

Matrimonio homosexual y secularización

FERNANDO ARLETTAZ



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE MÉXICO



Matrimonio homosexual y secularización

Fernando Arlettaz

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Serie CULTURA LAICA, núm. 1

COORDINACIÓN EDITORIAL

Lic. Raúl Márquez Romero
Secretario Técnico

Lic. Wendy Vanesa Rocha Cacho
Jefa del Departamento de Publicaciones

Wendy Vanesa Rocha Cacho
Diseño de interiores

Leslie Cuevas Garibay
Rosa María González Olivares
María Teresa de Jesús Baena Sánchez
Cristopher Raúl Martínez Santana
Cuidado de la edición

José Antonio Bautista Sánchez
Formación en computadora

Arturo de Jesús Flores Ávalos
Elaboración de portada

Fernando Arlettaz

Matrimonio homosexual y secularización



*Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas*

PEDRO SALAZAR UGARTE
PAULINE CAPDEVIELLE
*Coordinadores
de la Colección Cultura Laica*

Primera edición: 20 de marzo de 2015

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, 04510 México, D. F.

Impreso y hecho en México

ISBN 978-607-02-6505-1

Contenido

Introducción	1
CAPÍTULO PRIMERO	
LA SECULARIZACIÓN DEL MATRIMONIO	5
1. La secularización del derecho	6
A. El paradigma de la secularización	6
B. Modernidad y secularización en el derecho	14
C. La estatalización del derecho	17
D. Ley estatal y ley religiosa	21
2. La secularización del matrimonio	28
A. La matriz canónica del matrimonio	29
B. Regulación y forma del matrimonio	33
C. Disolubilidad y carácter consensual-institucional del matrimonio	39
3. La resistencia a la secularización	42
CAPÍTULO SEGUNDO	
MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO: DEBATES CONTEMPORÁNEOS	49
1. Evolución legislativa y judicial	49
A. La evolución en Europa	52
B. La evolución en América del Norte	63

VIII / Contenido

C. La evolución en América Latina	68
D. Otros casos	71
2. Matrimonio entre personas del mismo sexo y seculari- zación	71
A. Matrimonio y religión	72
B. La Iglesia católica	74
C. Las iglesias protestantes	81
D. Balance general	89
CAPÍTULO TERCERO	
DEBATE PÚBLICO, LAICIDAD, LIBERTAD RELIGIOSA	95
1. Matrimonio entre personas del mismo sexo y Consti- tución	96
A. Matrimonio y libertades públicas	96
B. Matrimonio y laicidad	108
C. Matrimonio y libertad religiosa	113
2. Argumentos religiosos y razón pública	128
A. Religión, teoría política y esfera pública	129
B. Los argumentos sobre el matrimonio	131
C. Procedimiento y valores sustantivos	143
Breves conclusiones	151
Bibliografía	155

Matrimonio homosexual y secularización, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 20 de marzo de 2015 en Gráfica Premier, S. A. de C. V., 5 de febrero 2309, colonia San Jerónimo Chicahualco, 52179 Metepec, Estado de México. Se utilizó tipo *Rotis Semi Serif Std* en 8.5, 9.8 y 10.8 puntos. En esta edición se empleó papel cultural 57 x 87 cm de 37 kilos para los interiores y cartulina couché de 250 gr. para los forros; consta de 500 ejemplares (impresión *offset*).

Introducción

Desde fines de los años ochenta del pasado siglo se ha abierto, en diferentes lugares del planeta, la discusión sobre los derechos de las parejas homosexuales. Aunque el tema es, por supuesto, amplio (incluyendo consideraciones como las relativas al respeto de las opciones sexuales de las personas, la lucha contra los prejuicios, la promoción de igualdad de oportunidades y de trato, por señalar sólo algunos aspectos), una de las cuestiones que más debate ha generado ha sido la de la regulación jurídica de estas relaciones de pareja.

