



---

**SADEC**

■ ■ ■ Sociedad Argentina  
de Derecho Canónico

**XV JORNADAS ANUALES**

**24, 25 y 26 de Octubre**  
**Buenos Aires**

Ciudad Autónoma de Buenos Aires

---

# ÍNDICE GENERAL

<i>PRESENTACIÓN</i> .....	8
<b>PUBLICACIÓN DE LAS JORNADAS SADEC 2017</b> PBRO. DR. ESTEBAN PABLO ALFÓN – PRESIDENTE DE SADEC .....	9
<b>NADA MÁS JUSTO QUE AGRADECER</b> PBRO. DR. MAURICIO LANDRA, DECANO DE LA FACULTAD DE DERECHO CANÓNICO – PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA .....	11
<i>EXPOSITORES</i> .....	13
<i>PONENCIAS</i> .....	17
■ <b>EL CONCEPTO DE PROCESO JUSTO EN LA REFORMA DEL PROCESO MATRIMONIAL Y EN EL PROCESO PENAL</b> RVDO. P. MANUEL JESÚS ARROBA CONDE C.M.S .....	19
■ <b>REPERCUSIONES CANÓNICAS MATRIMONIALES DE LA FALTA DE FE DE LOS CONTRAYENTES</b> DRA. CARMEN PEÑA GARCÍA.....	43
■ <b>DERECHO CANÓNICO Y PASTORAL. DESAFÍOS Y POSIBILIDADES. MI EXPERIENCIA COMO OBISPO</b> S.E.R. MONS. MARCELO DANIEL COLOMBO.....	65
■ <b>MATRIMONIO Y HOMOSEXUALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA CANÓNICA</b> DRA. CARMEN PEÑA GARCÍA.....	81
■ <b>EL CRITERIO ANTROPOLÓGICO EN LA PERICIA PSÍQUICA</b> RVDO. P. MANUEL JESÚS ARROBA CONDE C.M.S .....	109
■ <b>EL VALOR DE LAS PRUEBAS PARA LA CERTEZA MORAL DE LA SENTENCIA</b> RVDO. P. MANUEL JESÚS ARROBA CONDE C.M.S.....	131
■ <b>LOS RECURSOS CONTRA LA SENTENCIA TRAS LA REFORMA PROCESAL DE <i>MITIS IUDEX</i></b> DRA. CARMEN PEÑA GARCÍA.....	159
■ <b>LA DISCIPLINA SOBRE EL NUEVO PROCESO BREVIOR</b> RVDO. P. MANUEL JESÚS ARROBA CONDE C.M.S.....	191
■ <b>RELEVANCIA DEL VETO JUDICIAL PARA CONTRAER NUEVAS NUPCIAS</b> DRA. CARMEN PEÑA GARCÍA.....	229

*Nihil Obstat*

Nada obsta a la fe y moral católicas para su publicación.

*Imprimatur*

+ MARCELO DANIEL COLOMBO  
Arzobispo de Mendoza  
Mendoza, Septiembre de 2018


Diagramación y producción: **PPC Argentina S.A.**   
Av. Callao 410, 2º piso  
C1022AAR | Ciudad Autónoma de Buenos Aires | República Argentina  
t: +54 11 4000.0400 / f: +54 11 4000.0429  
www.ppc-editorial.com.ar  
e-mail de contacto: ventas@ppc-editorial.com.ar

Ilustración de la cubierta: Santo Toribio de Mogrovejo (1538-1606)

© Copyright Sociedad Argentina de Derecho Canónico  
Primera edición Buenos Aires, octubre de 2018  
Impreso en la Argentina  
Hecho el depósito que previene la Ley N° 11723

La evolución de la legislación de la Iglesia en todos sus órdenes, da cuenta del servicio que ella quiere prestar a los hombres. Y la atinada conversión pastoral de estructuras eclesiales es una de sus metas para que la comunidad fundada por el Señor sea más que nunca por su identidad y vocación más profunda “signo e instrumento de la unión íntima con Dios y de la unidad de todo el género humano”<sup>104</sup>.

104 Cf. *Lumen gentium*, 1.

## MATRIMONIO Y HOMOSEXUALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA CANÓNICA<sup>105</sup>

Dra. Carmen Peña GARCÍA

La jurisprudencia canónica dictada en supuestos de homosexualidad de alguno de los contrayentes presenta un notable interés doctrinal. Aparte del innegable influjo de estas sentencias en la génesis del actual c.1095,3º<sup>106</sup> todavía en la actualidad, a pesar de los abundantes estudios realizados desde el ámbito de las ciencias biomédicas, psiquiátricas, sociológicas y antropológico-culturales, que permiten un mejor conocimiento del fenómeno, y de la profundización desde el ámbito jurídico y canónico, la condición homosexual de uno de los contrayentes plantea complejos interrogantes a la hora de valorar la capacidad del sujeto para prestar un válido consentimiento matri-

105 Este trabajo recoge y sintetiza anteriores investigaciones de la autora sobre la cuestión de la relevancia jurídica de la homosexualidad en la validez del matrimonio, a partir del análisis de la doctrina y de la jurisprudencia canónica en causas de homosexualidad, si bien se han incluido las actualizaciones necesarias. Principalmente, las publicaciones referidas son: C. PEÑA GARCÍA, *Homosexualidad y matrimonio. Estudio sobre la jurisprudencia y la doctrina canónica*, Ed. Comillas, Madrid 2004, 511 págs.; *¿Son los bisexuales capaces de contraer matrimonio? Estudio de la jurisprudencia canónica*, en C. LASARTE ÁLVAREZ (Dir), *Perspectivas del Derecho de Familia en el siglo XXI. Actas del XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia (Sevilla, 18-22 octubre 2004)*, Editorial IDADFE (Instituto de Desarrollo y Análisis del Derecho de Familia en España), en CD-ROM, *Ponencias Sección Segunda*, págs.1-21; *Grave defecto de discreción de juicio y homosexualidad en la jurisprudencia postcodicial*, en *Estudios Eclesiásticos* 78 (2003) 659-694; *Homosexualidad y capacidad para contraer matrimonio, según la jurisprudencia canónica reciente*, en: J. RODRÍGUEZ TORRENTE (Ed), *Consentimiento matrimonial e incapacidad*, Albacete 2005, págs. 175-204; C. PEÑA GARCÍA, *Homosexualidad y bien de los cónyuges*, en *Asociación Española de Canonistas, Actualidad canónica a los 20 años del Código de Derecho Canónico y 25 de la Constitución. XXIII Jornadas de Actualidad Canónica*, Ed. UPSA, Salamanca 2004, págs. 445-456; *El error en la persona en las causas sobre homosexualidad*, en S. SÁNCHEZ MALDONADO (Ed), *III Simposio de Derecho Matrimonial y procesal canónico*, Granada 2006, págs. 33-47; *Influjo de los trastornos de la orientación sexual en los capítulos de invalidez matrimonial. Jurisprudencia*, en ASOCIACIÓN CHILENA DE DERECHO CANÓNICO (Ed.), *Anuario canónico* (2015) 115-144.

106 Conforme destaca de modo unánime la doctrina, fueron precisamente las sentencias rotales dictadas en supuestos de homosexualidad las que, tras el Vaticano II, iniciaron el giro jurisprudencial que dio lugar, años más tarde, al actual can.1095, 3º, pudiendo citarse, de modo especial, las sentencias c. Anné, de 17 de enero de 1967, en SRRD 59 (1967) 23-36; c. Lefebvre, de 2 de diciembre de 1967, en SRRD 59 (1967) 798-807; y c. Anné, de 25 de febrero de 1969, en SRRD 61 (1969) 174-192.

monial: ¿qué es lo determinante de cara a juzgar la capacidad del sujeto para el matrimonio, la tendencia homosexual o el modo de obrar del sujeto? ¿puede hablarse de incapacidad para el matrimonio es supuestos de bisexualidad? ¿cómo valorar la capacidad conyugal del sujeto en aquellos casos en que la homosexualidad/bisexualidad se manifiesta únicamente tras las nupcias? ¿invalida el consentimiento la homosexualidad latente o la no manifestada antes del matrimonio? ¿en base a qué criterios se resuelven los casos planteados por los fieles ante los tribunales eclesiásticos en estos supuestos?

