

LA DESAPARICIÓN LEGAL DEL MATRIMONIO
COMO FIGURA RECOGNOSCIBLE EN EL DERECHO
ESPAÑOL

José Miguel Serrano Ruiz-Calderón
Profesor Titular de Filosofía del Derecho
Universidad Complutense de Madrid

LA DESAPARICIÓN LEGAL DEL MATRIMONIO COMO FIGURA RECONOSCIBLE EN EL DERECHO ESPAÑOL

SUMARIO: I. DESAPARICIÓN DEL MATRIMONIO. II. DERECHO Y SEXO. III. LA REALIDAD UNIVERSAL DEL MATRIMONIO. IV. APROXIMACIÓN ANTROPOLÓGICA. V. DEFINICIÓN JURÍDICA DEL MATRIMONIO. 6. LA IMAGEN MAESTRA. VII. LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DEL MATRIMONIO. VIII. LA INTERPRETACIÓN DEL ART. 32 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. IX. LA EXCUSA: FIN DE LA DISCRIMINACIÓN. X. LA CUESTIÓN POLÍTICA: LA IMPOSICIÓN DE UNA CONCEPCIÓN PARCIAL DE AUTONOMÍA. XI. LA ADOPCIÓN POR PARTE DE PAREJA HOMOSEXUAL. XII. EL INTERÉS DEL MENOR. XIII. LOS INFORMES PSICOLÓGICOS. XIV. ARGUMENTACIONES SOBRE LA DISCRIMINACIÓN. XV. BIBLIOGRAFÍA.

I. DESAPARICIÓN DEL MATRIMONIO

La iniciativa del gobierno de cambiar la estructura del matrimonio ha provocado una notable polémica en España. Nos corresponde analizar las consecuencias jurídicas y los argumentos jurídicos que se han producido acerca de este debate. Especialmente en lo que afecta a la modificación de hecho de la adopción. Para ello nos guiaremos por tres pronunciamientos jurídicos críticos con la reforma pretendida, el preceptivo del Consejo de Estado, el

que ha realizado El Consejo General del Poder Judicial en lo que ha interpretado sus obligaciones constitucionales y el que ha realizado la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación en cumplimiento de sus obligaciones de pronunciarse sobre cuestiones jurídicas fundamentales, a estas se ha unido una declaración de la Real Academia de la Lengua Española.

Es muy relevante que este cambio se ha producido con el disenso de importantes grupos de la oposición, con la crítica de los principales órganos asesores del Estado en esta cuestión, por la aprobación mayoritaria del Congreso tras el rechazo en el Senado de los aspectos más polémicos. Es difícil sostener que la reforma trascendental, que nos aleja del Derecho comparado en esta institución y que ha provocado la necesidad de interpretación de los puntos esenciales del derecho internacional privado, surge del consenso necesario que debe acompañar a la legislación civil en sus instituciones más básicas. El cambio, en sus puntos más discutidos, aparece más bien como una decisión gubernamental no exenta de polémica en el seno del partido mayoritario y, lo que es relevante, ha producido un notable debate de conciencia.

Desde este punto de vista, el rechazo a la cláusula de conciencia para los funcionarios públicos introducida por el Senado muestra una especial insensibilidad por parte de la Mayoría del Congreso hacia las cuestiones implicadas en la decisión.

Las razones gubernamentales están expresadas en la exposición de motivos de la ley y en las argumentaciones a favor de la reforma frente a la resistencia social que se ha producido.

Estas argumentaciones se basan en la interpretación del art. 14 de la CE en lo que se refiere a la igualdad y en la pretensión de eliminar toda discriminación jurídica en razón de la orientación sexual. Dentro de la argumentación jurídica ha tenido repercusión igualmente la declaración por la que el Presidente del Gobierno se remitía a la supuesta negación del amor que cometerían quienes se opusiesen a la equiparación entre parejas del mismo sexo con el matrimonio. Finalmente, dentro del proyecto de transformación cultural en el que estamos inmersos, se ha indicado que dentro de treinta años la reforma será vista en el conjunto de Europa Occidental

como un paso decisivo y que abre nuevos caminos a la igualdad. La experiencia histórica, sin embargo, disuade de hacer previsiones a tan largo plazo.

II. DERECHO Y SEXO

La revolución sexual, que se sitúa convencionalmente en torno al mayo del 68, ha propiciado la centralidad de la liberación sexual en la cultura contemporánea. Hasta el punto de que nuestra civilización ha hecho de este proceso un elemento fundamental de su auto definición. En este proceso, la liberación homosexual coincide en dos elementos. En primer lugar se ha considerado una piedra de toque de "modernidad" en lo que se refiere a las relaciones sexuales. En segundo lugar, y desde su expansión en Estados Unidos, ha tomado todos los caracteres del proceso de lucha por los derechos civiles de las minorías, a pesar de que la jurisprudencia norteamericana se ha negado con persistencia a reconocer el carácter de minoría en sentido jurídico de las personas que afirman tener una orientación homosexual.

En otra sede explicamos la escasa relevancia jurídica de las relaciones sexuales. Con Woody ALLEN en su película "la última noche de Boris Grushenco" recordábamos que hay gente homosexual, heterosexual y gente que no se ocupa para nada del sexo y se hacen abogados. Este sarcasmo recuerda que el derecho es poco apto para regular las relaciones afectivas. No se ocupa a penas de los noviazgos, para nada de la amistad, no le interesan las relaciones sexuales esporádicas, salvo en alguna de sus consecuencias y, desde luego, no entra en las relaciones afectivas que superen la bilateralidad. Es más incluso cuando se ocupa de la relación matrimonial no trata el afecto, apenas las relaciones sexuales, tampoco el afecto paterno filial o materno filial. Se centra en deberes, atribución de bienes y sobre todo de patologías de la relación donde no se trata el afecto, sino condiciones efectivas, externamente constatables.

Por otra parte, esto no es un defecto del derecho, es más una intromisión sistemática del derecho en los aspectos afectivos sería

considerada una insoportable tiranía. Se pueden regular efectos jurídicos pero no aspectos propios del amor o si se prefiere del sexo.

La reivindicación de grupos activos homosexuales, que debería distinguirse de las pretensiones, sin más, que tiene de hecho una persona de esa orientación, produce dos consecuencias paradójicas respecto al movimiento de liberación sexual en el que se encuentra inscrito.

La primera es que el movimiento de liberación sexual tiene entre sus elementos definidores la desautorización del matrimonio denominado burgués. El ataque al mismo como ámbito propio y semiexclusivo de la relación sexual fue una de las principales banderas del movimiento. En cierta forma, el denominado amor sin papeles, era el colmo de la liberación. Es irónico que, por paradojas de la vida, en este momento se considere el matrimonio homosexual como el cúlmen de la liberación sexual.

Por otra parte, desde la perspectiva de la Antigüedad clásica, la supuesta superioridad del amor homosexual, asimilado con mayor o menor razón al amor platónico, residía precisamente en su desvinculación de consecuencias familiares, estructura jurídica y deberes paterno filiales. Parece que en aras de la denominada homologación, se renuncia a esta seña de identidad, sin dar razón suficiente ni ante si mismo ni ante la sociedad de esta renuncia.

Es importante observar, hasta que punto, esta reducción del matrimonio a la relación sexual tiene efectos que no son reducibles a la relación homosexual sino que tiene trascendencia en todo tipo de relaciones. Si el matrimonio es meramente una fórmula homologadora de relaciones sexuales, que despliega sus consecuencias jurídicas sólo en razón de esas relaciones, podría pensarse que a instancia de una parte la relación podría desplegar sus consecuencias jurídicas por si misma, un disparate desde la perspectiva de la denominada liberación sexual pero también desde la jurídica.

Como indica, a este respecto, el Consejo General del Poder Judicial:

«Por lo tanto, la sexualidad es una cuestión privada ligada a la intimidad de cada persona, y lo que tiene de relevancia social

lo asume el ordenamiento jurídico sobre la base de lo objetivo, de lo constatable. La diferencia de sexos, como hecho jurídico, lo es; la tendencia sexual no lo es, de ahí lo desaconsejable de que el orden jurídico matrimonial pivote en la tendencia sexual de los ciudadanos, algo sólo subjetivamente determinable».

III. LA REALIDAD UNIVERSAL DEL MATRIMONIO

Tanto la Declaración Universal de los Derechos Humanos como las Constituciones de Postguerra incluyen artículos protectores del matrimonio y la familia. La interpretación de esta inclusión debe relacionarse con dos experiencias dependientes del desarrollo del Estado Totalitario. Una es la arbitraria prohibición del matrimonio a hombres y mujeres, tanto desde la perspectiva de la exclusión racial, los denominados matrimonios mixtos entre personas de distinta raza, como la exclusión social, con la prohibición de matrimonios a los elementos antisociales o privados de derechos civiles. Es más, los excesos eugenistas, que habían proliferado en el mundo de entreguerras, imponían severos límites al derecho a contraer matrimonio, entre hombres y mujeres, que es lo protegido en las declaraciones y constituciones citadas. La excusa era generalmente sanitaria y se traducía no sólo en la limitación del derecho a contraer matrimonio sino, como hemos tratado en otra sede, en el proceso de esterilizaciones común a países totalitarios y de estructura política democrática. Finalmente, no debe rechazarse la insistencia en el libre consentimiento en el matrimonio, frente a las prácticas extendidísimas de matrimonios acordados, ventas simuladas y matrimonios forzados.

