el mejor posible, por lo menos potencialmente- que tenemos que reconocer a los niños.

5) *No es verdad que el reconocimiento del matrimonio homosexual pueda ser la base para llegar a la legitimación, social y legal, de orientaciones sexuales ulteriores, entre las cuales, por ejemplo, la pedofilia.* Al contrario, y contra argumentando, si es verdad que es suficiente una relación romántica, afectiva, basada en libre consenso, para estar en la condición de pedir y obtener un reconocimiento público como pareja por parte del Estado, ¿a partir de qué lógica deberíamos admitir la pretensión de dos homosexuales que pidiesen que se reconociera su unión y no la de un

²⁶Se proponen algunos artículos de la poderosa literatura existente que se oponen a la idea de una indiferencia, por lo que concierne el crecimiento de la prole, entre ambientes hétero y homoparentales: Bambico, F. R., Lacoste, B., Hattan, P. R., Gobbi, G., *Father Absence in the Monogamous California Mouse Impairs Social Behavior and Modifies Dopamine and Glutamate Synapses in the Medial Prefrontal Cortex*, *Cerebral Cortex*, 25 (5), 2013 pp. 1163 – 1175; Allen, D. W., *High school graduation rates among children of same-sex households*, “Review of Economics of the Household”, 11 (4), 2013, pp. 635 – 658; Allen, D. W., Pakaluk, C., Price, J., *Nontraditional Families and Childhood Progress Through School: A Comment on Rosenfeld*, “Demography”, 50 (3), 2013, pp. 955 – 961; Regnerus, M., *How different are the adult children of parents who have same-sex relationships? Findings from the New Family Structures Study*, “Social Science Research”, 41 (4), 2012, pp. 752 – 770; Crouch, S. R., Waters, E., McNair, R., Power, J., Davis, E., *ACHESS - The Australian study of child health in same-sex families: background research, design and methodology*, “BMC Public Health”, 2012, sito web: <http://bmcpubli-health.biomedcentral.com/articles/10.1186/1471-2458-12-646>; Potter, D., *Same-Sex Parent Families and Children’s Academic Achievement*, “Journal of Marriage and Family” 74, 2012, pp. 556 – 571; Cameron, P., *Children of homosexuals and transsexuals more apt to be homosexual*, “J Biosoc Sci.”, 38 (3), 2006, pp. 413 – 418.

hombre o de una mujer que tengan una relación afectiva-sexual con un menor? Si la homosexualidad es una inclinación como otras, y si basta el consenso y el afecto para formar una pareja reconocible frente al Estado, ¿por qué un sujeto que mostrase su "inclinación" hacia los niños y que además pudiese afirmar la existencia de un vínculo afectivo con uno de ellos, no podría ver reconocida su unión? Y propio en el nombre de una pretendida "liberación sexual" de los niños, en 1977 algunos paladinos laicistas y homosexualistas firmaron un tristemente famoso manifiesto en el cual exponían las razones por las cuales llegarían a la despenalización completa de las relaciones sexuales con los niños. Entre los que lo firmaron, estaban Jean-Paul Sartre, Simone de Beauvoir, Michel Foucault, Jack Lang, Louis Aragon, Roland Barthes, los cuales, juntos con otros, afirmaban que impedir a los niños que habían expresado su consenso a tener una expresión sexual en una relación, también con un sujeto adulto, constituyese un crimen, una opresión inaceptable²⁷. Aceptar el matrimonio homosexual, pretender legitimar una relación que tiene su única justificación en la existencia de un pretendido vínculo afectivo-sexual, constituye la base para que pueda ser avanzada una propuesta de reconocimiento también por parte de los pedófilos, así como de los polígamos, o de los incestuosos, sin que puedan darse razones para rechazar estas instancias.