En efecto, no cabe olvidar que, además del interés estrictamente doctrinal, esta cuestión tiene una dimensión práctica indudable en relación a la resolución de las causas matrimoniales de los fieles. Desde hace unos años, se constata una creciente visibilidad y aceptación social de la condición y de la conducta homosexual; y aunque parecería que ello debería llevar consigo una disminución de los matrimonios canónicos contraídos por homosexuales, lo cierto es que, aún hoy, muchas personas con tendencias homosexuales contraen, por diversos motivos, matrimonio con personas de distinto sexo, no siendo infrecuente que, tras el fracaso conyugal, acepten acudir al tribunal eclesiástico y colaborar en la instrucción del proceso de nulidad matrimonial.

Como se deduce de estos casos planteados ante los tribunales eclesiásticos, coincidentes en líneas generales con los resultados de los estudios psicosociales sobre la cuestión, puede decirse que hay un número minoritario –pero no irrelevante– de personas que, pese a su tendencia homosexual, han contraído matrimonio con personas de distinto sexo, siendo mayor la proporción en mujeres que en varones, y siendo muy frecuente que de esos matrimonios hayan nacido hijos; las razones aducidas para contraer son muy variadas, desde el deseo de ocultar socialmente la propia tendencia al deseo de superar la homosexualidad y “curarse” mediante la vida matrimonial. La homosexualidad aparece como la causa principal y directa del fracaso de estos matrimonios, que acostumbran a ser conflictivos y de escasa duración, bien por el escaso interés del homosexual por la relación sexual y afectiva con su cónyuge, bien por las tensiones derivadas de llevar una doble vida, o por la incidencia de las infidelidades en la

convivencia conyugal. Por otro lado, en el otro cónyuge suele producirse un marcado sentimiento de frustración, decepción y engaño al descubrir la verdad.

Se trata, en definitiva, de un tema que sigue estando de actualidad y que tiene una dimensión práctica muy marcada. En este sentido, la resolución en justicia de estas causas matrimoniales exigirá profundizar en el fenómeno homosexual, sin prejuicios ni estereotipos, y analizar la jurisprudencia canónica en esta materia.

## 1. ALGUNAS CUESTIONES SOBRE LA ORIENTACIÓN HOMOSEXUAL

Del análisis de la jurisprudencia y doctrina canónica se deduce, como primera conclusión, la **necesidad de tener en cuenta, en el discurso canónico, los datos ofrecidos por las diversas ciencias que estudian el fenómeno homosexual**. La remisión a estos datos de las ciencias humanas no es algo accesorio u opcional para el canonista, sino una necesidad ineludible. Asimismo, es importante clarificar conceptos, pues una de las principales dificultades a la hora de analizar el fenómeno homosexual es su complejidad. La homosexualidad, al igual que la heterosexualidad, es un fenómeno pluriforme, que incluye comportamientos, enfoques y problemáticas muy diversas: de hecho, suele decirse que no existe la homosexualidad, sino homosexuales concretos, en los que cabe encontrar una gama tan variada como en los heterosexuales.

### a. Definición

Desde una concepción unitaria de la persona y de la sexualidad, podría definirse la homosexualidad 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**.

Debe tenerse en cuenta que la homosexualidad no es principalmente en un fenómeno sexual, en el sentido de genital, sino que afecta a todas las dimensiones de la sexualidad humana, lo que incluiría las dimensiones afectiva, relacional, valorativa, etc.. Es la persona humana integral la que, de un modo constitutivo, no solo com-

portamental, se siente y —excepto en casos patológicos de represión o disociación— se vivencia a sí misma como atraída por las personas de su mismo sexo. Y aunque, conforme a las ciencias psiquiátricas, esta condición homosexual no implica necesariamente rasgos patológicos, es indudable que puede tener una mayor carga traumática para el sujeto que la vivencia.

De esta definición se deducen algunas consecuencias que pueden llegar a tener notable repercusión en el tema objeto de nuestro estudio:

- a) Al igual que ocurre con la heterosexualidad, el criterio fundamental a tener en cuenta para determinar si un sujeto es o no homosexual no será nunca la sola práctica sexual —que puede existir o no—, sino las tendencias profundas de la persona.
- b) La mera actividad homosexual episódica, con independencia de que sea originada por mecanismos de compensación y sustitución, por curiosidad, vicio, etc., no permite en principio considerar a una persona como homosexual<sup>107</sup>.
- c) E, igualmente, la ausencia de un comportamiento homosexual no implica sin más la inexistencia de una verdadera y arraigada tendencia homosexual. Desde un presupuesto antropológico cristiano, y como consecuencia de la citada distinción entre tendencia y comportamiento, es preciso reconocer al sujeto homosexual, al menos en principio, la capacidad de dominar su propia tendencia sexual y no incurrir en comportamientos homoeróticos.

Por otro lado, la sexualidad humana es muy compleja, y la distinción homosexualidad-heterosexualidad no es radical y bien de-

---

107 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, cf. J. J. GARCÍA FAILDE, *Manual de Psiquiatría forense canónica*, Salamanca 1991, pág. 309; etc. 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.

finida. Al contrario, hoy es un dato comúnmente admitido la existencia de un **continuo hetero-homosexual** que admite una notable gradación entre un extremo y otro (la homosexualidad o la heterosexualidad puras). Esto tendrá una importancia decisiva a la hora de abordar los supuestos de bisexualidad, pues dentro de este término genérico se incluye una gama muy variada de tendencias que exigen un tratamiento diferenciado.

En este sentido, destaca por su aceptación universal la escala propuesta en 1948 por Kinsey, en la que distinguen cinco grados entre la heterosexualidad pura y la homosexualidad pura<sup>108</sup>:

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

El estudio de Kinsey ha sido muy criticado, tanto por sus discutibles bases metodológicas, como, fundamentalmente, por haber tomado en consideración únicamente la actividad homoerótica —y, más concretamente, el orgasmo— en vez de los sentimientos o la tendencia homosexual. No obstante, lo cierto es que esta escala resulta de una indudable utilidad práctica, en cuanto que permite una gradación, universalmente aceptada, de los diversos grados de bisexualismo que pueden darse entre la heterosexualidad pura y la homosexualidad exclusiva. Es, por tanto, una escala válida, siempre

---

108 A. KINSEY - W. POMEROY - C. E. MARTIN, *Sexual behaviour in the human male*, Filadelfia 1948.

que se tenga en cuenta que 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.

Debe tenerse en cuenta, por otro lado, que la **bisexualidad** constituye un tema especialmente complejos, hasta el punto de resultar problemática no solo su definición, sino incluso la existencia misma de sujetos bisexuales<sup>109</sup>. La **conducta** bisexual es una constante históricamente constatada, pero resulta por el contrario muy difícil comprobar la existencia de sujetos cuya **orientación** sexual profunda se mantenga establemente en un estado de indeterminación respecto al objeto de su deseo sexual. En general, los estudios psicosociales suelen catalogar como bisexuales puros a sujetos caracterizados por una cierta inmadurez y una notable hipersexualidad, con altos niveles de promiscuidad y una notable incapacidad para entablar relaciones estables<sup>110</sup>. Indudablemente, se trata de datos importantes a tener en cuenta en la valoración canónica de la capacidad de estos sujetos para contraer matrimonio<sup>111</sup>.

Asimismo, es importante **distinguir adecuadamente entre la homosexualidad y otras manifestaciones de la sexualidad**, como el transexualismo, el travestismo, la pedofilia, el sadomasoquismo o el exhibicionismo, que tienen sus características propias y que no guardan en principio relación directa con la homosexualidad.

