

Capítulo 1

EL MATRIMONIO HOMOSEXUAL. SENTIDO DE UNA CORRIENTE HISTÓRICA

Jacinto Choza.

- 1.- El derecho como regulación de la naturaleza y como regulación de la libertad.
- 2.- La libertad subjetiva en el derecho público secular y religioso.
- 3.- El derecho de la libertad subjetiva a la igualdad y a la diferencia.
- 4.- El matrimonio entre los derechos reales y los derechos personales.
- 5.- Esterilidad e impotencia en la esencia del matrimonio.
- 6.- La supresión del impedimento de impotencia en el derecho civil.
- 7.- La prole como derecho subjetivo. Inseminación artificial y masturbación.

1. EL DERECHO COMO REGULACIÓN DE LA NATURALEZA Y COMO REGULACIÓN DE LA LIBERTAD.

El derecho es el reconocimiento y la expresión del acontecer de la vida, de la verdad de la vida. Ese reconocimiento y esa expresión operan a su vez como una protección y una cierta sacralización de ese acontecer y esa verdad. Pero la vida no acontece ni se despliega de modo fijo o constante, ni en los individuos singulares, ni en la humanidad en su conjunto.

Por lo que se refiere a la vida individual, la de un adolescente, la de un adulto y la de un anciano, la de un hombre y la de una mujer, no acontecen expresando siempre el mismo ser, las mismas capacidades y las mismas necesidades. Los compromisos y responsabilidades que se reconocen a un adolescente varón de 12 años no son los mismos que se

reconocen a una adolescente mujer de la misma edad, y por eso el *ius connubi* no es el mismo para ambos.

Por lo que se refiere al grado de madurez de la humanidad, de los individuos humanos en las diferentes etapas del desarrollo de la especie, el Código de Hamurabi no reconocía a los hombres las mismas capacidades y necesidades en relación con el gobierno de la comunidad que el Código de Napoleón. A su vez, el Código de Napoleón tampoco reconocía a las mujeres las mismas capacidades que la Constitución Española de 1978. No se les reconocía porque aún no las habían desarrollado y no las tenían.

Y es que la libertad también tiene su naturaleza, su desarrollo, su consolidación y, consiguientemente, sus derechos. El derecho es la regulación de la naturaleza y la regulación de la libertad en cada uno de los lugares y en cada una de las épocas de su despliegue temporal.

Por lo que se refiere al acontecer de la naturaleza y la libertad en relación con el sexo, el proceso de reconocimiento y expresión ha sido largo y arduo, desde la comprensión del sexo como poder generador en el paleolítico hasta su comprensión como máxima forma de actividad comunicativa en el siglo XX, y como quiera que se configure en el futuro.

En las comunidades paleolíticas y en las de cazadores recolectores actuales, el sexo está regulado por los ritos y tabúes religiosos, pues no existen otro tipo de ritos. En el neolítico empieza a ser objeto de regulaciones jurídicas porque entonces empieza a haber costumbres, derechos y, a partir del calcolítico, leyes escritas¹. Entonces empieza a haber normas sobre la dote, la esterilidad, el divorcio, el repudio, el adulterio, etc., como se encuentran en el Código de Hamurabi.

En el paleolítico la mujer se contempla desde el punto de vista de su rendimiento reproductivo porque en los grupos de cazadores recolectores, de unos 50 individuos, con una expectativa media de vida de unos 20 años y unas tasas de mortalidad infantil como las vigentes entre el milenio 150 y el 10 a.C., se requería que nacieran 3 niñas por

1 Cfr., *Los primeros Códigos de la humanidad*, Edición de F. Lara Peinado, Madrid: Tecnos, 1994.

mujer fértil para que el grupo sobreviviera². Por eso en el paleolítico la mujer es el bien raíz, y se adora, se roba y se protege.

A partir del neolítico, y sobre todo a partir del calcolítico, con la multiplicación de los asentamientos urbanos y el desarrollo de la agricultura, el bien raíz deja de ser la mujer y pasa a ser la tierra³. Las comunidades pasan a ser de varios miles de personas y la vida media de ellas pasa de los 20 años y empieza a acercarse a los 30. Entonces empieza a haber excedentes de población, aparece el control de la natalidad, generalmente en la forma de infanticidio femenino⁴, y la mujer deja de ser contemplada desde el punto de vista de su rendimiento reproductivo.

A partir del momento en que la mujer deja de contemplarse desde el punto de vista de su rendimiento reproductivo, el sexo deja de tener ese sentido exclusivamente y se empieza a ver desde el punto de vista de la belleza, del refinamiento, del placer erótico, de su poder civilizador, etc., como aparece en el *Poema de Gilgamesh*, en los frescos y en los grafiti egipcios, y posteriormente en Grecia y Roma. Paralelamente, y al contemplarse el cuerpo también desde el punto de vista de la belleza y el placer, aparecen asimismo en algunas culturas mediterráneas la homosexualidad y la castidad como valores, en relación precisamente con el arte y la ciencia⁵.

A partir de Augusto, del desarrollo de la gnosis platónica y del solapamiento entre cristianismo y gnosis en el mundo greco-romano, tiene lugar la demonización del sexo en la cultura occidental y su vinculación a la “concupiscencia” en tanto que inclinación al mal. Entonces se produce la génesis y el desarrollo de la moral sexual cristiana, fundada en la actividad sexual como función reproductiva de los organismos vivos. El sexo queda redimido del carácter demoníaco que la gnosis y el cristianismo le atribuyen (redimido de la “concupiscencia”), cuando opera como poder generador de seres humanos, y en ningún caso más.

El sexo queda así redimido mediante su regulación en el matrimonio, y no tienen relaciones esenciales con el amor. Las relaciones del sexo y el matrimonio con el amor se inician en un período histórico

2 Cfr. Abellan, A, y otros, *La población del mundo*, Madrid: Síntesis, 1998. Cap. 1.

3 Atalí, J., *Historia de la propiedad*, Barcelona: Planeta, 1989.

4 Harris, M., *Nuestra especie*, Madrid: Alianza, 1995, pp. 230 ss.

5 Choza, J., *Filosofía de la cultura*, Sevilla: Thémata, 2013, § 66.

reciente, son muy variables y complejas en la historia de la cultura occidental, y esa complejidad queda reflejada precisamente en la historia del derecho de familia⁶.

El paso al neolítico viene marcado por el reconocimiento del derecho de la subjetividad, que no está contemplado en las costumbres paleolíticas, como observa Hegel a propósito de Edipo. En efecto, Edipo es castigado, se saca los ojos y vaga ciego por haber cometido el horrendo crimen de matar a su padre y desposar a su madre. No importa que el héroe ignore que el hombre al que mata es su padre y que la mujer a la que desposa es su madre. El propósito y la intención subjetivos no alteran para nada la culpabilidad objetiva del pecador-delincuente. El orden natural-social se ha violado y la consecuencia, los desastres naturales, las plagas y el castigo del criminal son inevitables⁷.

El tránsito del calcolítico al periodo histórico lleva consigo el tránsito al derecho abstracto, del “ojo por ojo y diente por diente” neolítico a la sanción en forma de multa, y, en general, al sistema de equivalencia de las compensaciones y prestaciones. Se reconoce el derecho de la subjetividad, aunque se mantiene el derecho de la naturaleza en conceptos como el de responsabilidad objetiva, que el derecho romano lega a los derechos europeos.

El tránsito desde el derecho como ley de la naturaleza física, propio del paleolítico y que se muestra en Edipo, al derecho como reconocimiento de la naturaleza de la libertad subjetiva, es estrictamente la historia de la cultura occidental, como lo señala Hegel.

6 Choza, J., *Historia de los sentimientos*, Sevilla: Thémata, 2012, cap 2.

7 Hegel, G.W.F., *Filosofía del derecho*, Barcelona: EDAF, 1988, “El propósito y la responsabilidad” (§§ 115-118). González del Valle, en comunicación personal, observa que en cierto modo “seguimos igual que en tiempos de Edipo. Al Estado lo que le interesa es que se guarde el orden objetivo. También hoy Edipo sería castigado por negligencia — la ignorancia produce negligencia — culposa. Tenía que saber con quién se casaba y a quién mataba. El Derecho no protege la conciencia errónea (maté a mi amigo creyendo que era un ciervo). Quizá la moral proteja al ignorante. Lo que ha cambiado es el “valor”. Ya no se considera pecado el incesto. En la misma línea, el Derecho no permite que los aviones se estrellen y los buques se hundan. Si se destruye el orden objetivo tiene que haber responsables”. Agradezco a José María González del Valle sus observaciones al manuscrito

2. LA LIBERTAD SUBJETIVA EN EL DERECHO PÚBLICO SECULAR Y RELIGIOSO.

El calcolítico genera y consolida los ámbitos diferenciados del derecho público y el derecho privado. El reconocimiento de la naturaleza de la libertad subjetiva en el ámbito del derecho privado tiene lugar en Roma tan pronto como se funda la ciudad y se inicia el periodo histórico, en cambio su reconocimiento en el ámbito del derecho público es un proceso lleno de conflictos, tanto en el ámbito de la política y el derecho como en el de la moral y la religión, y no se consolida hasta el siglo XX.

Semejante diferencia entre los dos ámbitos se debe a que si el derecho privado regula relaciones entre iguales, el derecho público se enraíza en la relación entre el poder divino y el poder humano, y entre ellos hay inicialmente una distancia insalvable.

El derecho privado, en sus cuatro etapas de *vis, fas, ius* y *lex* (fuerza, voluntad divina, voluntad general humana y ley escrita)⁸, es siempre relación entre seres humanos iguales, incluso cuando se dilucida en sede sagrada (*fas*). Pero el derecho de los dioses respecto de los hombres no tiene esas características. Por eso cuando en el año 380 Teodosio promulga el Edicto de Tesalónica, por el que establece el cristianismo como religión oficial del imperio romano, se siente legitimado para imponer a los infieles y rebeldes las mismas penas que los emperadores anteriores imponen a los cristianos que rechazan el culto al emperador.

