

CARMEN PEÑA GARCÍA \*

## **GRAVE DEFECTO DE DISCRECIÓN DE JUICIO Y HOMOSEXUALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA POSTCODICIAL**

En relación a la cuestión de la incidencia de la homosexualidad en la validez del matrimonio, se percibe en líneas generales, en la doctrina y la jurisprudencia canónica, una excesiva focalización en torno al canon 1095, 3.º, de modo que se dejan de lado otras dimensiones del fenómeno homosexual que pueden tener relevancia jurídica. En efecto, desde que, a finales de los años 60, la Rota Romana comenzó a desarrollar, en supuestos de homosexualidad, el novedoso capítulo de incapacidad para asumir las obligaciones esenciales del matrimonio, tanto la jurisprudencia como la doctrina canónica han centrado en este capítulo su reflexión sobre la relevancia jurídica de la homosexualidad, lo que ha provocado un cierto olvido de otros causales de nulidad que pueden darse igualmente cuando contrae matrimonio un sujeto con tendencias homosexuales.

A este respecto, uno de los capítulos en que más se ha notado este giro jurisprudencial producido tras el Concilio es precisamente el del grave defecto de discreción de juicio, el cual ha desaparecido prácticamente de la reflexión canónica relativa a la incidencia de la homosexualidad en la validez del matrimonio. A nuestro juicio, sin embar-

---

\* Facultad de Derecho Canónico. Universidad Pontificia Comillas. Madrid.

go, un conocimiento adecuado de las características y tipología de la homosexualidad puede arrojar interesantes consideraciones en torno a la discreción de juicio de los sujetos que presentan esta orientación sexual.

## I. BREVE DESCRIPCIÓN DEL FENÓMENO HOMOSEXUAL

La homosexualidad es un fenómeno complejo, que admite aproximaciones pluridisciplinarias, y que presenta cuestiones de gran interés en todos los ámbitos de estudio<sup>1</sup>. No obstante, por las limitaciones de este trabajo, nos centraremos en aquellas cuestiones que guarden una relación directa con el objeto de nuestro estudio: el grave defecto de discreción de juicio.

---

<sup>1</sup> Entre las aproximaciones recientes a la cuestión homosexual, hechas desde diversas perspectivas, cabe citar, entre otros: AA.VV., *Gay and lesbian studies reader*, Nueva York 1993; AA.VV., *Homosexualidad: ciencia y conciencia*, Santander 1981; V. J. ALIAGA - J. M. CORTÉS, *Identidad y diferencia. Sobre la cultura gay en España*, Madrid-Barcelona 2000; R. M. BAIRD - M. K. BAIRD (ed.), *Homosexuality: debating the issues*, Nueva York 1995; R. BAYER, *Homosexuality and American Psychiatry: the politics of diagnosis*, Princeton 1987; J. BOSWELL, *Cristianismo, tolerancia social y homosexualidad*, Barcelona 1993; X. M. BUXAN (ed.), *Conciencia de un singular deseo. Estudios lesbianos y gays en el Estado Español*, Barcelona 1997; C. CARDIN, *Guerreros, chamanes y travestis*, Barcelona 1989; J. COLEMAN, *Revolución y hermenéutica homosexual: Concilium* 193 (1984) 433-448; ÍDEM, *Homosexuality: catholic teaching and pastoral care*, Nueva York 1995; D. ERIBON, *Reflexiones sobre la cuestión gay*, Barcelona 2001; J. M. FINNIS, *Derecho, moral y orientación sexual: Persona y Derecho* 41 (1999) 583-620; J. GAFO (ed.), *La homosexualidad: un debate abierto*, Bilbao 1996; A. GARCÍA VALDÉS, *Historia y presente de la homosexualidad*, Madrid 1981; D. F. GREENBERG, *The construction of homosexuality*, Chicago 1988; J. A. HERRERO BRASAS, *La sociedad gay. Una invisible minoría*, Madrid 2001; J. N. KATZ, *The invention of heterosexuality*, Nueva York 1995; E. KOSOFSKY SEDGWICK, *Epistemología del armario*, Barcelona 1998; S. LE VAY, *El cerebro sexual*, Madrid 1995; ÍDEM, *Queer science: the use and abuse of research into homosexuality*, Cambridge 1996; McWHIRTER - SANDERS - REINISCH, *Homosexuality/Heterosexuality: Concepts of sexual orientation I*, Nueva York 1990; R. M. MÉRIDA JIMÉNEZ (ed.), *Sexualidades transgresoras. Una antología de estudios queer*, Barcelona 2002; A. MIRABET I MULLOL, *Homosexualidad hoy*, Barcelona 1985; N. PÉREZ CÁNOVAS, *Homosexualidad, homosexuales y uniones homosexuales en el Derecho español*, Granada 1996; M. RUSE, *La homosexualidad*, Madrid 1989; J. SCHLICK - M. ZIMMERMANN, *L'homosexuel(le) dans les sociétés civiles et religieuses*, Estrasburgo 1985; R. JR. SCHNEIDER, *The best of the Harvard Gay and Lesbian Review*, Filadelfia 1997; S. SORIANO RUBIO, *Cómo se vive la homosexualidad y el lesbianismo*, Salamanca 1999; etc.

## 1. CUESTIONES RELATIVAS AL CONCEPTO

La homosexualidad viene habitualmente conceptuada, según la definición propuesta por la Organización Mundial de la Salud, como *la atracción sexual exclusiva o predominante hacia personas del mismo sexo, con o sin relación física*<sup>2</sup>.

Esta concepción presenta la ventaja de ser la más general y neutra posible, al evitar el peligro de dejarse influir por prejuicios y concepciones preconcebidas ya en el mismo acto de la definición del concepto. No obstante, resulta quizás conveniente, por su excesiva simplicidad, completarla con otras definiciones que presten más atención al aspecto antropológico de la homosexualidad y a una concepción unitaria de la persona y de la sexualidad. En este sentido, la homosexualidad podría ser definida como *aquella condición de la persona según la cual ésta se halla constitutivamente inclinada a relacionarse afectiva y sexualmente con personas de su mismo sexo, sea de modo exclusivo o preferente*<sup>3</sup>. Es la persona humana integral la que, de un modo constitutivo, no sólo comportamental, se siente y —excepto en casos patológicos de represión o disociación— se reconoce y vivencia a sí misma como atraída por las personas de su mismo sexo.

En principio, de conformidad con las conclusiones de las ciencias humanas, esta condición homosexual no es en sí misma patológica, ni indica *per se* la existencia de trastorno mental alguno en el sujeto. Los homosexuales, como los heterosexuales, podrán padecer enfermedades o trastornos psíquicos —algunas veces como consecuencia directa del estigma y la exclusión social provocada por una sociedad que rechaza esta condición—<sup>4</sup>, pero no puede considerarse toda homosexualidad como patológica o psíquicamente perversa.

---

<sup>2</sup> ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *CIE-10. Trastornos mentales y del comportamiento. Descripciones clínicas y pautas para el diagnóstico*, Madrid 1992, 273.

<sup>3</sup> En la elaboración de esta definición de homosexualidad, se ha tomado como punto de partida la ofrecida por Vidal y Fernández-Martos: la homosexualidad como «condición humana de un ser personal que en el nivel de la sexualidad se caracteriza por la peculiaridad de sentirse constitutivamente instalado en la forma de expresión exclusiva con un partner del mismo sexo» (J. M. FERNÁNDEZ-MARTOS - M. VIDAL, «Aclaraciones fundamentales. Nombre, definición, tipos y normalidad», en AA.VV., *Homosexualidad: ciencia y conciencia*, 10-11).

<sup>4</sup> En este sentido, denuncia Pérez-Cánovas que «el hecho constatado de que el porcentaje de neurosis y suicidios sea especialmente alto entre homosexuales no significa que la homosexualidad sea una conducta neurotizante, y menos aún intrínsecamente neurótica. Lo que, obviamente, resulta neurotizante para el homosexual es el

Por otro lado, la consideración de la homosexualidad como una condición constitutiva de la persona implica que, al igual que ocurre con la heterosexualidad, el criterio definitorio de la homosexualidad no será nunca la mera *actividad* sexual, sino la *orientación* sexual profunda del sujeto.

Esto conduce ya a una primera distinción imprescindible para una correcta comprensión del fenómeno homosexual: la distinción entre una *homosexualidad episódica* y la verdadera condición homosexual. Se entiende por *homosexualidad episódica* aquella actividad o comportamiento homosexual esporádico y ocasional, que tiene lugar generalmente como mecanismo de compensación cuando son materialmente imposibles las relaciones con personas del sexo opuesto<sup>5</sup>. Esta actividad es relativamente frecuente en personas heterosexuales que se encuentran en ambientes cerrados (cárceles, embarcaciones, internados, etc.), sin tener posibilidad de acceso a personas de otro sexo, y suele desaparecer automáticamente al cesar la coyuntura concreta que la motivó. No puede hablarse en estos casos, por consiguiente, de personas homosexuales ni de una orientación sexual homotrópica, al no existir en el sujeto una verdadera pulsión —ni exclusiva, ni tan siquiera preferente— hacia individuos de su mismo sexo. No obstante, en la praxis, puede resultar difícil en ocasiones delimitar si una determinada conducta homosexual mantenida por sujetos en principio heterosexuales debe ser atribuida exclusivamente a estos mecanismos compensatorios de la sexualidad o, por el contrario, son indicio de una cierta inclinación homosexual presente en el sujeto o incluso de una posible bisexualidad.

## 2. HOMOSEXUALIDAD Y BISEXUALIDAD

Si la distinción entre la actividad homosexual episódica y la condición homosexual es clara y universalmente aceptada, mucho más complicada se presenta la distinción entre homosexualidad y *bisexualidad*,

---

rechazo y la eventual persecución de que es objeto por parte de la sociedad [...] La forma más común de hacer frente a este rechazo social es pasar por heterosexual, lo que obliga a los homosexuales a vivir una doble vida para ocultar su realidad sexual, y esto potencialmente es una fuente de problemas psicológicos y emocionales» (N. PÉREZ-CÁNOVAS, *Homosexualidad, homosexuales y uniones homosexuales en el Derecho español*, o.c., 37).

<sup>5</sup> M. ECK, *Sodoma. Ensayo sobre la homosexualidad*, Barcelona 1969, 13-14; J. J. GARCÍA FAILDE, *Manual de Psiquiatría forense canónica*, Salamanca 1991, 309; etc.

entendiendo por tal la atracción erótica que tiene por objeto indistintamente a personas de un sexo o de otro.

En el estado actual del conocimiento científico respecto a la homosexualidad, parece un dato comúnmente aceptado la existencia de un *continuum* hetero-homosexual, que aparece como consecuencia de la complejidad de las tendencias y comportamientos sexuales, que dificultan la delimitación de fronteras precisas e inamovibles entre homosexualidad y heterosexualidad. En este sentido, destaca por su aceptación universal la escala propuesta en 1948 por Kinsey<sup>6</sup>, en la que distingue cinco grados entre la heterosexualidad absoluta y la homosexualidad absoluta:

0. Exclusivamente heterosexual, sin ningún elemento homosexual.
1. Predominantemente heterosexual, sólo accidentalmente homosexual.
2. Predominantemente heterosexual, pero algo más que accidentalmente homosexual.
3. Igualmente heterosexual que homosexual.
4. Predominantemente homosexual, pero algo más que accidentalmente heterosexual.
5. Predominantemente homosexual, sólo accidentalmente heterosexual.
6. Exclusivamente homosexual.

Aunque el estudio de Kinsey ha recibido numerosas y fundadas críticas en el ámbito científico<sup>7</sup>, tanto por sus discutibles bases metodológicas, como, fundamentalmente, por haber tomado en considera-

---

<sup>6</sup> A. KINSEY - W. POMEROY - C. E. MARTIN, *Sexual behaviour in the human male*, Filadelfia 1948. Aunque más recientemente, algunos autores, como Klein y otros, han propuesto nuevos modelos de clasificación, más complejos —el llamado modelo multivariable dinámico— lo cierto es que no han obtenido la aceptación universal de la escala Kinsey, ni han conseguido desbancarla. Sobre ese modelo, puede verse F. KLEIN - B. SEPEKOFF - T. J. WOLF, «Sexual orientation: a multi-variate dynamic process», *Journal of homosexuality* 11 (1985) 35-49; S. SORIANO RUBIO, *Cómo se vive la homosexualidad y el lesbianismo, o.c.*, 22-29.