Tampoco debe confundirse la homosexualidad con la **pseudo-homosexualidad**, que es propiamente una neurosis sexual, caracterizada por el ansia de identificación frustrada con individuos del mismo sexo. Los pseudohomosexuales son sujetos —generalmente, varones— que encuentran cierta excitación erótica a través de una imagen masculina, aunque no suelen incurrir en prácticas homo-

109 Buen ejemplo de la desconfianza psicoanalítica hacia la bisexualidad es S. RADO, *Examen crítico de la bisexualidad*, en S. RADO et al., *Homosexualidad en el hombre y en la mujer*, Buenos Aires 1967, pág. 19; G. J. M. VAN DEN AARDWEG, *Homosexualidad y esperanza. Terapia y curación en la experiencia de un psicólogo*, Navarra 1997, 25-26.

110 W. H. MASTERS y V.E. JOHNSON, *Homosexualidad en perspectiva*, Buenos Aires 1979, 177-178.

111 Cft. C. PEÑA GARCÍA, *¿Son los bisexuales capaces de contraer matrimonio?*, cit., 1-21.

sexuales. Son personas con baja autoestima, obsesionadas por la homosexualidad, angustiados ante la posibilidad de ser verdaderamente homosexuales. Generalmente, estos hombres se fijan en arquetipos muy varoniles, como pueden ser atletas, porque desean identificarse con ellos y ser plenamente varoniles a su vez, para, desde ahí, acceder al sexo femenino.

### b. Tipología

Entre las múltiples clasificaciones que se han hecho de los diversos tipos de homosexualidad<sup>112</sup>, hay dos que tienen una especial relevancia a la hora de valorar su influjo en la validez del consentimiento prestado.

#### ▪ **Homosexualidad manifiesta y homosexualidad latente**

Aunque se han dado muy diversas definiciones, en este estudio se considera **homosexualidad manifiesta** aquella tendencia homosexual de la que el sujeto es consciente, con independencia de que incurra o no en actividad homosexual. La **homosexualidad latente**, por el contrario, será aquella tendencia homosexual que permanece inconsciente en el sujeto; la represión y falta de integración de estas tendencias profundas suele provocar una importante angustia emocional en la persona, cuando no otras manifestaciones patológicas.

El criterio delimitador de estas definiciones será, por tanto, la autoconsciencia del sujeto respecto a su propia orientación sexual, no el mayor o menor nivel de actividad sexual homoerótica. Esto tendrá importantes repercusiones a la hora de valorar jurisprudencialmente la incidencia en la validez del matrimonio de aquellos supuestos de homosexualidad “sobrevvenida”, descubierta tras las nupcias o no ejercida hasta después del matrimonio.

112 Entre otros, presentan clasificaciones sugerentes E. DREWERMANN, *Psicoanálisis y teología moral II. Caminos y rodeos del amor*, Bilbao 1996, 179-184; R. PICARDI, *Omosessualità e bisessualità*, en *Periodica* 91 (2002) 3-27; etc.

▪ **Homosexualidad egosintónica y homosexualidad egodistónica**  
Aunque, en principio, la homosexualidad no constituye de por sí una patología psíquica, pueden existir no obstante vivencias patológicas de la homosexualidad. A este respecto, la psiquiatría solía distinguir entre **homosexualidad egosintónica** —aquella que no provoca malestar en el sujeto, que vive y asume su orientación sexual de modo psicológicamente sano— y **homosexualidad egodistónica**, caracterizada por la falta de adaptación psicológica en relación a la propia orientación sexual, al provocar ésta una profunda ansiedad, depresión o angustia en el sujeto<sup>113</sup>.

### c. Etiología

El origen o etiología de la condición homosexual continúa siendo hoy en día una cuestión abierta. A pesar del notable interés que este tema despierta entre los estudiosos de diversos ámbitos científicos, y de la multiplicidad de hipótesis que se han aventurado<sup>114</sup>, no se ha hallado una respuesta que explique válida y universalmente la génesis de la homosexualidad. No obstante, existe una conciencia generalizada en el mundo científico respecto a que la explicación de la homosexualidad no puede atribuirse a un factor aislado, sino que depende de la concurrencia e interacción de diversos factores de naturaleza biológica, psicológica y cultural.

En lo que atañe a la reflexión canónica, sí interesa destacar que tanto las explicaciones biológicas de la etiología de la homosexualidad —que defienden el carácter innato de la orientación sexual— como las psicológicas —que la consideran adquirida— coinciden en afirmar que los factores condicionantes de la orientación sexual del

113 ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *CIE-10. Trastornos mentales y del comportamiento. Descripciones clínicas y pautas para el diagnóstico*, Madrid 1992, 273-274 (la clasificación ha desaparecido del CIE-11, que entrará en vigor en mayo de 2018).

114 Desde las ciencias biológicas, se ha pretendido explicar el origen de la homosexualidad desde hipótesis genéticas, hormonales y neuro-anatómicas, así como también desde planteamientos socio-biológicos; desde la psicología y la psiquiatría, por su parte, destacan fundamentalmente las aproximaciones al tema hechas por las teorías psicoanalíticas y las conductistas; y también resultan de interés las aportaciones y explicaciones dadas desde planteamientos sociológicos y antropológicos.

sujeto se producen —si es que no están ya en su estructura orgánica— en una etapa muy temprana de su vida, generalmente en la infancia o pubertad. La condición homosexual, por consiguiente, puede considerarse básicamente fijada en el sujeto como muy tarde al final de la adolescencia, con independencia de que el sujeto tome conciencia de la misma en un momento posterior. Esto tendrá una notable incidencia en la reflexión canónica sobre la relevancia de la homosexualidad en la validez del matrimonio, al clarificar en gran medida la cuestión de la *antecedencia* de dicha condición en el sujeto que contrae matrimonio.

### d. Irreversibilidad

En la actualidad, la condición homosexual se considera, a nivel científico, como básicamente irreversible. De hecho, la mayoría de las aproximaciones biológicas y psiquiátricas a la homosexualidad se hicieron precisamente con el fin de modificar la orientación homosexual del sujeto y conseguir su conversión a la heterosexualidad, utilizando con frecuencia medios de notable agresividad y muy dudosa eticidad, que, sin embargo, no tuvieron éxito.

Así, desde planteamientos biológicos, se practicaron en el pasado todo tipo de tratamientos biomédicos con el fin de evitar o modificar la tendencia homosexual: castraciones anatómicas quirúrgicas; castraciones químicas; la cirugía cerebral, bastante practicada en los años sesenta, en la que se extirpaba al sujeto una sección del hipotálamo; tratamientos hormonales en adultos; etc. En general, todos estos tratamientos biomédicos constituyeron un rotundo fracaso, puesto que lo más que consiguieron fue debilitar o incluso erradicar totalmente el deseo sexual, pero en ningún caso cambiarlo de dirección, aparte de provocar importantes daños no deseados.

Paralelamente, también desde la psiquiatría se intentaba lograr la curación de la homosexualidad y la conversión del paciente a la heterosexualidad por medio de diversas técnicas y terapias, según las escuelas.

Desde el ámbito psicoanalítico —que conceptúa, en líneas generales, la homosexualidad como una neurosis— se proponen terapias orientadas



a que el paciente resuelva los conflictos inconscientes que originan su fobia o miedo al otro sexo. Sin embargo, incluso los psiquiatras que, como Van den Aardweg, afirman haber logrado curar a algunos de sus pacientes con su **terapia antiqúeja**, reconocen que dicho cambio no supone un estado definitivo, pues la persona debe seguir progresando toda la vida en la integración y maduración de su emotividad y sexualidad<sup>115</sup>. Además, de los casos narrados por este autor se deduce que la mayoría de las curaciones se han producido en supuestos muy dudosos de homosexualidad, apuntando a que se trataba más bien de pacientes pseudo-homosexuales: sujetos infantiles, con problemas para relacionarse socialmente a todos los niveles —no solo con el sexo opuesto— y en los que la homosexualidad aparecía únicamente en forma de fantasías, en cuanto que se creían enamorados de sujetos que tenían aquellas cualidades sociales de que ellos carecían.