El Edicto de Tesalónica entroniza la religión y el culto en el ámbito o en el orden de los derechos de la naturaleza de las cosas, o sea, los derechos de la realidad, de la naturaleza o de la objetividad, pues desde el comienzo de la época histórica, desde el nacimiento de Atenas y de Roma, se establece una cierta ecuación entre realidad, naturaleza y objetividad. Ante ella el hombre solo tiene que acatar, como Tebas y Edipo acatan las plagas y el castigo que les corresponde.

Este principio de aceptación de la realidad y la naturaleza tal como es, o sea como la define el soberano, se mantiene hasta la Ilustración, en que empiezan a hacerse sentir los embates que desde siglos anteriores

8 Murga, J.L., *Derecho romano clásico II. El proceso*, Zaragoza: Pressas Universitarias de Zaragoza, 1989, cap. 2.

lo van minando. En efecto, en el siglo XIII Tomás de Aquino declara que la propia conciencia individual es el criterio supremo de moralidad, en el siglo XVI Lutero predica el libre examen, también en el siglo XVI se extiende entre católicos y protestantes la práctica de las formas privadas y personales de piedad y de plegaria (*devotio moderna*), en el siglo XVII Descartes declara que el propio pensamiento y el propio yo son el centro de la ciencia, e igualmente en el XVII Locke declara que la persona consiste en la conciencia y nada más que en la conciencia.

Los individuos particulares pueden tener sus creencias religiosas diversas, pero pueden ser obligados a convertirse por la fuerza, que es lo que hace Carlomagno con los normandos y tantos otros soberanos con sus súbditos. El derecho de la realidad, de la naturaleza, de la objetividad, es lo que legitima la fórmula *Anatema sit*, que permite incluso la aplicación de la pena de muerte al disidente, es decir, al hereje.

La soberanía de la conciencia proclamada en los ámbitos intelectuales o religiosos, no interfiere para nada en el ámbito del derecho público, que es donde impera el derecho de la realidad, la naturaleza o la objetividad, y de su legítimo intérprete, el soberano. Por eso cuando en 1648 se firma la Paz de Westfalia, y se establecen los principios de fronteras inviolables y de no injerencia en asuntos de países ajenos que duran hasta el siglo XXI, se establece también el principio de *cuius regio eius et religio*, los súbditos tienen la religión de la región, del soberano de la región. El derecho público no tiene por qué reconocer el derecho de las conciencias individuales, es decir, el derecho de la libertad subjetiva⁹.

Locke empieza a hablar de ese reconocimiento, pero el primero que lo proclama, el primero que da por cancelado el Edicto de Tesalónica, y el primero que lo acoge en el ámbito del derecho público es

9 Es frecuente olvidarse de la Edad Media en tema de libertad religiosa. Fernando III el Santo se proclamaba rey de tres religiones. El judío tiene derecho a ser judío y a que sus hijos sean judíos. Hay mozárabes y mudéjares; es decir cristianos en territorio musulmán —mozárabes— y viceversa: mudéjares. La intolerancia religiosa comienza con el renacimiento; es típica de la Edad Moderna. En España, comienza con los Reyes Católicos, que expulsan a judíos y a moriscos. Eso no es herencia medieval. Son de los primeros en aplicar lo de *cuius regio eius et religio*. Por eso, en España las sinagogas que se conservan son medievales. No las hay del renacimiento. Es verdad que tenían que tener un metro menos que la iglesia católica más alta; pero había sinagogas. Agradezco esta observación a José María González del Valle.

Thomas Jefferson en la declaración de independencia de los Estados Unidos y la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia en 1776¹⁰. En 1789 lo hace la Revolución Francesa, después el Código de Napoleón y a lo largo de los siglos XIX y XX las Constituciones de todos los países de Europa y América.

Las declaraciones de derechos humanos y las declaraciones de la dignidad humana son el reconocimiento del derecho de la liberta subjetiva también en el ámbito del derecho público, y en cierto modo una proclamación de la igualdad ante el derecho de lo divino y lo humano, tanto si el estado reconoce el derecho y el poder divinos, que es lo que ocurre en la constitución federal de los Estados Unidos, como si no los reconoce, que es lo que ocurre en la constitución francesa.

La homologación entre el poder divino y el humano y entre sus correspondientes derechos se funda en la tesis de que la justicia es buena no porque Dios la quiera, sino que Dios la quiere porque es buena, y precisamente por eso Dios es bueno y es la misma justicia. Así se ha ido comprendiendo desde la edad media y así es como finalmente, queda canónicamente establecido por Kant en la *Fundamentación para la metafísica de las costumbres*, de 1785.

El derecho kantiano, al igual que su ética, es universal. Establece el derecho de la libertad subjetiva en términos de derecho de todo ser racional, o lo que para Kant es lo mismo, de toda persona, de todos los vivientes dotados de razón, sean humanos o sobrehumanos, divinos, demoníacos, extraterrestres, etc. Todas las personas son iguales ante la ley, incluidas las personas divinas, las sobrenaturales y las infranaturales.

Inicialmente el derecho de la libertad subjetiva se establece en el orden del derecho público como un derecho natural, objetivo y universal de todos los seres racionales, de todas las libertades subjetivas a lo largo de los siglos XVIII y XIX. Y se establece en las constituciones y países de Asia y África tras la descolonización a lo largo del siglo XX.

Paralelamente en el siglo XX, y según la reflexión se abre camino en los distintos ámbitos culturales, la sociedad se interpreta a sí misma

10 En realidad, eso ya pasaba en Alemania. Como en Alemania, la federación de los Estados de la Unión no era confesional; pero los Estados federados podían serlo y algunos lo eran. Agradezco esta observación a José María González del Valle.

como jerarquizada y reflexiva, y, con la sociología del conocimiento de Carl Mannheim, como gestora de la interpretación pública de la realidad, que no coincide con la interpretación privada de las libertades subjetivas. Análogamente, el derecho público se interpreta a sí mismo como el derecho de la persona jurídica en que consiste el estado, que pertenece al mismo nivel que las personas físicas en cuanto a derechos fundamentales de toda persona. La cuestión del estatuto ontológico y jurídico del estado, planteado de un modo amplio por Thomas Hobbes, se resuelve diciendo que se trata de una persona jurídica que, en cuanto tal, no tiene prerrogativas fundamentales que lo faculten para invadir el derecho de la libertad subjetiva.

En el seno del derecho público religioso, este proceso de reconocimiento de la libertad subjetiva de los fieles, y de reconocimiento de la comunidad religiosa para sí misma y ante sí misma como persona jurídica históricamente dada, se inicia a finales del siglo XX en los casos de algunas iglesias cristianas.

Desde finales del siglo XVIII hasta finales del siglo XX tiene lugar en Europa el proceso de desconfesionalización del estado, que en cierto modo es la primera forma de reconocimiento del derecho de la libertad subjetiva en el ámbito de la comunidad religiosa¹¹.

A partir de 1832 en que Gregorio XVI publica la encíclica *Mirari vos*, el fiel cristiano que apoya la desconfesionalización del estado queda excomulgado, y eso queda ratificado especialmente por Pío X en las primeras décadas del siglo XX.

Antes de la desconfesionalización del estado, y después de ella algunos estados confesionales, se atienen al principio de “tolerancia religiosa” en el sentido de no persecución a otras religiones. Pero es con la desconfesionalización de las revoluciones liberales como, en líneas generales, se inicia el periodo de “tolerancia religiosa” y el de “libertad religiosa”, pero hay que insistir en que es en líneas muy generales, pues hay numerosas excepciones.

11 En Europa continúan siendo confesionales Inglaterra, Islandia, Dinamarca, Suecia y Noruega. La desconfesionalización es propia casi exclusivamente de los países de mayoría católica. Las confesionalidades judía, budista y sintoísta son frecuentes hoy. Agradezco esta observación a José María González del Valle.

El principio de la tolerancia, mantenido por la Iglesia católica hasta el Concilio Vaticano (1962-1965), se basa en el principio de que no se pueden conceder al error los mismos derechos que a la verdad, y esa es la posición sostenida entonces por el cardenal Ottaviani. El principio de libertad religiosa adquiere vigencia en la Iglesia católica después del Vaticano II con la declaración *Dignitatis humanae*, en que en el seno del derecho público religioso se reconoce la soberanía de la conciencia que Tomás de Aquino proclama en el siglo XIII.

La afirmación de los derechos de la objetividad por encima de los de la libertad subjetiva continua siendo mantenida en el siglo XXI por numerosos grupos católicos y cristianos, por numerosas comunidades budistas y por la mayoría de las comunidades islámicas. En líneas generales el derecho público religioso tiende a dar prioridad al derecho de la objetividad sobre el derecho de la libertad subjetiva.

Las comunidades religiosas tienden a ser conservadoras en su mayoría, y a oponerse a los derechos de la libertad subjetiva reconocidos en las sociedades civiles, porque consideran que sus principios han sido revelados directamente por Dios en un determinado momento de la historia, y son supra-históricos, y no interpretados por los receptores de esa revelación en ese momento histórico. Porque sus esfuerzos de renovación van encaminados a restablecer la revelación originaria en un sentido original y definitivo. Porque tienden a considerar como contenido esencial de la revelación todos los aspectos coyunturales y transitorios mediante los cuales se protege y transmite ese contenido. Y porque las autoridades de cualquier institución funden indiscerniblemente las tareas de fidelidad al depósito recibido con las de perpetuación del poder de la institución y el propio poder personal.