<sup>7</sup> Entre sus deficiencias, se han señalado el atomismo y monismo biológico que caracteriza el Informe; que se sobrepasa el límite científico, convirtiendo el acto en norma; que se trata de un estudio estático que no tiene en cuenta la causalidad, sentido, significado y efecto de la actividad sexual, etc.: D. P. GEDDES, *An analysis of the Kinsey reports on sexual behaviour in the human male and female* (citado en: H. VAN SPIJKER, *La inclinación homosexual*, Barcelona 1971, 226, nota 10); E. BERGLER, «La homosexualidad y la encuesta Kinsey», en A. M. KRICH, *Los homosexuales vistos por sí mismos y por sus médicos*, Madrid 1966, 324-355; etc.

ción únicamente la actividad homoerótica —y, más concretamente, el orgasmo— en vez de los sentimientos o la tendencia homosexual, lo cierto es que esta escala resulta de una indudable utilidad práctica, al permitir una gradación, universalmente aceptada, de los diversos grados de bisexualismo que pueden darse entre la heterosexualidad pura y la homosexualidad exclusiva. Utilizaremos, por tanto, esta clasificación en nuestro trabajo, aunque es preciso destacar que la aceptación de esta escala no supone en modo alguno la aceptación de sus presupuestos, claramente reductivos. Al contrario, en la utilización que de la escala kinseyana se haga en este estudio, la ubicación de un sujeto en uno u otro grado no dependerá en ningún caso exclusivamente de su actividad sexual, sino de su tendencia u orientación sexual profunda.

Por otro lado, aun aceptando esta clasificación, una de las cuestiones más complejas es la de la bisexualidad pura del *nivel tres* de la escala kinseyana. Se trata de un tema especialmente polémico, pues son numerosos los autores que niegan incluso la existencia misma de personas bisexuales, por entender que la bisexualidad no es más que una homosexualidad disfrazada, o bien mera conducta viciosa<sup>8</sup>.

En este sentido, la cuestión nuclear acerca de la bisexualidad pura es, aunque parezca paradójico, la de su misma existencia, puesto que, mientras el hecho de la conducta bisexual es empíricamente comprobable y no presenta mayores dudas, la existencia de una orientación bisexual que mantenga al sujeto en un estado estable de indeterminación en relación con el objeto de su deseo sexual, sin sentir preferencia por uno u otro sexo, resulta, por el contrario, muy difícil de constatar y, de hecho, los estudios realizados acerca de esta cuestión reconocen la extrema dificultad de encontrar un verdadero bisexual<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> Buen ejemplo de la desconfianza psicoanalítica hacia la bisexualidad es Bergler, quien reconduce la conducta bisexual a homosexualidad, al afirmar que «algunos homosexuales son aparentemente “bisexuales”, es decir, que en ellos pueden apreciarse ligeros remanentes de heterosexualidad. Estos remanentes garantizan por algún tiempo la potencia eréctil en un coito desprovisto de sensualidad [...] Los denominados “bisexuales” no son en realidad más que homosexuales con un ligero añadido de potencia que manifiestan con mujeres a las que no aman» (E. BERGLER, «La homosexualidad y la encuesta Kinsey», *o.c.*, 345). Asimismo, critican el concepto de bisexualidad, entre otros, S. RADO, «Examen crítico de la bisexualidad», en S. RADO *et al.*, *Homosexualidad en el hombre y en la mujer*, Buenos Aires 1967, 19; G. J. M. VAN DEN AARDWEG, *Homosexualidad y esperanza. Terapia y curación en la experiencia de un psicólogo*, Navarra 1997, 25-26.

<sup>9</sup> W. H. MASTERS - V. E. JOHNSON, *Homosexualidad en perspectiva*, Buenos Aires, 1979, 177.

A este respecto, los estudios psico-sociales y estadísticos pueden arrojar considerable luz a esta cuestión, especialmente cuando no se limitan a medir la mera conducta sexual sin tener en cuenta las motivaciones profundas —defecto principal del primer informe Kinsey—, sino que toman en consideración la vida psíquica del individuo. En este sentido, tienen especial relevancia los estudios psico-sociales de Masters y Johnson, quienes, a partir de la investigación sobre doce sujetos que encuadraban en la clasificación de ambisexuales, concluyen que lo característico de éstos es su nihilismo preferencial en materia sexual, al carecer de preferencias en este ámbito, así como la ausencia casi completa de prejuicios sexuales y un nivel significativamente bajo de prejuicios personales de ningún tipo<sup>10</sup>. Asimismo, todos ellos mostraban un nivel muy alto de promiscuidad sexual, pues necesitaban el desfile incesante de caras y cuerpos nuevos como estímulo de placer sexual en mayor nivel que los heterosexuales o los homosexuales no comprometidos. En general, eran extrovertidos y conscientes de tener un gran atractivo sexual, pero carecían de la aptitud o del interés para establecer relaciones estables con una sola persona, y mostraban un nivel muy bajo de comunicación interpersonal y de identificación psicosexual con el compañero<sup>11</sup>.

En definitiva, y con todas las reservas que exige lo extremadamente reducido de la muestra observada<sup>12</sup>, parece que, a tenor de esos datos, el patrón psicológico de los bisexuales sería el de una profunda inmadurez, asociada a una notable hipersexualidad, lo cual no contribuye a despejar las dudas expresadas desde el ámbito psicoanalítico —y reconocidas por estos mismos autores a nivel estadístico— acerca de la posibilidad real de que un sujeto se vea igualmente orientado hacia ambos sexos a nivel afectivo y sexual, entendiendo la sexualidad en su sentido personalista y global, sin reducirla a la mera genitalidad. En principio, aun admitiendo el carácter pluriforme de la sexualidad humana, una vi-

---

<sup>10</sup> Estos estudios están basados en el seguimiento durante tiempo prolongado de personas heterosexuales, homosexuales y ambisexuales. Y aunque el número de sujetos pertenecientes a este último grupo era demasiado pequeño como para resultar estadísticamente significativo en comparación con los resultados de los grupos de estudio hetero y homosexuales, estos autores aportan datos muy significativos y relevantes del comportamiento y la psicología de los bisexuales puros, cubriendo de este modo una laguna existente hasta el momento.

<sup>11</sup> *Ibidem*, 177-178.

<sup>12</sup> Evidentemente, resulta sumamente dudoso que rasgos como la extroversión o el atractivo sexual estén constitutivamente vinculados con la bisexualidad pura, caso de que ésta exista.

vencia madura y auténticamente personal de la misma exigirá al sujeto una capacidad relacional y amorosa de la que parecen carecer los individuos observados y que, en sí misma, resulta contradictoria con el estado de indeterminación acerca del objeto sexual en el que, por definición, vivirían instalados los bisexuales puros.

### 3. TIPOLOGÍA DE LA HOMOSEXUALIDAD

Aunque existen múltiples clasificaciones del fenómeno homosexual<sup>13</sup>, nos centraremos en las dos más significativas en relación con el objeto de este estudio.

#### 3.1. *Homosexualidad manifiesta - homosexualidad latente*

Esta primera clasificación se realiza tomando en consideración la autoconsciencia por parte del sujeto de su condición homosexual. Desde esta perspectiva, la homosexualidad *manifiesta* sería la plenamente asumida, de un modo consciente, por el sujeto, por contraposición a la homosexualidad *latente*, caracterizada por su carácter inconsciente.

Al tomar como punto de partida una consideración antropológica de la homosexualidad (la homosexualidad como condición personal, no como conducta sexual), dentro de la *homosexualidad abierta o manifiesta* se incluyen también, a nuestro juicio, todas aquellas personas que asuman conscientemente su condición homosexual, aunque, sublimando dicha condición, no incurran de hecho en actividades homosexuales. Así pues, desde este punto de vista, una homosexualidad abierta o manifiesta —en perfecto paralelismo con la heterosexualidad— se caracterizaría por la asunción plenamente consciente de la condición y orientación sexual del sujeto, con independencia de la realización efectiva de actividad sexual.

Por otro lado, la *homosexualidad latente* consiste en la represión de las tendencias o pulsiones homosexuales por parte del sujeto, que se niega a asumir de modo consciente su condición homosexual, lo que suele provocar una angustia emocional más o menos importante. El concepto de homosexualidad latente derivó originariamente de la aceptación por Freud de la teoría bisexual del desarrollo sexual. Este concepto ha

---

<sup>13</sup> Entre otros, presentan clasificaciones sugerentes A. P. BELL - M. S. WEINBERG, *Homosexualidades. Informe Kinsey*, Madrid 1979, 166-17; E. DREWERMANN, *Psicoanálisis y teología moral II. Caminos y rodeos del amor*, Bilbao 1996, 179-184; R. PICARDI, «Omossessualità e bisessualità», *Periodica* 91 (2002) 3-27; etc.

sido muy criticado —especialmente por las teorías adaptacionistas—<sup>14</sup> por el abuso de que ha sido objeto por parte de la psicología clínica, que con frecuencia lo aplicaba precipitada y acríticamente a cualquier comportamiento o tendencia que supusiera una dificultad de una sexualidad madura. No obstante, sigue siendo en la actualidad no sólo válido, sino imprescindible, aunque necesitado de una mayor precisión en su uso.

El concepto de homosexualidad latente no equivale a defender que toda persona sea homosexual en potencia, sino a constatar cómo algunos sujetos no han conseguido integrar adecuadamente las tendencias homosexuales presentes en su desarrollo sexual<sup>15</sup>. Se acepte o no la hipótesis freudiana acerca de la bisexualidad universal, resulta comúnmente admitido que la represión por parte del sujeto de sus tendencias homosexuales puede dar lugar a una serie de conductas que se presentan como defensas inconscientes respecto a las pulsiones homosexuales reprimidas. Entre dichos indicios de homosexualidad latente, señalan los psiquiatras, por su importancia y significatividad, la posible presencia de síntomas histéricos, las alteraciones en la conducta sexual o en las relaciones sociales, la angustia indefinida y aparentemente inmotivada, etc.<sup>16</sup>.

### 3.2. *Homosexualidad egosintónica - homosexualidad egodistónica*

Tras más de un siglo de ser considerada la homosexualidad, de modo prácticamente unánime, como una perversión o psicopatía sexual, en 1973 se produjo un cambio fundamental en la valoración de este fenómeno, al decidir la Asociación Americana de Psiquiatría excluir la ho-

---

<sup>14</sup> A. KARDINER - A. KARUSH - L. OVESEY, «A methodological study of Freudian theory: III. Narcissism, bisexuality and the dual instinct theory», *Journal of nervous and mental disease* 129 (1959) 207-221. Veáanse también los artículos de L. OVESEY, «Seudohomosexualidad y homosexualidad en los hombres: la psicodinámica como guía para el tratamiento»; S. RADO, «Examen crítico del concepto de bisexualidad», y L. SALZMAN, «Homosexualidad latente», en la obra colectiva *Homosexualidad en el hombre y la mujer*, Buenos Aires 1967.

<sup>15</sup> Para Freud y sus seguidores, la orientación homosexual ha desempeñado un determinado papel en la evolución de nuestra personalidad, puesto que en todo individuo, en un determinado momento de su vida, se ha dado una elección de objeto homosexual, al centrarse su amor en los propios genitales. Si la persona no consigue regular de modo acertado estas tendencias homosexuales e integrarlas en una personalidad heterosexual madura, esta represión inconsciente dará origen a toda una serie de manifestaciones patológicas que son, en último extremo, expresión de una homosexualidad latente que encuentra así el modo de manifestarse.