Las opciones de regulación que se han propuesto y llevado a la práctica han sido y son múltiples. En cada país se ha tomado un camino particular como resultado seguramente de las tradiciones y valores dominantes, y del juego de las fuerzas políticas prevalentes en cada momento histórico. Sin embargo, es posible apreciar algunos patrones generales de regulación. Así, algunos Estados optaron por establecer un régimen legal para las parejas no casadas (régimen de parejas de hecho, de parejas estables, de parejas registradas, pacto de solidaridad, etcétera, según la denominación adoptada en cada caso), aplicable tanto a las parejas heterosexuales como a las homosexuales. Otros decidieron regular un mecanismo específico aplicable sólo a las parejas homosexuales (para el que utilizaremos la denominación genérica de “unión civil”, aunque en algunos Estados haya tomado otra denominación). Finalmente, un tercer grupo de Estados optaron por abrir el matrimonio a las parejas homosexuales.

Por supuesto, también están aquellos Estados que niegan cualquier reconocimiento jurídico a las parejas formadas por per-

2 / Introducción

sonas del mismo sexo, e incluso aquellos que continúan castigando las relaciones homosexuales. En este trabajo sólo abordaremos las formas de regulación de las parejas homosexuales que mencionamos en el párrafo anterior. La consideración global de la homosexualidad bajo la óptica del derecho excede en mucho los objetivos que nos hemos propuesto aquí.

Al estudiar las diferentes formas de regulación de las parejas homosexuales nos interesa enfocarnos, principalmente, en la relación que tiene la irrupción de este tipo de regulaciones con la secularización de la vida social, la laicidad del Estado y la libertad religiosa. Es claro que el estudio de nuestro tema puede hacerse desde muchos ángulos (la consideración de derecho civil respecto de la regulación jurídica, la consideración sociológica del fenómeno de las parejas homosexuales, la consideración constitucional del derecho a formar una familia y contraer matrimonio, entre muchos otros). Nosotros hemos decidido realizar el abordaje señalado, y nos referiremos a esos otros aspectos sólo en la medida que resulten necesarios para cumplir nuestro objetivo.

Así, en el capítulo primero estudiaremos los procesos de secularización, haciendo hincapié en la secularización del derecho en general y del régimen matrimonial en particular. Uno de los aspectos de la secularización, tal vez el que genera menos controversia en las de por sí controvertidas teorías de la secularización, es la diferenciación funcional que afecta a la esfera de lo religioso, produciendo su especialización como ámbito diferente de otras esferas sociales (particularmente en la política y en el derecho). Esta tendencia es una manifestación de la creciente especialización propia de las sociedades modernas y racionalizadas. A su vez, utilizaremos el concepto de secularización como código de lectura del proceso de construcción del derecho moderno. Para avanzar y concretar esta idea en el campo que nos interesa, veremos el proceso de transformación del derecho matrimonial en la Modernidad.

De este modo, reafirmamos la convicción presente en muchos trabajos académicos de que resulta pertinente asociar la Moder-

nidad a la secularización, aunque cuidándose de no ver en ella un proceso lineal y siempre progresivo. De hecho, uno de los puntos en los que pondremos énfasis es en la resistencia que la secularización genera en algunos grupos, en particular a las comunidades religiosas.

En el capítulo segundo nos volcaremos con mayor profundidad en el análisis de la controversia contemporánea, que puede interpretarse como el último gran paso en la secularización del régimen matrimonial. La reforma que introduce la unión matrimonial entre personas del mismo sexo se encuadra, en efecto, en la dinámica del avance secularizador y sus resistencias. El ejemplo apunta a la pertinencia de mantener la categoría de secularización, al menos en sus dimensiones de diferenciación funcional y privatización religiosa, como una herramienta descriptiva que resulta operativa, incluso, en sociedades posmodernas.

Al estudiar estas transformaciones nos referiremos no sólo a los cambios formalmente introducidos en los ordenamientos jurídicos, sino también a la posición pública adoptada por los actores religiosos en relación con éstos. De este modo, evaluaremos un aspecto significativo de las interacciones sociales contemporáneas a los procesos de producción normativa estudiados, que tienen especial interés para nuestro enfoque.

Finalmente, en el capítulo tercero estudiaremos las tensiones que la secularización del régimen familiar, en particular a partir del caso en el que nos apoyamos, puede inducir en el ámbito de la laicidad del Estado y de la libertad religiosa. Estas tensiones no pueden sino resultar paradójicas, desde que ambos conceptos surgen precisamente en la Modernidad como forma de garantizar jurídicamente ciertas cosas de secularización del poder estatal. Este abordaje se realiza desde una perspectiva jurídico-política que se intenta poner en relación con la perspectiva de tipo más bien sociojurídico de los dos capítulos anteriores.