Por otra parte, la protección de la familia debe entenderse a la luz de la experiencia de los movimientos totalitarios. En sus posturas más extremas la subordinación al Estado, al Partido o al Pueblo suponía un severo ataque a la realidad familiar, al derecho a educar a los hijos, incluso a la vida familiar autónoma, en el sistema de comunas, organizaciones juveniles y movilización total que favoreció el Totalitarismo. La principal oposición a estas tendencias vino por

parte del pensamiento social cristiano de enorme influencia en las constituciones de postguerra. Era su exigencia, junto a la libertad de educación, para el apoyo a las constituciones, lo mismo que la economía social era la exigencia de los grupos socialdemócratas. Este proceso se repite con claridad en la elaboración de la Constitución Española de 1978, lo que hay que tener muy presente cuando ambos principios –el de protección al matrimonio y la familia, y el de libertad de educación– se ven agredidos por la mayoría gubernamental.

Es preciso recordar, en este sentido, que una característica muy definidora del Totalitarismo fue la utilización de los hijos contra los padres, en el ejemplo más extremo de la Camboya de los Khmer rojos. Igualmente, el totalitarismo soviético construyó sus héroes revolucionarios e incluso sus mártires sobre la base de la denuncia a los padres y familiares por los hijos por conductas contrarrevolucionarias. La lealtad patriótica o revolucionaria se antepone en una persistente propaganda a las lealtades familiares.

En el tratamiento del matrimonio, debemos partir de una obviedad, recogida, por cierto, sólo en el informe del Consejo General del Poder Judicial. El matrimonio es una institución jurídica anterior al Estado. Esto puede parecer provocador desde la reducción del Derecho al Estado, tan común en nuestra época, pero parte de una evidencia histórica difícilmente discutible. Como indica el Consejo General del Poder Judicial:

«Desde esta perspectiva y enlazando con lo ya dicho sobre la trascendencia y consecuencias del anteproyecto, el matrimonio –como la familia– es una institución anterior a la Constitución, anterior al Estado y a las formas jurídicas que crea y regula, por lo que el Estado desde su capacidad normativa no puede adulterarlo. Estamos ante un instituto central en la vida social y en la relación humana; instituto basado en realidades antropológicas obvias y variadas pero que en lo que ahora interesa se basa en la diferencia de sexos, su complementariedad, en la avocación del ser humano a la vida en común, al desarrollo de la descendencia, en aglutinar ese núcleo de convivencia básico que es la familia, etc. Lo dicho no responde a una opción ideológica, sino a la simple constatación de una

realidad antropológica; abundar sobre tal extremo se reputa innecesario, repetimos, por su obviedad».

Otra evidencia en la que se ha entrado sólo tangencialmente, pues parece políticamente correcto sostener de facto un radical positivismo jurídico, pero no incluir argumentaciones iusnaturalistas, aunque hayan sido claramente recogidas incluso por el Derecho Constitucional, es que el matrimonio es una institución universal, con características comunes que permiten identificarlo a lo largo del tiempo y en diversas culturas.

Como recoge igualmente el informe del Consejo General del Poder Judicial, citando a Carl Schmitt el derecho acoge garantías de las instituciones "que aseguran la permanencia de sectores institucionales de la vida regulados por el Derecho privado, como la propiedad, la libertad contractual, la sucesión hereditaria, las asociaciones y fundaciones, etc. Y, en concreto, el matrimonio.

Se trata de figuras jurídicas de contorno y contenido fijo, consolidados y, por tanto, de desaconsejable variación. Son ámbitos en los que el legislador debe respetar, en palabras de Karl LARENZ, "la naturaleza de la cosa", idea que aplica tanto a la jurisprudencia creativa como al legislador al decir –siguiendo a STOLL– que:

«si el legislador pasa por alto o desprecia la naturaleza de las cosas, y cree poder configurar el mundo según sus deseos, pronto tendrá que experimentar la verdad de la máxima horaciana: *naturam expellas furca tamen usque recurret*», de ahí lo desaconsejable de forzar la norma contra la imagen maestra de las instituciones: su naturaleza no desaparece por mucho que sea el empeño en hacerla cambiar.

Este hecho no obsta para que existan diversas tradiciones de matrimonio. Entre ellas cabe destacar el matrimonio occidental, caracterizado en sus rasgos definidores, aunque se pueda encontrar formas degeneradas respecto a este telos o fin propio, por la monogamia, la estabilidad y la forma jurídica externa que garantiza esencialmente la voluntariedad de los contrayentes, dato este muy relevante que muchas veces no se tiene en cuenta. La sociedad

occidental es más dependiente de esta forma de organización social que esta lo es de las formas políticas concretas que se suceden a lo largo de la historia.

Aún así, el matrimonio tiene rasgos universales definidores que permiten su identificación y, entre ellos, destaca la obviedad de la heterosexualidad.

De forma un tanto despectiva se ha tendido a denominar la heterosexualidad como un rasgo "tradicional" del matrimonio, dentro de un contexto en el que tradición se identifica con rasgo histórico, atávico, superable por la legislación. No entiende esto el Consejo General del Poder Judicial al afirmar que:

«Ahora bien, tal realidad jurídica puede entenderse de otra forma. Si el dato de la heterosexualidad se ha dado como evidente, obvio, consustancial es algo que, guste o no, debe tener una razón, un alcance y significado. Esta idea de consustancialidad es importante pues puede inducirse a error si al respecto se habla de la heterosexualidad como elemento "tradicionalmente" predicado del matrimonio. Esa llamada a lo tradicional implica invocar un elemento de connotaciones históricas o temporales, luego accidental, es decir, susceptible de cambio por no ser sustancial. Por el contrario, hay que insistir que a lo largo del tiempo habrán cambiado las formas de matrimonio, los requisitos para contraerlo; habrá diferencias en cuanto a su naturaleza, se habrán diseñado figuras jurídicas basadas en la aproximación analógica al matrimonio (uniones de hecho), etc. Pero lo que siempre permanece es su carácter heterosexual, de ahí que una reforma que afecte a este núcleo identificador conllevaría el riesgo de modificar una institución jurídica hasta el extremo de hacerla perder su reconocibilidad en Derecho».

Es indudable, en consecuencia, la gravedad de la reforma que se plantea que no tiene como efecto sólo el reconocimiento de una serie de derechos subjetivos sino que transforma totalmente la institución básica del matrimonio. Como explica el Consejo de Estado:

«La apertura de la institución matrimonial del mismo sexo no supone una simple ampliación de la base subjetiva del matri-

monio, reconociendo a las parejas del mismo sexo un derecho que no tienen constitucionalmente garantizado; determina una alteración de la institución matrimonial, que obliga a plantearse si con esa regulación— por vía legislativa se está afectando el derecho reconocido en el art. 32 más allá de lo constitucionalmente admisible».

La importancia de la reforma es tal que el Consejo General del Poder Judicial afirma que es la más importante que ha acometido la regulación del matrimonio en nuestro Derecho. "El texto informado representa, probablemente, la reforma de mayor calado que se haya hecho del régimen legal del matrimonio en la historia de nuestro Derecho".

Los datos destacados plantean una cuestión radical que no ha sido planteada con claridad en los informes que citamos. Este es si el Estado tiene la facultad de modificar el matrimonio hasta deshacer sus rasgos definidores independientemente de su propia estructura jurídica o de sus principios constitucionales. La respuesta desde nuestra posición es claramente negativa. Esto convierte la norma en gravemente ilegítima y obliga al ciudadano a plantearse las alternativas clásicas respecto a la ley injusta, que empiezan evidentemente por la denuncia y la no cooperación.

No es irrelevante en este contexto que las opciones religiosas presentes en la sociedad, y que deben contribuir al consenso entrecruzado, sin imponer sus conclusiones pero sin ser excluidas del mismo consideren a la norma como gravemente injusta y resistible por los medios legítimos previstos en la democracia pluralista.

IV. APROXIMACIÓN ANTROPOLÓGICA

La observación de la realidad universal del matrimonio requiere una primera aproximación antropológica a la propia realidad sexual. Esta se expresa como una tendencia dinámica o un impulso de nuestro interior. Se siente como un impulso de amor hacia otras personas. Igualmente es percibida como una inclinación car-

gada de significado existencial pues se dirige hacia la existencia de toda la especie humana, mediante la procreación de nuevos seres.

El acto de autodeterminación por el que se constituye la pareja origen de la familia supone una nueva identidad por el que el hombre se convierte en marido de la mujer y esta en esposa, constituyéndose ambos en cónyuges (MAY et al, 1992).

En atención al bien de la vida, y al interés de los hijos, surge la familia estable, basada en el matrimonio. En sentido clásico surge así la comunicación intersexual y de ella el deber de los padres de alimentar a los hijos y de educarlos.

Por ello aparece el matrimonio, previo al encuentro entre los esposos, para garantizar la legitimidad de los hijos, para asegurar su mantenimiento, el lugar donde encontrarse. De ahí la regulación de los bienes aportados al matrimonio que garanticen el mantenimiento de la mujer en las épocas en que estaba excluida del circuito productivo general, sólo por cierto en algunas clases sociales, y que en las actuales circunstancias ayuden a cubrir el indudable sacrificio que constituye la crianza de los hijos. Y así, atendiendo a la experiencia histórica y a la situación social de la mujer en la época, junto a la necesidad de hacer ver la inconveniencia de la práctica gentil del repudio, Tomás DE AQUINO presenta la superior justicia del matrimonio sin repudio (VALLET, 1980).

Es muy importante destacar que el encuentro donde surgen el matrimonio y la familia se realiza entre personas, lo que incide decisivamente en la propia realidad contemplada. Como hemos visto el instrumento conceptual que permite esta valoración correcta de lo que es el hombre, esto es: la persona humana, ha sido elaborado en el seno de una determinada tradición, que es la misma que ha producido, simultáneamente el concepto de familia al que nos referimos y que, a su vez, define cual es la naturaleza de la familia.