Por otro lado, la escuela conductista pretendió la corrección de la homosexualidad mediante la aplicación de tratamientos basados en la asociación de estímulos agradables a las imágenes heterosexuales, y de estímulos desagradables a las imágenes homosexuales. En este sentido, se desarrollaron numerosas terapias, algunas de ellas especialmente agresivas, como la terapia de aversión, bien mediante la administración de fármacos que provocaban el vómito o mediante tratamientos de *electro-shock* asociados a la exhibición de imágenes homosexuales. Dejando de lado los profundos interrogantes éticos que suscitan, especialmente las terapias de aversión, puede concluirse que estos tratamientos conductistas, aunque hayan podido provocar en algunos casos un efímero periodo de actividad heterosexual en el sujeto, no han tenido éxito a la hora de modificar su orientación sexual, que continúa básicamente inalterada.

En definitiva, no se ha comprobado, hasta la fecha, que los diferentes tratamientos, sean médico-biológicos o psicológicos, hayan tenido éxito en el intento de modificar la orientación sexual de las personas. Al contrario, se ha puesto de manifiesto positivamente la

---

115 G. J. M. VAN DEN AARDWEG, *On the origins and therapy of homosexuality: a psychoanalytic re-interpretation*, Nueva York 1986.

ineficacia de la mayoría de ellos, así como su notable conflictividad por las implicaciones éticas asociadas a los mismos. Este dato de la básica inmodificabilidad e irreversibilidad de la condición homosexual del sujeto tendrá una clara consecuencia en la aproximación canónica a este tema, especialmente en relación a aquellos capítulos de nulidad que exigen el requisito de *perpetuidad*.

## 2. UNA PANORÁMICA DE LA JURISPRUDENCIA CANÓNICA SOBRE HOMOSEXUALIDAD

El estudio y comparación de la jurisprudencia eclesiástica sobre homosexualidad emanada de diversas zonas geográficas permite observar unas características diferenciadoras muy marcadas, según el respectivo ámbito jurídico<sup>116</sup>.

Así, la Rota Romana muestra una notable preocupación por el conocimiento y adecuada exposición del fenómeno homosexual en sí mismo considerado, para lo cual se remite a los tratados de especialistas. No obstante, se percibe en la jurisprudencia de la Rota Romana una focalización excesiva en el capítulo de incapacidad para asumir, hasta el punto de dejar totalmente de lado la posible incidencia de la homosexualidad en el grave defecto de discreción de juicio, y no abordar, prácticamente, otros capítulos de nulidad.

La jurisprudencia española, en líneas generales, presta menos atención que la Rota Romana, a la exposición del fenómeno homosexual, al menos de modo explícito. Sin embargo, esta jurisprudencia es, de todas las estudiadas, la que presenta una comprensión más global y completa del tema, en cuanto que no se centra únicamente en la *incapacitas assumendi*, sino que aborda también su posible incidencia en los capítulos de impotencia, simulación y error.

La jurisprudencia británica, irlandesa, canadiense y francesa, por el contrario, se centran de modo prácticamente exclusivo en los capítulos de incapacidad psíquica para prestar el consentimiento, aunque, a diferencia de la Rota Romana, incluyen también el grave defecto de discreción de juicio.

---

116 C. PEÑA GARCÍA, *Homosexualidad y matrimonio...* págs. 259-354.



### 3. LA INCAPACIDAD PARA ASUMIR DEL HOMOSEXUAL EN LA JURISPRUDENCIA ROTAL

#### a. Fundamento y requisitos

En la actualidad, hay una práctica unanimidad jurisprudencial –y una especial focalización de la Rota Romana en ese sentido– en afirmar que la verdadera condición homosexual provocará **directamente** la incapacidad del sujeto para asumir y cumplir las obligaciones esenciales del matrimonio, sin perjuicio de que, indirectamente, dicha orientación sexual pueda dar lugar también a otros capítulos de nulidad, como el error, etc.

El **fundamento** de esta incidencia de la condición homosexual en la capacidad del sujeto para asumir las obligaciones esenciales del matrimonio viene dado por dos datos fundamentales:

- a) por un lado, el reconocimiento de que la orientación sexual profunda tiene un significado verdaderamente constitutivo de la persona, al menos en su dimensión conyugal;
- b) y, por otro, la profundización en las exigencias derivadas de una comprensión personalista del matrimonio, según la cual el contrayente debe ser capaz no solo de entender y querer lo que es el matrimonio o de realizar el acto sexual, sino de constituir el **consorcio de toda la vida** con su cónyuge, lo que exige al menos una cierta capacidad de relación y entrega interpersonal a todos los niveles (afectivo, sexual, amoroso, sentimental, etc.).

Desde esta perspectiva, es claro que la mera salud mental del individuo resulta insuficiente para considerarle capaz de matrimonio, al exigirse al contrayente la capacidad de atender al bien de los cónyuges y de constituir una relación interpersonal verdaderamente conyugal con una pareja de distinto sexo. Y, en principio, difícilmente tendrá esta capacidad una persona que, a nivel profundo, se siente orientada exclusiva o preferentemente hacia personas de su mismo sexo<sup>117</sup>.

117 C. PEÑA GARCÍA, *Homosexualidad y bien de los cónyuges*, en: ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE CANONISTAS, *Actualidad canónica a los 20 años del Código de Derecho Canónico y 25 de la Constitución. XXIII Jornadas de Actualidad Canónica*, Ed. UPSA, Salamanca 2004, págs. 445-456.

Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que, a nivel probatorio, suele exigir la jurisprudencia rotal unos determinados requisitos para reconocer la relevancia jurídica de la homosexualidad en la incapacidad del sujeto para prestar el consentimiento. Estos requisitos son los de antecedencia, gravedad y perpetuidad de la homosexualidad.

a) **Antecedencia:** La Rota Romana exige unánimemente este requisito de antecedencia, tanto en las causas de homosexualidad, como en relación a cualquier otra causa que provoque la incapacidad para prestar el consentimiento.

Tradicionalmente, la exigencia rígida de este requisito ha provocado que la jurisprudencia rotal no concediera relevancia jurídica ni a la homosexualidad latente, ni a la no manifestada en actos homoeróticos con anterioridad al matrimonio, pese a la consciencia que el sujeto pudiera tener de su propia homosexualidad<sup>118</sup>.

Sin embargo, ya en 1994, una sentencia c. Funghini de 19 de diciembre<sup>119</sup>, abrió una línea jurisprudencial más matizada, al retomar la necesaria distinción entre tendencia y comportamiento, e insistir en que lo determinante de cara a la incapacidad no es el comportamiento, sino la tendencia homosexual fuertemente arraigada en el sujeto. Esta línea fue desarrollada igualmente por la c. Huber de 6 de mayo de 1998<sup>120</sup>, que sostiene con firmeza no solo la necesaria distinción entre tendencia y comportamiento homosexual, sino también que la ausencia de comportamiento homosexual prenupcial resulta irrelevante en aquellos sujetos que posean ciertamente una condición estructuralmente homosexual, puesto que es dicha condi-

118 Entre otras, las sentencias c. Pinto de 23 de noviembre de 1979, n.10; c. Huot de 31 de enero de 1980, n.14; c. Davino de 17 de enero de 1986, n.3; c. De Lanversin de 3 de febrero de 1988, n.8; etc. En líneas generales, la argumentación de estas sentencias respecto a la incidencia de la homosexualidad latente adolece de poner un énfasis excesivo en el comportamiento sexual, dejando de lado la tendencia profunda del sujeto, y de centrarse –especialmente las dictadas con anterioridad al Código de 1983– más en la capacidad crítica y volitiva del sujeto que en su capacidad para establecer el consorcio de toda la vida con una pareja de distinto sexo.