Esta característica 'conservadora' de las comunidades religiosas se percibe en varios aspectos de su culto y su normativa, como son la tendencia a mantener las lenguas en que se expresó la revelación primitiva, las normas sobre matrimonios o las prohibiciones sobre alimentos, trabajo y descanso, que si bien tienen pleno sentido en el sistema socio-ecológico del periodo histórico en que se revelan, resultan superfluas o perjudiciales en otros posteriores.

Las instituciones religiosas o las iglesias institucionalizadas, tienden así a operar como obstáculos para el desarrollo y reconocimiento

histórico de la libertad subjetiva, y por eso como factores coadyuvantes de la deserción de los fieles y del proceso de secularización, como señala Rappaport¹². Por otra parte, estas características de las instituciones religiosas determinan también que las religiones operen como refugios ante el desarraigo producido por el creciente reconocimiento de las libertades subjetivas, y consiguientemente como nidos de formas de intolerancia y fanatismo. La historia de las guerras europeas de religión puede instruir mucho sobre el terrorismo religioso del siglo XXI.

3. EL DERECHO DE LA LIBERTAD SUBJETIVA A LA IGUALDAD Y A LA DIFERENCIA.

Mientras el derecho religioso público inicia en el siglo XXI el proceso de reconocimiento de la libertad subjetiva como reconocimiento de la igualdad ante la ley de todas las personas, naturales o sobrenaturales, físicas o jurídicas, el derecho secular público inicia antes, en el siglo XX, el proceso de reconocimiento del derecho a la diferencia de todas las libertades subjetivas reconocidas previamente como iguales ante la ley. Se trata del reconocimiento del derecho de la libertad subjetiva, no a su subjetividad, que es el mismo para todas las personas, sino del derecho a su singularidad.

Las aspiraciones y necesidades de la singularidad no surgen inicialmente en el ámbito del derecho, la ética y la política, en las revoluciones liberales del siglo XVIII, sino en el de la religión y el arte, en la *devotio moderna* del siglo XVI y en los movimientos románticos, existencialistas y personalistas de los siglos XIX y XX, que no abogan por los derechos de ningún grupo, sino por el de las singularidades.

La ética universalista, como el derecho universalista, tiene su formulación arquetípica en la *Fundamentación para la metafísica de las costumbres* de Kant, de 1785. El universalismo ilustrado, en su expresión kantiana, funda la validez de las leyes, tanto científicas como morales, justamente en la universalidad. Las leyes científicas y las leyes mora-

12 Cfr. Rappaport, Roy A., *Ritual y religión en la formación de la humanidad*, Madrid: Cambridge University Press, 2001, cap. 13.

les son verdaderas leyes y enuncian la verdad de la naturaleza de las cosas si son universales, si tienen la misma validez en todo tiempo y lugar. Se fundan en el carácter universal y necesario del orden natural, en el carácter universal y necesario del orden ideal cognoscitivo, de la objetividad, y de la sintonía y correspondencia entre ambos órdenes.

La sintonía y correspondencia entre el orden natural y el orden cognoscitivo objetivo, aunque también alcanza una de sus formulaciones paradigmáticas en la filosofía kantiana, tiene sus primeras formulaciones en los principios filosóficos establecidos en los comienzos de la filosofía griega por Pitágoras, Parménides y otros filósofos de los siglos VI y V a.C.

La revisión crítica y el rechazo de dicha correspondencia, aunque tiene sus primeros formuladores en Empédocles y Heráclito en esos mismos siglos de comienzos de la filosofía occidental, no empiezan a inspirar la interpretación pública de la realidad, y no empiezan a adquirir audiencia general hasta el siglo XIX. La reivindicación de la singularidad se inicia, en efecto, con la filosofía romántica y existencialista, especialmente con la obra de Kierkegaard y con la de Nietzsche, y adquiere vigencia cultural a lo largo del siglo XX con el desarrollo de la filosofía personalista de E. Mounier y la hermenéutica de Dilthey, Heidegger y Gadamer.

Cuando se inicia el siglo XX se acepta la división de las ciencias en nomotéticas, que tienen como cometido la “explicación” de las leyes “universales” de la naturaleza y las idiográficas, que tienen como cometido la “comprensión” de los fenómenos “singulares” del espíritu, o sea, de la historia, el arte y la religión. Pero no pasa mucho tiempo hasta el momento en que la singularidad, que había sido expulsada del conocimiento científico por Platón y Aristóteles, entra por la puerta de la ciencia del brazo de la inmunología, que reivindica para sí el carácter idiográfico de las ciencias del espíritu, y convierte a la naturaleza también en ámbito de la comprensión. Y a la vez que la inmunología, la física, la astrofísica, la química, la geología y la biología se convierten en saberes “idiográficos”, históricos, que buscan la “comprensión” de los fenómenos de la naturaleza en su singularidad, en cada momento del tiempo del cosmos y en cada recoveco de las torsiones del espacio en expansión.

No es que desaparezcan del horizonte humano la universalidad o la igualdad, que no desaparecen, pero se entiende que pertenecen a la objetividad, y no a la naturaleza, a la realidad. El entendimiento del carácter intelectual o ideal, y no real ni natural, de esa universalidad tan valorada, se produce a la vez que la industria transfiere la universalidad y la igualdad de las realidades naturales a las realidades artificiales, es decir, a la técnica. Esa transferencia es la creación del estándar industrial americano y el estándar industrial alemán, que se adopta como el europeo, a saber, el estándar DIN. El estándar DIN, que los estudiantes de secundaria y de universidad asociamos a las dimensiones de los folios DIN-A4, es un criterio establecido no solo para los tamaños de las hojas de papel, sino también para el de las brocas, los tornillos, los enchufes y las herramientas y utensilios en general. Las siglas DIN corresponden a las primeras letras de las palabras Deutsche Industrie Norm, con las que se designa el estándar industrial alemán creado en 1917¹³.

Este es el contexto en el cual el siglo XX asiste al tránsito desde el conocimiento como obtención de la ley universal al conocimiento como comprensión del singular, del acontecer universal como naturaleza al acontecer singular como gracia, desde la universalidad de la naturaleza a la particularidad de las culturas y a la singularidad de la persona. Este tránsito acontece a la vez que la autoconciencia moderna se encuentra con la antropología y con el paleolítico, y se produce el gran impacto del concepto de cultura en el concepto de hombre y de naturaleza¹⁴. Y este proceso no es ajeno a la pérdida de hegemonía de la ciencia y la teoría de la ciencia, la epistemología, ante la literatura, el relato y el arte, y la teoría de la comprensión, la hermenéutica.

El siglo XX asiste al tránsito del derecho universal a la igualdad al derecho universal a la diferencia, de la ética universalista moderna a la ética de la autenticidad, a la ética personalista, a la moral de situación, y al derecho de la singularidad, al derecho a la identidad sexual según lo que el individuo experimenta en sí mismo y siente que es¹⁵. Es el

13 Cfr., <http://www.din.de/cmd?level=tpl-home&contextid=din>, http://en.wikipedia.org/wiki/Deutsches_Institut_für_Normung

14 Cfr., Geertz, C., *La interpretación de la culturas*, Barcelona: Gedisa, 1992.

15 Cfr. Amato, Salvatore, *Sessualità e corporeità. I limiti dell'identificazioni giu-*

tránsito desde la ley de la naturaleza universal al derecho de la persona singular.

Este resquebrajamiento de las placas tectónicas de la cultura occidental se produce después de que dicha cultura ha alcanzado un conocimiento del cosmos, de la sociedad y del hombre, que le permite precisar con exactitud sus comienzos, y a la vez que lo alcanza y porque lo alcanza, está en condiciones de aportar su bagaje a las demás y de integrar en sí misma el bagaje de todas ellas en una globalización completa del saber.

En la medida en que ese resquebrajamiento afecta a la cultura como un todo y a cada uno de sus ámbitos y elementos particulares, afecta al sexo, a la manera de ejercerlo y entenderlo, a sus regulaciones jurídicas y al matrimonio. En concreto, la transformación consiste en la disolución de la forma estándar del matrimonio de la modernidad, en la privatización del sexo, en el desinterés del Estado, del poder político, en regular la conducta sexual de los individuos, en la creciente irrelevancia de su papel para el matrimonio, y en la personalización y subsunción del sexo en el amor. Es lo que corresponde examinar ahora sobre el telón de fondo del panorama cultural general que se ha trazado.

4. EL MATRIMONIO ENTRE LOS DERECHOS REALES Y LOS DERECHOS SUBJETIVOS.

En los puntos anteriores se ha contemplado el derecho, en el proceso de su desarrollo histórico, desde seis puntos de vista:

1.- El derecho como relación entre elementos-actores naturales: efecto del tabú sobre el actor, por ejemplo Edipo (derecho paleolítico).

2.- El derecho como reconocimiento de la libertad subjetiva en el ámbito del derecho privado secular, y diferenciación entre derechos reales (de las cosas naturales) y derechos subjetivos (de las personas libres): derecho neolítico, calcolítico e histórico, desde el Código de Hamurabi al Código de Napoleón.

ridica, Milano: Giuffré, 1985; Arechederra, Luis, "El matrimonio del transexual." *Persona y Derecho. Suplemento Humana Iura*, N° 7, 1997.

3.- El derecho como reconocimiento de la libertad subjetiva en el ámbito del derecho público secular, y reconocimiento de la igualdad ante la ley por parte de las personas jurídicas (estados) y las personas físicas (ciudadanos): Desde la constitución de los Estados Unidos de 1776 hasta la descolonización de los países de Asia y África en la segunda mitad del siglo XX con las correspondientes constituciones.