Es por ello que el filósofo italiano Sergio COTTA caracteriza la unión homosexual como un ejemplo de no familia que se aleja radicalmente de los elementos que describía el propio LEVI STRAUSS como definidores de este "grupo social", su origen en el matrimonio, compuesta por marido, mujer e hijos nacidos de su

unión, con unos miembros unidos entre ellos por una serie interactiva de vínculos religiosos, legales, económicos, psicológicos que comportan una red de derechos y deberes, en particular derechos y deberes sociales, que dependiendo de la época o el caso mantienen un conjunto de sentimientos "típicos", desde el amor, al respeto o incluso el temor (COTTA, 1994).

Desde la óptica abordada, coincidimos con el informe de la Academia que mantiene una actitud crítica hacia la evolución de la doctrina del Tribunal Constitucional que pretende que el Derecho o la Constitución mantienen una actitud neutral hacia los modelos de familia observables sociológicamente.

V. DEFINICIÓN JURÍDICA DEL MATRIMONIO

Si atendemos a la definición jurídica del matrimonio observaremos que la regulación del mismo, tanto en nuestro derecho como en el comparado, no se centra fundamentalmente en las relaciones sexuales que son esenciales, pero sólo en una determinada forma.

Atiende fundamentalmente a la celebración y sus requisitos, sus formas de disolución en determinadas circunstancias y los elementos patrimoniales. En estos destaca la constitución de una comunidad de vida que no se limita a los cónyuges sino que incluye de forma esencial a la descendencia. Esto es así pues el matrimonio tiene como elemento fundamental la constitución de la comunidad de vida para acoger la descendencia. Y a ello dedica el derecho matrimonial la mayor parte de sus esfuerzos. Esta realidad, se explica detalladamente en el informe de la Real Academia de Jurisprudencia.

«La función social del matrimonio consiste en ser el momento fundacional de una familia entendida como progenie. Es verdad que el ordenamiento reconoce variantes matrimoniales sin fundación de familia, o lo que es lo mismo sin la progenie. Ocurre así en los matrimonios de personas de edad avanzada o

en los casos de esterilidad por regla general. Más las excepciones confirman la regla general».

En la misma línea se pronunciaba el Consejo General del Poder Judicial que al referirse a la eliminación del rasgo de la heterosexualidad indicaba:

"Para posibilitar tal medida no queda más remedio que eliminar de la institución matrimonial un signo identificador hasta ahora indubitado y jurídicamente incuestionado tanto por el legislador como por la opinión prácticamente unánime de la doctrina más acreditada, esto es, que el matrimonio es una unión heterosexual, característica ésta basada en la idea de complementariedad de sexos y en el matrimonio como base ordinaria para la constitución de una familia. Desde este punto de vista, la heterosexualidad es un elemento constitutivo esencial del propio concepto de matrimonio: el matrimonio o es heterosexual o no es».

Es más, en la línea de lo avanzábamos antes, el informe del Consejo General del Poder Judicial niega que la función jurídica del matrimonio sea dar cauce a la afectividad de las personas.

«Desde el punto de vista jurídico no puede decirse que el matrimonio sea un instrumento para dar cauce a la afectividad de las personas. Es un error que han cometido algunas de nuestras más recientes leyes al utilizar la idea de "semejantes vínculos análogos de afectividad" o cosas parecidas. Sin negar que eso pueda ocurrir o que eso ocurra, lo que se garantiza con el matrimonio es un compromiso de vida común y que es independiente de las relaciones de afectividad, porque éstas pertenecen al terreno de la intimidad. Prueba palmaria de ello es que en el Código civil se habla de consentimiento matrimonial para designar esa especial voluntad o compromiso».

Por ello de las definiciones de matrimonio que ha desarrollado la civilística nos inclinamos por la de ALBADALEJO "la unión de un hombre y una mujer que se encamina a una plena comuni-

dad de vida y funda la familia". Igualmente DÍEZ PICAZO afirma que la procreación y el matrimonio "nos colocan en el buen camino de encontrar el sustrato de la idea de familia. Fuera de ello, cualquier otro tipo de uniones que las personas puedan establecer de carácter eminentemente asociativo y sin procreación, no pertenecen al derecho de familia".

En la misma línea se había manifestado el Pontificio Consejo para la Familia al considerar la Resolución del Parlamento Europeo de 16/3/2000 sobre la equiparación entre familia y uniones de hecho, incluso homosexuales.

Según el Consejo:

«Esta Resolución representa un grave y reiterado atentado contra la familia fundada en el matrimonio, como unión de amor y de vida entre un hombre y una mujer, de la cual naturalmente nace la vida. En tal unión matrimonial, como bien necesario que es, está sólidamente basada toda la sociedad. Negar esta fundamental y elemental verdad antropológica llevaría a la destrucción del tejido social. Asimilar tales uniones de hecho, y más aún las homosexuales, a las uniones propiamente matrimoniales e invitar a que los Parlamentos legislen en este sentido, ¿no constituye un desconocimiento de la profunda aspiración de los pueblos en su más honda identidad?».

VI. LA IMAGEN MAESTRA

La cuestión planteada remite a otra, que aparece igualmente en los tres informes que comentábamos, y se refiere al respeto por el legislador de la imagen maestra de una institución. El asunto es muy relevante pues plantea cuestiones de dos tipos. La primera, si en el derecho hay elementos que superan la pura definición voluntarista, es decir, si se puede, en sentido estricto, con referencias sociológicas o de otro tipo que la compraventa no sea tal, que la sucesión no incluya bienes, o en nuestro caso que el matrimonio sea una nueva forma de convivencia más o menos relacionada con el matrimonio anterior. La segunda cuestión afecta de forma decisiva

a la propia vigencia de los derechos constitucionales. Si el propio lenguaje o la línea maestra de la institución salvaguardada son absolutamente modificables por el legislador, entonces no existe nada protegido por la constitución reducida a un flatus vocis inútil. Si por ejemplo, nación o soberanía no significan lo que al menos en el lenguaje jurídico del momento de la elaboración significaban, entonces la Constitución no se fundamenta en nada, que es por cierto lo que se esta intentando, en otro orden de cosas, por quienes proceden a la destrucción del matrimonio.

El problema es más severo en cuanto la Constitución no agota la realidad, ni siquiera la realidad jurídica o política. Le ocurre, si se quiere, lo que al mapa de Borges. Si quisiese reproducir con absoluta fidelidad la realidad tendría que reproducir totalmente el país supuesto, hacerlo completamente de nuevo. Por ello, si la Constitución protege la propiedad privada no define en todos sus extremos la misma pues ello obligaría a reconstruir el código civil y leyes especiales en cada artículo. Lo mismo sucede con los miles de conceptos que se aglutinan en la misma. Evidentemente, esto tampoco pues suponer la inamovilidad de cualquier elemento relacionado con la institución, como si la aprobación paraliza-se la realidad en una fotografía sempiterna, pero si significa que el legislador no tiene en sus manos la modificación de los elementos definidores de la institución de una forma que haría de la protección constitucional una fórmula inútil. Esto acontece en lo que se refiere al carácter heterosexual del matrimonio.

Piénsese si no que sería la relación entre legislativo, tribunal constitucional y constitución. Si se abandonan los elementos definidores que hemos prescrito, a un puro voluntarismo, el legislativo puede modificar la constitución de facto en cada momento. Para algunos, entre los que me encuentro, no tiene mucho más sentido llamar matrimonio a la unión de personas del mismo sexo que llamar mayoría a la mitad menos uno, o dos tercios a un cuarto, ¿puede el legislador modificando estos parámetros cambiar las mayorías exigibles en las cámaras?

Esto es lo que recogía el propio Consejo General del Poder judicial al decir que:

«"Además admitir que el legislador puede hacer tales cambios en el contenido de los derechos supone, en realidad, admitir que el legislador adopte decisiones propias del poder constituyente, lo que es ir mucho más allá de la adaptación de la Constitución a la realidad social. Admitir que lo haga el legislador, es desnaturalizar la propia idea de Constitución como norma que recoge los contenidos indisponibles para las mayorías parlamentarias ordinarias"; Es más si falta el referente objetivo al que nos referimos, ¿Realmente que es lo que hacen los tribunales constitucionales? En su relación con la norma no tienen una condición superior que el propio legislativo. Por decirlo en la forma que ha desarrollado parte de la propia crítica norteamericana, los tribunales se aprovecharían de la superstición superada de la interpretación conforme a la letra y al espíritu de la constitución, supuestamente "objetiva" a juzgar según la propia superstición, para imponer luego una posición completamente subjetivista, incluso sobre la voluntad del legislador. Sería algo muy similar a lo que hacían antiguamente oráculos como el de Delfos. Con el mismo informe del Consejo General "admitir que lo haga (el cambio de contenido institucional) un Tribunal constitucional supone hurtar el debate político y, en última instancia, la decisión que corresponde al propio poder constituyente" Concluyendo en una consecuencia muy obvia pero que se ha evitado en nuestro debate: "Por lo tanto, si se considera que la medida corresponde a un deseo de los ciudadanos, que se proceda al procedimiento de reforma de la Constitución"».

En este sentido, parece claro que, si bien la Constitución del 78 no define lo que es el matrimonio, si acoge una imagen maestra de la institución, a la que, en consecuencia, otorga una garantía de la institución. Como dice el Consejo General del Poder Judicial:

«La constitución no define qué es el matrimonio, pero eso no implica la inexistencia de un concepto jurídico y en todo caso, está claro que no se trata de un concepto libremente disponible por el legislador».