119 c. Funghini, de 19 de diciembre de 1994, en SRRD 86, 764-783.

120 c. Huber, de 6 de mayo de 1998, en SRRD 90, 359-368.

ción –no el mero comportamiento– lo que provoca la incapacidad del sujeto.

En este sentido, conviene tomar en toda su amplitud las implicaciones del *consortium totius vitae* conyugal: en supuestos de homosexualidad, el problema no es solo ni principalmente la capacidad del sujeto para asumir la obligación de la fidelidad conyugal, sino todas las implicaciones de dicho consorcio, especialmente el derecho a una relación interpersonal y a la comunidad de vida entendida en un sentido integral.

Y aunque alguna sentencia aislada, en concreto la c. Burke de 9 de julio de 1998<sup>121</sup>, sostiene que **la tendencia que no dé lugar, de modo indomitable, a una praxis homosexual carece de entidad para provocar la invalidez del matrimonio**, al demostrar la fuerza moral del sujeto, su capacidad para ser dueño de sus impulsos y asumir la obligación esencial de la fidelidad, debe decirse que dicha postura refleja una excesiva e injustificada influencia del razonamiento jurisprudencial referido a la cuestión de la hiperestesia sexual, que no puede ser aplicado a los supuestos de homosexualidad, radicalmente distintos.

En la hipersexualidad, el sujeto es capaz, en principio, de establecer una comunidad de vida y amor, y una relación auténticamente interpersonal con su cónyuge, por lo que la posible nulidad se plantea únicamente en relación a la nota de exclusividad que debe tener dicho consorcio; en los supuestos de verdadera homosexualidad, en cambio, la nulidad vendrá provocada principalmente por la incapacidad del sujeto para entregar el objeto esencial del consentimiento –es decir, para establecer una comunión psico-sexual con su cónyuge y entregarse a un nivel profundo, afectivo y relacional, al otro– y solo secundariamente por su incapacidad para asumir la obligación esencial de la fidelidad.

Desde esta perspectiva, cabe concluir que, aunque el verdadero homosexual pueda ser capaz, por su autodomínio, de guardar la fide-

121 c. Burke, de 9 de julio de 1998, en SRRD 90, 1998, 512-543; ME 125 (2000) 254-293.

lidad conyugal y no incurrir en actos homoeróticos, ello no le convierte automáticamente en capaz para constituir el *consortium totius vitae* con una persona de distinto sexo, a causa de la estructura básica de su personalidad, que influye a todos los niveles –especialmente en la dimensión afectiva– y no solo en el genital.

Especial interés presenta, en este sentido, la sentencia c. Verginelli, de 26 de noviembre de 2010<sup>122</sup>, que declara la nulidad del matrimonio pese a no constar actividad homosexual hasta varios años después de celebrado el matrimonio.

La sentencia, en línea con la c. Funghini de 1994, sostiene que las tendencias homosexuales fuertemente arraigadas se oponen a la misma esencia y propiedades del matrimonio. La verdadera homosexualidad, sea latente o conclamada, invalida el matrimonio por hacer incapaz al sujeto de entregar el objeto del consentimiento conyugal; y afirma que tanto la homosexualidad como la bisexualidad impiden al sujeto asumir las obligaciones conyugales y constituir un consorcio de vida y amor exclusivo.

El caso es interesante: la convivencia matrimonial duró diez años, naciendo prole de la unión, y se rompió al descubrir la esposa que el marido mantenía relaciones homosexuales: él dijo que amaba a otro hombre y se fue con él. Al año siguiente se produjo el divorcio, y 5 años más tarde la esposa pide la nulidad. Hubo sentencia negativa en primera instancia (fundamentalmente por falta de prueba al no haberse practicado durante el proceso prueba pericial), y afirmativa en segunda instancia, por incapacidad de asumir por parte del esposo. La Rota declara también la nulidad, valorando las pericias *super actis*. Se dio también importancia al hecho de que el esposo vivió con otro hombre desde que se separó.

En definitiva, de la sentencia se deduce que es precisamente **la estabilidad y prolongación de esa relación lo que se valora como un factor fundamental para considerar que la homosexualidad ya**

122 Puede verse el texto de esta sentencia –en el original latino y traducción al español– y comentario a la misma en: C. PEÑA GARCÍA, *La homosexualidad y su prueba en el proceso de nulidad matrimonial canónica. Introducción y anotaciones a la sentencia c. Verginelli*, en Estudios Eclesiásticos 87 (2012) 839-855 y 857-866.

existía antes del matrimonio, pese a que no se descubriera hasta diez años después de celebrado. Se trata de un criterio jurisprudencial interesante, que es susceptible de tener notable aplicación en la praxis forense, especialmente en aquellos casos en que consten con certeza hechos que, aunque posteriores a la ruptura conyugal, sean suficientemente indicativos de la tendencia profundamente arraigada del sujeto, como puede ser la posterior celebración de un matrimonio con persona del mismo sexo, una unión de hecho registrada y duradera, etc.

b) **Gravedad:** La jurisprudencia rotal exige igualmente el requisito de gravedad de la homosexualidad, es decir, que ésta constituya una tendencia predominante en el sujeto, por lo que la cuestión doctrinal gira en torno a la valoración jurídica de la relevancia de la **bisexualidad** en la validez del matrimonio<sup>123</sup>.

Respecto a esta cuestión, se ha producido una notable evolución en la jurisprudencia rotal: mientras las sentencias más antiguas exigían la exclusividad de la orientación homosexual y la aversión al sexo contrario, a raíz de una c. Anné de 1973 la jurisprudencia admitió que este requisito de gravedad se cumple también en aquellos casos en que la homosexualidad sea preferente y esté fuertemente arraigada en el sujeto. La jurisprudencia más reciente, en definitiva, considera a los bisexuales como verdaderos homosexuales a la hora de valorar su capacidad para constituir el consorcio de vida conyugal, fijándose especialmente en que la bisexualidad puede afectar directamente a la **exclusividad y totalidad** de la entrega conyugal; en este sentido se han pronunciado las ya comentadas c. Funghini de 1994; c. Huber de 6 de mayo de 1998, c. Verginelli de 2010, etc.

También de interés resulta la sentencia c. FALTIN de 11 de octubre de 2000<sup>124</sup>, que admite, en un caso proveniente de Argentina,

123 Cf. C. PEÑA GARCÍA, ¿Son los bisexuales capaces de contraer matrimonio?, cit., 1-21.

124 c. FALTIN, de 11 de octubre de 2000, en SRRD 92, 589-595; ME 126 (2002) 252-264.

una nueva proposición de la causa por el c.1095,3º (pese a existir dos sentencias conformes contrarias a la nulidad), y declara la nulidad del matrimonio por incapacidad del esposo.

Esta sentencia mantiene un planteamiento sumamente personalista, y recuerda que son incapaces para contraer matrimonio quienes no pueden mantener sanas relaciones interpersonales, paritarias y duales, con su cónyuge, puesto que estas personas no pueden asumir y proveer al bien de los cónyuges.

Asimismo, afirma expresamente el ponente que entre las causas de naturaleza psíquica que pueden provocar la *incapacitas assumendi* se hallan los trastornos de aversión sexual, vengán provocados por anafrodisia o por homosexualidad, aunque ésta se halle latente. En relación a la homosexualidad latente, destaca la sentencia cómo, muy frecuentemente, este tipo de homosexualidad se manifiesta en la profunda indiferencia que los varones muestran hacia las mujeres, no solo a nivel sexual, sino en todos los ámbitos de la experiencia humana, o bien en sentimientos de envidia, rivalidad, repulsión, odio, desprecio, admiración estética o veneración sobrenatural.