<sup>16</sup> J. CORRAZE, *La homosexualidad y sus dimensiones*, Madrid 1972, 256.

mosexualidad del elenco de trastornos psicosexuales<sup>17</sup>. Como razones para dicho cambio se alegó que para un estado mental pueda ser considerado como enfermedad psiquiátrica debe causar regularmente una angustia afectiva o estar asociado regularmente a una dificultad generalizada de comportamiento social, criterios que no se dan en el caso de la homosexualidad, puesto que ésta, en sí misma considerada, no implica alteración ninguna del entendimiento, la estabilidad, la honestidad o la capacidad profesional<sup>18</sup>.

Aunque se ha criticado, desde diversas posiciones, el modo como se produjo esta decisión de la Asociación Americana de Psiquiatría, en cuanto que tuvo un carácter marcadamente político más que estrictamente científico<sup>19</sup>, en la actualidad parece que la decisión de excluir la homosexualidad del elenco de enfermedades psiquiátricas no carecía de base científica<sup>20</sup>. En este sentido, es un dato generalmente admitido hoy

---

<sup>17</sup> J. K. MEYER, «Homosexualidad egodistónica», en H. I. KAPLAN - B. J. SADOCK, J. A. GREBB, *Tratado de psiquiatría I*, Barcelona 1989, 1048-1054. Este cambio de perspectiva fue confirmado, aunque mucho tiempo después, por la Organización Mundial de la Salud, en su décima revisión de la clasificación internacional de enfermedades mentales, que excluye la homosexualidad del listado de los trastornos psicosexuales, afirmando expresamente que «la orientación sexual en sí misma no se considera un trastorno» (CIE-10, *ob. cit.*, 273).

<sup>18</sup> A. MIRABET I MULLOL, *Homosexualidad hoy*, o.c., 260.

<sup>19</sup> Entre otros, R. BAYER, *Homosexuality and American Psychiatry: the politics of diagnosis*, Princeton 1987; J. A. HERRERO BRASAS, *La sociedad gay*, o.c., 71-77; M. SABSIN, «Turning points in twentieth-century american psychiatry», *American Journal of Psychiatry* 147 (1990) 1267-1274; R. L. SPITZER, «Debate on DSM-III», *American Journal of Psychiatry* 141 (1984) 539-553; etc.

No obstante, aunque algunos autores denuncian la influencia de las presiones sociales y los movimientos gay en el cambio de enfoque y valoración de la homosexualidad por parte de la Asociación Americana de Psiquiatría (C. BURKE, «Relevancia jurídica de las pericias psiquiátricas. Su aplicación en un ejemplo concreto: la homosexualidad», *IC* 41 (2001) 131; G. J. M. VAN DEN AARDWEG, *Homosexualidad y esperanza...*, o.c., 17-21), lo cierto es que fueron precisamente los psiquiatras que se oponían a que la homosexualidad fuera excluida del elenco de patologías, los que forzaron la celebración de un referéndum entre todos los miembros de la APA para la toma de esta decisión, a pesar de que dicho referéndum estaba previsto únicamente para cuestiones de política interna, nunca de carácter científico: J. A. HERRERO BRASAS, *La sociedad gay*, o.c., 77.

<sup>20</sup> En este sentido, resultaron fundamentales las investigaciones de Evelyn Hooker, confirmadas posteriormente por el segundo Informe Kinsey: E. HOOKER, «The adjustment of the overt male homosexual», *Journal of Projective Thecnics* 21 (1957) 18-31; E. HOOKER, «Male homosexuality in the Rorschach», *Journal of Projective Thecnics* 22 (1958) 33-54; A. P. BELL - M. S. WEINBERG, o.c., 303. Puede verse una completa relación de los estudios que confirman la ausencia de rasgos patológicos vinculados a la homosexualidad en: P. K. THOMAS, «Marriage annulments for gay men and lesbian women. New canonical and psychological insights», *The Jurist* 43 (1983) 341, nota 59.

en día por las ciencias psicológicas y psiquiátricas que la condición homosexual, por sí misma, no constituye ni reviste carácter patológico, sin perjuicio de que puedan existir, indudablemente, homosexuales psicológicamente enfermos, al igual que existen entre los heterosexuales. Como afirma un autor, «va resultando abrumadoramente mayoritario el número de especialistas de las diversas ramas de la salud que dejan de considerar la orientación homosexual como expresión de un déficit de madurez humana, de una enfermedad o de un conflicto que genere un trastorno para el sujeto que es portador de ella. Se abre, pues, progresivamente paso la idea de que la homosexualidad no constituye una entidad clínica y de que el conflicto psíquico, de cualquier tipo que sea, puede estar asociado a la homosexualidad de la misma manera que a la heterosexualidad»<sup>21</sup>.

La Organización Mundial de la Salud, por su parte, tiene no obstante en cuenta la posible incidencia de la homosexualidad en la psicología del sujeto, y denomina *homosexualidad egodistónica* al trastorno de maduración sexual o al déficit de adaptación psicológica que puede tener lugar cuando «el enfermo tiene una falta de claridad sobre su identidad genérica, o de su orientación sexual, lo cual le produce ansiedad o depresión. Este trastorno se presenta con mayor frecuencia en adolescentes que no están seguros sobre si su orientación es homosexual, heterosexual o bisexual»<sup>22</sup>. La *homosexualidad egosintónica*, por el contrario, sería aquella que es vivida por el sujeto de un modo psicológicamente sano, sin producir angustia afectiva ni disfunciones sociales.

### 3.3. *Pseudohomosexualidad*

Muy relacionado con lo anterior está la pseudohomosexualidad, un fenómeno que frecuentemente se confunde o se engloba incorrectamente dentro de la homosexualidad, pese a presentar características propias diferenciadas.

---

<sup>21</sup> C. DOMÍNGUEZ MORANO, «El debate psicológico sobre la homosexualidad», en J. SGAFO (ed.), *La homosexualidad: un debate abierto*, Bilbao 1996, 94. En el mismo sentido, concluye un estudio: «Los homosexuales no son enfermos *a priori*. Muchos de ellos presentan muy poca o ninguna psicopatología, y los que la presentan raras veces se ven incapacitados por su desorden. Desde el punto de vista psicopatológico, los desordenes neuróticos manifiestos no parecen predominar más en los hombres y mujeres homosexuales. Por tanto, no es apropiado y no se puede sostener científicamente que un individuo está enfermo porque acontece que es homosexual» (M. T. SAGHIR - E. ROBINS, *Hombres y mujeres homosexuales*, Barcelona 1978, 519).

<sup>22</sup> CIE-10, o.c., 273-274.

Este término surgió como intento de explicación de los deseos de ser amados por otros hombres que generalmente expresan los varones —sean homosexuales o heterosexuales— en la psicoterapia<sup>23</sup>. Actualmente, se entiende por pseudohomosexualidad el cuadro clínico de los varones caracterizado por el ansia de identificación frustrada con individuos del mismo sexo, de tal modo que encuentran cierta excitación erótica a través de una imagen masculina, aunque sólo accidentalmente incurrir en prácticas homosexuales<sup>24</sup>. Uno de los síntomas característicos es su obsesión por la homosexualidad, su angustia ante la posibilidad de ser verdaderamente homosexuales. En definitiva, a diferencia de la condición homosexual, la pseudohomosexualidad es propiamente una neurosis sexual.

## II. LA APROXIMACIÓN JURISPRUDENCIAL A LA CUESTIÓN DE LA DISCRECIÓN DE JUICIO DE LOS HOMOSEXUALES

Como es bien sabido, la discreción de juicio exige, por parte del sujeto, tener expedita tanto la capacidad crítica —entendida como la capacidad de estimar y ponderar el valor y la importancia que tienen las obligaciones esenciales del matrimonio tanto en sí mismas como en relación al contrayente— como su capacidad de autodeterminación en orden al matrimonio, lo que implica que el contrayente goce de la suficiente libertad para que el consentimiento sea verdaderamente un acto humano. En cuanto a la capacidad crítica —que presupone la capacidad cognoscitiva— consiste en la capacidad de la persona para prever y valorar, sopesando sus ventajas e inconvenientes, no sólo el matrimonio en general y la propia capacidad del contrayente para asumir y cumplir las obligaciones conyugales en sí mismas consideradas, sino, sobre to-

---

<sup>23</sup> Aunque en la teoría freudiana se atribuían dichos deseos al componente femenino de la constitución bisexual hereditaria, otros autores matizan que los mismos pueden deberse a tres motivaciones distintas: la homosexualidad, la dependencia y el poder (L. OVESEY, «Pseudohomosexualidad y homosexualidad en los hombres: La psicodinámica como guía para el tratamiento», en S. RADO *et al.*, *Homosexualidad en el hombre y en la mujer*, Buenos Aires 1967, 56-57).

<sup>24</sup> Generalmente, estos hombres se fijan en arquetipos muy varoniles, como pueden ser atletas, porque en el fondo desean identificarse con ellos y ser plenamente varoniles a su vez, para, desde ahí, acceder al sexo femenino. Puede decirse, por consiguiente, que el objetivo del pseudohomosexual no es el varón, sino la mujer a través del varón.

do, el matrimonio concreto con la persona determinada con la que se va a contraer; la capacidad autodeterminativa y volitiva exige, por su parte, la libertad de elección.

Por consiguiente, al exigir la discreción de juicio requerida para el matrimonio la concurrencia de las facultades intelectuales, estimativas y volitivas del sujeto, ¿puede afirmarse que la homosexualidad produzca algún efecto directo sobre dichas capacidades psicológicas, de modo que impida al sujeto gozar de la requerida discreción de juicio para poner el acto del consentimiento? Se trata de una cuestión compleja y merecedora de un estudio detallado, que ha sido objeto de muy diversos tratamientos en la jurisprudencia eclesiástica. No obstante, por límites de espacio, nos centraremos en la jurisprudencia posterior al Código de 1983.

#### 1. LA JURISPRUDENCIA DE LA ROTA ROMANA

Una revisión a las sentencias rotales publicadas que han sido dictadas en supuestos de homosexualidad a partir de la promulgación del Código<sup>25</sup> permite hacer una afirmación ciertamente significativa: en estos veinte años, no se ha dictado, en casos de homosexualidad, ni una sola sentencia rotal por el capítulo de grave defecto de discreción de juicio.

Este desinterés rotal por la posible incidencia de la homosexualidad en la discreción de juicio de los contrayentes encuentra quizás su explicación en la propia evolución de la jurisprudencia rotal respecto a estos supuestos de homosexualidad. En efecto, en 1969, se produjo un notable giro jurisprudencial a raíz de las sentencias c. Anné, de 25 de febrero de 1969<sup>26</sup> y c. Pompedda, de 6 de octubre de 1969<sup>27</sup>, que pusieron en tela de juicio

<sup>25</sup> Por orden alfabético de ponentes, estas sentencias serían la c. Burke, de 9 de julio de 1998: ME 125 (2000) 254-293; c. Colagiovanni, de 15 de marzo de 1983: SRRD 75 (1983) 96-105; c. Davino, de 17 de enero de 1986: ME 111 (1986) 283-289; c. Defilippi, de 1 de diciembre de 1995: SRRD 87 (1995) 641-665; c. De Lanversin, de 3 de febrero de 1988: SRRD 80 (1988) 67-74; c. Erlebach, de 29 de octubre de 1998: SRRD 90 (1998) 678-688; c. Funghini, de 19 de diciembre de 1994: SRRD 86 (1994) 764-783; c. Giannecchini, de 19 de julio de 1983: SRRD 75 (1983) 453-462; c. Huber, de 6 de mayo de 1998: SRRD 90 (1998) 359-368; c. Huot, de 24 de noviembre de 1987: SRRD 79 (1987) 635-653; c. Monier, de 6 de junio de 1997: SRRD 89 (1997) 484-494; c. Pinto, de 17 de abril de 1997: SRRD 89 (1997) 312-322; c. Pompedda, de 19 de octubre de 1992: SRRD 86 (1992) 493-501; c. Serrano, de 6 de mayo de 1987: SRRD 79 (1987) 268-284; c. Stankiewicz, de 24 de noviembre de 1983: SRRD 75 (1983) 673-687; c. Turnaturi, de 21 de noviembre de 1997: SRRD 89 (1997) 824-841.