Según la Academia de Jurisprudencia esta garantía institucional supone "la inconstitucionalidad de las eventuales normas que

tuvieran por objeto suprimir la susodicha institución, la de aquellas que la vacíen de contenido, así como la de aquellas otras que, con la creación de figuras paralelas, lleguen a resultados similares".

De esta forma, y siempre en relación con el art. 32, afirmaba el Consejo General que:

«La ley puede fijar las formas de matrimonio, los derechos de los cónyuges, las causas de separación y hasta la edad, pero no puede alterar el concepto mismo de matrimonio. Y llamar matrimonio a la unión de personas del mismo sexo es un cambio radical, como lo sería llamar matrimonio a la unión de más de dos personas, o la unión sometida a un plazo de un año, tras el cual se produjera la disolución automática, etc. Definir el matrimonio es afectar al apartado 1 del art. 32 y la ley sólo está habilitada para actuar en los ámbitos enunciados (además de forma expresa) en el apartado 2».

Y todo ello porque según el CGPJ:

«El matrimonio es un instituto normativamente garantizado por lo que debe ser reconocible en Derecho; esto obedece a que toda regulación que se haga de un instituto jurídico preexistente debe gozar de esa reconocibilidad en la conciencia social».

Igualmente el Consejo de Estado se remite a la garantía institucional al afirmar que:

«La garantía institucional impide alterar la institución matrimonial más allá de lo que su propia naturaleza tolera; no excluye que el legislador pueda adecuar la instituciones garantizadas al espíritu de los tiempos, pero le impide hacerlo en términos que las hagan irreconocibles por la conciencia social de cada tiempo y lugar».

Igualmente, la transformación es tan fundamental que aunque se considerase que es posible en derecho sería recomendable un amplio acuerdo para acometerla. De nuevo con el Consejo de Estado:

«Las exigencias de reconocibilidad por la conciencia social de cada tiempo y lugar, unida a la necesaria estabilidad de

la materia abordada y a exigencias de seguridad jurídica, imponen que las innovaciones que el legislador introduzca en esta materia estén respaldadas por un amplio consenso político y social, y dotadas de especial certeza».

VII. LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DEL MATRIMONIO

A diferencia de las constituciones puramente liberales, centradas en la garantía de la libertad política y en la articulación y limitación del poder, las constituciones que surgieron tras la experiencia totalitaria recogen una pluralidad de derechos y garantías que tienen su base en la observación de la posible utilización del poder del Estado en contra de los elementos fundamentales de la vida libre de las personas, y no sólo del ciudadano.

Al mismo tiempo, la nueva forma de regulación supone la superación de la concepción protoliberal de las libertades, exigiendo al Estado la intervención en la protección de derechos amenazados por las situaciones de desigualdad que se dan en la sociedad. Así la posición constitucional respecto al matrimonio y la familia exige, en primer lugar, una acción positiva del Estado de fomento de las condiciones que hacen posible el desarrollo de los fines de ambas instituciones. Por supuesto, esto es derivado de un deber estricto, por parte de la acción del legislador, del ejecutivo y del judicial de respeto al matrimonio, lo que a nuestro parecer se ha visto comprometido por las últimas novedades legislativas.

El art. 32.1 de la Constitución recoge el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio. No recoge una supuesta exigencia para garantizar la heterosexualidad, lo que es indudablemente una redundancia, a juicio de los informes que venimos comentando.

Con el más breve y concluyente que es el elaborado por la Real Academia de Jurisprudencia "Lo dicho hasta aquí se funda en la idea de que el art. 32 hay que leerlo más allá de su letra estricta. El art. 32 habla de un "derecho a contraer matrimonio", que en alguna ocasión se ha llamado *ius connubi*. Sin embargo, es claro que no se puede hablar de *ius connubi* como un derecho fundamental

o como un derecho constitucional si no existe previamente la institución a la cual se presta, libremente, la adhesión. Piénsese que, entendiéndolo como derecho de libertad, el precepto no estaría definiendo otra cosa que la capacidad de obrar referida al fenómeno concreto y que, en este sentido, el precepto resultaría notoriamente insuficiente".

Esto es así en cuanto la constitución acoge un lenguaje jurídico ya consolidado que la hace inteligible. En este sentido la denominada imagen maestra de la institución tiene una función constitucional capital. Negarlo sería reducir las garantías constitucionales a la pura arbitrariedad.

Como dice la Academia:

«Por otra parte, se observará también que el precepto, que coloca como sujetos del derecho al hombre y la mujer "entre sí", aunque no lo diga expresamente, está haciendo referencia a una institución que era, en el momento de dictarse la Constitución y que continúa siendo hoy, perfectamente conocida. Aunque la Constitución suponga un momento fundacional del ordenamiento jurídico, no opera en el vacío y hace referencia, o puede hacerla, a conjuntos normativos, figuras e instituciones que preexisten a ella. En este sentido, la utilización de las designaciones de los conjuntos normativos, figuras e instituciones es también la que preexistía (propiedad privada, fundación, etc.) Se puede decir así que se recibe en la Constitución un lenguaje legislativo».

Existe una contradicción resaltada en el informe del Consejo de Estado entre la modificación de la imagen maestra de la institución y la incorporación a la protección constitucional de las uniones homosexuales, que como veremos perderá todo sentido concreto si no conserva la imagen maestra:

«Desde el argumento de la garantía institucional, debe notarse el contrasentido que subyace al argumento de que para fortalecer la protección de los homosexuales deban ser incorporados a la garantía constitucional del art. 32. Si el contenido

de esa garantía queda en manos del legislador, la Constitución no ofrece garantía alguna; si, por el contrario, hay protección constitucional, el legislador tiene límites y no puede, por tanto, disponer libremente de la institución garantizada por la Norma Fundamental».

VIII. LA INTERPRETACIÓN DEL ART. 32 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

El art. 10.2 de la Constitución española recoge que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que en ella se reconocen se hará "de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España."

Esto sitúa en primer lugar de la interpretación del art. 32 al primer texto antitotalitario de postguerra la Declaración Universal de Derechos humanos de 10 de diciembre de 1948. En su art. 16.1 reconoce que "Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio". Aparte de las dificultades que aún hoy encuentra la aplicación del artículo en los que se refiere a la igualdad de la mujer, piénsese en la extensión en los países islámicos de la poligamia, estructuralmente opuesta a la igualdad, o del repudio, institución reprobable, el tenor literal del artículo lleva a decir a la Academia "Por esas razones entendemos que la extensión del matrimonio a las parejas homosexuales sería inconstitucional".

Es muy relevante que lejos de referirse a un derecho de las personas o de los ciudadanos, el art. 32 de CE, tal como el art. 16 de la Declaración Universal se refieren al hombre y la mujer. Esta referencia al componente sexual aparece en buena parte de los acuerdos y tratados suscritos por España. De nuevo con el Consejo:

«Esta llamada a lo obvio es algo que está presente en los textos internacionales suscritos por España, de los que no se

deduce llamada alguna al matrimonio entre personas del mismo sexo; es más, en las regulaciones que se hacen del matrimonio –como derecho unido a la dignidad de la persona– como derecho unido a la dignidad de la persona –como en nuestro art. 32.1– se alude al componente sexual de forma que esos preceptos son los únicos que aluden expresamente al hombre y a la mujer, lo que deberá significar algo para el intérprete. Ocurre así en la Declaración Universal de los Derechos del hombre de 1948 (art. 16), en el Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (art. 12) o en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966 (art. 23.2)».

Esta referencia al hombre y la mujer contrasta con expresiones como la del art. 19, "los españoles", el art. 23 "los ciudadanos", 24.1 "las personas", el 24 o el 27, "todos", "todos los españoles" (art 29,1) o "los españoles" en el 30.

De aquí deduce el Consejo que la inconstitucionalidad procede de la interpretación lógica y gramatical del texto constitucional: "desde el sentido de sus palabras, en relación con su contexto y los antecedentes históricos, constitucionales y legislativos. La interpretación de una norma según el sentido propio de las palabras resulta aplicable al caso no porque sea de rango superior a la Constitución sino porque la Constitución es Derecho."

Esta impresión se refuerza si atendemos a los preceptos que fuera del art. 32 se refieren al matrimonio en la Constitución Española del 78. Estos son el 39 donde según el Consejo cabe deducir que está pensando como ámbito general en la familia basada en la unión heterosexual.

«No se entendería de otra forma que dicho precepto se refiera la protección también a las madres así como a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, algo imposible en una unión homosexual».

Por tocar a la Corona el art. 58 es especialmente sensible, por ello, y para evitar equívocos, reproducimos literalmente el texto del Consejo:

«Y en cuanto al art. 58 –ubicado en el Título II, de la Corona– en cuanto señala que “la Reina consorte o el consorte de la Reina no podrán asumir funciones constitucionales, salvo lo dispuesto para la Regencia”. Es manifiesto que la Constitución vuelve a pensar en una unión heterosexual y cabe sostener que del mismo modo que una hipótesis contraria referida a la Familia Real sería tan inasumible como la generalización al resto de las familias, ex art. 32,1, del matrimonio entre personas del mismo sexo».

IX. LA EXCUSA: FIN DE LA DISCRIMINACIÓN

La Exposición de Motivos de la reforma del código civil que elimina la condición heterosexual del matrimonio en España, alude a la superación de todo tipo de discriminación hacia las personas de tendencia homosexual como justificación de la reforma.

Como indica la Exposición de Motivos:

«La Historia evidencia una larga trayectoria de discriminación basada en la orientación sexual, discriminación que el legislador ha decidido remover. El establecimiento de un marco de realización personal que permita que aquellos que libremente adoptan una opción sexual y afectiva por personas de su mismo sexo puedan desarrollar su personalidad y su derechos en condiciones de igualdad se ha convertido en exigencia de los ciudadanos de nuestro tiempo, una exigencia a la que esta ley trata de dar respuesta».