6) *No es verdad que la ausencia de una natural fecundidad biológica en la pareja homosexual alimente indirectamente prácticas de explotación y mercantilización de las personas socialmente más débiles.* Al contrario, parece indudable que el aumento exponencial de los mercados de la *maternidad subrogada* en algunos de los países más pobres del mundo, y el incremento igualmente incontrolado del número de los bancos que venden el semen y otro material biológico proveniente de las franjas socialmente más débil, sean fenómenos que están conectados con la difusión de

²⁷En cuanto a la necesidad de llegar a una legalización de las relaciones pedófilas, se vean dos obras "manifiestos": Shulamith Firestone, *La dialettica dei sessi. Autoritarismo maschile e società tardo-capitalistica* (ed. it. a cura di Lucia Personemi), Guaraldi, Rimini, 1970; Mieli, M., *Elementi di critica omosessuale*, Einaudi, Torino, 1977.

una mentalidad que considera la genitorialidad como un deseo que se tiene que satisfacer a toda costa, por medio del recurso indiscriminado a los instrumentos de la técnica. Y este deseo, en las parejas homosexuales, no puede ser realizado si no pasando por el acceso, la utilización y la explotación de estos recursos biológicos, que los demás pondrán en la disponibilidad del mercado a cambio de dinero²⁸. Tratase de dinámicas que alimentan procesos de instrumentalización, explotación, mercantilización humana, en daño de las franjas más débiles de las poblaciones, que un eventual aval jurídico y legal de las parejas homosexuales no podría, como ya está verificándose, no agravar ulteriormente.

7) *No es verdad que el reconocimiento del matrimonio homosexual constituya una amenaza para la libertad religiosa y moral de los que siguen creyendo en la oportunidad de guardar la identidad tradicional del matrimonio.* Al contrario, el reconocimiento legal del matrimonio homosexual, pondría al Estado en la necesidad de adoptar políticas que promoviesen la sustancial paridad entre las dos formas de unión y que removiesen cada obstáculo de la efectiva realización de esta equiparación. Dicho de manera diferente, la promoción de una legislación que igualase los dos tipos de unión, implicaría la sustancial y consiguiente superación de cada referencia a la especificidad del matrimonio heterosexual así como conocido hasta ahora, así que las conductas de los que siguiesen creyendo en la concepción conyugal del matrimonio y profesando públicamente sus ideas, no podría no ser perseguidas por parte del Estado²⁹. Al revés, lo propio de un Estado auténticamente laico, sería de un lado el de proteger la libertad de conciencia y de manifestación del pensamiento, y del otro el de proclamar su aconfesionalidad, en el sentido de seguir garantizando la coexistencia de los diferentes credos morales, de

²⁸En cuanto a la necesidad de obrar comparaciones proporcionales entre el número de las parejas heterosexuales y homosexuales que acceden a la Maternidad subrogada, se vea Moresi, A., *Numeri in libertà sull'utero in affitto per i gay*, "L'Occidentale on-line", sito web: <https://www.loccidentale.it/articoli/139841/numeri-in-liberta-sullutero-in-affitto-per-i-gay>

²⁹Girgis, S., Anderson, R. T., George, R. P., *What is a Marriage? Man and Woman: a Defense*, Paperback, 2012, pp. 62 y ss.

las diferentes prácticas de culto, sin llegar a ser, en ningún momento, el promotor de una específica visión moral impuesta a la colectividad por medio de la fuerza.