<sup>26</sup> SRRD 61 (1969) 174-192.

<sup>27</sup> SRRD 61 (1969) 915-924.

la anterior consideración jurisprudencial respecto a la homosexualidad como monomanía *in re uxoria* —que impedía al sujeto asumir con plena advertencia de mente y con voluntad libre los derechos dimanantes del consentimiento—<sup>28</sup> y sostuvieron por el contrario que la homosexualidad, salvo que vaya acompañada de una neurosis o una psicopatía, no provoca generalmente una distorsión tal de la mente o de la voluntad que impida al sujeto poner el acto psicológico del consentimiento<sup>29</sup>. Desde ese momento, una vez superadas las vacilaciones iniciales y consolidada la perspectiva de la *incapacitas assumendi*, se percibe en la jurisprudencia rotal una notable tendencia a desentenderse de la posible incidencia de la homosexualidad en la capacidad crítico-estimativa o volitiva del sujeto, hasta el punto de reconducir prácticamente todos los supuestos de homosexualidad a la incapacidad para asumir y cumplir las obligaciones esenciales del matrimonio, incluso en aquellos casos en que se había invocado expresamente el defecto de discreción de juicio<sup>30</sup>.

En consecuencia, a partir de los años setenta, aunque se mantiene teóricamente la posibilidad de que en algún supuesto concreto la homosexualidad tuviese tal gravedad que pudiera dar lugar a un grave defecto de discreción de juicio, la consideración real que la jurisprudencia hace en estos casos resulta coincidente en señalar que habitualmente la homosexualidad no perturba, por sí misma, ni la capacidad crítica ni la volitiva del sujeto<sup>31</sup>, por lo que, en la práctica, dejará de declararse la nulidad por este capítulo. Y, ya a partir de los ochenta, a pesar de plantearse alguna sentencia aislada la posibilidad de que la homosexualidad —pese a no impedir de por sí el uso de las facultades intelectivas ni volitivas— pueda acabar afectando a la misma estructura de la personalidad del sujeto, especialmente en aquellos casos en que el sujeto ceda y se entregue a su instinto<sup>32</sup>, la línea jurisprudencial predominante hasta

---

<sup>28</sup> Entre otras, c. Lefebvre, de 20 de octubre de 1966, nn. 2.10; c. Lefebvre, de 2 de diciembre de 1967, n. 3; c. Ewers, de 22 de junio de 1968, n. 20; c. Ferraro, de 14 de marzo de 1969, n.3.

<sup>29</sup> c. Anné, de 25 de febrero de 1969, n.11; c. Pompedda, de 6 de octubre de 1969, n. 13.

<sup>30</sup> Por ejemplo, c. Anné, de 6 de febrero de 1973; c. Pinto, de 23 de noviembre de 1979.

<sup>31</sup> c. Davino, de 6 de junio de 1972; c. Ewers, de 20 de enero de 1973; c. Anné, de 6 de febrero de 1973; c. Huot, de 28 de enero de 1974; c. Davino, de 18 de diciembre de 1975; c. Pinto, de 23 de noviembre de 1979.

<sup>32</sup> c. Huot, de 31 de enero de 1980, n. 9: «Vir homosexualis attamen perfectam vel saltem sufficientem servare potest intellectus et voluntatis actuositatem: nam propensio ad homosexualitatem, de se, facultates intellectuales non destruit; cum autem homosexualis instinctui cedit, tota eius personalitas facile effectum refert.»

la actualidad ha sido la de considerar como un planteamiento ya superado la posible relevancia de la homosexualidad en el proceso de elaboración del acto intelectual, crítico y volitivo del consentimiento<sup>33</sup>.

## 2. LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES ECLESIASTICOS ESPAÑOLES

A la vista de la jurisprudencia española publicada sobre homosexualidad<sup>34</sup>, puede decirse que, en líneas generales, la praxis judicial española apenas ha considerado la posibilidad de que la condición homosexual del sujeto pudiera incidir en la validez de su consentimiento por grave defecto de discreción de juicio<sup>35</sup>.

Sin embargo, no obstante la escasa atención que la jurisprudencia española ha prestado a este capítulo, cabe destacar algunos interesantes criterios sobre esta cuestión expuestos por García Faílde<sup>36</sup>:

<sup>33</sup> Así se desprende, por ejemplo, de la presentación que hace Stankiewicz acerca de la evolución jurisprudencial en esta materia: c. Stankiewicz, de 24 de noviembre de 1983, n. 13. En este sentido, la jurisprudencia rotal ha destacado reiteradamente que la homosexualidad provoca la nulidad por el causal tercero, no por el segundo, del canon 1095: «Tenet iurisprudencia N. F., inde a Vaticana Synodo Secunda consolidata, homosexualitatem inter incapacitatis typologias n. 3 non vero n. 2 can. 1095 esse recipiendam, cum potius reducatur ad assumptionis incapacitatem essentialium matrimonii obligationum seu onerum» (c. Pinto de 17 de abril de 1997, n. 4).

<sup>34</sup> Tras la promulgación del Código, cabe señalar, en el Tribunal de la Rota de la Nunciatura Apostólica en España, la sentencia de García Faílde, de 21 de junio de 1993 (en J. J. GARCÍA FAÍLDE, *La nulidad matrimonial, hoy*, Barcelona 1994, 415-428) y la reciente sentencia de Morán Bustos, de 8 de enero de 2003 (obtenida por cortesía del Ponente), así como dos resoluciones inéditas de Panizo: el decreto de 6 de marzo de 1998 (obtenido por cortesía del Ponente) y la sentencia de 7 de mayo de 1998 (obtenida por cortesía de la Letrado). Y, en los tribunales diocesanos, cabe citar la c. Guitarte (tribunal de Castellón), de 30 de noviembre de 1984, en V. GUITARTE IZQUIERDO, *Jurisprudencia matrimonial canónica (1980-1990)*, Valencia 1991, 127-135; c. Guitarte (tribunal de Castellón), de 26 de julio de 1989, *ibidem*, 187-195; c. López Benito (tribunal de Valencia), de 19 de julio de 1996, en: REDC 54 (1997) 397-410; c. Pérez Ramos (tribunal de Palma de Mallorca), de 28 de diciembre de 1991: REDC 49 (1992) 831-839; c. Riera (tribunal de Barcelona), de 2 de octubre de 1985, en J. L. ACEBAL LUJÁN - F. R. AZNAR GIL, *Jurisprudencia matrimonial de los tribunales eclesiásticos españoles*, Salamanca 1991, 206-214.

<sup>35</sup> De las citadas, la única sentencia que abordó esta cuestión es la c. García Faílde, de 21 de junio de 1993, que, en segunda instancia, confirmó la resolución negativa de primera instancia en cuanto al grave defecto de discreción de juicio, aunque reformó la sentencia precedente en cuanto a la incapacidad para asumir, que sí se consideró probada.

<sup>36</sup> Sentencia de la Rota de la Nunciatura Apostólica en España, c. García Faílde, de 21 de junio de 1993, n. 4: *loc. cit.*, 418-419.

- a) La homosexualidad puede dar lugar en ocasiones a la nulidad del matrimonio por grave defecto de discreción de juicio, pero requiere para ello una especial gravedad, por lo que será más frecuente encontrar homosexuales incapaces de asumir y cumplir las obligaciones esenciales del matrimonio que homosexuales incapacitados para prestar el consentimiento por defecto de su capacidad crítica o volitiva.
- b) Aunque es una cuestión fáctica que debe resolverse caso a caso, no parece que haya dificultad en admitir que están incapacitados para poner el acto psicológico del consentimiento matrimonial los homosexuales obligados y exclusivos, de la escala 6 de Kinsey, ya que, por estar necesaria y exclusivamente orientados hacia personas de su propio sexo, serán incapaces de querer al otro sexo y, por consiguiente, incapaces de hacer el acto de elección de un sujeto del otro sexo<sup>37</sup>.
- c) Por el contrario, respecto a los homosexuales de la escala 3, 4 y 5 de Kinsey, en los que existe, en mayor o menor grado, una cierta bisexualidad al darse también en los mismos inclinaciones heterosexuales, será más difícil que se produzca este defecto de la capacidad psicológica para poner el acto del consentimiento, sin perjuicio de la posible incapacidad de estos sujetos por el causal tercero del canon 1095.
- d) Asimismo, considera García Faílde que no darían lugar a la nulidad por grave defecto de discreción de juicio ni aquellos supuestos de comportamientos homosexuales viciosos o sustitutivos, ni las tendencias homosexuales que no lleguen nunca a una manifestación práctica, como sucede en la homosexualidad la-

---

<sup>37</sup> En su tratado sobre psiquiatría y derecho canónico, desarrolla el ponente su pensamiento al respecto: «Ciertamente el contrayente homosexual del grupo SEIS de la escala Kinsey, y probablemente el del grupo CINCO de esta misma escala, tendrán práctica y necesariamente desviadas su inteligencia y su voluntad del término esencial de su consentimiento matrimonial que es el “otro sexo”; todo homosexual tiene que tener dificultades serias, y los de esos dos grupos tienen que tener una imposibilidad práctica, de *concebir* la vida conyugal heterosexual con sus derechos y sus obligaciones esenciales; y si tienen esas dificultades o imposibilidad moral para concebirlo, ¿no tendrán los unos dificultad y los otros imposibilidad moral para *deliberar* sobre ello y en consecuencia para *aceptar con auténtica libertad* todo ello? Yo no veo cómo estas dos clases de homosexuales, y sobre todo los del nivel sexto, pueden “querer” de verdad al “otro” sexo, pueden “darse” al “otro” sexo, pueden “aceptar” al “otro” sexo como sexo “distinto” del de ellos mismos» (J. J. GARCÍA FAILDE, *Trastornos psíquicos y nulidad del matrimonio*, Salamanca 1999, 398).

tente, así como tampoco aquellas manifestaciones esporádicas que no ocupan prevalentemente la personalidad del sujeto.

Personalmente, aun considerando en líneas generales muy acertadas estas conclusiones expuestas por el ponente, no comparto sin embargo su apreciación acerca de la falta de relevancia de la homosexualidad latente en la validez del matrimonio por grave defecto de discreción de juicio. Aunque sea preciso analizar detalladamente cada caso concreto, estimo que no puede descartarse a priori y con carácter general la posible incidencia de la homosexualidad latente en la capacidad del sujeto para poner el acto psicológico del consentimiento, especialmente en aquellos supuestos en que el sujeto, aunque no sea plenamente consciente de sus tendencias homosexuales y no haya tenido, de hecho, ningún contacto sexual con personas de su mismo sexo, se halle en un profundo estado de confusión y dudas acerca de su propia orientación sexual que pudiera determinarle a contraer matrimonio como solución a su angustia, lo que le privaría de la requerida capacidad deliberativa y de la necesaria libertad.

### 3. JURISPRUDENCIA BRITÁNICA E IRLANDESA

La jurisprudencia británica e irlandesa presenta, en relación a esta cuestión, marcadas diferencias con la aproximación hecha por la Rota Romana y por los tribunales eclesiásticos españoles.

Desde principio de los años setenta, los tribunales británicos, siguiendo las orientaciones rotales, afirmaron la incidencia de la condición homosexual en la capacidad para prestar el objeto del consentimiento y constituir el consorcio de toda la vida, perpetuo y exclusivo, con una persona de distinto sexo. Sin embargo, lo característico de esta jurisprudencia es que, juntamente con esto, mantuvo igualmente la existencia de una influencia negativa de la homosexualidad tanto en la capacidad del sujeto de apreciar y valorar lo que significa la vida matrimonial y su propia aptitud para ella, como en la capacidad volitiva del contrayente, habida cuenta que esta orientación sexual —especialmente si no es aceptada por el sujeto— puede provocar una seria privación de la necesaria libertad, al verse el sujeto arrastrado de modo compulsivo a contraer matrimonio para huir de la angustia que su condición le causa<sup>38</sup>.