4.- El derecho como reconocimiento de la libertad subjetiva en el ámbito del derecho público religioso, y reconocimiento de la igualdad ante la ley de las personas jurídicas (iglesias) y las personas físicas (fieles). Libertades individuales y libertad religiosa en algunas confesiones cristianas y libertad religiosa en la iglesia católica a finales del siglo XX.

5.- El derecho como reconocimiento de la singularidad personal en el ámbito del derecho público secular, y reconocimiento del derecho a la diferencia ante la ley de las personas físicas (ciudadanos). Reconocimiento del derecho de grupos marginales y personas singulares en los siglos XX y XXI.

6.- El derecho como reconocimiento de la singularidad personal en el ámbito del derecho público religioso, y reconocimiento del derecho a la diferencia ante la ley de las personas físicas (fieles).

Estas seis perspectivas, que se han contemplado en relación con el caso concreto de las creencias religiosas y la confesionalidad del estado, es decir, desde el punto de vista de las revoluciones liberales, se pueden contemplar también en relación con las garantías sociales desde el punto de vista de las revoluciones socialistas, y se pueden contemplar en relación con el matrimonio y la familia desde el punto de vista de la revolución sexual.

En líneas muy generales se puede decir que, aunque es discutible y controvertida la asignación del derecho de familia al ámbito del derecho privado y no al del derecho público, el ejercicio del sexo es regulado según un proceso que va, desde su consideración en términos de elementos-actores naturales en el paleolítico, a su consideración en términos de derechos reales y derechos subjetivos en época histórica, y a su consideración en términos de derechos subjetivos en el siglo XXI.

La consideración del sexo como un derecho real puede advertirse en la legitimidad del repudio de la mujer estéril, que se contempla en el derecho antiguo en Israel, en Roma, y en otros ordenamientos.

Independientemente del caso de la esterilidad, en el siglo XVIII Kant todavía considera el matrimonio en el orden de los derechos reales, lo que resulta embarazoso a Hegel, que critica al maestro avergonzado por verle situar el matrimonio en ese orden¹⁶. Este es el punto clave en la reflexión y en la decisión sobre la regulación del matrimonio a partir del siglo XX, cuando el bien raíz deja de ser la tierra y pasa a ser el dinero, cuando los seres humanos viven en comunidades de varios millones, y cuando la esperanza de vida pasa de los 70 años de media, y en el siglo XXI supera los 80 en los países desarrollados.

5. ESTERILIDAD E IMPOTENCIA EN LA ESENCIA DEL MATRIMONIO.

En el derecho hebrero, indio, griego y romano, la esterilidad es una de los posibles motivos para la disolución de matrimonio. En el derecho romano, aparece también la impotencia como un motivo para la nulidad, en este caso a instancias de la mujer.

En el derecho romano la esterilidad puede ser causa de nulidad, especialmente si el contrato matrimonial se efectúa *liberorum quaerendorum causa*, con vistas a la generación de la prole. Con todo, la esterilidad no da lugar de modo directo e inmediato a la nulidad, y si no se denuncia puede no afectar al matrimonio. Lo que da lugar de modo directo e inmediato al divorcio o a la anulación es la extinción de la *affectio maritalis*, y más en concreto las formas de conducta en que esa extinción se expresa y permiten que pueda presumirse. Por eso en cierto modo puede considerarse dicha *affectio* como la verdadera esencia y causa del matrimonio romano¹⁷.

En el derecho canónico, la esterilidad deja de ser causa de nulidad matrimonial y pasa a serlo la impotencia. Tanto la una como la otra pertenecen al orden de la naturaleza, de la cosa, y en ningún caso están mediadas por la voluntad o la intención. Por eso la impotencia no aparece en

16 Hegel, G.W.F., *Filosofía del derecho*, Barcelona: EDAF, 1988, "El matrimonio" (§§ 161-169).

17 Cfr. Ellul, Jacques, *Historia de las instituciones de la antigüedad*, Madrid: Aguilar, 1970; Rascón, Cesar, *Síntesis de historia e instituciones de derecho romano*, Madrid: Tecnos, 2008, pp. 168 ss.

los códigos como un vicio de consentimiento, sino como una incapacidad física.

“Si la edad puede incluirse, con alguna reserva, entre los impedimentos por incapacidad física, el de impotencia, sin necesidad de ulteriores precisiones, debe incluirse con todo rigor en este mismo grupo. Esto es evidente, porque para que varón y mujer sean capaces para el matrimonio deben ser capaces para realizar el acto conyugal, al que aquél se ordena por su propia naturaleza. De ahí que en el proceso de elaboración del Código de 1983 se rechazara la propuesta de trasladar el régimen de la impotencia a la parte sistemática dedicada al consentimiento matrimonial, precisamente aduciendo que la impotencia es algo objetivo, que existe entitativamente, y que es deficiencia personal de orden físico, no referible -a pesar de ciertos puntos de afinidad- con las enfermedades psíquicas, insertas en la temática del consentimiento matrimonial”¹⁸.

La ausencia de la esterilidad como causa de nulidad y la presencia de la impotencia como motivo para ello, significa una redefinición del matrimonio, que mira menos al contrato real con vistas a la generación de la prole, para asimilarse más al contrato de prestación subjetiva con referencia a la “esperanza de prole”. La esencia del matrimonio gravita menos sobre la prole y más sobre la unión conyugal, concebida como una acción voluntaria mediada efectivamente por la voluntad de los cónyuges. Lo esencial es lo voluntario y eso es lo que regula el derecho, la unión sexual, y no la generación de la prole.

“El acto conyugal se concibe como un derecho subjetivo, y no como un derecho real, es decir, como un derecho mediado por la voluntad libre de otro sujeto, y no como derecho al disfrute de la cosa sin que medie voluntad otorgante de ningún tipo, según la doctrina moderna.

“Pero aunque el acto conyugal sea un derecho subjetivo, la procreación solo puede ser un derecho real, es decir, el otorgamiento de algo por parte de la cosa sin que medie voluntad alguna, dado que la cosa carece de voluntad por definición.

“El derecho al acto sexual no es, pues, el derecho a la procreación, que en cuanto tal parece que queda excluido del derecho al matrimonio, del *ius connubi*, entendido en clave moderna.

18 <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/impedimento-de-impotencia/>

“Y es el de que si el c. 1.055, 1, en línea con una constante tradición legislativa, entiende ordenado por su misma índole natural el matrimonio a la generación de la prole, tal ordenación no ha de entenderse, por lo menos primordialmente, como procreación efectiva, sino como *spes prolis*. De modo que, para la validez del matrimonio, el fin de la generación tiene que estar presente en el pacto conyugal *in suis principiis*, en su potencialidad. Dado que todo el proceso generativo no está al alcance de la voluntad de los cónyuges, sólo es necesario que esté ordenado a la generación de parte de dicho proceso cuya actividad depende de los esposos. Basta, por tanto, un acto conyugal potencialmente orientado a la prole (potencia sexual, en sentido técnico), con independencia de que en el transcurso de la vida conyugal la efectiva generación cobre o no realidad (esterilidad)”¹⁹.

La unión sexual es una acción física realizada mediante un órgano corporal sobre otro, y por eso el impedimento de impotencia pertenece al orden de las capacidades físicas y no al de la intención del sujeto.

6. LA SUPRESIÓN DEL IMPEDIMENTO DE IMPOTENCIA EN EL DERECHO CIVIL.

A partir de la revolución sexual de los años 60, cuando se difunden las legislaciones divorcistas y abortistas, el derecho civil de la mayoría de los países suprime el impedimento de impotencia como requisito para la validez del contrato matrimonial, mientras que lo mantiene el derecho canónico.

La impotencia es definida por la doctrina jurídica como una incapacidad para una determinada secuencia de los actos de erección del pene, penetración vaginal y eyaculación en cuello de útero y útero de los espermatozoides, con lo cual queda también definida la unión conyugal en términos de acción física y efecto de la acción.

El canon 1.084 establece: «1. La impotencia antecedente y perpetua para realizar el acto conyugal, tanto por parte del hombre como de la mujer, ya absoluta, ya relativa, hace nulo el matrimonio por su propia naturaleza.

19 *Ibidem*.

2. Si el impedimento de impotencia es dudoso, con duda de hecho o de derecho, no se debe impedir el matrimonio ni, mientras persista la duda, declararlo nulo.

3. La esterilidad no prohíbe ni dirime el matrimonio, sin perjuicio de lo que se prescribe en el c. 1.098».

La supresión del impedimento de impotencia en los movimientos civiles es una privatización del sexo en la línea de los movimientos privatizantes del último tercio del siglo XX, como la eliminación del patrón oro, la privatización de la banca, de las infraestructuras y medios de comunicación, de las fuentes de energía, etc.

Esas privatizaciones no son una moda generalizada sin más. Son la expresión de una transferencia de competencias y responsabilidades del estado a la sociedad civil, de la persona jurídica que representa a la objetividad, a las personas jurídicas y personas físicas que representan de un modo más preciso a las subjetividades singulares. Son una transferencia del derecho de la objetividad al derecho de la subjetividad, que a su vez tiene como correlato un mejor aprovechamiento de los recursos, que se ajustan más discriminada y eficientemente a las necesidades de los particulares.

El tránsito del derecho de la objetividad al derecho de la subjetividad viene también imperado desde la economía porque un aparato estatal que discrimina poco las necesidades y problemas, y que asigna los recursos indiscriminadamente, es mucho más caro que un aparato estatal que discrimina más. Por eso el último tercio del siglo XX asiste también al tránsito de un nuevo modelo de estado, más entrelazado con la sociedad civil en las tareas de prosecución del bien común.

La privatización del sexo y la supresión del impedimento de impotencia se inscriben en esta línea de creciente discriminación de una pluralidad de problemas y de soluciones en la ejecución de los contratos matrimoniales.