Añadiendo que:

«Desde esta perspectiva amplia, la regulación del matrimonio que ahora se instaura trata de dar satisfacción a una realidad palpable, cuyos cambios ha asumido la sociedad española con la contribución de los colectivos que han venido defendiendo la plena equiparación en derechos para todos con independencia de su orientación sexual, realidad que requiere un marco que determine los derechos y obligaciones de todos cuantos formalizan sus relaciones de pareja.

En el contexto señalado, la ley permite que el matrimonio sea celebrado entre personas del mismo o distinto sexo, con plenitud e igualdad de derechos y obligaciones cualquiera que sea su composición. En consecuencia, los efectos del matrimonio, que se mantienen en su integridad respetando la configuración objetiva de la institución, serán únicos en todos los ámbitos con independencia del sexo de los contrayentes; entre otros, tanto los referidos a derechos y prestaciones sociales como la posibilidad de ser parte en procedimientos de adopción».

Esto coincide con las pretensiones del Lobby de organizaciones homosexuales en un buen número de países del mundo, pero entra en contradicción con la jurisprudencia internacional, con la del Tribunal Constitucional Español y con los informes de los tres organismos que venimos comentando. Estos son unánimes al considerar que la superación de la discriminación del pasado, que es exigible, no debe implicar la modificación del matrimonio de una forma radical, que es lo que efectivamente realiza la reforma.

Como concluye el Consejo General del Poder Judicial, la regulación de la realidad social de las parejas homosexuales a fin de dotarlas de estabilidad no debe suponer que:

«el legislador no debe adular una institución como el matrimonio. Si estas personas requieren por razones de seguridad jurídica, propia, de terceros o, sin más, de justicia una determinada regulación en Derecho, la opción no puede consistir en desnaturalizar –pérdida de reconocibilidad jurídica– una determinada institución jurídica que presenta unas características bien claras, perfiladas no sólo por el dato de su desarrollo en el tiempo sino por su consustancialidad».

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas tuvo ocasión de manifestarse directamente sobre la cuestión de las diferencias de trato a las parejas homosexuales, entendiendo que esta no podía considerarse discriminación por razón de sexo. Concluyó así en el denominado caso Grant de 18 de febrero de 1998 que una protección en ese sentido sería un claro caso de activismo judicial.

El Tribunal Constitucional español, por su parte, como recuerda el Consejo de Estado recoge en su auto 222/1994 de 11 de julio que "al igual que la convivencia fáctica entre una pareja heterosexual, la unión entre personas del mismo sexo biológico no es una institución jurídicamente regulada, ni existe un derecho constitucional a su establecimiento; todo lo contrario al matrimonio entre hombre y mujer que es un derecho constitucional (art 32.1) que genera ope legis una pluralidad de derechos y deberes (STC 184/1990)" añadiendo que la a Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos determina que la exclusión del matrimonio entre personas del mismo sexo no implica violación del art. 12 del Convenio de Roma, que con el derecho a casarse se refiere al concepto tradicional de matrimonio, es decir, al que se realiza entre dos personas de distinto sexo.

El Consejo de Estado se ha detenido en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán que tiene un artículo inspirador de la Constitución española. En un largo párrafo resume la posición del Tribunal sobre el mantenimiento del carácter heterosexual del matrimonio y la regulación jurídica de las parejas homosexuales y su compatibilidad con la Constitución:

"En el caso del art. 6 de la Ley Fundamental de Bonn, que dispone que el matrimonio y la familia se encuentran bajo la protección especial del orden estatal; al considerarse que la Constitución alemana impide que dos personas del mismo sexo puedan contraer matrimonio (la garantía institucional del matrimonio incluiría la heterosexualidad, aun cuando el citado art. 6 no se refiere expresamente al hombre y la mujer), se introdujo en 2001 la institución de la pareja registrada, limitada a las parejas del mismo sexo, tratando de mantener un equilibrio entre la inspiración en el Derecho matrimonial y el distanciamiento del mismo, para evitar el reproche de que esta Ley lo ponía en peligro. Aunque no suponía un cambio en la institución del matrimonial, se cuestionó su constitucionalidad; sobre ella se pronunció el Tribunal Constitucional Alemán en Sentencia de 17 de julio de 2002, en la que se afirmó la adecuación de la Ley a la Norma Fundamental (una vez examinada la cuestión desde la

triple perspectiva de la libertad para contraer matrimonio, de la garantía institucional y del valor constitucional protegidos por el artículo de la Ley Fundamental de Bonn), afirmando que la protección que ésta brinda al matrimonio no impide al legislador atribuir a las parejas derechos y deberes parecidos o análogos a los que derivan del matrimonio, puesto que la institución del matrimonio no está amenazada por una institución que se dirige a personas que no pueden contraerlo. De la regulación cabe destacar que las parejas registradas no pueden adoptar conjuntamente ni se le reconocen derechos conjuntos respecto a los hijos "comunes" concebidos mediante técnicas de reproducción asistida (aunque se atribuyen algunos poderes de codecisión en caso de que la pareja conviva con los hijos habidos por uno de sus miembros)".

Por eso el Consejo de Estado concluye que:

«la remoción de toda discriminación por razón de la orientación sexual no requiere la inserción del nuevo modelo de pareja en la institución matrimonial; por una parte, porque la limitación del matrimonio a las parejas heterosexuales no suponen un trato discriminatorio ni desde la perspectiva de la Constitución ni desde la de las Declaraciones internacionales de Derechos, como se ha visto; pero, por otra, porque las discriminaciones que se puedan dar en el tejido social no se evitan mediante la configuración legal de un matrimonio que dé cabida a dos realidades diferentes (solución que, incluso, podría dificultar el control de tales discriminaciones)».

La opción propuesta por el Consejo de Estado, evitaría igualmente problemas jurídicos derivados de la atribución en masa de unos efectos pensados para una realidad completamente distinta: con el Consejo:

«Ello favorecería, además, un tratamiento diferenciado de realidades distintas, y una regulación específica de lo que requiera un tratamiento separado. La remisión en bloque —o la integración en bloque que hace el Anteproyecto— a un régimen establecido —sedimentado— para una realidad diferente plantea

problemas por el distinto tratamiento que pueden requerir una y otra institución, y por el hecho de que las normas que hasta ahora ha dictado el legislador estaban orientadas a esa realidad distinta, por lo que su aplicación a la nueva forma de convivencia puede aconsejar modulaciones o previsiones específicas, sin que ello prejuzgue la mayor o menor extensión de los derechos que se reconozcan».

Y ello como indica el Consejo General del Poder judicial:

«cabe sostener que las necesidades jurídicas de esas personas que optan por llevar una vida en común sobre la base una circunstancias subjetiva –su tendencia sexual– no pasa necesariamente por abrirles un instituto –el matrimonio– que tiene unos caracteres propios y genuinos –la heterosexualidad–, sino por indagar la posibilidad de crear una figura jurídica propia que satisfaga esas aspiraciones, pero sin alterar el contenido esencial del matrimonio, figura jurídica que se toma como término no ya de comparación como de solución o inclusión».

X. LA CUESTIÓN POLÍTICA: LA IMPOSICIÓN DE UNA CONCEPCIÓN PARCIAL DE AUTONOMÍA

Es indudable que la discusión sobre la modificación de la institución matrimonial hasta hacerla irrecognoscible en el ordenamiento aflora también algunas cuestiones de filosofía política muy presentes en la sociedad contemporánea.

A juicio de George esta transformación abordaría la cuestión capital de la relación entre moral y derecho. La consideración contemporánea de que el Estado no debe imponer una visión perfeccionista del bien moral ha llevado en primer lugar al debate y abolición de las normas que trataban la sanción de conductas homosexuales entre adultos, luego a la supresión de normas que pudiesen considerarse discriminadoras tanto en lo que afecta a los individuos como a los grupos. Es en este contexto donde se considera que el no acceso de una pareja homosexual a la institución matrimonial es una discriminación.

Podemos observar siguiendo al teórico anglosajón que la cuestión no queda reducida a una opción privada sobre la práctica homosexual, sino que tiene implicaciones que la superan. En efecto, parece que el Estado se ve impelido a emitir una posición moral sobre la misma, toda vez que aborda iniciativas educativas tendentes a mostrar la práctica como normal, es decir, como moralmente aceptable e incluso va más allá. Es muy significativo que en países plenamente inscritos en la denominada sociedad postmoderna, como Canadá o Suecia, se inicien acciones penales sobre quienes manifiesten públicamente la opinión moral de que una determinada práctica, en este caso la homosexual, es inmoral. Los ejemplos de ambos países prueban que la dinámica emprendida en sus casos más extremos lleva al Estado a sostener una posición moral sobre la práctica privada que lleva a la reducción de la libertad de conciencia y la libertad de expresión. Se inaugura una nueva ortodoxia que rompe los esquemas del "modus vivendi" para reconvertir al Estado en este, como otros aspectos, en un agente activo de moralización. Lo más grave es que al actuar sobre la expresión parece que la nueva ortodoxia se blinda contra el posible debate.

La duda surge, entonces, sobre si es posible adoptar una posición sobre el matrimonio que no implique este posicionamiento, es decir, sobre si es posible sin recurrir al perfeccionismo moral de autores como el citado o a la imposición de una nueva moralidad, que rompa la división privado-público propia de nuestras sociedades, argumentar sobre la cuestión del matrimonio de personas del mismo sexo.