En cuanto a los hechos de la causa, de las declaraciones contestes y constantes de la esposa y los testigos se considera probada la grave anafrodisia del esposo, su falta de interés sexual por la actora, su personalidad anómala, narcisista y vana. Se trataba de un varón que afirmaba tener relaciones sexuales con muchas mujeres, pero, aunque presumía de “muy macho”, no podía tener relaciones normales con su esposa, fuera de alguna rara penetración, siempre por insistencia de ella, y tras la cual se retiraba inmediatamente, sin ningún afecto.

Por otro lado, en relación a la *prueba* de estos hechos, el ponente valora que el demandado, opuesto a los hechos, se había mostrado muy cambiante en su actitud y declaraciones ante el tribunal, lo que arroja dudas sobre su credibilidad. Además, se había comportado de un modo notablemente obstruccionista, prohibiendo ir a declarar al perito que le había tratado durante el matrimonio. La sentencia otorga gran importancia a esta actitud obstruccionista: el demandado había negado la existencia de problemas sexuales por su parte, y había atribuido las discusiones del matrimonio a la injerencia de la madre de la actora; por tanto, si esto era así, se pregunta el ponente,

¿por qué razón había de rechazar el esposo levantar el secreto profesional al perito que le trató? La actitud obstruccionista del demandado es valorada por el tribunal como un indicio más que viene a corroborar la veracidad de lo narrado por la esposa<sup>125</sup>.

**c) Perpetuidad:** Son constantes en la jurisprudencia rotal las afirmaciones expresas respecto a la necesidad de que la condición homosexual sea grave e irrevocable para poder ser considerada una verdadera homosexualidad capaz de incapacitar al sujeto para la válida prestación del consentimiento<sup>126</sup>.

Sin embargo, pese a estas afirmaciones expresas, la exigencia de la perpetuidad viene configurada no tanto como un requisito autónomo que debe quedar probado para la declaración de nulidad, sino como una característica que corrobora la existencia misma de una homosexualidad cierta en el sujeto. Por otro lado, la jurisprudencia más moderna tiende a considerar que la perpetuidad no es, con carácter general, un requisito *sine qua non* para la constatación de una incapacidad para asumir del contrayente, siendo en este sentido significativo que, en la Instrucción *Dignitas Connubii*, el artículo 209, al especificar con todo detalle qué preguntas debe hacerse al perito, nada indique respecto al carácter perpetuo o insanable de la anomalía psíquica<sup>127</sup>.

En este sentido, es interesante destacar que tampoco en las sentencias más modernas sobre homosexualidad se exige la perpetuidad como requisito; al contrario, se reconoce que “no se requiere que esta

125 Como criterio general de valoración de la prueba, recuerda el ponente que en aquellos casos en que la parte se niega a levantar el secreto profesional a su médico puede hablarse de un ‘obstruccionismo en la búsqueda de la verdad’, que el juez debe valorar y tener en cuenta en la sentencia definitiva: c. FALTIN de 11 de octubre de 2002, n.º 9.

126 c. Erlebach, de 29 de octubre de 1998, n.º 7; c. Pompedda, de 19 de octubre de 1992, n.º 9; c. Corso, de 14 de abril de 1988, n.º 7; c. De Lanversin, de 3 de febrero de 1988, n.º 7; c. Serrano, de 6 de mayo de 1987, n.º 19; c. Stankiewicz, de 24 de noviembre de 1983, n.º 16; c. Giannecchini, de 19 de julio de 1983, n.º 3; c. Huot, de 31 de enero de 1980, n.º 23; c. Pinto, de 23 de noviembre de 1979, n.º 9; c. Parisella, de 11 de mayo de 1978, n.º 10; c. Huot, de 28 de enero de 1974, n.º 6; c. Pompeda, de 6 de octubre de 1969, n.º 3; c. Anné, de 25 de febrero de 1969, n.º 19; etc.

127 Cf. C. PEÑA GARCÍA, *La Instrucción ‘Dignitas Connubii’ y su repercusión en las causas canónicas de nulidad matrimonial*, en *Estudios Eclesiásticos* 80 (2005) 645-701.

incapacidad sea perpetua, es suficiente con que esté presente cuando se celebró el matrimonio”<sup>128</sup>.

#### **b. La prueba de la condición homosexual del sujeto**

Como se ha indicado, lo relevante de cara a la validez del consentimiento es la condición psico-sexual del contrayente, y no su mero comportamiento externo. Esto lleva consigo una notabilísima dificultad probatoria, en cuanto que exige demostrar unas tendencias eróticas preferenciales –por su propia naturaleza, internas al sujeto– en vez de actos externamente manifestados.

Sin embargo, pese a esta dificultad, la prueba en el fuero externo de la verdadera homosexualidad del sujeto y de su correspondiente incapacidad para asumir las obligaciones esenciales del matrimonio, aparece en la praxis judicial como posible, aunque el tribunal deberá valorar cuidadosamente todas las circunstancias y elementos de cada causa con el fin de lograr la necesaria certeza moral para declarar la nulidad matrimonial. En este sentido, resultarán especialmente significativos, de cara a la demostración de la condición homosexual del contrayente, los siguientes medios de prueba:

a) La confesión sincera del homosexual aparece como el primer medio de prueba, en cuanto que, indudablemente, es el mismo sujeto quien mejor conoce sus verdaderos sentimientos, inclinaciones y tendencias sexuales. Naturalmente, esta confesión deberá ser, en su caso, prudentemente valorada por el tribunal, contrastándola con las restantes pruebas obrantes en autos, hasta alcanzar la certeza de la credibilidad de la parte. No obstante, una vez lograda dicha certeza, resulta indudable la importancia de esta confesión a efectos probatorios, pudiendo llegar a tener fuerza de prueba plena, conforme a los criterios del viejo canon 1679, que han quedado reforzados en la nueva redacción dada al canon 1677 por el motu proprio *Mitis Iudex*<sup>129</sup>.

128 c. Monier, de 6 de junio de 1997, n.º 6; en similares términos se pronuncian la c. DORAN, de 1 de marzo de 1990, n.º 10, y la c. Defilipi, de 1 de diciembre de 1995, n.º 6.

129 Sobre la dimensión profundamente personalista de este reconocimiento del valor

- b) No siempre es posible, sin embargo, obtener dicha confesión, y, en este caso, el análisis de la conducta externa mantenida por el sujeto podrá ser un indicio importante de la existencia de una verdadera condición homosexual. Efectivamente, aunque sea imprescindible tener siempre presente la distinción entre condición y comportamiento homosexual, esta distinción no debe entenderse en un sentido absoluto, como si se tratara de realidades radicalmente inconexas e independientes entre sí; indudablemente, la persona humana suele actuar de conformidad con lo que es, de tal modo que la presencia de un comportamiento homosexual continuo y frecuente desde la juventud, y mantenido a lo largo de la vida conyugal, será en principio indicio vehemente de una verdadera condición homosexual del sujeto.

Mayor complicación presentan, por el contrario, los supuestos de ausencia o escasa frecuencia de comportamiento homosexual, que pueden ser debidos tanto a la condición exclusiva o preferentemente heterosexual de la persona, como a motivaciones ético-religiosas o al control, autodominio o incluso represión del sujeto verdaderamente homosexual, por lo que corresponde al juez valorar cuidadosamente las circunstancias de cada caso, lejos de toda presunción apriorística al respecto. En cualquier caso, ya he indicado que, en principio, la mera ausencia de un comportamiento homosexual no constituye por sí misma prueba de la inexistencia de la condición verdaderamente homosexual del sujeto, por lo que, en estos supuestos, podrá declararse la nulidad por esta causa si existen otras pruebas —especialmente, la confesión judicial o extrajudicial del sujeto— que corroboren dicha homosexualidad.