---

<sup>38</sup> Sentencia del tribunal de Westminster c. Ashdowne, de 30 de octubre de 1975: *Matrimonial Decision for England and Wales —MEDW—* 11 (1975) Dec. 40, 332-341; sentencia del tribunal de Salford c. Quinlan, de 4 de agosto de 1977: *MEDW*

En esta línea, ya desde la promulgación del nuevo Código, la inmensa mayoría de los casos de homosexualidad se plantean simultáneamente por los causales segundo y tercero del canon 1095<sup>39</sup>, siendo frecuente asimismo el que ambos capítulos reciban una respuesta afirmativa<sup>40</sup>. De hecho, de las sentencias publicadas correspondientes a este periodo, sólo una corresponde a un caso en que se planteó la nulidad únicamente por incapacidad para asumir las obligaciones esenciales del mismo<sup>41</sup>.

En este periodo, la jurisprudencia británica e irlandesa, al profundizar en la incidencia de la homosexualidad en el matrimonio, desarrolla paralelamente las dos vías de la *incapacitas assumendi* y del *defectus dis-*

---

13 (1977) Dec. 48, 144-146; sentencia del tribunal de Westminster c. Brown, de 28 de septiembre de 1978: MEDW 14 (1978) Dec. 52, 147-148; sentencia del tribunal de Westminster c. Brockie, de 30 de julio de 1981: Matrimonial Decisions of Great Britain and Ireland —MDGBI— 17 (1981) Dec. 27, 88-92.

<sup>39</sup> Sentencia del Tribunal Regional de Dublin c. Osmund Slevin, de 15 de enero de 1983: MDGBI 23 [1987] Dec. 31, 104-111; sentencia del Tribunal Nacional de Apelación de Irlanda c. Desmond Campbell, de 16 de agosto de 1985: MDGBI 23 (1987) Dec. 32, 112-116; sentencia del tribunal de Brentwood c. Read, de 11 de diciembre de 1985: MDGBI 21 (1985) Dec. 21, 58-60; sentencia del tribunal de Nottingham c. Walker, de 25 de junio de 1986: MDGBI 22 (1986) Dec. 27, 68-70; sentencia del tribunal de Westminster c. MacPherson, de 26 de mayo de 1988: MDGBI 24 (1988) 106-109; sentencia del tribunal de Liverpool c. Woolfenden, de 13 de julio de 1988: MDGBI 24 (1988) Dec. 36, 115-117; sentencia del tribunal de Liverpool c. Robbins, de 13 de julio de 1988: MDGBI 24 (1988) Dec. 37, 117-120; sentencia del tribunal de Dublin c. Beegan, de 20 de marzo de 1990: MDGBI 26 (1990) Dec. 43, 127-129; sentencia del tribunal de Clifton c. McDonald, de 20 de septiembre de 1990: MDGBI 26 (1990) Dec. 34, 108-111.

<sup>40</sup> De las sentencias citadas en la nota precedente, únicamente dos de ellas recibieron una respuesta negativa a ambos capítulos (sentencia del Tribunal Regional de Dublin c. Osmund Slevin, de 15 de enero de 1983, y sentencia del tribunal de Clifton c. McDonald, de 20 de septiembre de 1990), mientras que, en otras dos, el tribunal resolvió favorablemente a la incapacidad para asumir las obligaciones esenciales del matrimonio y negativamente al grave defecto de discreción de juicio (sentencia del Tribunal Nacional de Apelación de Irlanda c. Desmond Campbell, de 16 de agosto de 1985, y sentencia del tribunal de Dublin c. Beegan, de 20 de marzo de 1990).

<sup>41</sup> Sentencia del tribunal de Salford c. Loftus, de 29 de enero de 1991: MDGBI 27 (1991) 125-127. Aunque existe otra resolución que falla sólo por este capítulo (sentencia del tribunal de Salford c. Michael Quinlan, de 24 de julio de 1987: MDGBI 23 [1987], Dec. 33, 116-119), se trata de una sentencia de tercera instancia, dictada después de que el tribunal de apelación —tras una primera sentencia negativa por ambos capítulos— revocara la resolución precedente y declarara la nulidad por el capítulo del canon 1095, 3.º, pese a confirmar el fallo negativo en cuanto al grave defecto de discreción de juicio.

*cretionis*: por un lado, destaca esta jurisprudencia la indudable incapacidad del homosexual para entregar los especialísimos derechos —no sólo en materia sexual, sino fundamentalmente a nivel de relación interpersonal—<sup>42</sup> que forman el objeto del consentimiento matrimonial<sup>43</sup>; y, por otro, el grave defecto de discreción de juicio que se produce frecuentemente cuando el sujeto desconoce o es incapaz de valorar la significación de una relación verdaderamente heterosexual<sup>44</sup>, y lo que para él, con su peculiar orientación sexual, implica el matrimonio<sup>45</sup>.

Asimismo, también en relación al grave defecto de discreción de juicio, otras sentencias se plantean si las personas de constitución predominantemente homosexual que contraen matrimonio bien esperando «*curarse*» de su tendencia, bien por ser incapaces de afrontar la verdad acerca de su propia inclinación, deben ser considerados incapaces de

---

<sup>42</sup> A este respecto, recordaba una sentencia la evolución jurisprudencial y doctrinal sufrida en la consideración y determinación de las obligaciones esenciales del matrimonio, al haber incluido dentro de las mismas —y de modo preferente— la necesidad de relaciones interpersonales que enriquezcan y hagan crecer a la pareja: «It is not easy to define what are the essential obligations of marriage. Traditionally, these have included the intention to remain faithful to the spouse for ever in a union open to children. But, in recent years, there has been a greater emphasis on the interpersonal relationship of a couple so that the union is mutually enriching and open to the development of the couple. Thus, it is not just the exchange of the right to the body which is in question, but a mutual commitment of the whole person» (sentencia del tribunal de Westminster c. MacPherson, de 26 de mayo de 1988, nn. 16, 19: *loc. cit.*, 107).

<sup>43</sup> Sentencia del tribunal de Salford c. Michael Quinlan, de 24 de julio de 1987, n. 7 (*loc. cit.*, 118): «It is not that homosexuality is itself a title of nullity; rather, it is the nature of homosexuality in its intrinsic proclivity which may render the person incapable of assuming the obligations of marriage. Such a person may be incapable or a valid consent to the irrevocable covenant that entails the mutual giving and receiving of a man and woman for the purpose of establishing a heterosexual partnership of life.»

<sup>44</sup> «If it shown with moral certainty that the sexual proclivities of the person concerned were not under his control, then he could not deliver the unique rights which are the object of marriage consent. Equally if it is shown that he had no awareness of the significance of a normal heterosexual relationship of a successful marriage, then this would show a grave lack of discretionary judgement»: sentencia del tribunal de Brentwood c. Read, de 11 de diciembre de 1985, n. 7: *loc. cit.*, 59.

<sup>45</sup> A este respecto, la sentencia del tribunal de Nottingham c. Walker, de 25 de junio de 1986, se cuestiona si una persona con un trastorno serio en el ámbito sexual puede ser capaz de entender y valorar lo que implica, para él, la vida conyugal: «It may well be wondered whether a person who is severely damaged in the sexual area is able to judge adequately the effects for him of the marriage commitment in order to be able to contract marriage validly» (n. 16: *loc. cit.*, 70).

prestar el consentimiento por el causal 2.º del canon 1095, en tanto en cuanto la persona es incapaz de valorar adecuadamente su propia capacidad para el matrimonio y de realizar un juicio crítico acerca de su propia sexualidad<sup>46</sup>.

Por otro lado, cabe señalar que algunas sentencias británicas enfocan de modo novedoso —reconduciéndolo al capítulo del canon 1095, 2.º— una situación que, clásicamente, se hubiera incluido dentro de la simulación total o parcial del consentimiento: la de aquellos sujetos que, conscientes de su homosexualidad, contraen matrimonio únicamente con el fin de «*guardar las apariencias*» ante la sociedad y ocultar de este modo su tendencia —íntimamente aceptada, por otra parte— en el ámbito social en que se mueven. Sin embargo, es preciso destacar que la novedad no es tan notable como pudiera parecer a primera vista, en tanto en cuanto lo que, según estas resoluciones, determina la existencia del grave defecto de discreción de juicio no es el que el homosexual decidiera contraer matrimonio únicamente por ese fin, sino el extremado narcisismo, egocentrismo e inmadurez que, de hecho, caracterizaban la personalidad del sujeto y que impedían que tuviera —por su obsesiva preocupación por sí mismo— una comprensión adecuada de la realidad matrimonial<sup>47</sup>.

Por último, pese a esta extendida concepción jurisprudencial favorable a considerar la homosexualidad simultáneamente como causa tanto de incapacidad para asumir las obligaciones esenciales del matrimonio como de grave defecto de discreción de juicio, no faltan tampoco algunas sentencias irlandesas<sup>48</sup> que cuestionan este planteamiento, y niegan

---

<sup>46</sup> Sentencia del tribunal de Liverpool c. Woolfenden, de 13 de julio de 1988.

<sup>47</sup> En este sentido, una sentencia del tribunal de Westminster reconocía expresamente que si el homosexual, a pesar de su orientación, hubiera demostrado alguna comprensión acerca de la importancia de la comunicación y el afecto en la vida conyugal, o hubiese valorado la necesidad de autosacrificarse por el bien de la familia, podría ser considerado portador de la suficiente discreción de juicio, puesto que el amor como realidad emocional —pese a su importancia— no es un requisito imprescindible canónicamente para la validez del consentimiento: sentencia c. MacPherson, de 26 de mayo de 1988, nn. 16,19: *loc. cit.*, 108-109.

<sup>48</sup> Sentencia del Tribunal Regional de Dublin c. Osmund Slevin, de 15 de enero de 1983, que resolvió negativamente ambos capítulos, y, sobre todo, la sentencia dictada en apelación de la anterior por el Tribunal Nacional de Apelación de Irlanda c. Desmond Campbell, de 16 de agosto de 1985, que —pese a revocar la precedente en lo relativo a la incapacidad para asumir— ratificó, sin embargo, el fallo negativo respecto al grave defecto de discreción de juicio, remitiéndose a los argumentos y conclusiones de la sentencia de primera instancia.

Por el contrario, ningún argumento aporta la otra sentencia que, en un supuesto de homosexualidad, rechaza el grave defecto de discreción de juicio y admite la nuli-

que la homosexualidad provoque sin más la invalidez matrimonial por el canon 1095, 2.º, en base a los siguientes argumentos:

- a) Por un lado, destacan que la actividad homosexual no implica en sí misma una radical inmadurez de la persona, sino que, con frecuencia, constituye únicamente una fase del desarrollo de la personalidad<sup>49</sup>.
- b) Por otro lado, no debe confundirse la falta de discreción de juicio con el mero error o equivocación en la decisión finalmente adoptada: si la persona, consciente de las dificultades, examina y pondera detenidamente lo que lleva consigo el matrimonio y finalmente decide contraerlo, su decisión podrá ser errónea, pero ello no implica su incapacidad para prestar el consentimiento por grave defecto de discreción de juicio<sup>50</sup>.

En definitiva, puede afirmarse que la jurisprudencia británica —no así la irlandesa— se caracteriza por sostener de modo constante la incidencia de la homosexualidad tanto en la capacidad para asumir las obligaciones esenciales del matrimonio como en la discreción de juicio del sujeto. Esta doble vía de la *incapacitas assumendi* y del defecto de discreción de juicio, mantenida en absoluta paridad en los supuestos de homosexualidad, es una constante de la jurisprudencia británica desde la entrada en vigor del nuevo Código hasta nuestros días, hasta el punto de que la práctica totalidad de las sentencias dictadas en supuestos de homosexualidad declaran la nulidad simultáneamente por los capítulos de grave defecto de discreción de juicio (can. 1095, 2.º) e incapacidad para asumir las obligaciones esenciales del matrimonio (can. 1095, 3.º). Se trata de un rasgo propio y peculiar de esta jurisprudencia, que contrasta notablemente con la escasa atención que, en ge-

---

dad por el canon 1095, 3.º, al no justificar el tribunal las razones para responder negativamente al párrafo 2.º del canon 1095 (sentencia del tribunal de Dublin c. Beegan, de 20 de marzo de 1990).