Asimismo, analizaremos, desde un ángulo de filosofía jurídico-política, las intervenciones públicas de los grupos religiosos en relación con el matrimonio entre personas del mismo sexo. En

4 / Introducción

efecto, los grupos religiosos intervienen argumentativamente en la esfera pública, asumiendo su postura en lenguajes variados. A partir de la confrontación de estos discursos religiosos con algunas categorías teóricas tomadas de la filosofía política moderna que intenta limitar, si no excluir totalmente, la incidencia de lo religioso en la deliberación pública, es posible problematizar la legitimidad de las posiciones adoptadas y de los argumentos en los que se apoyan. También aquí el recurso a una perspectiva de filosofía jurídico-política es compaginado con la lente sociojurídica dominante en este trabajo.

Para cerrar esta introducción sólo me resta señalar el agradecimiento a todos aquellos que han hecho posible esta publicación. En primer lugar, a la Cátedra Extraordinaria “Benito Juárez” sobre la laicidad, del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, que lleva adelante esta iniciativa. En particular agradezco a los doctores Pedro Salazar Ugarte y Pauline Capdevielle por su generosa invitación a formar parte de esta Cátedra. También hago público mi agradecimiento al doctor Manuel Calvo García, de la Universidad de Zaragoza, quien dirigió mi investigación doctoral, uno de cuyos capítulos se halla en la raíz del presente trabajo.

Por último, dejo constancia de que la vinculación con la Cátedra Extraordinaria “Benito Juárez” se inició durante una estancia de investigación realizada en el Instituto de Investigaciones Jurídicas, estancia que fue posible gracias a una beca otorgada por el Banco Santander en su programa “Jóvenes Profesores e Investigadores”.

CAPÍTULO PRIMERO

LA SECULARIZACIÓN DEL MATRIMONIO

El denominado “paradigma de la secularización” fue la perspectiva dominante en la sociología de la religión durante buena parte del siglo XX. Aunque este paradigma sufrió importantes cuestionamientos que lo llevaron a sucesivas reformulaciones, creemos que en lo sustancial sigue siendo válido como forma de entender las relaciones entre la Modernidad (y la Posmodernidad), por un lado, y la religión, por otro.

Los procesos de secularización tienen una virtud particular en el ámbito político-jurídico. La secularización produce en este campo transformaciones de gran significación. La secularización de la esfera pública estatal, uno de los aspectos de la secularización de la política y el derecho en general, se traduce jurídicamente en el principio de neutralidad religiosa estatal, como forma jurídica de la diferenciación funcional entre la esfera estatal y la religiosa. En este trabajo, y por motivos de simplificación terminológica, identificaremos la neutralidad religiosa del Estado con el concepto de laicidad, que usaremos en un sentido genérico sin referencia a un ordenamiento constitucional concreto (salvo que lo indiquemos de otra manera).

Vamos aquí a referirnos a la neutralidad religiosa del Estado en una de sus dimensiones: la creación de un derecho secular. Nos ocuparemos, primero, de la secularización del derecho en general (apartado 1), y luego, entraremos en un campo concreto de la secularización, el del derecho matrimonial (apartado 2). Finalmente, analizaremos las resistencias al proceso de secularización (apartado 3).

6 / Fernando Arlettaz

1. La secularización del derecho

Como ya hemos anunciado, en este primer apartado nos referiremos a la secularización del derecho. Sin embargo, resulta necesario, como paso previo, decir algunas palabras sobre los procesos de secularización en general.

A. *El paradigma de la secularización*

La forma en que se vinculan religión y Modernidad ha sido y es objeto de un constante debate entre los teóricos. No existe una perspectiva teórica generalmente aceptada que dé cuenta de las relaciones entre estos dos conceptos. Las divergencias se deben a diversos factores, entre los cuales no son menores las diferencias terminológicas y geográficas. En efecto, la relación entre Modernidad y religión puede entenderse de maneras muy diferentes, según el modo en que se definan los dos términos de la relación. El concepto de religión y el de Modernidad son polisémicos. Además, según la región geográfica que se enfoque en cada estudio, pueden identificarse dinámicas diferentes, que en algunos casos llegan a ser interpretadas como opuestas.