En esta línea se inscriben los informes de los órganos asesores citados. Esta argumentación ha sido desarrollada con acierto por Martin Ronheimer. Se trataría de determinar si el contenido jurídico del matrimonio es la protección de la opción sexual con lo que el acceso o no acceso se convierte en parámetro de discriminación, o los bienes jurídicos protegidos por la institución matrimonial son otros, debido a la trascendencia social de la unión intersexual de dos personas abierta a la procreación. No parece, en efecto, que la protección jurídica del modo de conservación de

la propia sociedad o de los bienes específicos del matrimonio monogámico sea un perfeccionismo moral exagerado. Es más las constituciones de postguerra parecen referirse a ello, a juicio de un un sector amplio de la Doctrina, cuando establecen sus artículos protectores del matrimonio y de la familia. Resultaría así que esta opción no sólo es razonable desde la distinción privado-público tradicional en nuestras sociedades liberales sino que además es la constitucionalmente ordenada.

En conclusión, no parecería, como indican los informes que venimos citando, que la reserva de la institución matrimonial a los fines sociales señalados fuera un caso de discriminación sino un medio eficaz de garantizar los bienes públicos en juego.

XI. LA ADOPCIÓN POR PARTE DE PAREJA HOMOSEXUAL

El Derecho español ha desarrollado, sorprendentemente en una época de mayor demanda que oferta de adopción, la adopción por persona sola. En este contexto, si se autoriza el matrimonio entre personas del mismo sexo, parece lógico que se incluya la posibilidad o más bien la obligación de adoptar por ambos cónyuges. Ahora bien, el derecho de adopción como homologación de la pareja homosexual, sea matrimonial en sentido estricto o esa forma peculiar jurídica de la que no se sabe bien por que se denomina "de hecho", supone una involución en el propio instituto de la adopción.

En efecto, en principio, la adopción fue concebida en un modo que se refería fundamentalmente al interés del adoptante, o bien como un método jurídico de cubrir otros objetivos en torno a la herencia o al mantenimiento del nombre familiar. Es más la adopción fue contemplada con una fuerte desconfianza durante todo el proceso codificador en el derecho continental. Ejemplos de este relativo rechazo serían la prohibición de adoptar si existan hijos legítimos, a fin de no perjudicar la condición de los herederos, y las normas sobre diferencia de edad y edad mínima para adoptar que la postergaban hasta una edad claramente madura, por ejemplo, en derecho italiano hasta los cincuenta años. Las diferencias

mínimas de edad que se exigían entre adoptante y adoptado son también buena prueba de la forma en la que los codificadores contemplaban la institución. En este punto, puede observarse una notable desconfianza ante los motivos de la adopción de una persona del otro sexo, por ejemplo.

Se trataba de evitar una intrusión en la familia natural, claramente privilegiada y respecto a la que la adopción se contemplaba como una especie de intromisión. Por supuesto, debemos entender que bajo la denominación de adopción, la *adoptio romana*, se han caracterizado realidades muy dispares.

El origen de buena parte de nuestras legislaciones se encuentra en la *adoptio romana* que en definición de Eduardo VOLTERRA se presenta como el paso de una persona libre aliena *iuru* subiecta a la potestad de otra persona libre. El medio era una triple venta del hijo que producía la supresión del primer vínculo. Seguía la reclamación de la patria potestad por el adoptante a la que no se oponía el anterior. Entre los fines de dicha institución se encontraba destacadamente el intento de evitar la pérdida del nombre familiar y el mantenimiento de los cultos vinculados a la *domus*, a los lares y penates. Era razonable que con la cristianización la institución cayera en cierto desuso.

Por supuesto, no podemos olvidar la práctica política de la adopción como forma sucesoria que se siguió durante el imperio. En el derecho justiniano la adopción aparecerá como un negocio jurídico entre los padres al que da su conformidad el adoptado, suprimiéndose la previa emancipación. Cabe recordar que este proceso se vincula a la modificación de la rigidez de la primitiva patria potestad romana, que incluso en su tiempo sorprendía por su dureza.

En el Derecho intermedio prevalece la *adoptio in hereditatem*. En ausencia de hijos carnales, claramente privilegiados a partir de la preponderancia en la cristianización de la familia natural, se podía crear una prole ficticia.

El Derecho cristiano tendía a proteger a la familia natural mediante la institución de la legítima. Esta práctica, frente a la libre disposición de los bienes, favorece la adopción legal pro herederos frente a otros ordenamientos.

En efecto, el Common Law desconocía la adopción en su tradición legal. Según Carolina BRIDGE el primer territorio de la Commonwealth que reconoció una forma de adopción fue Nueva Zelanda en 1881. De todas formas, a lo largo de la revolución industrial se fueron realizando adopciones no legales por las que familias más pudientes cuidaban niños en condiciones de desamparo. Algunas de estas fórmulas prorrogaban instituciones medievales como el acogimiento de niños como pajes o criados. En las duras condiciones de la revolución industrial estas fórmulas crearon situaciones de abusos, reforzadas por las tendencia a aligerar las cargas estatales en orfanatos enviando a los niños a familias campesinas donde muy habitualmente no recibían un trato medianamente aceptable.

Podemos considerar en este sentido que en este derecho la tendencia hacia la adopción legal puede considerarse un esfuerzo en la búsqueda de la protección de los menores, frente a otras fórmulas claramente discutibles. Esta línea culmina en la *Adoption Act* de 1926.

En el Derecho civil la adopción fue concebida como una forma de imitar la filiación propia. El objetivo fundamental sería lograr herederos de los bienes o del nombre familiar en quien no hubiese podido tenerlos. Este factor es fundamental para entender una serie de disposiciones comunes al derecho comparado tendentes a garantizar la situación de posibles herederos legítimos, presentes o futuros. Así se entiende la disposición de edad que exigía los cincuenta años en el adoptante, o lo cuarenta en diversas condiciones, fundamentalmente que no pudiesen tener hijos. En este sentido, cabe encontrar una clara distinción entre la adopción codificadora y las más contemporáneas. La intención de la primera era proteger los derechos de los hijos legítimos, la de la segunda garantizar la igualdad de trato entre los hijos, protegiendo al adoptado de cualquier discriminación.

El cambio fundamental de orientación se produjo en torno al fenómeno de las guerras mundiales con su tremenda secuela de huérfanos. La guerra civil española levemente anterior a la Segunda Guerra Mundial, también marco esta tendencia en el mismo

Derecho español. El fenómeno del desamparo y el interés por buscar una familia a los menores en esta situación ha modificado decisivamente esta institución. El concepto rey en la adopción y las fórmulas intermedias que se han producido es el del interés del menor. Frente al derecho anterior este concepto empuja en la línea de eliminar toda distinción entre la filiación natural y la adoptiva, a lo que contribuye, en cierta medida, el posterior abandono de la distinción en la filiación entre los denominados hijos legítimos, hoy matrimoniales, y los ilegítimos o naturales.

Ha contribuido a este proceso el creciente poder del Estado y su preocupación por la situación de los menores en entornos familiares conflictivos. Las legislaciones han limitado la clásica patria potestad que pasa a interpretarse en atención a los hijos más que como derecho de los padres. El efecto ha sido una creciente intervención de la autoridad judicial, y lo que es más discutible de las administrativas, declarándose el desamparo de un buen número de menores. A ello debe unirse otro fenómeno, que podría considerarse paradójico, y es la observación de origen psicológico de la inadecuación de las instituciones estatales o sociales, por ejemplo los orfanatos, para cubrir las necesidades del correcto desarrollo de los hijos. La paradoja estriba en que la creciente intervención estatal se produce en un contexto en el que se reconoce que los hijos necesitan un ambiente familiar para su correcto desarrollo. De esta forma, la adopción aparece como la solución fundamental a un problema que se siente con fuerza en la sociedad contemporánea.

Sería ingenuo pensar que estos datos definen completamente la adopción entre nosotros. En efecto, los países desarrollados presentan unas características que explican la nueva preeminencia de la adopción y también, por cierto, el desesperado recurso a la Fivet en un buen número de casos. Podríamos citar las siguientes. El retraso de la edad matrimonial en países como España hasta los treinta años produce que la mujer entre en el matrimonio, donde suele decidir la maternidad, muy avanzada la edad fértil, a esto debe sumarse el uso continuado de métodos anticonceptivos con efecto sobre la fertilidad femenina y el decrecimiento que por causas vinculadas a las formas de vida, y otras de origen desco-

nocido, sufre la fertilidad masculina.

El efecto es un número creciente de parejas con problemas de fertilidad de las que muchas tienden a la adopción. Ante la escasez de niños de edades tempranas, no conflictivos, que puedan adoptarse, en los países desarrollados se produce el nuevo fenómeno de la adopción internacional. Es de destacar que esta opción es gravosa y difícil para los adoptantes y muestra una enorme voluntad de constituir una familia con descendencia. Evidentemente, el hecho de que muchos de los adoptantes tengan otros hijos prueba igualmente una actitud altruista y solidaria que no puede ser obviada.

Según la tradición aristotélica este deseo, correctamente encauzado, es claramente virtuoso. En efecto, la satisfacción en la virtud, criar un hijo, refuerza la bondad del acto. Sin embargo, conviene no olvidar que este deseo no siempre es legítimo en los medios utilizados. Si en la adopción se pueden observar abuso de este tipo; por ejemplo, en algunas formas de la adopción internacional, en la fivet la afirmación del supuesto derecho al hijo ha llevado directamente a abusos contra la dignidad humana.

El deseo del hijo se combina en este caso con el interés de los menores que normalmente en los países en desarrollo se encuentran en una situación de desamparo. Es de destacar que el derecho ha debido realizar tanto en el nivel nacional como internacional un esfuerzo de garantía para evitar los abusos que podrían producirse en estas adopciones. El Derecho de adopción internacional se ha beneficiado de la corriente protectora de los derechos del niño que aparece englobado bajo el concepto de "el interés superior del niño", en la legislación española: el interés del menor.