8) *No es verdad que no existe ninguna discriminación hacia la orientación homosexual en el hecho de conservar inalterada la disciplina vigente del matrimonio.* Al contrario, la institución del matrimonio y la disciplina que tradicionalmente lo ha definido con los rasgos que nosotros conocemos desde siempre, no configura ninguna discriminación, simplemente porque las parejas homosexuales no pueden ser igualadas a las heterosexuales. La discriminación, que es la expresión más paradigmática y más odiosa de la injusticia, pide que se traten de manera diferente situaciones que son iguales. Era correcto hablar de discriminación en los tiempos en los cuales, por ejemplo, en el ordenamiento de los EEUU existían leyes que prohibían los matrimonios mixtos, entre personas de raza diferente, entre los blancos y los afroamericanos para entendernos, o en los ordenamientos de muchos Estados europeos que, encontrándose bajo el dominio de los nazis, habían adoptado leyes que prohibían los matrimonios con los judíos. Respecto del contenido esencial de una unión matrimonial, que mira a realizar una comunión entre almas por medio de la complementariedad entre los sexos, las prohibiciones señaladas constituían ciertamente formas de discriminación. En el caso de las parejas homosexuales, no estamos frente a dos personas que puedan generar una unión que sea asimilable a la que contempla la disciplina clásica del matrimonio, es decir una unión asentada en la complementariedad sexual que esté abierta a la generación, y por eso seguir manteniendo la disciplina vigente, en ningún caso puede integrar una discriminación, a menos de no seguir llamando con el mismo nombre algo que no pueda no ser *sustancialmente* diferente.

9) *No es verdad que no existan razones jurídicas relevantes para justificar una evolución de la disciplina clásica del matrimonio para que se admita el acceso de las parejas del mismo sexo.* Al contrario, en cuanto a la ausencia total de razones que justifiquen esa evolución y a la posibilidad de hacer recurso a los instrumentos ofrecidos por la disciplina privatística para responder a las legí-

timas exigencias de la vida real de la parejas homosexuales, ya hablamos antes³⁰. Aquí solo valga la oportunidad de añadir que la misma figura delictiva de homofobia, hoy en día contemplado en muchos ordenamientos, presenta elementos de incongruencia, si visto bajo la óptica de la pura lógica jurídica, y más aún de injusticia si se considera que: 1) no existen normas equiparables que tutelen –con la misma fuerza de la norma penal– la orientación heterosexual, la cual puede igualmente llegar a ser objeto de discriminación; 2) expone a riesgo libertades protegidas desde siempre por parte de los Estados, como la de religión, la de conciencia, la de pensamiento; 3) por primera vez el Derecho llegaría a ofrecer una definición vinculante de unos conceptos que siguen siendo problemáticos bajo muchos aspectos, es decir los de identidad de género, rol social del género, orientación sexual, así favoreciendo un actualización en la estructuración antropológica de la norma según el arbitrio del poder político de turno.

10) *No es verdad que la falta de reconocimiento del matrimonio homosexual no perjudique profundamente la plena realización personal de los que no comparten este planteamiento.* Al contrario, tal asunción mueve de una concepción antropológica absolutamente reduccionista, ya que presupone que: 1) la realización de una persona no pueda prescindir de una relación que siempre implique la esfera de la práctica sexual; 2) la realización de una persona no puede prescindir de una relación que esté reconocida públicamente por parte del Estado. Ahora bien, estos dos presupuestos no tienen comprobación en la realidad. Lo que sólo puede calificar en plenitud la existencia de un individuo, es su capacidad de amar y purificar gradualmente este sentimiento de cada elemento de egoísmo y egocentrismo. Amar en la pureza, pues, en la incondicionada entrega a una o más personas, parece la única cosa capaz de dar dignidad a la existencia humana. Y en este sentir, que lejos de ser puramente emocional, tiene una connotación profundamente racional, es posible descubrir la fecundidad espiritual del hombre, en la medida en que parezca dispuesto a ceder a las exigencias incondicionadas del amor, sin

³⁰*Supra*, pp. 11 y 12.

que ningún condicionamiento, privación o falta exteriores, menos que nunca físicos, puedan alterar su sentido o su dignidad. Ser el espíritu de amor, como espíritu de abnegación es lo que sólo pueda llenar la existencia de un hombre y permitir su realización plena, entonces él, en su autenticidad, ya no reclamará para sí "ninguna otra ley que sí mismo, y todas las leyes serán en él en el mismo tiempo cumplidas y superadas"³¹.