Desde los estudios de los padres de la sociología, la religión es una de las columnas vertebrales de la disciplina. En estos estudios pioneros, y en los que los han seguido a lo largo de los siglos XIX y XX, ha estado presente la idea de secularización como proceso ligado al desarrollo de la Modernidad, aunque los padres fundadores de la disciplina no hayan construido una verdadera “teoría de la secularización”, tal como sería realizada en la segunda mitad del siglo XX.

En términos generales, puede decirse que entre aquellas propuestas teóricas que aceptan que la secularización (entendida en formas diversas) está ligada a los procesos de modernización de

La secularización del matrimonio / 7

las sociedades pueden distinguirse dos corrientes:¹ teorías radicales y teorías moderadas de la secularización. Para las primeras, existiría un proceso de declinación de la religión que llevaría a su desaparición. De Auguste Comte a Karl Marx, pasando por estudiosos de la religión como Edward Tylor y James Frazer, estas teorías hunden sus raíces en el pensamiento ilustrado del siglo XVIII y tuvieron gran predicamento en el siglo XIX. Las teorías moderadas de la secularización, en cambio, no pronostican la pura desaparición de la religión, sino más bien una transformación de la religiosidad ligada a su declinación. Aquí encuadran las clásicas teorías de Max Weber sobre el proceso de desencantamiento del mundo y las de Émile Durkheim sobre la transformación de las formas religiosas, o las de Peter Berger y Brian Wilson en la segunda mitad del siglo XX.

En el pensamiento durkheimiano, la religión no estaba destinada a desaparecer, aunque sí a transformarse en forma notoria. Esto tiene que ver con el hecho de que, para Durkheim, la religión está en el origen del ideal moral que provee la base para la cohesión social. El carácter débil de la conciencia colectiva en las sociedades modernas habría de llevar a la atenuación de las formas religiosas históricas. Sin embargo, y a diferencia de otras teorías de la secularización que identifican esta retirada de lo religioso con la etapa moderna, para Durkheim, la secularización de las sociedades se remonta mucho más atrás. La historia de la humanidad es la de una progresiva erosión de la religión en sus formas tradicionales. En un primer momento, de hecho, todo lo que es social es religioso. Luego se va produciendo una separación de las funciones políticas, económicas, científicas respecto de la función religiosa. Sin embargo, el rol regulativo de las religiones debe ser asumido por otras formas, que en este sentido pueden llamarse religiones, de tipo civil o político. Aunque las

¹ Mardones, José María, *Posmodernidad y cristianismo*, Santander, Sal Terrae, 1988, p. 123; Hamilton, Malcolm, *The Sociology of Religion*, Londres-Nueva York, Routledge, 1995, pp. 165 y 166.

8 / Fernando Arlettaz

religiones instituidas puedan erosionarse, la dimensión religiosa en sí misma es inherente al vínculo social.²

Weber se ha referido a los procesos de racionalización que llevan a un “desencantamiento o desmagificación” del mundo. Este desencantamiento implica que la visión del mundo como unidad cósmica es reemplazada por una visión descentrada, diferenciada en compartimentos, cada uno con su propia lógica. El mundo es considerado cada vez más como un entorno calculable y manejado por el hombre, es decir, el resultado de un plan controlado. Hay una pluralización de las esferas de valor: la ciencia, la moralidad y el arte se independizan de la religión. Además de esta fragmentación del mundo en diferentes esferas, se produce la primacía de una de ellas sobre las demás: la primacía de la racionalidad la detenta la ciencia. Desencantamiento del mundo y racionalización son las dos caras de una misma moneda.³

Hacia mediados del siglo XX se desarrollaron varias teorías que, combinando elementos durkheimnianos y weberianos, intentaron explicar el desarrollo de los procesos de secularización modernos. Siguiendo a Weber, Peter Berger⁴ enfatizó que las causas de este proceso de racionalización (y consiguientemente, de la misma secularización) han de verse precisamente en la tradición religiosa judeocristiana de occidente, en relación con las infraestructuras prácticas de la vida social. Al igual que Weber, Berger cree que el desencantamiento del mundo apareció ya en la tradición judía que, a diferencia de otras religiones de la Antigüedad, se relaciona con un Dios que actúa históricamente, y no cósmicamente. El catolicismo representaría en este esquema un reencantamiento del mundo, en el sentido de representar una vuelta a la continuidad divino-humana. El protestantismo,

² Durkheim, Émile, *Les formes élémentaires de la vie religieuse*, París, Presses Universitaires de France [1912], 2008.