---

probatorio de las declaraciones de las partes, véase M. J. ARROBA CONDE, *La orientación personalista del proceso canónico en el CIC 83: dificultades y retos*, en J. L. SÁNCHEZ - GIRÓN - C. PEÑA (ed), *El Código de Derecho Canónico de 1983: balance y perspectivas a los 30 años de su promulgación*, Madrid 2014, págs. 315-316; C. PEÑA GARCÍA, *La instrucción de la causa: declaraciones de las partes y de los testigos*, en ASOCIACIÓN CHILENA DE DERECHO CANÓNICO (Ed.), *Anuario canónico* (2015) 45-72; ID., *Nueva regulación de las nulidades matrimoniales. Claves de lectura de una relevante reforma procesal*, en *Sal Terrae* 104 (2016) 257-269; A. Ripa, *La novità mancata. Il valore probativo delle dichiarazioni delle parti dal CIC 1983 alla Dignitas Connubii: il contributo della giurisprudenza rotale*, Ciudad del Vaticano 2010; etc.

En este sentido, tendrá gran relevancia —en defecto de la propia confesión del homosexual— la declaración sincera de la otra parte respecto a las dificultades de la vida conyugal y al comportamiento homosexual del cónyuge; los testimonios de personas fidedignas y conocedoras de los hechos —no de meros rumores ni impresiones subjetivas— en tiempo no sospechoso; y, de modo muy especial, los documentos (sentencias civiles de las que aparezca probada la homosexualidad del sujeto, cartas, fotografías, anuncios en secciones de contactos homosexuales, conexiones en Internet, etc.) que corroboren dichas declaraciones.

- c) Especial relevancia tiene en estos casos la prueba pericial, especialmente si el sujeto pretendidamente homosexual accede a someterse al examen pericial. Esta prueba permitirá diagnosticar la naturaleza y gravedad de esta tendencia sexual en el sujeto, y discernir si se trata de una verdadera condición homosexual o de una mera conducta homoerótica ocasional llevada a cabo por un sujeto básicamente heterosexual<sup>130</sup>.

En definitiva, lo determinante será que se obtenga certeza acerca de la verdadera condición homosexual del sujeto, sin que resulten en modo alguno suficientes las meras acusaciones gratuitas o sin base firme en los autos. En este sentido, algunas sentencias recuerdan que no cabe considerar el mero aspecto afeminado del varón como prueba de su homosexualidad, o que no se puede considerar probada la condición lésbica de la mujer en base a su aspecto poco femenino ni a su inclinación a mantener relaciones de amistad con otras mujeres.

---

130 Entre otras, las sentencias rotales c. Colagiovanni, de 15 de marzo de 1983, n° 11; c. Giannecchini, de 19 de julio de 1983, n° 5; c. Stankiewicz, de 24 de noviembre de 1983, n° 8; c. Funghini, de 19 de diciembre de 1994, n°9; c. Defilippi, de 1 de diciembre de 1995, n.13; c. Huber, de 6 de mayo de 1998, n.8; c. Erlebach, de 29 de octubre de 1998, 8; etc.



#### 4. POSIBLE INCIDENCIA EN OTROS CAPÍTULOS DE NULIDAD

##### a. Grave defecto de discreción de juicio

La posible incidencia de la orientación homosexual del sujeto en la necesaria discreción de juicio para prestar un consentimiento matrimonial válido constituye, a mi juicio, un tema muy necesitado de profundización<sup>131</sup>.

Si bien la Rota Romana, desde las primeras sentencias que abrieron el camino al actual canon 1095, 3º, se ha centrado siempre en la incidencia de la homosexualidad en la capacidad para asumir, dejando totalmente de lado el capítulo del canon 1095, 2º, no cabe descartar que –tal como destaca la jurisprudencia británica– la condición homosexual del sujeto pueda tener incidencia en la discreción de juicio, atendiendo fundamentalmente a dos criterios principales:

- a) En primer lugar, el grado de **prevalencia** de la tendencia homosexual resulta decisivo de cara a la capacidad del sujeto para emitir un juicio valorativo –no meramente especulativo– sobre la comunidad de vida y amor conyugal, así como sobre su **propia capacidad** para asumir este consorcio heterosexual de vida y amor.
- b) En segundo lugar, el **modo** en que el sujeto vive su propia orientación sexual puede tener la misma o incluso mayor relevancia que el grado de exclusividad de su tendencia homosexual. En efecto, sea cual sea su grado de prevalencia, la tendencia homosexual vivenciada de modo psicológicamente insano (egodistónico) puede llevar fácilmente a la persona a elegir un matrimonio que no desea como única salida para librarse de la ansiedad y angustia que le provoca su orientación sexual.

En términos similares, también la **homosexualidad latente**, en cuanto que constituye una tendencia realmente presente en el sujeto, aunque reprimida inconscientemente por éste, podría provocar una falta de libertad jurídicamente relevante, o un defecto en la

<sup>131</sup> He desarrollado ampliamente este tema en: C. PEÑA GARCÍA, *Grave defecto de discreción de juicio y homosexualidad en la jurisprudencia postcodicial*, en *Estudios Eclesiásticos* 78 (2003) 659-694.

capacidad crítico-estimativa del sujeto. Esto es especialmente claro en los supuestos en que esa tendencia inconscientemente reprimida va acompañada de un temor fóbico a ser homosexual, de angustia emocional o de otros síntomas semejantes.

##### b. Supuestos de error<sup>132</sup>

Otro vicio de nulidad que suele darse en la mayoría de los matrimonios contraídos por homosexuales es el de **error** del otro contrayente acerca de la orientación sexual de su pareja. Aunque, frecuentemente, se tratará de un error doloso, provocado por la ocultación del contrayente que, consciente de su orientación sexual, oculta su homosexualidad a la otra parte, no siempre es fácil probar los exigentes requisitos del canon 1098 (mala fe, que la ocultación se haga precisamente para obtener el consentimiento conyugal y no por otros motivos, como vergüenza, etc.); menos aún, dado el carácter sustancial de esta cualidad, que la heterosexualidad se quiso con carácter directo y principal, esto es, por encima de la persona misma del cónyuge, en el caso del canon 1097 § 2.

A nuestro juicio, el error sobre la homosexualidad del otro cónyuge constituye en cualquier caso –utilizando las palabras de Navarrete<sup>133</sup>– un error **sustancial**, que provocará la nulidad del matri-

<sup>132</sup> Sobre esta cuestión, me remito a lo expuesto en: C. PEÑA GARCÍA, *El error en la persona en las causas sobre homosexualidad*, en: S. SÁNCHEZ MALDONADO (Ed), *III Simposio de Derecho Matrimonial y procesal canónico*, Granada 2006, 33-47.

<sup>133</sup> Pese a su oposición a una interpretación amplia del concepto de persona en el can. 1097 § 1, Navarrete reconoce que hay casos en que el error, sea o no doloso, provocará por derecho natural la nulidad del consentimiento por recaer sobre cualidades especialmente graves que por su propia naturaleza hagan imposible el matrimonio mismo, mientras que, en los restantes supuestos, la fuerza invalidante del error vendrá dada por las disposiciones del derecho positivo de la Iglesia, en U. NAVARRETE, *Canon 1098 de errore doloso...*, art. cit., 161-181; IDEM, *Error circa personam et error circa qualitates communes seu non identificantes personam*, en *Periodica* 82 (1993) 664-ss; IDEM, *Error in persona* (can. 1097,1), en *Periodica* 87 (1998) 351-401; etc. Aunque el autor deja la determinación de dichos supuestos de nulidad *ex iure naturali* a la doctrina y a la jurisprudencia a la vista del caso concreto, de su exposición se desprende que prácticamente todos los errores que versen sobre cualidades que por su propia naturaleza puedan perturbar gravemente el consorcio de vida conyugal darían lugar a esta nulidad de derecho natural, por lo que resulta indudable que el error sobre

monio en virtud del mismo Derecho Natural, con independencia de que se cumplan los rigurosos requisitos que la ley positiva exige para el error en cualidad y para el error doloso en los cánones 1097 y 1098.