En el último tercio del siglo XX no hay una forma única ni 'normal' de penetrar, eyacular, fecundar y generar, ni hay una única 'normalidad' en la secuencia de todos esos actos. Los procedimientos mecánicos, farmacológicos y quirúrgicos que permiten la erección *ad casum*, la eyacuación *ad casum*, la fecundación *ad casum* y la generación *ad casum*, han sustituido a la antigua 'normalidad'. Por eso el estado y la sociedad se

inhiben de la supervisión y control de la ejecución del contrato matrimonial y lo confían directamente a los interesados. En sociedades como las de finales del siglo XX, la supresión del impedimento de impotencia opera más en favor del *ius connubi* que en su contra. Más aún, el mantenimiento de dicho impedimento es más perjudicial que beneficioso para tal derecho.

El mantenimiento por parte de la Iglesia Católica del impedimento de impotencia significa una consideración del contrato matrimonial más en clave de derechos reales que en clave de derechos subjetivos, en dirección opuesta a la de la evolución hacia los derechos subjetivos, que se expresa en la sustitución del 'impedimento' de esterilidad por el impedimento de impotencia.

Con todo, la Iglesia católica acepta y prefigura en algún sentido la supresión del impedimento de impotencia, a saber, cuando admite la legitimidad de los procedimientos mecánicos, farmacológicos y quirúrgicos que hacen posible la erección *ad casum*, y cuando admite algunas formas de inseminación artificial. Es esto lo que contrasta más con la persistencia del impedimento de impotencia en su ordenamiento.

Si la impotencia ya no es lo que era, y si ya no se puede mantener su antigua definición como *impotentia coeundi* habitual, ¿por qué mantenerla como impedimento? Es decir, ¿por qué mantener el impedimento de impotencia cuando la impotencia quizá ha dejado de existir o, si existe, ha dejado de ser definible? Es más sensata la negativa de la institución a custodiar un pene de platino iridiado, un pene DIN- A4, cuando la libertad subjetiva cuenta con recursos para desplegar su creatividad biológica según modalidades no contempladas por la norma.

7. LA PROLE COMO DERECHO SUBJETIVO. INSEMINACIÓN ARTIFICIAL Y MASTURBACIÓN.

La oscilación del ordenamiento canónico entre el estilo antiguo y el moderno en relación con el matrimonio, más parece falta de reflexión y aturdimiento que búsqueda serena de una síntesis equilibrada. El apego del ordenamiento canónico a la consideración de los procesos intersubjetivos en clave de derechos reales, y el aturdimiento, se percibe, dentro de la aceptación de algunas formas de inseminación artificial como le-

gítimas, en las formas que se establecen como legítimas para la obtención del semen.

En efecto, la forma legítima de obtenerlo es la realización del acto conyugal completo con un preservativo agujereado, de tal manera que sin alterar el proceso natural de eyaculación abierta a la procreación, pueda obtenerse el semen restante y utilizarlo después para formas artificiales de fecundación. Cualquier otra forma más elemental de obtenerlo, por ejemplo la masturbación, se tiene por ilegítima al considerarse antinatural.

Si lo que subjetivamente se persigue es la fecundación y la procreación, cuya esperanza es requisito para la validez del matrimonio como se ha dicho, no tiene sentido prohibir la obtención del semen por masturbación con ese fin. La doctrina moral tradicional considera la masturbación antinatural porque la asimila al onanismo, al *coitus interruptus* o a la eyaculación extra-vaginal, pero en la obtención de semen para la inseminación artificial lo que se busca es, muy al contrario, una eyaculación para procrear ¿Por qué entonces se asimila al onanismo? ¿Cuándo, por qué y para qué se asimiló la masturbación al onanismo? ¿No fue para redimir el sexo de su consideración demoníaca? ¿Y cuándo empezó el sexo a ser considerado algo demoníaco?

La masturbación, la felación, las diversas formas de coito anal, el *coitus interruptus* y la mayoría de lo que ahora se consideran prácticas pornográficas (y en épocas anteriores demoníacas), son a comienzos del neolítico formas rituales de impetración de la fecundidad vegetal y animal, modalidades del culto por el que se implora a los poderes divinos la bendición de abundantes cosechas y de abundantes partos del ganado, y modos de emular y de inducir la armonía de los ciclos de la fecundidad cósmica. Las actividades calificadas como ‘pornográficas’ a partir del siglo XIX en los medios protestantes, y en concreto en la cultura victoriana, son a comienzos del neolítico actividades que tienen un sentido ritual, es decir, sentido religioso, moral y terapéutico, que todavía conservan en algunos medios culturales²⁰.

Así es como se interpretan la cerámica erótica de la cultura andina de los mochicas (100 dC-800 dC), las prácticas chinas análogas de épocas

20 Beck, Marianna, “The Roots of Western Pornography: Victorian Obsessions and Fin-de-Siècle Predilections”. *Libido, The Journal of Sex and Sensibility*. May 2003.

anteriores, el *Kama-sutra* hindú (400 AdC-200 AdC), e incluso los dibujos del papiro erótico de Turin, correspondiente al Egipto del 1150 a. C., que es el más similar por su contenido a lo que en el siglo XX y XXI puede entenderse por pornografía²¹. Parte de estas actividades adoptan más tarde formas rituales de magia negra y de cultos satánicos, Las formas rituales de la actividad sexual, tanto las ortodoxas como las heterodoxas, son las que, se secularizan y pasan a ser consideradas pornografía.

La apelación a la naturaleza y al proceso de procreación humana se produjo en el seno de la cultura euro-cristiana para resolver un problema que otros (la gnosis maniquea) habían planteado y a resultas de lo cual el sexo había quedado completamente infectado de “concupiscencia”, pero ¿qué necesidad hay de mantener unas soluciones para unos problemas que ya no existen, y que no pueden ser percibidas como ‘soluciones’ sino como obstáculos? Tiene menos sentido que la prohibición hebrea de encender fuego en sábado con un mechero porque el mechero usa pedernal y usar el pedernal es trabajo.

La consideración del sexo como pecaminoso según la noción de concupiscencia, se agrava en occidente a partir del siglo XVIII, cuando la ciencia ilustrada asimila la masturbación al onanismo como hacía la moral cristiana. La alarma respecto de la masturbación se extiende a partir del libro del médico suizo Samuel-Auguste Tissot, *L’Onanisme*, de 1760, cuyas tesis son recogidas por Voltaire y Kant²², y se mantiene hasta que en el siglo XX se difunden las obras de Havellock Ellis y Freud. A partir del siglo XX los planteamientos cambian. Se considera la frigidez como una enfermedad, se estudian y difunden los beneficios de la masturbación (en relación con la frigidez, el cáncer de próstata, etc), y paralelamente el término “concupiscencia” y lo implicado en el concepto se hace cada vez más extraño.

21 Sobre la consideración de las prácticas tenidas por pornográficas en occidente como ritos de fecundidad vegetal y animal, y como ritos religiosos en las culturas neolíticas y calcolíticas de Asia y América, cfr., *Libros de amor del oriente*, Madrid: Ediciones Ibéricas, 1993; cfr., <http://www.museolarco.org> ; Bourget, Steve, *Death, Sex and Sacrifice in Moche Religion and Visual Culture*, Austin: University of Texas Press, 2006; cfr., Choza, J., *Antropología de la sexualidad*, Madrid: Rialp; 1990.

22 Laqueur, Thomas W., *Sexo solitario. Una historia cultural de la masturbación*, México: FCE, 2007; para una bibliografía completa sobre el tema, actualizada a 2013, cfr. <http://en.wikipedia.org/wiki/Masturbation>

El procedimiento legítimo en el catolicismo de obtención del semen para la inseminación artificial resulta un tanto rocambolesco y chocante para la sensibilidad de una sociedad civil como la del siglo XXI, que no es capaz de ver la actividad sexual en el orden de los derechos reales con una marginación tan desconsiderada del orden de los derechos subjetivos. Y no es capaz porque los recursos técnicos y médicos en relación con la impotencia y la inseminación artificial, han transportado la generación de la prole del orden de los derechos reales al orden de los derechos subjetivos.

El ordenamiento canónico y la doctrina de la Iglesia, mantienen ese enfoque sobre la obtención del semen porque en lo referente a la moral sexual permanecen atrapados en la noción de naturaleza y en el derecho de la objetividad. Y están atrapados al menos de dos modos:

1.- En cuanto que consideran a la naturaleza como primordial fundamento de la norma moral.

2.- En cuanto considera a la norma desde el punto de vista de la prioridad de la objetividad sobre la persona.

Estos criterios aparecen notablemente vivos en el *Catecismo de la Iglesia Católica* (CEC) de 1992, especialmente en la tercera parte, donde se encuentra la exposición del orden moral²³.

Pero junto a estos planteamientos, por otra parte, el ordenamiento canónico y la doctrina de la Iglesia, aparecen en otras ocasiones más inclinados a la consideración del sexo en el orden de los derechos subjetivos que en orden de los derechos reales. Uno de los lugares donde puede percibirse esa inclinación es en el tratamiento del tema de la masturbación en el CEC.

“2352 Por *masturbación* se ha de entender la excitación voluntaria de los órganos genitales a fin de obtener un placer venéreo. “Tanto el Magisterio de la Iglesia, de acuerdo con una tradición constante, como el sentido moral de los fieles, han afirmado sin ninguna duda que la masturbación es un acto intrínseca y gravemente desordenado”. “El uso deliberado de la facultad sexual fuera de las relaciones conyugales normales contradice a su finalidad, sea cual fuere el motivo que lo determine”. Así, el goce

23 Cfr., Choza, J., *Metamorfosis del cristianismo. Ensayo sobre la relación entre religión y cultura*, Madrid: Biblioteca Nueva, 2003, cap. 3.

sexual es buscado aquí al margen de “la relación sexual requerida por el orden moral; aquella relación que realiza el sentido íntegro de la mutua entrega y de la procreación humana en el contexto de un amor verdadero” (Congregación para la Doctrina de la Fe, Decl. *Persona humana*, 9)”.