<sup>49</sup> Sentencia c. Osmund Slevin, de 15 de enero de 1983, n. 23 (*loc. cit.*, 110): «The Respondent's homosexual activity before marriage, of itself and without knowing the underlying causes, is not an indication of radical immaturity. Frequently, it is merely a phase in an individual's development.»

<sup>50</sup> *Ibidem*, 110-111: «The Respondent wanted love, companionship and support in marriage [...] Though he had some doubts about the possible outcome of the marriage, there is no doubt that he was aware of the difficulties, that he examined them and decide on marriage. His decision to marry may have turned out in the long run to have been a mistake, but this cannot be said to be due to lack of discretion on his part.»

neral, presta el resto de los tribunales eclesiásticos a la posible incidencia de la homosexualidad en la capacidad crítica y volitiva de los contrayentes.

### III. CONSIDERACIONES CRÍTICAS

De lo expuesto anteriormente, se deduce el notable silencio de la jurisprudencia rotal respecto a la cuestión de la posible incidencia de la homosexualidad en la discreción de juicio del sujeto; únicamente los tribunales regionales —y de modo muy destacado, los británicos— han prestado atención a esta cuestión.

Asimismo, también a nivel doctrinal se percibe un marcado desinterés hacia esta cuestión: salvo contadas excepciones<sup>51</sup>, la mayoría de los autores que estudian la homosexualidad, u obvian este tema, o se refieren únicamente de pasada al mismo<sup>52</sup>.

---

<sup>51</sup> Entre los escasos autores que estudian esta cuestión, merecen especial atención P. G. BIANCHI, *Incapacitas assumendi obligationes essentielles matrimonii. Analisi della giurisprudenza rotale, particolarmente degli anni 1970-1982*, Milán 1992, 190-191; P. A. BONNET, «L'omosessualità come causa di nullità matrimoniale», *DE* 95 (1984) 292-295, y J. J. GARCÍA FAILDE, *Trastornos psíquicos y nulidad del matrimonio*, Salamanca 1999, 397-398. Asimismo, resulta interesante el planteamiento de Candelier, el cual —directamente dependiente del pensamiento de Eck— se cuestiona la libertad del homosexual el momento de elección del matrimonio, y, en especial, si puede considerarse libre al homosexual latente que, prisionero de su inconsciente, ignora su propia orientación sexual. El autor parece inclinarse por una respuesta negativa a dichas cuestiones, al afirmar que «ce discernement n'est pas du degré requis pour un consentement matrimonial valide» (G. CANDELIER, «Homosexualité et incapacité de donner un consentement matrimonial valide», *ME* 111 (1986) 310-313).

<sup>52</sup> Aznar Gil acentúa la inclusión de la homosexualidad dentro del capítulo de la incapacidad para asumir y deja de lado su posible incidencia en el grave defecto de discreción de juicio, aunque señala que «no puede excluirse que haya personas tan gravemente afectadas de este vicio que carezcan de la discreción de juicio o de la libertad interna necesaria para consentir» (F. R. AZNAR GIL, «Homosexualismo y matrimonio (1965-1984)», en: *Curso de Derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro*, VII, Salamanca 1986, 322). En un sentido similar, A. ARZA ARTEAGA, «Los homosexuales, ¿incapaces para contraer matrimonio?», *Estudios de Deusto* 17 (1969) 90. Gullo, por su parte, más preocupado por remarcar la autonomía respectiva entre la incapacidad de querer y la incapacidad de asumir, apenas toca esta cuestión, limitándose a afirmar la posibilidad de que, en algún supuesto no especificado, ambos concurren en el mismo sujeto, aunque generalmente, la homosexualidad provocará la incapacidad de asumir las obligaciones conyugales: C. GULLO, «Incapacità perpetua di assumere gli oneri coniugali o incapacità di assumere oneri coniugali perpetui?», *DE* 89 (1978) 7-9.

A mi juicio, sin embargo, la condición homosexual del sujeto podrá, en ocasiones, incidir directamente en su capacidad crítica o volitiva a la hora de elegir el matrimonio, por lo que la misma puede tener relevancia en su discreción de juicio, aparte, por supuesto, de la incidencia de la homosexualidad en su capacidad para asumir las obligaciones esenciales del matrimonio. No obstante, antes de abordar el tema de la posible interrelación entre homosexualidad y grave defecto de discreción de juicio, es preciso hacer dos consideraciones previas:

- a) La cuestión a tratar es, específicamente, la posible incidencia de la homosexualidad, en sí misma considerada, en la capacidad intelectual, crítica y auto-determinativa del sujeto. En este sentido, no comparto algunos planteamientos doctrinales que toman como punto de partida en este tema la posible incidencia de otros trastornos psíquicos —de tipo neurótico o psicopático— «*asociados a la homosexualidad*»<sup>53</sup>. Indudablemente, los homosexuales podrán padecer neurosis, psicopatías e incluso psicosis, pero, en principio, ello no guarda una relación directa con su orientación sexual, por lo que la referencia a ese tipo de trastornos psíquicos en esta cuestión —lógica quizás en las aproximaciones jurisprudenciales, que deben atenerse al caso concreto— parecen un tanto injustificadas desde una perspectiva estrictamente doctrinal.
- b) Cualquier aproximación a esta cuestión de la posible incidencia de la homosexualidad en la capacidad crítica o volitiva del contrayente debe partir del presupuesto claro de la imposibilidad de considerar la homosexualidad como un concepto unívoco. Esta afirmación, válida en cuanto descriptiva del fenómeno en sí mismo considerado, se convierte en absolutamente imprescindible al abordar el tema del grave defecto de discreción de juicio originado por esta causa, puesto que las conclusiones serán radicalmente distintas según el tipo de homosexualidad de que se trate.

De conformidad con estas premisas, será preciso analizar separadamente cada supuesto de homosexualidad para, evitando todo reduccio-

---

<sup>53</sup> W. J. TOBIN, *Homosexuality and Marriage. A canonical evaluation of the relationship of homosexuality to the validity of marriage in the light of recent Rotal Jurisprudence*, Roma 1964, 77.

nismo, llegar a tener una visión completa e integral de la cuestión relativa a la posible incidencia de la homosexualidad en sí misma considerada —con independencia de cualquier anomalía psíquica que no guarde una relación directa con ella— en la validez del consentimiento por grave defecto de discreción de juicio.

A este respecto, tanto Bonnet como García Faílde han tomado como criterio delimitador el de la gravedad y exclusividad de la tendencia homosexual, destacando la imposibilidad de que un sujeto exclusivamente homosexual pueda concebir la vida conyugal heterosexual, y pueda querer verdaderamente y elegir con libertad compartir su vida con una persona de distinto sexo, habida cuenta su radical carencia de cualquier capacidad tendencial hacia el otro sexo<sup>54</sup>.

No comparto del todo, sin embargo, por excesivamente simplificada, esta aproximación al problema de la discreción de juicio del homosexual, puesto que, incluso dentro de los homosexuales exclusivos del grupo 6 de la escala Kinsey (y más aún en los otros grados, necesariamente más ambigüos), cabe una variedad notable de situaciones, algunas de las cuales —p. ej., la aceptación o el rechazo de la propia homosexualidad— pueden tener mayor o igual relevancia, de cara a la capacidad crítica-deliberativa o a la libertad del sujeto, que el grado o exclusividad de su tendencia homosexual.

A este respecto, me parece más adecuado realizar una clasificación que, teniendo en cuenta las variables más significativas, conceda sin embargo preeminencia a las repercusiones psicológicas de la homosexualidad, en cuanto que lo determinante de cara a este capítulo concreto de nulidad será la posible perturbación que en la inteligencia y en la voluntad pueda provocar, en su caso, dicha orientación sexual.

---

<sup>54</sup> J. J. GARCÍA FAÍLDE, *Trastornos psíquicos...*, 398 (cf. nota 37). Bonnet, por su parte, indica que «il matrimonium in fieri, in quanto atto di reciproca ed integrale donazione della sessualità tra un uomo ed una donna, esige dunque anzitutto un soggetto capace di volere l'altro sesso. L'omosessuale obbligato od esclusivo (della classe 6 della scala kinseyana), di conseguenza, in quanto necessariamente spinto verso il proprio sesso, è incapace di volere l'altro sesso, e *deve essere quindi riconosciuto come soggetto per se radicalmente incapace di porre in essere il matrimonio* [...] In realtà un'opzione eterosessuale qual è quella matrimoniale non può considerarsi espressione di un atto libero, e quindi genuinamente umano, ogniqualvolta non possa essere effettuata alcuna "reale decisione" di questo tipo, per essere il suo autore orientato in senso esclusivamente ommosessuale e quindi addirittura privo di ogni *capacità tendenziale* verso l'altro sesso»: P. A. BONNET, «L'omosessualità come causa...», *o.c.*, 293-294.

### 1. HOMOSEXUALIDAD EGOSINTÓNICA EXCLUSIVA

Este supuesto se caracteriza porque el sujeto, no sólo presenta una tendencia exclusivamente homosexual, sin ningún tipo de atracción hacia el otro sexo, sino que asume esta tendencia conscientemente —con independencia de la efectiva realización o no de conductas homosexuales por su parte—, sin que la misma le perturbe ni le cause ansiedad o malestar subjetivo.

En estos supuestos, lo habitual será —especialmente en sociedades abiertas, donde se viva un clima de tolerancia y respeto por la vida e intimidad de las personas— que el sujeto no llegue nunca a contraer matrimonio, al ser plenamente consciente de su orientación homosexual y de su absoluta falta de atracción hacia el sexo contrario. No obstante, si por los motivos que fuera —sociales, profesionales, económicos, ansia de paternidad/maternidad, etc.— decidiera libre y voluntariamente, sin ningún tipo de presión externa, contraer matrimonio, entiendo que en estos casos no cabe hablar propiamente de grave defecto de discreción de juicio, pues el sujeto, en principio, tiene la capacidad de valorar las ventajas e inconvenientes del paso que va a dar, y, en su caso, se autodetermina libremente a contraer matrimonio con la clara intención de instrumentalizar éste para otros fines, de tal modo que la nulidad vendrá dada por simulación total del consentimiento, no por defecto de su capacidad crítica o volitiva. A mi juicio, admitir en este supuesto de instrumentalización libre y consciente —con o sin mala fe— del matrimonio un grave defecto de discreción de juicio por parte del simulante implica una vulneración del principio de responsabilidad personal y una supresión injustificada de la capacidad intelectual y volitiva de los homosexuales<sup>55</sup>.

Cuestión distinta sería que el sujeto, pese a su homosexualidad egosintónica y exclusiva, se viera arrastrado a contraer matrimonio por

---

<sup>55</sup> En estos supuestos de instrumentalización consciente por parte del sujeto con una homosexualidad egosintónica exclusiva, entiendo que no resultarían de aplicación los argumentos expuestos por García Faílde y por Bonnet, puesto que en este caso la persona realiza, de hecho, el juicio crítico y deliberativo precisamente para, consciente de la radicalidad de su tendencia, excluir positivamente la entrega del derecho a la comunidad de vida conyugal y rechazar entregarse verdaderamente, a todos los niveles, al cónyuge del otro sexo, buscando únicamente las ventajas que le proporciona este matrimonio de conveniencia. Esto resulta especialmente claro en los supuestos en que la instrumentalización del matrimonio sea consciente y pactada por ambas partes, pero también se dará en aquellos supuestos de simulación total unilateral.

condicionantes —internos o externos— ajenos a su orientación sexual, como, por ejemplo, la presión de sus familiares y el miedo a perder su estimación, el temor a consecuencias económicas o profesionales perjudiciales si no contrae matrimonio, la presión social ejercida en comunidades pequeñas y cerradas, etc. En estos supuestos, la nulidad del consentimiento vendría dada directamente por el defecto de una decisión verdaderamente libre por parte del homosexual, sea, según las circunstancias propias de cada caso, por falta de libertad interna, o, incluso, por miedo reverencial.