³ Weber, Max, *Sociologie des religions. Textes réunis et traduits par Jean-Pierre Grossein*, París, Gallimard, 1996.

⁴ *Para una teoría sociológica de la religión*, Barcelona, Kairós, 1981; “Secular Branches, Religious Roots”, *Society*, núm. 20-1, 1982.

La secularización del matrimonio / 9

en cambio, liberó las fuerzas de secularización, ya que es, en relación con el catolicismo, una religión mucho más despojada de elementos mágicos, misteriosos y milagrosos, lo que contribuyó, en buena medida, al proceso de desencantamiento del mundo.

El otro representante significativo de la perspectiva clásica sobre la secularización es Brian Wilson,⁵ quien analiza los procesos de secularización, entendidos como la pérdida de influencia de la religión en la sociedad occidental, desde una perspectiva algo más matizada. Wilson no niega que las fuerzas intrínsecas que pudieran existir en el propio cristianismo hayan tenido su relevancia en el proceso secularizador, pero el hecho de que existan procesos de secularización en marcha también en sociedades no cristianas lleva a pensar en otros factores. El eje pasaría entonces directamente por un proceso de racionalización del mundo, que estaría en la base de la secularización. Así, a medida que los hombres adquieren formas más racionales de vida, disminuyen los intentos de tipo emocional de dominio del mundo, como la religión. Este proceso hace que la sociedad adquiera cada vez más mecanismos de control sobre sí misma: el cambio de enfoque de la otra vida hacia ésta se encuentra asociado al desarrollo del sentido de autodirección social.

Todas estas perspectivas configuran lo que, en conjunto, puede denominarse como “paradigma de la secularización”. El paradigma ha sido criticado por un sector importante de la disciplina casi desde su nacimiento. Las críticas pueden agruparse, globalmente hablando, en dos categorías. Por un lado, están aquellas críticas que se dirigen al postulado central del paradigma, es decir, que cuestionan que exista una efectiva correlación entre Modernidad y secularización. En otras palabras, estas críticas dudan de que el ingreso de una sociedad en la fase que se conoce como Modernidad (y que, como se sabe, implica en grados diversos la industrialización, la urbanización, la racionalización y la burocratización de la vida) signifique al mismo tiempo un

⁵ *La religión en la sociedad*, Barcelona, Labor, 1969.

10 / Fernando Arlettaz

proceso de secularización. El segundo grupo de críticas no niega que en algún momento pueda haber existido una efectiva secularización asociada a la modernización de las sociedades, pero se puntualiza que ciertos fenómenos de las sociedades contemporáneas (el integrismo y el fundamentalismo religiosos, los nuevos movimientos religiosos, las nuevas formas de creencia, etcétera) mostrarían que el proceso de secularización es reversible y que efectivamente se está revirtiendo.

Buena parte de las diferencias se deben a malentendidos conceptuales y terminológicos. Quienes definen la religión en términos funcionales tienden a rechazar que se hayan producido efectivamente los procesos de secularización como decadencia de la religión. Pero sucede que en algunos casos el concepto de religión resulta tan amplio que es muy difícil ver un debilitamiento de éste.⁶

Siguiendo en este punto a Durkheim, Thomas Luckmann⁷ afirma la imposibilidad de la existencia de una sociedad sin religión. Por ello, en lugar de estudiar la secularización como declinación de la religión, se refiere a sus transformaciones en el contexto de la Modernidad. Para comprender este punto de vista resulta esencial abandonar la perspectiva que identifica a la religión con su forma tradicional eclesiástica, que es sólo una de las formas históricas de la religión. Luckmann acepta la caracterización de la Modernidad como un proceso de progresiva diferenciación de las funciones sociales que se emancipan de la lógica religiosa, así como un proceso de progresiva privatización religiosa. Sin embargo, esto no quiere decir que la religión desaparezca, sino más bien que ella se transforma.