El texto del CEC añade a continuación que “Para emitir un juicio justo acerca de la responsabilidad moral de los sujetos y para orientar la acción pastoral, ha de tenerse en cuenta la inmadurez afectiva, la fuerza de los hábitos contraídos, el estado de angustia u otros factores psíquicos o sociales que pueden atenuar o tal vez reducir al mínimo la culpabilidad moral”.

La obtención de semen por estimulación mecánica para la inseminación artificial, no debería considerarse masturbación a tenor de este nº 2352 del CEC, puesto que no es “excitación voluntaria de los órganos genitales *a fin de obtener un placer venéreo*”. Sin embargo, se considera inaceptable tal procedimiento porque se asimila a la masturbación.

En este y en los textos paralelos referentes a la masturbación, es donde se muestra la inclinación del CEC más hacia el derecho de la libertad que hacia el derecho de la naturaleza. Se muestra, en primer lugar, en la manera de enunciar la norma, pues se declara en estilo indirecto, como algo que se decía antes, y se alude a “una tradición constante” a la cual, sin embargo, no pertenecen ni el *Catecismo de Trento* de 1566 ni el *Catecismo Mayor de San Pio X* de 1905, pues en ninguno de los dos se menciona utiliza la palabra “masturbación”.

Y por otra parte, en segundo lugar, la inclinación en pro de la libertad subjetiva se muestra en la insistencia en que “el estado de angustia u otros factores psíquicos o sociales [...] pueden atenuar o tal vez reducir al mínimo la culpabilidad moral”.

En los manuales de moral de principios del siglo XX, se establece que el sexo es pecado grave *ex toto genere suo*, es decir, que no admite parvedad de materia²⁴, o dicho con otras palabras de la época, es siempre pecado mortal y no hay materia que sea menos grave en relación con el sexo. En el CEC de 1992 se dice, en cambio, que las situaciones sociales *pueden atenuar o tal vez reducir al mínimo la culpabilidad*.

24 Prümer, M., *Manuale theologiae moralis: secundum principia S. Thomae Aquinatis: in usum scholarum*, Barcelona: Herder, 1945.

No se trata del principio hermenéutico general de ajuste entre la acción concreta y la definición objetiva y universal de la norma, cosa que todo juez sabe y tiene en cuenta en cualquier sede, civil o religiosa. Se trata de que ya la misma norma se transmite relativizándose a sí misma o quizá personalizándose.

Cuando se publica el CEC la teología católica ha desarrollado ya la doctrina moral del pecado estructural y de las estructuras de pecado, para aplicarlas a la atribución de responsabilidad moral en las situaciones de desigualdades sociales injustas generadas por el capitalismo.

En relación con la regulación moral de la sexualidad parece que aplicara la misma doctrina y con más fundamento. La norma moral que regula el ejercicio de la sexualidad se encuentra formulada en el decálogo contenido en el segundo libro del *Pentateuco*, el *Éxodo*. Se trata de un código promulgado en el neolítico o en el calcolítico para sociedades agrarias sedentarias. En este tipo de sociedades la maduración sexual se alcanza en las mujeres hacia los 12 años y en los hombres hacia los 15, con una edad en la que pueden desempeñar tareas productivas en una economía agrícola y constituir una familia nuclear en el seno de las familias agrarias amplias.

En las sociedades industriales de los siglos XX y XXI los hombres y las mujeres tienden a constituir una familia y a generar la prole a partir de los 30 años, que es cuando son socio-laboralmente capaces, pero la capacidad fisiológica, la madurez sexual, se sigue iniciando en las mujeres a los 12 años y en los varones a los 15. La pretensión de que también en estas sociedades la actividad sexual sea desplegada solo, siempre y toda, dentro del matrimonio y con vistas a la prole, equivale a olvidarse por completo de las personas de las sociedades contemporáneas, para atender a unos sistemas normativos diseñados para las sociedades neolíticas, aunque los haya diseñado directamente el poder divino, es decir, aunque sean revelados, porque la revelación tuvo lugar en una sociedad determinada y para una situación histórica determinada.

En ningún cuerpo revelado consta que todo lo transmitido, absolutamente todo, tenga validez absoluta en todo tiempo y lugar, por amplio que sea el volumen de lo revelado con esas características. Es decir, Dios no solo puede jugar a los dados, si quiere. También puede decirle al pueblo elegido cómo ha de construir el tabernáculo (Ex 25-31), y al apóstol

elegido como cabeza de la Iglesia cuándo y dónde pagar tributo al emperador y cómo conseguir el dinero (Mt 17, 26-27).

Los ‘pecados’ relativos al sexo de los mayores de 12 y 15 años, que han alcanzado la madurez sexual, y menores de 30 que no han podido contraer matrimonio, son ‘pecados estructurales’, de la misma manera que el desempleo de los que no acceden a un contrato laboral porque la normativa para la formalización de tales contrataos no la alcanzan el 30% de las empresas es “paro estructural”.

El ‘desempleo estructural’ así como la ‘fornicación estructural’ y la ‘masturbación estructural’, son generados por la normativa que define cómo y cuándo puede haber contrato laboral y contrato matrimonial (o equivalente), que a su vez son interdependientes entre sí en las sociedades contemporáneas. El paro estructural genera economía sumergida y la fornicación estructural genera sexualidad sumergida o clandestina, privando a las actividades económicas y sexuales de una guía y una ayuda institucional y pública para el bien de toda la sociedad, es decir, obstruyendo la referencia de las actividades económicas y sexuales a la justicia, al bien moral, que son realmente las funciones del derecho y de la moral.

El ordenamiento canónico y la doctrina de la Iglesia se debaten entre el mantenimiento de las claves antiguas de los derechos reales, de los derechos de la objetividad, y los derechos de la subjetividad de la época contemporánea. Y de la misma manera que los derechos civiles privatizan el sexo en lo que se refiere al contrato matrimonial y eliminan el impedimento de impotencia, el derecho y la doctrina de la Iglesia tienden también a privatizar el sexo en relación con el contrato matrimonial, y también a privatizar la moral sexual y a personalizarla en relación con las prácticas de la masturbación y la fornicación²⁵.

Además de haberse producido una privatización del sexo en los ordenamientos civiles y de haberse iniciado tendencias en ese sentido en los ordenamientos religiosos, a lo largo del siglo XX, se ha producido también en los dos ámbitos su personalización, y en virtud de ella el sexo pasa a un segundo plano en las relaciones matrimoniales ante

25 Estos problemas, que resultan arduos desde el punto de vista de la antropología y del derecho, resultan verdaderamente dramáticos desde el punto de vista de una moral confesional, y llevan a relaciones delicadas con las autoridades institucionales a destacados moralistas, como Bernard Häring en Alemania y Marciano Vidal en España.

el amor y ante la libertad, y tiende a resultar irrelevante. Se trata del último paso en el proceso de subsunción plena del sexo en el orden de los derechos subjetivos, que tiene diversas consecuencias, entre otras, la posibilidad de fundamentar la unión matrimonial entre personas del mismo sexo.

8. PERSONALIZACIÓN DEL SEXO Y DEL MATRIMONIO. LOS CÁNONES 1.055, 1 Y 1095, 2 Y 3.

El proceso de subsunción plena del sexo en el orden de los derechos subjetivos, y consiguientemente la personalización y singularización del sexo y el matrimonio, tiene dos momentos clave en la historia del ordenamiento canónico y de la doctrina de la Iglesia.

El primer momento es la promulgación del Código de Derecho Canónico (CIC) en 1983 (sustituyendo al de 1917) y su declaración del amor mutuo, la procreación y educación de la prole, como fines del matrimonio.

El segundo momento es la insistencia del Papa Juan Pablo II en que la esencia, la forma, el contenido y el fin del sexo es la comunicación interpersonal, porque constituye la forma más alta e íntima de comunicación entre las personas.

Por lo que se refiere a las definiciones jurídicas del matrimonio, el CIC de 1917 dice: “1013, 1. La procreación y la educación de la prole es el fin primario del matrimonio; la ayuda mutua y el remedio de la concupiscencia es su fin secundario”.

Por su parte, el CIC de 1983 dice: “1055, 1. La alianza matrimonial, por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida, ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole, fue elevado por Cristo Señor a la dignidad de sacramento entre bautizados”.

Como se puede advertir, en 1983 no se habla de fin primario y fin secundario del matrimonio, se enumeran los conceptos sin precisar orden, pero en esa falta de precisión se sitúa en primer lugar la expresión “bien de los cónyuges”, en segundo lugar “la generación”, y en tercer lugar “educación de la prole”. Además, ha desaparecido el término “concupiscencia”, que para un lector del siglo XXI resulta muy extraño.

El término “concupiscencia” aparece en 1 Jn 2,16, lo elabora teológicamente Agustín y se utiliza en la enseñanza de la Iglesia con toda naturalidad hasta finales del siglo XX. El CIC de 1983 lo omite donde el de 1917 lo utilizaba. El Catecismo de la Iglesia Católica de 1992 lo utiliza, desde la primera vez en el n. 277 hasta la última, en el n. 2534, en un sentido técnico y con conciencia de que el lector medio, a quien se dirige el texto, no lo comprende. Por eso frecuentemente explica su significado o lo pone entre comillas.

Cuando se publica el Código en 1983 ya se ha elaborado y desarrollado el concepto de “paternidad responsable” y se han difundido los procedimientos “naturales” de control de la natalidad²⁶.

Hay una cierta congruencia entre el CEC de 1566 y el CIC de 1917, con su consideración del fin primario y el fin secundario del matrimonio en los términos señalados, por una parte, y entre el CIC de 1983 y el CEC de 1992 y su no diferenciación entre tales fines²⁷.