Así la Declaración del Derechos del niño de 1959 declara que:

«El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispuesto todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a la que atenderá será el interés superior del niño».

En esta línea el Convenio de la Haya relativo a la protección del niño y a la cooperación internacional relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional pretende "establecer garantías para que las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al interés superior del niño y al respeto a los derechos fundamentales que les reconoce el Derecho internacional".

En el ámbito regional europeo es apreciable la misma tendencia que tendrá, evidentemente, efectos en materia de adopción. Junto a los Convenios en el seno del Consejo de Europa podemos detenernos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que en su art. 24 afirma que:

«1. Los menores tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar: Podrán expresar su opinión libremente. Esta será tenida en cuenta en relación con los asuntos que les afecten, en función de su edad y de su madurez. 2 En todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial. 3 Todo menor tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre salvo si son contrarios a sus intereses».

XII. EL INTERÉS DEL MENOR

La adopción más contemporánea está regida por el concepto del interés del menor. Este sustituye a otras consideraciones como el aligeramiento de las cargas estatales en los orfanatos, que en cierta medida inició el proceso, o los intereses de los hijos legítimos en la herencia. Casi me atrevería a afirmar que la pérdida de peso de la propia herencia en los sistemas fuertemente socializados que tenemos en buena parte del mundo contribuye también a la tendencia afirmada.

Se ha dicho que el concepto del interés del menor es un concepto jurídicamente indeterminado. Esto es cierto, pero también lo es

que remite a un conjunto de valoraciones sociales que se plasman en la legislación y en la jurisprudencia. Las condiciones que en general se exigen en la práctica son realmente reveladoras de otro fenómeno contemporáneo. A medida que la crisis del tratamiento jurídico de la familia, más que de la familia en si misma, se agudiza, la descripción ideal refuerza el rol de la familia, en sentido estricto, que es la que aparte de ideologizaciones se exige en las adopciones por entenderse que favorece el interés del menor. Como concepto jurídico indeterminado en el interés superior del menor cabe distinguir tres ámbitos, uno de certeza positiva, o elementos no discutidos, otro de certeza negativa, o situaciones claramente excluidas, y una zona intermedia, de variación o incertidumbre, donde caben opciones varias dentro de los márgenes de apreciación.

En el derecho inglés, la Comisión que preparó la Children Act de 1989, recogió algunos de los criterios que podrían utilizarse en esta determinación. Estos serían: los deseos y sentimientos del niño, considerados a la luz de su edad y discernimiento, sus necesidades físicas, educativas y emocionales, el efecto probable de cualquier cambio de situación, su edad, sexo, ambiente y cualquier otra característica suya que el tribunal considere relevante, algún daño sufrido o riesgo de sufrirlo, capacidad de cada progenitor, o de la persona tomada en consideración para satisfacer las necesidades del menor y finalmente el rango de las facultades a disposición del tribunal.

Esta preeminencia del interés del menor explica igualmente la línea de argumentación en torno a la adopción por parejas homosexuales. Desde la perspectiva del activismo homosexual y de los radicales que lo apoyan, la cuestión se plantea como un problema en torno al denominado derecho al hijo. No se trata evidentemente de realizar actos que puedan producir el hijo, sino de que se les entregue un hijo que en cierta medida sancione la "normalidad" de su amor.

La argumentación opuesta no se ha centrado sobre la naturalidad de la familia en sentido estricto, o sobre los elementos insustituibles del matrimonio como institución sino sobre las necesidades afectivas y psicológicas de los menores y los inconvenientes que plantea para los mismos criarse en un entorno de roles tan especiales como son los que se producen en la pareja homosexual. Es muy signifi-

cativo que en el debate en España se apele continuamente a los psicólogos que constituirían, en este punto, una especie de nueva tecnocracia, dando lugar a lo que MACINTYRE ha denominado el dominio de los terapeutas.

Esto prueba que incluso la referencia científica para la determinación del interés del menor, por ejemplo, a partir de la psicología, debe partir de una opción axiológica.

Para algunos radicales esto llevaría a una arbitrariedad total en la determinación del interés del menor que realmente cede, aunque no nominalmente, ante el interés del espíritu fuerte, presente en la adopción, por ejemplo, por parte de una pareja de personas del mismo sexo. Esta posición se refuerza en la crisis cientifista cuando la objetividad del terapeuta queda en entredicho, de una forma similar a lo que hemos visto que ha sucedido en la moralidad ilustrada y en su concepto de naturalidad.

Por el contrario, para quienes interpretan que la realidad, es decir, la verdad, comunica una estructura axiológica, marcada, por ejemplo, por el concepto de telos, esta determinación del interés del menor es posible en una forma diversa a la que podíamos denominar dominante aunque en crisis.

Es posible determinar el interés del menor en atención al telos del sujeto humano, y en relación con los valores socialmente relevantes. Es posible en relación con los derechos naturales de las familias, con la propia definición de la misma en un sentido propio, con la vigencia del principio de subsidiariedad en el funcionamiento de las instituciones sociales y políticas, con la interpretación de lo que es la educación y así en un largo etc. Por supuesto que esta visión se puede oscurecer en determinados momentos, como ocurre en buena parte de nuestras sociedades en la actualidad.

XIII. LOS INFORMES PSICOLÓGICOS

Es muy significativo, sin embargo, que en el propio debate terapéutico se esta registrando una notable mixtificación. El presidente del Consejo Español de la Familia ha denunciado como la supues-

ta unanimidad de los informes psicológicos que no encuentran inconvenientes para el interés del menor en la adopción por parte de parejas del mismo sexo no existe, y por el contrario hay fuertes evidencias en sentido contrario (BLANCO, 2005).

El Consejo General del Poder Judicial también crítica la opción de permitir la adopción por parejas homosexuales al afirmar que:

«Con lo expuesto quiere decirse que estamos ante un efecto sumamente polémico prueba de lo cual son los numerosos análisis (vg. los ofrecidos por relevantes especialistas como SEGOVIA ARANA, GRISOLÍA, MORA, POLAINO, DELGADO, CASTELLS o de la Asociación Española de Pediatría) que desaconsejan la adopción en el contexto de una unión homosexual desde el punto de vista de la conformación psicológica del menor (por ejemplo, confusión de la identidad sexual). Parece razonable que esta consecuencia –provocada por vía indirecta en el texto informado– sea merecedora de un amplio debate y reflexión, siendo desaconsejable que el legislador por esa vía indirecta lo dé por zanjado máxime cuando penden procesos ante el Tribunal Constitucional».

Por el contrario, los trabajos que avalan el no perjuicio de la formación de los hijos que de diverso origen, adoptados, de fecundación in vitro, de anterior matrimonio o relación heterosexual, se han educado en una pareja homosexual presentan evidentes defectos.

Uno es que el número de niños estudiados es tan pequeño que no es científicamente posible llegar a ninguna consideración que se pueda considerar representativa. Esto ocurre especialmente con el único estudio español, coartada terapéutica de la norma que criticamos, que es el elaborado por el Colegio de Psicólogos de Madrid y la Universidad de Sevilla y que estudia solamente 28 casos (GONZÁLEZ RODRÍGUEZ et al, 2002).

MARTÍNEZ ANCEL señala también que tanto en los estudios americanos como el español los casos estudiados no son una muestra aleatoria y representativa de la población a la que se refiere sino que se estudian parejas presentadas voluntariamente a través de revistas y asociaciones homosexuales.

Igualmente ha sido criticada la selección del grupo de contraste de la población general, para poder comparar los resultados de uno y otro grupo. El grupo de contraste es el de niños que viven con un padre o madre heterosexual y no el de niños que viven con una matrimonio de hombre y mujer. Siendo este segundo el canón que exigen la mayoría de los países de origen de los adoptados, y aquel en el que se produce la doble identificación con la figura paterna y materna, la opción es inadecuada.

Por otra parte, especialmente en el informe español, un número relativamente importante de los niños estudiados son de corta edad, preadolescentes, por lo que es casi imposible valorar de verdad la influencia en su personalidad y orientación sexual de la convivencia con homosexuales.

Finalmente, la mayor parte de estos estudios no hacen un seguimiento en el tiempo de los niños sino que basan sus conclusiones en una entrevista o cuestionario.

Como señala MIRÓ (2005) el informe clave en la argumentación partidaria de estos tipos de adopciones, el de la Asociación Americana de pediatría (2002), incurre en el tipo de defectos que hemos señalado. Parte de la base de que en EEUU existen entre 1 y 9 millones de niños que tienen un padre o madre gay-lésbica. Esta proporción de variación del universo estudiado de 1 a 9 es inadmisibles. Igualmente se ha señalado la diversidad de fuentes y su heterogeneidad, el reducido número de niños estudiados, poco más de trescientos en total, y la nula representatividad de las muestras, que no serían aceptadas por ejemplo para realizar una opinión de voto o una opción de compra.

En relación con estos datos el informe presentado por Aquilino POLAINO, Patricia MARTÍNEZ PERONI y Mónica FONTANA ABAD ante el Senado español durante la tramitación de la ley que analizamos concluye que:

«Pese a lo que muchos investigadores afirman la suma de muchos estudios inválidos o deficientes no permiten sacar conclusiones válidas o suficientes. Sin embargo, después de una revisión extensa de todo tipo de informes relativos a adopción

por parejas homosexuales, observamos que no existe un acuerdo entre los distintos investigadores si bien, puede argumentarse que existe una duda razonable sobre la idoneidad, debido a que tantos aquellos estudios que son contrarios a la adopción como muchos de los que son favorables, indican diferencias en los niños criados por parejas homosexuales. Basándose posiblemente en ciertas ideologías en vez de en las evidencias, ciertos autores tratan de ocultar sus hallazgos o de matizarlos como si las diferencias halladas fuesen "beneficiosas".