Luckmann insiste sobre la subjetivación de las creencias, al afirmar que la segmentación propia de la diferenciación funcional moderna se reproduce a nivel de la conciencia del individuo. Para conseguir estructurar su identidad en relación con una to-

⁶ Hamilton, Malcom, *op. cit.*, p. 166.

⁷ *Invisible religion*, Estados Unidos, MacMillan, 1967.

La secularización del matrimonio / 11

talidad significativa, el individuo debe buscar nuevas formas religiosas, y las encuentra en los diversos modos de autorealización del yo, es decir, mediante un repliegue a la vida privada. Es lo que se denomina “la religión invisible”.

Dejando de lado el problema que puede plantear una definición funcional de la religión, que como vimos puede ser tan amplia que haga que el concepto mismo de declinación de la religión carezca de sentido, existe otro problema de tipo empírico. Éste es relativo a uno de los aspectos de la teoría: el de la decadencia de los niveles de pertenencia y práctica religiosas. El caso incómodo a este respecto han sido siempre los Estados Unidos. Está claro que los indicadores de práctica religiosa en los Estados Unidos están lejos de declinar. Si la sociedad más moderna del planeta (en términos de industrialización, racionalización, etcétera) está lejos de estar secularizada, puede dudarse de la teoría que postulaba que la secularización va de la mano con la Modernidad.

Las críticas al paradigma de la secularización han sido tan severas que algunos de sus antiguos promotores han revisado sus posturas. El caso más significativo es el de Peter Berger, quien en sus escritos más recientes ha abandonado totalmente la teoría de la secularización. La teoría de la secularización no puede servir de paradigma general de interpretación sociológica. Es una teoría que permite explicar ciertas transformaciones en Europa y otros pocos territorios con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, así como en una capa de intelectuales occidentales.⁸

Otros autores, en cambio, han preferido una reformulación de las teorías clásicas. Entre las versiones contemporáneas del paradigma de la secularización pueden encontrarse dos vertientes. Una corriente sociológica ha intentado mantener la perspectiva clásica y ha insistido, aunque con algunos retoques, en la idea

⁸ Berger, Peter, “Secularism in retreat”, *National Interest*, núm. 46, 1996; Berger, Peter et al., *The Desecularization of the World*, Washington, Ethics and Public Policy Center, 1999.

12 / Fernando Arlettaz

de que la Modernidad produce no sólo una diferenciación funcional creciente y la privatización de la religión, sino también la decadencia de las prácticas y creencias religiosas. Una segunda corriente ha reformulado la teoría de la secularización en términos estratificados, de modo que acepta que algunas de las consecuencias secularizadoras de la Modernidad se han producido efectivamente en ciertos niveles, pero rechaza la idea de una secularización lineal y radical.

En la primera corriente se sitúa Steve Bruce, aferrado a los modelos más clásicos de la secularización. Bruce⁹ defiende una idea de la secularización como declinación de la religión en tres aspectos: la religión se retira de ciertos ámbitos en los que antes estaba presente (como la economía y el Estado); la religión pierde prestigio social, y las creencias y prácticas religiosas, así como los patrones religiosos de conducta en la vida cotidiana, pierden peso. Para Bruce, la secularización es un fenómeno moderno, es decir, que se da, en primer lugar, en occidente, y luego, en otros lugares del planeta en la medida en que son exportadas las características de la Modernidad occidental.

La segunda corriente, como dijimos, propone analizar los procesos de secularización desde una perspectiva estratificada. A nuestro entender, este último enfoque es el que provee el marco conceptual más sólido para el análisis de los procesos de transformación de la Modernidad. Una de las principales ventajas del análisis estratificado es que permite identificar las diferentes dimensiones del concepto de secularización, y disipar de este modo algunos malentendidos terminológicos. Los teóricos europeos que describen la secularización del continente la entienden como decadencia de las prácticas y creencias religiosas, asociada a la emancipación de las esferas seculares respecto de las normas e instituciones religiosas, y concluyen que la secularización, así entendida, ha tenido lugar en Europa. Los teóricos estadounidenses, en cambio, suelen entender por secularización el primero

⁹ *God is Dead: Secularization in the West*, Londres, Blackwell, 2002.