Ciertamente desde el CEC y el CIC del Concilio de Trento hasta los del Vaticano II hay un incremento del protagonismo de los derechos subjetivos en relación con los derechos reales en el ordenamiento, en general y a propósito del matrimonio en particular. El desarrollo del concepto de paternidad responsable es un índice de ese proceso, además de significar una ‘privatización’ de los fines del matrimonio en esa línea.

Junto a esta privatización de los fines del matrimonio y de la moral, se da también una personalización del sexo, de la moral en general, y del derecho, que dentro del ámbito católico tiene como uno de sus protagonistas principales al teólogo Karol Wojtyła, el cual mantiene sus posiciones filosóficas y teológicas posteriormente como Papa Juan Pablo II.

Juan Pablo II en sus planteamientos pastorales, por una parte se pronuncia repetidas veces afirmando la dignidad personal de los homosexuales, y por otra parte en sus planteamientos teóricos considera el movimiento gay como el despliegue de una ideología que atenta

26 La exhortación apostólica *Familiaris consortio* de Juan Pablo II, es de 1981, y asume y desarrolla la doctrina de la paternidad responsable que se inicia con Pablo VI.

27 Cfr. Choza, J., *Metamorfosis del cristianismo*, cit. cap. 3.

contra el hombre. Pero el orden de la razón práctica y el de la razón teórica tienen sus propias dinámicas y autonomías, también cuando se trata de las de un sumo pontífice de la Iglesia.

Karol Wojtyła, aunque conoce el pensamiento de Tomás de Aquino, es y se declara un fenomenólogo y un personalista, y, sobre todo, las tesis que afirma y algunas de sus actuaciones corresponden a eso.

En la concepción de la esencia humana de Karol Wojtyła, y en la de Juan Pablo II, lo decisivo es la realización de la persona, que consiste en la integración a través de la acción consciente, de las dimensiones físicas, fisiológicas, afectivas, volitivas e intelectuales. Lo que el hombre es viene dado fundamentalmente no tanto por su naturaleza como por su actuación en la vida. La dimensión de la realidad natural, física, se asume y realiza completamente en el orden de la libertad y la conciencia, y ahí es donde se juega el ser del hombre.

Así es como aparece en obras fundamentales para su pensamiento y para el tema del sexo y el matrimonio, como *Amor y responsabilidad*, de 1960 y *Persona y acción* de 1969²⁸. Desde esta perspectiva, en su obra se muestra una nueva autoconciencia humana de la sexualidad, en la cual el sexo no se describe tanto como poder generante cuanto como forma suprema de comunicación, de una comunicación amorosa en la cual se integran las dimensiones de la persona, y donde lo que está en juego es la singularidad.

Esta perspectiva se deja sentir en la redacción del canon 1.055, 1 y en la del 1.095. 3 del Código de Derecho Canónico de 1983, que se contemplan en algunas causas de nulidad matrimonial.

“1095. 1095 Son incapaces de contraer matrimonio: 1 quienes carecen de suficiente uso de razón; 2 quienes tienen un grave defecto de discreción de juicio acerca de los derechos y deberes esenciales del matrimonio que mutuamente se han de dar y aceptar; 3 quienes no pueden asumir las obligaciones esenciales del matrimonio por causas de naturaleza psíquica”.

28 Cfr., Wojtyła, K., *Amor y responsabilidad*, Madrid: Razón y Fe, 1979, *Persona y acción*, Madrid: BAC, 1982.

El CIC ya había enumerado en otros lugares, en diversos momentos de su desarrollo, qué es lo que había que considerar como causas de nulidad de naturaleza psíquica. Entre ellas se cuentan:

Canon 689, la enfermedad física o psíquica,

Canon 1041, la amencia u otra enfermedad psíquica,

Canon 1044 la situación de amencia o de otra enfermedad psíquica,

Canon 1051 el estado de salud física y psíquica.

Se añade ahora:

Canon 1095, 3 por causas de naturaleza psíquica.

Este punto parece referirse a causas de naturaleza psíquicas *no patológicas*, pues las patológicas ya están indicadas en los citados cánones.

Los comentaristas y la doctrina apuntan que la incapacidad de asumir las tareas, que no se debe a enfermedad ni a falta de salud transitoria, se puede deber, por ejemplo, a un tipo de dependencia no patológica de un contrayente con uno de sus progenitores que impediría la comunión matrimonial con el otro cónyuge²⁹; por ejemplo, a una serie de anomalías psíquicas, trastornos psicosexuales y de otro tipo, que sin llegar a ser patológicos, impedirían el discernimiento sobre el contenido del consentimiento³⁰; por ejemplo, a un tipo de incompatibilidad de carácter con el otro cónyuge que impediría esa comunión, o cosas de esa índole. Es decir, el consentimiento matrimonial es nulo porque no hay suficiente conocimiento de algunas incapacidades que impedirán la comunicación personal adecuada entre los cónyuges.

9. LA IMAGEN DE DIOS EN EL SEXO, EL AMOR Y EL MATRIMONIO.

La incapacidad de comunicación personal, teniendo en cuenta que el amor es la forma suprema de comunicación entre las personas, hace nulo el matrimonio. Los contrayentes son incapaces del sacramento si falta amor o si no están enamorados, por las causas que sean y si esas causas van a persistir. Las expresiones 'amar' y 'estar enamorados' re-

²⁹ Cfr., <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/impedimento-de-impotencia/>

³⁰ Viladrich, P.J., Comentarios al c. 1095, *Código de Derecho Canónico*, Edición anotada a cargo del Instituto Martin de Azpilicueta, Pamplona: EUNSA, 1992, p. 657.

sultan un tanto chocantes en un discurso jurídico, pero si se usan otras equivalentes y se dice que un matrimonio es nulo si falta la *affectio maritalis*, y esa falta va a persistir, por las causas que sean, entonces ya no resulta tan chocante. La falta de *affectio maritalis* es lo que cancelaba el matrimonio en el derecho romano porque es lo que constituía su esencia, como se ha dicho.

El canon 1.055, 1 y el 1095.3 pueden interpretarse y se interpretan en ese sentido, en el de que no hay matrimonio si no hay un enamoramiento y un amor tal que la realización plena de cada cónyuge como persona pueda alcanzarse con la mediación del otro, un amor tal que la integración de las diversas dimensiones de la persona pueda lograrla cada uno de los cónyuges gracias al otro³¹.

El derecho y la filosofía de Roma no tenían recursos para decir esto así, ni la *affectio maritalis* podía querer significar tanto. Pero la fenomenología y el personalismo del siglo XX, sí. La redacción de los cánones 1.055, 1 y 1.095, 3 es el modo de expresar en clave jurídica lo que la filosofía y la teología del siglo XX saben y dicen sobre el amor. Desde este punto de vista, lo que hay que decir en clave jurídica es, por una parte, que la *affectio maritalis* en este sentido escapa quizá a la determinación jurídica y a la prueba, y que por eso los impedimentos del matrimonio son infinitos, como sostiene la doctrina y como explica Tomás de Aquino³².

Esta manera de concebir y expresar el amor es, por otra parte, de profunda raigambre teológica, y puede reconducirse a los análisis y descripciones de las procesiones trinitarias que se encuentran desde Agustín en adelante³³. Si hay amor y puede llegarse a la realización de una persona mediante la otra, que es lo que ocurre en las procesiones trinitarias, puede haber matrimonio sacramental, y si no puede llegarse a esa realización, no puede haberlo.

31 Cfr., Muñoz de Juana, José M^a, : *La falta de amor como causa de nulidad de matrimonio*, Revista Española de Derecho Canónico (Vol. 67, n^o 168, junio 2010) y *Consentimiento matrimonial y sentido de la realidad en los trastornos psicológicos* (Vol. 69, n^o 173, junio 2012).

32 *Summa Theologiae*, I-II, q 84 a. 1-3.

33 Sobre la unión sexual como imagen de las procesiones trinitarias, Cfr., Choza, J., *Historia de los sentimientos*, cit., cap. 3 “La plenitud del amor”.

En este enfoque del matrimonio la naturaleza y el sexo en sus dimensiones físicas no son lo más relevantes según esencia comunicativa. La doctrina tradicional se mantiene en sus aspectos esenciales. El consentimiento matrimonial tiene como objeto el contrato matrimonial, no el acto conyugal. Pero se acentúa como más esencial algo que antes no se había acentuado tanto, y se personaliza mucho, y es la imagen de Dios en el sexo, en el amor y en el matrimonio.

La teología cristiana occidental no registra vestigio de la trinidad en el cuerpo sexuado, pues el sexo está impregnado por la 'concupiscencia'. La doctrina de la triple concupiscencia apuntada, como se ha indicado, en 1 Jn, 12, 16 a saber, concupiscencia de la carne (del sexo, lujuria), concupiscencia de los ojos (de las riquezas, avaricia) y soberbia de la vida (de la propia excelencia, egolatría), la elabora Agustín, la reelabora Tomás de Aquino y la actualiza en clave contemporánea Heidegger³⁴. Aunque la doctrina tomista de la concupiscencia es muy matizada, esa preocupación por ella no permite en el cristianismo paulino la percepción de los vestigios de la trinidad en el sexo³⁵. Pablo ve en el matrimonio una imagen de la unión de Cristo con la Iglesia (Ef 5, 32), pero no una unión de las personas trinitarias. Eso lo ven las religiones orientales y otras religiones africanas o americanas³⁶.