## 2. HOMOSEXUALIDAD EGODISTÓNICA EXCLUSIVA

A diferencia de la anterior, esta homosexualidad, también exclusiva, se caracteriza sin embargo por causar en el sujeto un profundo malestar, ansiedad, rechazo o depresión. Si estos sujetos deciden contraer matrimonio, será preciso reconocer, en líneas generales y respetando siempre los datos propios del caso concreto, que generalmente dicho matrimonio será nulo debido a un grave defecto de discreción de juicio. En estos supuestos, el defecto *discretionis* podrá darse simultáneamente por las dos vías o perspectivas incluidas en el canon 1095, 2.º: la de capacidad de un conocimiento crítico-estimativo, y la de la necesaria libertad o capacidad de autodeterminación.

En relación con la imprescindible capacidad crítico-deliberativa para la válida prestación del consentimiento, parece claro que, efectivamente, ésta se verá gravemente dañada por la imposibilidad del sujeto —originada por su necesaria inclinación afectiva hacia su propio sexo y la ausencia de ningún tipo de capacidad tendencial hacia el contrario— de concebir y, por consiguiente, de valorar, los derechos y obligaciones de la vida conyugal con una persona del otro sexo<sup>56</sup>. En este sentido, puede afirmarse que, aunque la homosexualidad en sí misma considerada no afecta a la capacidad intelectual y crítica del sujeto, de tal modo que éste podrá conocer de modo especulativo los derechos y deberes del matrimonio en abstracto, lo cierto es que difícilmente podrá, por su radical orientación afectiva hacia personas de su mismo sexo, tener un conocimiento profundo, personal y verdaderamente estimativo —lo cual exige la participación no sólo del intelecto, sino también de los

---

<sup>56</sup> P. A. BONNET, «L'omosessualità come causa...», *o.c.*, 294; J. J. GARCÍA FAÍLDE, *Trastornos psíquicos...*, 398.

componentes emocionales y afectivos—<sup>57</sup> de la realidad matrimonial, necesariamente heterosexual.

En cuanto a la dimensión volitiva del sujeto, aparte de la disminución de libertad que es consecuencia de la antedicha falta de capacidad valorativa, cabe señalar que difícilmente una persona que vive con angustia y ansiedad notable su homosexualidad, sin aceptarse a sí mismo en una dimensión tan íntima y tan identificativa de la persona como es la orientación sexual, tendrá la necesaria libertad y quietud para poder ser dueño de su acto de consentimiento. Así, es posible que la persona—salvo que ponga los medios terapéuticos adecuados para salir del problema de su homosexualidad egodistónica— se vea internamente impedida a contraer matrimonio en búsqueda desesperada de un remedio para su angustia.

Desde esta perspectiva, parece claro que puede hablarse de un grave defecto de la capacidad de autodeterminación del sujeto, aunque deberá valorarse cuidadosamente el grado de ansiedad y trastorno que padece el sujeto por su orientación sexual, pues—sin perjuicio de la incidencia de la exclusividad de la tendencia homosexual en la dimensión estimativa y ponderativa del sujeto—, es preciso recordar que no cualquier preocupación, inquietud o disgusto por su tendencia daría lugar a una falta de libertad interna, sino sólo aquellos que verdaderamente le determinen a contraer matrimonio, al privarle de la necesaria libertad.

### 3. HOMOSEXUALIDAD EGOSINTÓNICA PREDOMINANTE

Este supuesto vendría constituido por aquellos sujetos encuadrables en el grado 5 ó 4 de la escala Kinsey—es decir, predominantemente homosexuales, pero en los que también concurren sentimientos y orientaciones heterosexuales, en mayor o menos grado— que tienen una vivencia psicológicamente sana de su orientación sexual. Se trata de supuestos en los que resulta difícil dar criterios concretos, habida cuenta de la enor-

---

<sup>57</sup> D. GOLEMAN, *La inteligencia emocional*, Barcelona 1996; V. FRANKL, *Psicoanálisis y existencialismo*, México 1952, 169-230; P. LAÍN ENTRALGO, *Teoría y realidad del otro*, t. II, Madrid 1961, 227-335. En este sentido, señala Vela que «la persona en cuanto sujeto nunca plenamente objetivable sólo puede ser conocida y reconocida en cuanto tal por otro sujeto personal desde el amor. En otros términos: el conocimiento y reconocimiento interpersonal es amoroso [...] Sólo la intuición amorosa, sólo la comunión amorosa descubre el misterio personal, acepta y reconoce y promueve, al “otro” como misterio»: L. VELA SÁNCHEZ, *La «communitas vitae et amoris»*, en AA.VV., *El consentimiento matrimonial hoy*, Barcelona 1976, 100.

me variedad de situaciones que comprende y la indefinición que, en la práctica, presentan siempre los supuestos en que concurra una cierta bisexualidad.

No obstante, considero que podrían aceptarse, como criterios generales y siempre dependientes de la valoración cuidadosa de las circunstancias del caso concreto, los siguientes:

- 1.º En la mayor parte de los supuestos de personas con una tendencia predominantemente homosexual y sólo accidentalmente heterosexual (del grupo 5 de la escala Kinsey) que vivencien de modo sano —desde un punto de vista psicológico— su homosexualidad, resultarán de aplicación los criterios expuestos para los homosexuales egosintónicos exclusivos, aunque será preciso valorar detenidamente las circunstancias del caso concreto, al haberse introducido ya la variable de la posible, aunque remota, atracción heterosexual.
- 2.º Cuando, pese a la predominante orientación homosexual, la inclinación hacia personas de distinto sexo sea más fuerte (grupo 4 de la escala Kinsey), los componentes de bisexualismo se hacen más marcados, por lo que, en principio, no parece que pueda hablarse de un grave defecto de discreción de juicio en este caso, habida cuenta tanto de la salud psicológica del sujeto como de la existencia en el mismo de una cierta inclinación heterosexual, lo que permitirá al sujeto valorar realmente a la persona del cónyuge y conocer y ponderar, al menos en grado suficiente, las obligaciones y deberes del matrimonio. Por consiguiente, en estos supuestos en que el sujeto, pese a su vivencia pacífica de la homosexualidad, sienta también una pulsión heterosexual que le lleve a decidirse a contraer matrimonio, la nulidad podrá venir dada, en su caso, aparte de por la *incapacitas assumendi*, por otros capítulos —generalmente, la exclusión del *bonum fidei*—, pero, a juicio de la unánime doctrina y jurisprudencia, no por un defecto de discreción de juicio del sujeto.

No obstante, incluso en el supuesto de que el sujeto no hubiese excluido ningún elemento ni propiedad esencial, sino que se casase aceptando, a pesar de la conciencia de su condición predominantemente homosexual, el comprometerse a todas las obligaciones y deberes de la vida conyugal, cabría plantear una cuestión no exenta de interés: el sujeto, por su predominante orientación homosexual, será, desde un punto de vista objetivo, presumiblemente incapaz de asumir las obligaciones

esenciales del matrimonio, pese a lo cual decide contraer matrimonio; ¿puede entenderse en este caso que el sujeto *podía* valorar suficientemente *su propia capacidad* para asumir lo que supone un consorcio de toda la vida perpetuo y exclusivo con una persona de distinto sexo? ¿fue verdaderamente *capaz* de ponderar las consecuencias que su predominante orientación sexual iba a provocar en la vida conyugal?<sup>58</sup>.

Aunque se trata de una cuestión ciertamente complicada y necesita de profundización, cabe señalar que la jurisprudencia rotal es unánime en definir la discreción de juicio como la «capacidad de realizar un proceso psíquico por el cual [...] de tal modo delibera el entendimiento acerca de los deberes esenciales a asumir y sobre la propia capacidad para cumplirlos en el caso concreto que el contrayente es capaz de obligarse a dichos deberes una vez que la voluntad ha optado libremente por el matrimonio»<sup>59</sup>. Y, en el caso expuesto, resulta sumamente dudoso que se haya tenido dicha capacidad para valorar la propia aptitud e idoneidad para las obligaciones del consorcio conyugal y para constituir, de modo exclusivo y perpetuo, una íntima comunidad de vida y amor con una persona de distinto sexo<sup>60</sup>.

#### 4. HOMOSEXUALIDAD EGODISTÓNICA PREDOMINANTE

Este supuesto incluye a aquellos sujetos con una tendencia homosexual predominante, pero no exclusiva —del grado 5 y 4 de la escala kinseyana— que viven su orientación sexual de manera angustiosa y traumática, de tal modo que el carácter egodistónico de su homosexualidad les lleva con mucha frecuencia a contraer matrimonio con el fin de intentar «*curarse*» de su tendencia.

En estos supuestos, siempre que la ansiedad sufrida por el sujeto tenga una cierta gravedad, podrá hablarse —con independencia del mayor

---

<sup>58</sup> Obsérvese que las preguntas no giran en torno a la cuestión fáctica de si el sujeto, de hecho, se equivocó o no al hacer esa valoración y esa ponderación, lo cual parece indudable en la mayor parte de los casos, sino a la cuestión jurídica de si puede entenderse que la persona, en estos casos, tiene la debida capacidad crítico-deliberativa.

<sup>59</sup> c. Pinto, de 23 de noviembre de 1979, n. 3: SRRD 71 (1979) 477; c. Di Felice, de 24 de mayo de 1980: ME 106 (1980) 22.

<sup>60</sup> Por esta respuesta parece inclinarse una sentencia del tribunal de Nottingham, al afirmar que «it may well be wondered whether a person who is severely damaged in the sexual area is able to judge adequately the effects for him of the marriage commitment in order to be able to contract marriage validly»: c. Walker, de 25 de junio de 1986, n. 16: MDGBI 22 (1986) Dec. 27, 70.

o menor grado de bisexualismo que tuviera el sujeto— de un grave defecto de discreción de juicio, afectante principalmente a la capacidad volitiva y autodeterminativa del sujeto, puesto que éste, por su angustia, no llega a ser plenamente dueño de su acto de consentimiento, sino que se ve abocado al mismo por considerarlo la única solución para su problema. Por consiguiente, en estos casos lo determinante no será el grado de exclusividad de su tendencia o de bisexualidad que tenga el sujeto, sino la gravedad de su trastorno psicológico —causado por su incapacidad para asumir y aceptar su propia sexualidad— y de la angustia y ansiedad que éste le provoque.

En general, y respetando siempre las circunstancias propias de cada caso, cabe decir que este matrimonio contraído *in spe sanationis* —consecuencia e indicio, habitualmente, de una homosexualidad egodistónica— implicará frecuentemente a mi juicio, sea cual sea el grado de exclusividad de la tendencia homosexual del sujeto, un grave defecto de discreción de juicio por ausencia de libertad en el homosexual que percibe el matrimonio como única salida a una orientación sexual no deseada ni aceptada, y que le crea una profunda angustia vital.

Aunque este criterio no es tenido en cuenta por la jurisprudencia rotal, al ignorar ésta, como se ha indicado, la posible incidencia de la homosexualidad en el grave defecto de discreción de juicio, la jurisprudencia de algunos tribunales eclesiásticos regionales, por el contrario, sí ha manifestado expresamente que las personas de constitución predominantemente homosexual que contraen matrimonio esperando «*curarse*» de su tendencia deben ser considerados incapaces de prestar el consentimiento, además de por el canon 1095, 3.º, por grave defecto de discreción de juicio, pues, en estos casos, la persona se muestra incapaz de valorar adecuadamente su propia capacidad para el matrimonio y de realizar un juicio crítico acerca de su propia sexualidad<sup>61</sup>.