La secularización del matrimonio / 13

de los sentidos, es decir, la decadencia de las creencias y prácticas religiosas, no porque en los Estados Unidos no se haya dado la autonomización de las diferentes esferas sociales respecto de la religión, sino todo lo contrario, porque siempre ha existido desde el propio nacimiento del Estado. Así entendida la secularización, los teóricos norteamericanos rechazan que haya tenido o esté teniendo lugar en su país.

José Casanova¹⁰ es uno de los autores que más se ha esforzado por desarrollar este análisis estratificado. La secularización implicaría, en el uso más generalizado del término, la decadencia de las prácticas y las creencias religiosas. En segundo lugar, la secularización significaría una privatización de la religión. Finalmente, la secularización sería la distinción como emancipación de diferentes esferas (Estado, economía, etcétera) respecto de la tutela religiosa.

Tal vez el aspecto más interesante de la aproximación multidimensional es que permite reconocer que las tres dimensiones de la secularización pueden evolucionar y variar independientemente una de otra, de modo que una no es necesariamente un reflejo de la otra. Si a esta multidimensionalidad conceptual se le agrega la consideración de las diferencias geográficas admitiendo que las fronteras nacionales son un factor de importancia al considerar la secularización de las sociedades, el modelo resultaría una interpretación factible de las relaciones entre Modernidad y religión.

Sin duda, los dos contextos geográficos más estudiados en relación con la secularización han sido Europa y los Estados Unidos. ¿Qué sucede más allá de estos contextos? Es todavía objeto de amplio debate si la secularización es un fenómeno propio del mundo occidental o del mundo cristiano en general, y en última instancia, también es opinable si el fenómeno está asociado a los procesos de industrialización, racionalización

¹⁰ "Reconsiderar la secularización: una perspectiva comparada mundial", *Revista Académica de Relaciones Internacionales*, núm. 7, 2007.

14 / Fernando Arlettaz

u otros específicos de la Modernidad.¹¹ Es posible postular, sin embargo, que la secularización podría haberse dado, en forma variable, en la medida en que estos factores hayan existido en otros puntos del globo. Si el concepto tiene alguna aplicación a las áreas no occidentales es precisamente porque la expansión colonial europea llevó allí elementos propios de la Modernidad y permitió así ciertas dinámicas de secularización. La Modernidad exportada por los europeos no se desarrolló igual en todas partes: hay modernidades múltiples con un núcleo común y desarrollos variados según el lugar. Por eso mismo, hay secularizaciones múltiples.

B. *Modernidad y secularización en el derecho*

La secularización provocó un replanteamiento de las condiciones de legitimidad en los modos de ejercicio de la autoridad política y en las formas de producción y mantenimiento de la dominación a través del derecho. En la Modernidad, el derecho también se secularizó, tanto en su forma de producción como en el contenido de las normas. Aunque, como veremos, las bases del proceso de secularización del derecho habían sido sentadas con carácter previo (por ejemplo, en el alto grado de sutileza casuística alcanzado por el derecho romano, o en la propia distinción medieval entre el ámbito de lo espiritual y de lo terrenal), fue sólo con el desarrollo de la Modernidad que éstas adquirieron virtualidad suficiente como para producir una completa transformación en los modos de producción y en el contenido de las normas jurídicas.

Estos procesos son, en definitiva, los que ya entrevió Max Weber a comienzos del siglo XX en relación con la creciente racionalidad formal del derecho que va desplazando a la irracionalidad teocráticamente condicionada. Si seguimos la interpretación

¹¹ Hamilton, Malcom, *op. cit.*, p. 182.