En esta perspectiva se podría plantear en relación con el sexo la misma cuestión que antes se planteó con relación a la impotencia. Si es posible la procreación con los diversos recursos mecánicos, farmacológicos y quirúrgicos que en el siglo XXI confinan la impotencia al pasa-

34 Cfr., Agustín, *Confesiones*, Libro X, caps. 23-38; *Summa Theologiae*, III, q. 50 artículo único, "Utrum matrimonio convenienter impedimenta assignetur"; Heidegger, M., *Estudios sobre mística medieval*, Madrid: Siruela, 1997. Esta doctrina y la situación sociocultural del siglo XXI, apunta a la conveniencia de una nueva formulación de la disciplina del sacramento del matrimonio, para hacer posible la certeza del sacramento y conferirle la dignidad que le corresponde. Una posibilidad sería recuperar alguna antigua forma de los esponsales, y establecer entre esponsales y matrimonio un tiempo indefinido, como el que en los primeros siglos del cristianismo correspondía al catecumenado previo al bautismo de los adultos.

35 Para Tomás de Aquino y los moralistas medievales, en la delectación y goce venéreos hay siempre pecado venial, también en el de los esposos legítimos. Cfr. *Summa Theologiae*, III, q 41 a 2; q. 49 a 4.

36 Cfr., Panikkar, Raimon, *La Trinidad. Una experiencia humana primordial*, Madrid: Siruela, 1998.

do, y no tiene mucho sentido mantenerla como impedimento, ¿qué pasa si el enamoramiento, el amor y la realización personal de un ser humano se da respecto de otro del mismo sexo y puede lograrse plenamente a través de ese otro?, ¿no se daría también en esa unión una imagen de Dios trino y no podría haber, por tanto, verdadero matrimonio?

Si Pablo ve en la Iglesia a la esposa y en Cristo al esposo, el cristianismo ve en Dios Padre la figura paterna y la materna a la vez. Así lo expone Juan Pablo II en la encíclica *Dives in misericordia*, aludiendo a que el término hebreo utilizado para decir 'misericordia' y 'entrañas de misericordia', *rahmin*, significa útero, matriz, un órgano específicamente femenino³⁷.

La dualidad masculino-femenino no solamente se da en el padre. Se da también en el hijo y en el espíritu, se da en cada ser humano varón y en cada ser humano mujer. Se da en el lenguaje: en todos los lenguajes humanos hay tres personas, yo, tú y él/ella, y en las tres puede encontrarse género, número y caso en casi todos los idiomas. Se da en cada alma humana, como sostenía Jung y en tantas otras configuraciones de la naturaleza³⁸. Por eso en los matrimonios y parejas homosexuales, un cónyuge adopta funciones más bien masculinas y el otro funciones más bien femeninas, porque los dos tienen en el cuerpo y en el alma las dos imágenes, las dos formas, las dos fuerzas.

Y si puede haber enamoramiento, amor y realización de cada uno de los amantes mediada por el otro, ¿por qué no va a poder haber adopciones o inseminaciones artificiales de donantes ajenos? ¿Es que la ampliación de la comunidad familiar por ese medio borraría la imagen de Dios trino en el sexo, en el amor y en el matrimonio de esa pareja? ¿Es que la modalidad de la dualidad masculino/femenino en las parejas homosexuales no transmite a la prole el sentido y el valor de esos dos modos de ser?

La imagen de Dios trino en el sexo y en el amor es un asunto diferente de la presencia y acción de Dios en el sacramento del matrimonio, pues los sacramentos, además de la estructura y la función litúrgica,

37 Cfr., Juan Pablo II, *Dives in misericordia*, n. 4.

38 Cfr., Panikkar, Raimon, *La Trinidad*, cit, pp. 25-26.

jurídica y cultural, tienen una entidad que se dilucida en el orden dogmático.

Entre los teólogos parece que hay cada vez más acuerdo sobre la validez de la administración del sacramento del orden a la mujer, y sobre que la mujer al recibirlo recibe también todos los poderes sobrenaturales que le son inherentes (consagrar la eucaristía y absolver de los pecados). Es decir, la mujer, desde el punto de vista de la teología sacramentaria es sujeto capaz del sacramento del orden. La cuestión sobre si dos personas del mismo sexo son sujetos capaces, y por tanto ministros válidos, del sacramento del matrimonio apenas está planteada.

Se pueden asumir como moral, jurídica y religiosamente legítimas una gran variedad de formas de relaciones amorosas y sexuales, incluidas las que se establecen entre personas del mismo sexo. Pero la legitimación de esas formas deja intacta la cuestión de si esa unión se puede convertir o no en sacramento del matrimonio.

El 11 de noviembre de 1563, en la sesión XXIII del Concilio de Trento, se aprobó el decreto *Tametsi* sobre el matrimonio tras un muy prolongado debate. No se llegaba a un acuerdo sobre si se podía establecer el requisito de la forma pública como condición para la validez del sacramento del matrimonio, es decir, si la Iglesia tenía potestad para modificar de ese modo la institución de un sacramento que había sido instituido por Cristo sin alusión a su forma, y practicado de modo informal durante muchos siglos, si la *potestas claviun*, el poder de atar y desatar de la Iglesia, tenía tanto alcance³⁹.

Si la cuestión de la validez sacramental del matrimonio entre personas del mismo sexo se planteara, no iba a ser menos prolongada ni menos compleja. Si se resolviera en el sentido de la invalidez sacramental de ese matrimonio, de la incapacidad de la Iglesia para legitimarlo, o se llegara a una duda insuperable sobre la cuestión, entonces se podría aceptar una unión de ese tipo en el orden litúrgico, jurídico y moral, pero la diferencia en el orden teológico con la unión sacramental habría que marcarla de algún modo. Por ejemplo denominando “matrimonio sacramental” al que implica la realidad del sacramento y “matrimonio

39 Arechederra, L., *El matrimonio informal. (Nadie puede querer, lo que realmente quiere, sin quererlo)*, Revista Chilena de Derecho, vol. 21 n 2 pp. 227-231 (1994)

eclesiástico” al que no la implica. La cuestión de la nomenclatura podría desencadenar también prolongados debates.

En los casi veinte años transcurridos desde la publicación del Catecismo de 1992 hasta el acceso al pontificado de Francisco I en 2013, las propias parejas homosexuales han mostrado al resto del mundo con sus propias vidas que todas esas preguntas tienen una respuesta positiva.

En un contexto cultural como el de la Europa de los 50, incluso de los 80, el movimiento gay podía verse como una ideología amenazante para lo humano, pero no en un mundo globalizado como el de la segunda década del siglo XXI. En el año 2000 el número de norteamericanos que tenían conocimiento de la homosexualidad o lesbianismo de algunos amigos o colegas por información directa de ellos mismos era del 50%, en el 2013 era del 80%, y el número de norteamericanos que conocían parejas o familias homosexuales con una vida tan normal como la de los heterosexuales crece a un ritmo mayor. Por eso el matrimonio homosexual y la familia homosexual en 2014 tiene un reconocimiento oficial u oficioso en todo el mundo excepto en los países con régimen confesional islámico⁴⁰.

El movimiento gay no puede verse ya como una amenaza para lo humano, y más bien puede verse como una manera de superar la visión unidimensionalmente patriarcal que el cristianismo y el catolicismo greco-romano tienen del espíritu y del cuerpo humanos, vigente en occidente durante los últimos veinte siglos. Lo más probable es que el movimiento gay mismo desaparezca como movimiento y que la homosexualidad deje de percibirse, no porque esté oculta, sino porque constituya una diferencia irrelevante en la vida social, como lo es ahora que entre las personas que fuman o que están tras la ventanilla de un banco haya mujeres además de hombres.

No es previsible que las instituciones religiosas, responsables del derecho público religioso, acojan la vida real y la faciliten al ritmo que lo hacen las instituciones civiles con el derecho público secular. No es

40 Sobre el desarrollo del movimiento gay y el reconocimiento del matrimonio homosexual en el mundo a comienzos del siglo XXI, cfr., *The Economist*, vol 433 n° 8908, october 11th-17th 2014.

previsible que el derecho público religioso llegue a un reconocimiento del derecho de la libertad subjetiva, o a una disciplina del matrimonio y de la familia, al ritmo que lo ha hecho el derecho público secular. No es previsible que las instituciones religiosas ayuden a sus fieles en las fases de transformación del incremento de población, movilidad laboral, social y geográfica, aumento de las expectativas de vida, cambio de las formas de reproducción, emergencia de nuevos modelos de matrimonio y de familia, propias de los comienzos del siglo XXI.

No es previsible dada la inercia psico-social de los sistemas y sub-sistemas culturales, pero el análisis y la exposición teórica de esa dinámica y del sentido de los cambios, en el plano de la historia del derecho, de la filosofía y de la teología, puede ayudar a esas instituciones religiosas a mirar esos cambios no como una amenaza para lo humano o para la religión, sino como un pacífico logro, perteneciente al desarrollo de la esencia humana, que mantiene y aumenta su semejanza con la divina a través de sus cambios. En este recorrido histórico por la institución del matrimonio, desde el punto de vista cultural, moral y jurídico, se puede advertir el protagonismo creciente que asume la libertad personal en la vida humana y en sus expresiones y regulaciones históricas y culturales, de manera que las instituciones civiles y religiosas ubicar más conscientemente sus acciones y decisiones en los procesos histórico-culturales.

Se decía al comienzo que el derecho es el reconocimiento y la expresión del acontecer de la vida y de la verdad de la vida, que ese reconocimiento y esa expresión protegen y sacralizan ese acontecer, y que la vida no acontece siempre de la misma manera, con las mismas capacidades físicas, psíquicas y espirituales. Todo tiene su tiempo. La vida tiene uno, el derecho otro, y la teoría otro. Puede ser que haya desajustes y falta de sintonía en los tres tiempos, pero la vida no se equivoca en el suyo, y el reconocimiento de la vida, la conciencia de lo que ella es, a la larga, tampoco.