Por otro lado, dejando de algún modo de lado esta dimensión volitiva, algún autor, desde un planteamiento más centrado en la capacidad cognoscitiva y crítica, se pregunta si, en estos supuestos, el juicio práctico de quien contrae matrimonio esperando su curación puede ser considerado proporcionado a los derechos y deberes matrimoniales que

---

<sup>61</sup> Sentencia del tribunal de Liverpool c. Woolfenden, de 13 de julio de 1988: *loc. cit.*, 115-117; del tribunal de Liverpool c. Robbins, de 13 de julio de 1988: *loc. cit.*, 117-119; del tribunal de Nottingham c. Walker, de 25 de junio de 1986, n. 16: *loc. cit.*, 70; del tribunal de Brentwood c. Read, de 11 de diciembre de 1985, n. 7: *loc. cit.*, 59.

mutuamente se han de dar y entregar, como exige el canon 1095, 2.<sup>o</sup><sup>62</sup>. En este sentido, estimo que si en algún supuesto de homosexualidad egodistónica predominante se advirtiera que este trastorno no tiene la gravedad suficiente como para privar al sujeto de la necesaria capacidad de autodeterminación, será preciso también valorar cuidadosamente si su capacidad crítico-estimativa puede verse impedida por el carácter casi exclusivo de su tendencia homosexual y por la debilidad de su orientación heterosexual, para lo cual será preciso analizar el grado de exclusividad de la homosexualidad del contrayente.

A este respecto, cabe afirmar que, en general, resulta posible aplicar a los homosexuales del grado 5 de la escala Kinsey los criterios señalados en relación con los homosexuales egodistónicos exclusivos —pues resultará difícil que, habida cuenta su fuerte pulsión homosexual y la debilidad de su atracción por el otro sexo, sean capaces de valorar las implicaciones de la comunidad conyugal heterosexual—, mientras que los del grado 4, con una bisexualidad más marcada, difícilmente podrán ser considerados incapaces de estimar y ponderar lo que supone una unión conyugal heterosexual, según la común doctrina jurisprudencial. No obstante, incluso en este último caso, considero que sigue abierto el interrogante planteado anteriormente —en relación con los homosexuales egosintónicos de este grado— respecto a su capacidad para estimar y ponderar, no ya el matrimonio en general, sino su propia capacidad para asumir las cargas del matrimonio, especialmente en lo relativo a la exclusividad y perpetuidad de esta unión.

##### 5. BISEXUALIDAD EGOSINTÓNICA

En líneas generales, los bisexuales puros que no viven su bisexualidad de modo egodistónico, son unánimemente considerados por la doctrina y jurisprudencia como capaces de tener la suficiente discreción de juicio para poner el acto psicológico del consentimiento matrimonial, con independencia de la posible relevancia que dicha bisexualidad pueda tener de cara a su capacidad para asumir las obligaciones esenciales del matrimonio.

A mi juicio, sin embargo, la profundización en el significado de la bisexualidad pura puede poner en entredicho la anterior afirmación. Efectivamente, en el supuesto —cuya existencia en la vida real resulta sumamente discutido por la ciencia médica— de que existieran bise-

<sup>62</sup> P. G. BIANCHI, *Incapacitas assumendi...*, 191.

xuales egosintónicos puros, esto implicaría que se trata de sujetos que se han instalado en una situación de indefinición en cuanto al objeto de su deseo sexual y, a un nivel más profundo, en cuanto al sexo destinatario de su inclinación amorosa, afectiva, etc., de modo que les resultan igualmente deseables —y, por consiguiente, intercambiables— los varones y las mujeres. Esta indefinición sexual, caso de que exista —y no deja de resultar significativo el que se dude de su existencia— supondrá habitualmente que el sujeto se ha estancado en un estadio de inmadurez que resulta difícilmente conciliable con la madurez exigida para poner el acto del consentimiento conyugal.

#### 6. BISEXUALIDAD EGODISTÓNICA

Estos supuestos vendrían constituidos por aquellos sujetos que viven de modo conflictivo su propia bisexualidad. Son sujetos cuya pulsión igualmente homo y heterosexual les provoca una profunda angustia y malestar psíquico. A estos supuestos resultará de aplicación, a mi juicio, lo expuesto en el punto *d*) respecto a la homosexualidad egodistónica predominante, por las razones allí explicadas.

#### 7. LA PSEUDOHOMOSEXUALIDAD

Pese a no tratarse, en sentido estricto, de un supuesto de homosexualidad, considero necesaria su inclusión en esta clasificación por dos razones: la primera, por la posible —y, en ocasiones, frecuente— confusión entre este fenómeno y la verdadera homosexualidad en la praxis judicial, habida cuenta las divergencias existentes respecto a su misma definición y descripción a nivel clínico, las cuales pueden repercutir negativamente en la práctica forense; y, en segundo lugar, por su notable relevancia en el tema del grave defecto de discreción de juicio.

Como se expuso anteriormente, la pseudohomosexualidad viene configurada como una verdadera neurosis sexual, y, en cuanto tal neurosis, podrá convertir al sujeto en incapaz, por su profundo desequilibrio afectivo, de prestar un consentimiento ponderado y libre. Se trata de casos sumamente complicados en la práctica, en los que el sujeto aparece como portador de una profunda confusión respecto a su orientación sexual, unida a un temor fóbico a ser efectivamente homosexual, lo cual indudablemente perturba y dificulta su capacidad psicológica para poner válidamente el acto psicológico del consentimiento.

#### IV. CONCLUSIONES

La relevancia de la homosexualidad en la discreción de juicio del sujeto es un aspecto muy poco tratado, en general, en la doctrina y en la jurisprudencia canónica, con la única y notable excepción de los tribunales británicos. Asimismo, la aproximación doctrinal al tema ha fijado como criterio delimitador el grado de exclusividad de la tendencia homosexual, y ha dejado en el olvido otros factores a mi juicio más relevantes, como el de la aceptación o rechazo por parte del sujeto de su propia tendencia sexual.

En efecto, la profundización en las características de la homosexualidad permite establecer algunos criterios en relación a la incidencia de la homosexualidad en el grave defecto de discreción de juicio, en virtud del carácter egosintónico o egodistónico de la homosexualidad del sujeto, así como del grado de exclusividad de su tendencia. No obstante, debe tenerse en cuenta que estos criterios son meramente orientadores, pues lo que habrá que valorar siempre es la discreción de juicio de cada sujeto concreto, sin pretender encajarle en unas categorías prefijadas de antemano.

Así, en líneas generales, puede afirmarse que la *homosexualidad egodistónica*, por la angustia y ansiedad que la caracteriza, provocará fácilmente en el sujeto, con independencia del grado mayor o menor de exclusividad de su tendencia homosexual o, incluso, decididamente bisexual, un grave defecto de discreción de juicio, al perturbar este trastorno psicológico —y la profunda ansiedad que lleva consigo— la capacidad de autodeterminación del sujeto, privándole de la necesaria libertad.

En estos supuestos, con independencia de que también existan en el sujeto tendencias heterosexuales, aunque sean muy marcadas, el homosexual egodistónico se verá impelido a contraer matrimonio para salir de la angustia que le provoca su orientación sexual, de tal modo que no cabe hablar de un consentimiento matrimonial libre. En nuestra opinión, esto será así incluso en aquellos casos en que la capacidad valorativa del sujeto permanezca, en principio, intacta (si es que cabe afirmar esto cuando, en estos casos, el homosexual o incluso el bisexual consideran necesariamente al otro contrayente no en cuanto cónyuge, sino en cuanto posible *cura* a su problema íntimo).

Por otro lado, además de la falta de libertad señalada, en los supuestos de homosexualidad egodistónica exclusiva o cuasi-exclusiva, el suje-

to tendrá igualmente perjudicada su capacidad crítico-deliberativa, puesto que la exclusividad de su tendencia homosexual y la absoluta ausencia de cualquier inclinación hacia personas de distinto sexo impiden al sujeto conocer valorativamente —no de modo especulativo— lo que implica una comunidad de vida conyugal heterosexual.

A efectos probatorios, cabe señalar la necesidad de que conste la gravedad de la angustia y ansiedad del sujeto respecto a su orientación sexual, pues no cualquier grado de desazón al respecto producirá una disminución grave de la requerida libertad. Por otro lado, es innegable que la prueba del grave defecto de discreción de juicio resultará indudablemente más sencilla en aquellos supuestos en que concurren la gravedad del trastorno egodistónico con la exclusividad de la tendencia homosexual, pero ello no supone necesariamente, a mi juicio, que no pueda declararse la nulidad en casos de homosexualidad egodistónica del grupo cuatro de la escala kinseyana o, incluso, en supuestos de bisexualidad egodistónica.

En la *homosexualidad sana o egosintónica*, por el contrario, el grado de exclusividad de la tendencia resultará el factor determinante a la hora de valorar la capacidad crítico-estimativa de este tipo de homosexuales, de modo que pueden distinguirse, en líneas generales, los siguientes supuestos:

- a) En los casos de homosexualidad exclusiva o cuasi-exclusiva, con una nula o muy leve inclinación hacia el sexo opuesto —grupos seis y cinco de la escala kinsey— resultará sumamente extraño que el sujeto contraiga matrimonio, habida cuenta la conciencia y aceptación de la propia tendencia que caracteriza este tipo de homosexualidad, y la absoluta o casi absoluta carencia de inclinación heterosexual del sujeto. Por consiguiente, si decide casarse, será por norma general un acto, ponderado y deliberado, de instrumentalización consciente del matrimonio para obtener unos fines ajenos a los matrimoniales, por lo que la nulidad del matrimonio vendrá dada, en su caso —aparte la *incapacitas assumendi*— por otros capítulos distintos del grave defecto de discreción de juicio, especialmente, por simulación total del consentimiento.
- b) En los supuestos de homosexualidad predominante, pero con marcada tendencia heterosexual (grupo cuatro de la escala Kinsey), la presunción jurisprudencial y doctrinal es la de suficiente discreción de juicio por parte del sujeto, en cuanto que éste, por su atracción hacia personas de distinto sexo, puede en prin-

cipio valorar las ventajas e inconvenientes de la unión matrimonial, y puede *querer* verdaderamente contraer matrimonio con una persona del otro sexo. Sin embargo, no obstante esta presunción jurisprudencial, de notable vigencia en la praxis forense, cabe cuestionarse a este respecto si el sujeto predominantemente homosexual —y, por ende, objetivamente incapaz de asumir las obligaciones conyugales— puede valorar adecuadamente *su propia capacidad* para asumir un consorcio heterosexual *perpetuo y exclusivo*.

- c) En los supuestos de bisexualidad egosintónica pura, caso de que existan, la presunción jurisprudencial es la de discreción de juicio, por los mismos motivos que en la homosexualidad del grupo cuatro de la escala Kinsey. Sin embargo, en este supuesto, aparte de la vigencia de la cuestión anteriormente planteada acerca de la existencia o no de una verdadera capacidad valorativa en cuanto a la propia aptitud para asumir un consorcio heterosexual perpetuo y exclusivo, cabe plantear aún un interrogante más: un sujeto instalado conscientemente en una total indefinición e indeterminación respecto al objeto de su inclinación amorosa y sexual, con la profunda inmadurez que ello supone, ¿puede ser considerado capaz de poner un acto tan trascendente y definitivo como el del consentimiento matrimonial?

Finalmente, sólo resta hacer una última precisión, de gran importancia en este tema: la afirmación de la posible incidencia de la homosexualidad en la discreción de juicio del sujeto no debe en modo alguno interpretarse como una afirmación general acerca del deterioro de las facultades intelectivas y críticas de la persona provocado por la condición homosexual y, mucho menos, como una calificación de la homosexualidad como enfermedad mental. Al contrario, como se ha señalado, la homosexualidad en sí misma considerada no destruye ni disminuye la facultad intelectual del sujeto. Por consiguiente, la discreción de juicio del homosexual —intacta, en principio, en lo referido a la práctica totalidad de los negocios y actividades de la vida— se verá limitada única y exclusivamente en materia matrimonial, en virtud del objeto sobre el que versa dicho juicio, que sí se verá necesariamente afectado por la orientación sexual del sujeto.

En definitiva, el homosexual, capaz en general de entender y querer, capaz incluso de aprehender intelectualmente lo que es el matrimonio,

puede sin embargo no ser capaz —dependiendo de las variables antes indicadas— de tener la discreción de juicio *proporcionada* al negocio matrimonial. El sujeto homosexual, pese a la genérica normalidad de sus facultades intelectuales y volitivas, puede carecer, por su orientación sexual, de la capacidad necesaria para poner, no cualquier acto de voluntad, sino el acto concreto y específico que hace nacer un consorcio heterosexual perpetuo y exclusivo como es el matrimonio.