VI. CONCLUSIONES

Así pues, si es verdad que las leyes son posibles porque el entendimiento humano aparece capaz de individuar unos rasgos comunes a determinados grupos de seres y, a partir de esos elementos, reducirlos a una representación formal que llegue a ser objeto de un juicio aplicable a todo el conjunto; es decir, la misma técnica legislativa está basada en una operación racional de reducción de la complejidad ofrecida por los casos concretos a partir de los elementos comunes a los mismos, entonces bien será posible afirmar que sin este proceso racional de *abstracción*, la causa eficiente, la causa final y la funcionalidad misma del derecho no serían posibles. Conocido un conjunto de objetos, el jurista está llamado a separar aquellas notas que definen a cada uno de ellos como singular, para quedarse sólo con aquellas que son predicables a todos, es decir, el jurista está precisamente llamado a abstraer de la realidad aquellas notas que reflejan el orden que compete al Derecho, que reflejan un aspecto de la verdad cuyo conocimiento aparece indispensable para implantar el orden social justo.

Ahora bien, hemos dicho que existe un núcleo natural de juridicidad que puede configurarse como un criterio normativo último y objetivo de la conducta humana. El proceso de reducción de la complejidad del cual hablábamos antes y que acabamos de identificar como proceso de *abstracción*, es lo que permi-

³¹Balthasar, H. U. von, *Gli stati di vita del cristiano*, Jaka Book, Milano, 1959, p. 24.

te aislar un núcleo originario de verdad ontológica acerca del ser humano, empezando de aquellos elementos que configuran su realidad fenomenológica. Ese mismo *núcleo natural de juridicidad* es lo que permite distinguir una cantidad de derechos y deberes que radican en la naturaleza propia del hombre, un ámbito no relativo, ni histórico, tampoco cultural, que constituye un criterio objetivo de conducta social, es decir un criterio objetivo del derecho y, pues, del *justo* y del *injusto*.

Puesto que existen derechos y deberes naturales, eso es, existirán también relaciones jurídicas naturales, mejor, *relaciones naturalmente jurídicas*, es decir, «si entendemos el ordenamiento jurídico como un sistema de relaciones jurídicas, el núcleo natural de juridicidad está constituido por un núcleo de relaciones jurídicas naturales»³². Esto parece una consecuencia de la relación natural del ser humano, de su co-existencialidad ontológica, que nos permite afirmar la existencia de una serie de relaciones sociales que no pueden ser consideradas como productos culturales, sino que más bien aparecen como *sistemas* o *instituciones naturales*, es decir cuya estructura fundamental está dibujada por la naturaleza misma: las uniones que estas relaciones implican están basadas sobre vínculos naturales y los efectos que esas uniones pueden generar están regulados por leyes naturales. Entre las principales relaciones jurídico-naturales –las paterno-filiales, las parentales, las que existen entre los miembros de una comunidad indígena, por ejemplo– encontramos precisamente el instituto del matrimonio.

Esto nos induce a afirmar que con el término matrimonio se ha definido desde siempre, y deberíamos seguir identificando hoy, una unión cuya estructura esencial, distintiva, ontológica está escrita en la naturalidad de la complementariedad sexual de los cónyuges con vista en la generación humana, dimensión identificativa que hemos aislado mirando a unas relaciones naturales que, inscribiéndose en la realidad fenomenológica del hombre, nos hablan de su naturaleza verdadera, como ser singular y como ser social. En este sentido las parejas del mismo sexo,

³²Hervada, J., *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, *Op. cit.*, p. 530.

deberían poder contar con unos instrumentos de protección que permitiesen la justa y legítima realización de sus instancias, sin que sea necesario acudir al instituto del matrimonio, sino permaneciendo en el ámbito de los recursos ofrecidos por el derecho privado. Las reivindicaciones en este sentido aparecen no fundamentadas, ya que por un lado postulan el acceso a un instituto que pide requisitos que los homosexuales nunca podrán ofrecer, por el otro los que las promueven pueden contar con una adecuada tutela de sus intereses acudiendo a instrumentos que ya están en su disponibilidad.