Por otro lado, hemos nombrado y explicado multitud de estudios que, sin entrar en la temática homosexual, aconsejan una familia formada por padre y madre para la crianza de los niños, otros muchos nos hablan de la necesidad de estabilidad de la pareja, multitud de datos confirman de manera imparcial la inestabilidad inherente en las parejas del mismo sexo.

Aparte de consideraciones éticas o morales, en las que este documento no pretende entrar, es prudente tener en cuenta otras de carácter pragmático, como la situación en España de la adopción. Según la Secretaria de Estado de Servicios Sociales, familias y Discapacidad, España es el primer país en adopciones de Europa. El 80% de los niños que son adoptados por españoles vienen de otros países puesto que hoy es muy difícil conseguir menores españoles en adopción, por haber mucha demanda de parejas españolas. De los 5541 niños adoptado el 2004 en el extranjero, 2.398 provienen de China, 1618 de Rusia, 349 de Ucrania y 256 de Colombia. Pese a las informaciones del Gobierno, estos países niegan la adopción a parejas del mismo sexo. Nos preguntamos si no se estará corriendo el riesgo de condenar a una infancia de orfanato a más de 5000 niños cada año cuando los países donde se realizan estas adopciones se niegan a otorgarlas por temor a que no se cumpla su ley».

XIV. ARGUMENTACIONES SOBRE LA DISCRIMINACIÓN

El Consejo General del Poder judicial ha insistido en que la norma modificadora no es exigible por el principio de no discriminación

La primera razón es que la filiación adoptiva imita la filiación biológica. En este contexto, no se produce discriminación si se niega la adopción por pareja homosexual. Con el informe del Consejo General del Poder Judicial:

«La filiación adoptiva tiene como modelo la filiación biológica, por lo que la adopción conjunta por una pareja homosexual es contraria a la protección integral que los poderes públicos (también el legislativo) deben asegurar a los hijos (art. 39.2 de la Constitución), precisamente por ser contraria al interés del menor. Además, no admitir la adopción conjunta por una pareja homosexual no vulnera el principio de igualdad, no es injustamente discriminatoria».

En la misma línea se había manifestado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuando en sentencia de 26 de febrero de 2002 (Fretté vs Francia) resolvió que no hay discriminación en la negación de la adopción de un menor por una persona homosexual.

El Consejo General entiende que no se produce la discriminación por tres razones

La primera es la propia relación que se quiere crear que "que no consiente ser creada respecto a personas del mismo sexo".

La segunda es que no se puede afirmar que en nuestro derecho este prohibida la adopción conjunta por una pareja homosexual, lo que se prohíbe es la adopción conjunta por más de una persona salvo en dos excepciones, el matrimonio y las uniones estables heterosexuales. "No indica el consejo que esto procede de una desviación de nuestro Derecho respecto a la regla de que el matrimonio es el lugar idóneo para adoptar, por ser el entorno jurídico de la vida familiar en sentido estricto. De hecho la autorización, extraña en parte importante del derecho comparado, de adoptar por persona sola u otro tipo de uniones sólo se explica desde el inicio hace años de la labor de deconstrucción del matrimonio cuyo paso definitivo observamos en estos días. En efecto, no se entiende que en una sociedad donde no hay falta de familias en

sentido estricto adoptantes, respecto al número de personas adoptables, se autorice la adopción por persona sola.

La tercera razón es que "la adopción esta pensada en beneficio del adoptado y ni el adoptado ni la adopción como instituto pueden ser instrumento de legitimación u homologación de relaciones homosexuales. Lo que se toma en consideración de los adoptantes no son tanto sus deseos, como su idoneidad para ejercer la patria potestad. Plantear la cuestión como un problema de discriminación supone, inconscientemente, hacer pasar por delante del interés del menor las aspiraciones y deseos de quienes quieren adoptar".

Por todo ello el Consejo concluye que "la exclusión de la adopción conjunta por homosexuales debe ser mantenida y no por una valoración negativa de las relaciones homosexuales (del mismo modo que la conveniencia de mantener la prohibición de que dos hermanos, o dos amigos, puedan adoptar no entraña valoración negativa de la fraternidad o de la amistad), sino sobre todo por ser contraria a la propia estructura y naturaleza de los vínculos que crea la adopción, y por otro lado, por ser también contraria al interés del adoptando, que es el que preside la adopción".

XV. BIBLIOGRAFÍA

ALBADALEJO, Manuel: "Curso de Derecho civil", IV, *Derecho de Familia*, novena edición, Bosch, Barcelona, 2002.

AMERICAN ACADEMY OF PEDIATRICS: "Coparents or Second-Parent Adoption by Same-Sex Parents", *Pediatrics*, 109 (2), febrero, 2002.

BLANCO, Benigno: "No hay base científica para la adopción por homosexuales", *Aceprensa*, n 61/05, 25-31 mayo 2005.

BRIDGE, Caroline; SWINDELLS, Heather: *Adoption-The modern Law*, Family law, Bristol, 2003.

CONSEJO DE ESTADO: "Informe al expediente del Anteproyecto de Ley por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimoni", 16/12/2004.

- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL: "Estudio sobre la Reforma del Código civil en materia de matrimonio entre personas del mismo sexo", 18 de enero 2005.
- COTTA, Sergio: "La famiglia nei suoi principi antropologici ed etico-giuridici", en *La familia alle soglie del III Millennio, a cura de Ernesto W. Volonté*, Atti del Congresso europeo Lugano, 21.24 septiembre, 1994. Facoltà de Teologia di Lugano, Union internationale des juristes catholiques.
- DIEZ PICAZO, Luis: *Familia y Derecho*, Madrid, 1984.
- DIEZ PICAZO, Luis & GULLÓN, Antonio: *Sistema de Derecho civil: Derecho de Familia*, Vol. IV, 9 ed, Tecnos, Madrid, 2004.
- GAHL, Robert A.: *Mas allá del liberalismo*, Eiunsa, Madrid, 2002. Especialmente la aportación de Martin RONHEIMER. *La imagen del hombre en el liberalismo y el concepto de autonomía: más allá del debate entre liberales y comunitaristas* y Robert P. George, *Pluralismo moral, razón pública y ley natural*.
- GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, M. M.; CHACÓN MANRIQUE DE LARA, F.; GÓMEZ, A. B.; SÁNCHEZ, M. A. Y MORCILLO, E.: *Dinámicas familiares, organización de la vida cotidiana y desarrollo infantil y adolescente en familias homoparentales*, Estudios e investigaciones, Madrid, 2002.
- KASS, LEON R.: "Life, Liberty and the Defense of Dignity. The challenge for bioethics", *Encounter Books*, San Francisco, 2002.
- LA CRUZ VERDEJO, José Luis et al.: "Elemento de Derecho civil: IV, *Familia*", Dykinson, Madrid, 2002.
- LAWLER, BOYLE Y MAY: *Ética sexual*, Eunsa, Pamplona, 1992.
- LÁZARO GALDIANO, Isabel: coord.: *Los menores en el Derecho español*, Tecnos, Madrid, 2002.
- LEJEUNE, Jerome: *L'enceinte concentrationnaire*, Fayard, Paris, 1990.
- MACINTYRE, Alasdair: *Tras la virtud*, ed española, Crítica, Barcelona, 1987.
- MIRÓ I ARDÉVOL, Joseph: *Homosexualidad, matrimonio y adopción*, Centro de Estudios de la Realidad Social, serie monografías n.º 1, Fundación Universitaria San Pablo-CEU, 2005.

- NAVARRO VALLS: *Matrimonio y Derecho*, Tecnos, Madrid, 1995.
- Pontificio Consejo para la Familia acerca de la Resolución del Parlamento Europeo de 16/3/2000 sobre equiparación entre familia y "uniones de hecho", incluso homosexuales. 17 de marzo de 2000.
- POLAINO, Aquilino et al.: *No es igual. Informe sobre el desarrollo infantil en parejas del mismo sexo, Hazte oír y Foro español de la familia*. Madrid, 2005.
- REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN: "Informe acerca del proyecto de modificación Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio".
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2000.
- RONHEIMER, Martín: *Derecho a la vida y Estado moderno*, Rialp, Madrid, 1998.
- SCHULZ, Fritz: *Derecho Romano Clásico*, Bosch, Barcelona, 1960, reimp.
- SERRANO RUIZ-CALDERÓN, Manuel: *Abandono y desamparo de menores en el derecho civil español*, Fundación Universitaria Española, Madrid, 2004.
- SERRANO RUIZ-CALDERÓN, José Miguel: *Nuevas cuestiones de bioética*, Eunsa; Pamplona, 2002.
- SERRANO RUIZ-CALDERÓN, José Miguel: "La adozione come alternativa alla Fivet", en *La dignità della procreazione umana e le tecnologie riproduttive. Aspetti antropologici ed etici*. Atti della decima Assemblea Generale Della pontificia Accademia per la vita, Libreria editrice vaticana, Roma, 2005.
- SERRANO RUIZ-CALDERÓN, José Miguel: *Familia y tecnología*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Madrid, 1996.
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan: "El matrimonio y el derecho natural", en *La familia. Sus problemas actuales*. Speiro, Madrid, 1980.
- VOLTERRA, Eduardo: "voz Adozione, diritti orientale, greci, romano", *Novissimo Digesto italiano*, UTET, Torino, 1957, pags. 286-288.