### c. Supuestos de simulación

Asimismo, la homosexualidad puede dar lugar, con cierta frecuencia, a la *simulación del consentimiento*, sea por simulación total (por exclusión del matrimonio mismo o del bien de los cónyuges), o por exclusión de alguno de los tres clásicos *bienes* del matrimonio. En estos casos, la homosexualidad actuaría como *causa simulandi* que movería al sujeto a poner el acto de voluntad simulatorio del consentimiento.

En relación concretamente a la exclusión del *bonum fidei*, es claro que la voluntad de continuar manteniendo relaciones homosexuales tras el matrimonio provocará indudablemente la nulidad del consentimiento, en cuanto que la persona excluye positivamente ceder el derecho exclusivo al propio cuerpo. Aunque no existe ninguna sentencia rotal que la revoque expresamente, es claro que no puede considerarse vigente en la actualidad la antigua doctrina jurisprudencial que sostenía la irrelevancia de esta reserva del derecho a los actos homosexuales<sup>134</sup>.

## 5. IMPOTENCIA Y DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO NO CONSUMADO

La homosexualidad, por último, podría ser igualmente causa del impedimento de impotencia, siempre que la exclusividad de la tendencia homosexual provoque en el sujeto una incapacidad antecedente y perpetua de realizar el acto sexual consumativo del matrimonio. Aunque es un capítulo muy difícil de probar y prácticamente no

---

la homosexualidad provocaría la nulidad del consentimiento con independencia de cualquier regulación positiva.

134 C. PEÑA GARCÍA, *Matrimonio y causas de nulidad en el derecho de la Iglesia*, Madrid 2014, 244.

hay jurisprudencia sobre el mismo en casos de homosexualidad, desde una comprensión personalista del matrimonio y del significado de la sexualidad en la comunión de vida y amor, entiendo que se puede afirmar la existencia del impedimento incluso en el supuesto de que, en alguna ocasión, el sujeto hubiera conseguido realizar materialmente el acto sexual mediante medios ilícitos, como serían no solo aquellos que privan de la necesaria consciencia y libertad, sino también aquellos que no respetan la dimensión auténticamente conyugal –y, en consecuencia, amorosa, en un sentido profundo– de dicho acto<sup>135</sup>.

Con mayor frecuencia aparece la condición homosexual como causa originante de la no consumación del matrimonio, permitiendo en su caso la disolución pontificia del matrimonio “super rato”<sup>136</sup>. Efectivamente, según se deduce del análisis de los supuestos de hecho en estos procedimientos de disolución<sup>137</sup>, la homosexualidad de uno de los contrayentes –con independencia de que no llegue a provocar una auténtica impotencia *coeundi*– aparece, con cierta frecuencia, como una de las causas de que no se haya producido

---

135 Abordo con cierto detenimiento esta cuestión en C. PEÑA GARCÍA, *La sexualidad en el matrimonio: hacia una comprensión personalista del impedimento de impotencia y de la consumación conyugal*, en C. PEÑA GARCÍA (Dir), *Personalismo jurídico y Derecho Canónico. Estudios en homenaje al Prof. Dr. Luis Vela, S.J.*, Madrid 2009, págs. 155-170; *El matrimonio en el ordenamiento canónico: posibles líneas de reforma legislativa*, en *Revista Española de Derecho Canónico* 70 (2013) 204-206.

136 Sobre este peculiar procedimiento, entre otros, Aa.Vv., *Lo scioglimento del matrimonio canonico*, Ciudad del Vaticano 2013; P. AMENTA, *Procedimientos canónicos de disolución del matrimonio*, Madrid 2011; J. Kowal, *La consumazione del matrimonio tra la tradizione e il positivismo giuridico*, en *Periodica* 101 (2012) 447-448; F. LÓPEZ ZARZUELO, *El proceso de matrimonio rato y no consumado*, Valladolid 1991; G. ORLANDI, *I 'casi difficili' nel processo super rato*, Padua 1984; C. PEÑA GARCÍA, *Disolución pontificia del matrimonio no consumado. Praxis canónica y eficacia civil en España*, Madrid 2017; *Id.*, *La no consumación del matrimonio como motivo de disolución canónica: cuestiones a reconsiderar*, *AADC*.23/II (2017) 39-64.

137 Pese a la dificultad de acceso a estos procedimientos de disolución, cuyas resoluciones no se publican, puede verse un extenso elenco y análisis de las causas que pueden provocar la falta de consumación de un matrimonio, basado en el estudio de más de un centenar de estos procedimientos, en C. PEÑA GARCÍA, *Supuestos fácticos de no consumación matrimonial y su prueba, a la luz de los procedimientos canónicos de disolución super rato españoles*: *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* 42 (2016) 1-79.



la consumación del matrimonio. En estos casos, es frecuente que se imponga al cónyuge homosexual un veto impidiéndole contraer nuevo matrimonio<sup>138</sup>.

## 6. CONCLUSIONES FINALES

De lo visto hasta ahora, se deduce que el hecho de que un homosexual contraiga matrimonio con alguien de distinto sexo aparece, en principio, como abiertamente desaconsejable, no solo por la previsible invalidez objetiva de dicho matrimonio, sino por el notable sufrimiento que este tipo de uniones provocan en ambos esposos y, en especial, en el cónyuge ignorante de la homosexualidad de su pareja. En este sentido, debe valorarse positivamente el que haya desaparecido, en las aproximaciones eclesiales a esta cuestión, la antigua praxis de recomendar y presionar al homosexual para que contrajera matrimonio con el fin de **superar** su tendencia y obtener la **curación**.

Desde esta perspectiva, cabe señalar que la mayor aceptación social de la homosexualidad constatable en la actualidad, unida a un mayor respeto hacia las personas homosexuales y a un más adecuado tratamiento pastoral de la cuestión, pueden contribuir en gran medida a evitar que sujetos homosexuales contraigan matrimonio obligados por presiones sociales o por motivaciones inconscientes.

Por otro lado, cabe destacar que, pese a la relativamente abundante producción doctrinal y jurisprudencial respecto a la relevancia jurídica de la orientación homosexual en la validez del matrimonio, continúa existiendo un olvido sistemático en esta cuestión: el de la profunda diferencia existente entre la homosexualidad femenina y la masculina, que no suele tenerse en cuenta en dichas aproximaciones. La jurisprudencia canónica tiende a tratar unitariamente ambos supuestos, con claro predominio de un pensamiento referido a la homosexualidad masculina, sin prestar atención a las características propias y específicas de cada tipo de homosexualidad: en este senti-

do, resulta de interés –pese a su carácter de algún modo excepcional– la sentencia rotal c. Di Jorio de 22 marzo 1980, por ser la única, de entre las varias que versan sobre supuestos fácticos de lesbianismo, que estudia específicamente las características de la homosexualidad femenina.

Por último, no cabe dejar de lado las consecuencias pastorales que tienen, especialmente en el ámbito de la praxis judicial, las enseñanzas eclesiales relativas a la acogida y respeto debido a las personas homosexuales. Este principio, clara y reiteradamente defendido por el magisterio eclesial, debe impregnar toda la actividad pastoral de la Iglesia en esta materia y, en concreto, también la actuación jurisdiccional de los tribunales eclesiásticos. Debe insistirse, especialmente en el contexto del redescubrimiento de la pastoral judicial que subyace en la reforma procesal de *Mitis Iudex*, en la exigencia de otorgar un trato respetuoso y digno a los homosexuales que acudan al tribunal, así como evitar descalificaciones gratuitas y términos peyorativos en la redacción de las sentencias, etc.

---

138 B. MARCHETTA, B., *Scioglimento del matrimonio canonico per inconsumazione e clausole proibitive di nuove nozze*, Padua 1981, 21-22; C. PEÑA GARCÍA, *Disolución pontificia del matrimonio no consumado...*, o.c., 192-200.