La secularización del matrimonio / 15

que hace Carlos Cárcova,¹² hay que decir que el proceso descrito por la sociología weberiana es el de un progresivo paso desde el irracionalismo mágico hasta una racionalidad lógica estricta. Este proceso se vincula a un cambio en los responsables de la producción y aplicación del derecho: de profetas jurídicos carismáticos a funcionarios técnicos con formación académica que se desempeñan como juristas profesionales. En términos de Weber,

El desenvolvimiento general del derecho y del procedimiento, estructurado en “etapas teóricas” de desarrollo, conduce de la revelación carismática a través de *profetas jurídicos*, a la creación y aplicación empírica del derecho por *notables* (creación cautelar de acuerdo con los precedentes); después al “otorgamiento” del derecho por el *imperium* profano y los poderes teocráticos y, por último al “derecho sistemáticamente estatuido” y a la “aplicación” del mismo por juristas especializados, sobre la base de una educación letrada de tipo lógico-formal. Las cualidades formales del derecho se desarrollan partiendo de una combinación del formalismo mágicamente condicionado y de la irracionalidad, condicionada por la revelación, del procedimiento jurídico primitivo, eventualmente a través de una racionalidad material y anti-formalista racional con arreglo a fines condicionada teocrática y patrimonialmente, hacia la sistematización y creciente racionalidad jurídica especializada y, por tanto, lógica y, con ello —primeramente desde un punto de vista puramente exterior— hacia una mayor sublimación lógica y una creciente fuerza deductiva del derecho, lo mismo que hacia una técnica crecientemente racional del procedimiento jurídico.¹³

Simplificando bastante los términos, el proceso de secularización del derecho permite contraponer el derecho propio de una sociedad premoderna, es decir, un derecho tradicional, y el derecho propio de una sociedad moderna, es decir, un derecho racio-

¹² *La opacidad del derecho*, Madrid, Trotta, 1998, p. 30.

¹³ *Economía y sociedad*, Madrid, Fondo de Cultura Económica [1922], 1993, pp. 649 y 650 (cursivas en el original).

16 / Fernando Arlettaz

nal. Esta contraposición es esquemática, y por eso pierde muchos de los matices que podrían aparecer en una explicación más detallada. Sin embargo, sirve para distinguir cuáles son los elementos fundamentales de la constitución de un derecho secular y, paralelamente, cuáles son las tensiones inherentes al proceso de transformación que va desde el derecho tradicional al racional.

Estas contraposiciones pueden mostrarse a partir de ciertos rasgos salientes del derecho tradicional en oposición al moderno.¹⁴ En primer lugar, en las sociedades tradicionales no se verifica la constitución de un campo jurídico independiente de otros mecanismos de regulación de conductas, como la moral o la religión. Posiblemente, esta ausencia pueda explicarse a partir del hecho de que las sociedades tradicionales rechazan la existencia de sanciones identificadas como sanciones propiamente jurídicas, aunque si se tiene en cuenta que la definición del derecho no ha de pasar necesariamente por la existencia de un sistema sancionatorio, tal vez la clave pueda estar en otras dinámicas. Nos alcanza aquí con constatar la ausencia de un campo jurídico independiente de otras formas de regulación social, particularmente, y en lo que más nos interesa, de la religión como forma de regulación social.

En la Modernidad, como ya sabemos, las formas de regulación social de la conducta pasaron por un proceso selectivo que desembocó en la separación del derecho respecto de otras formas de control social. Las sociedades modernas construyeron un concepto de religión como esfera separada de otras esferas sociales (las esferas seculares). Es precisamente esa definición de religión la que permitió articular al derecho como una esfera social independiente de otras formas de regulación social.

Por otra parte, y retomando la línea argumentativa que hace un momento señalamos,¹⁵ cabe encontrar otra diferenciación en el hecho de que las sociedades tradicionales intentan impedir la

¹⁴ Rouland, Norbert, 1995, pp. 48-87.

¹⁵ *Idem*.

La secularización del matrimonio / 17

uniformidad del derecho, manteniendo así las particularidades de los grupos que las constituyen. El derecho interviene de una forma discontinua, porque actúa sobre una sociedad que es ella misma discontinua. La propia sociedad se concibe a sí misma como un ensamblaje de grupos (familiares, residenciales, religiosos, etcétera), cuyos vínculos no son de oposición, sino de complementariedad. La falta de uniformidad del derecho sirve a esta visión discontinua de la sociedad.

El derecho moderno, en cambio, tiene pretensiones de uniformidad que se vinculan a su intento de responder a una construcción de tipo racional. La uniformidad es un requisito que se vincula a la sistematización que aparece en la cita de Weber, y que se dibuja como condición necesaria para permitir una aplicación lógico-deductiva del derecho.

Finalmente, y retomando una vez más la argumentación,¹⁶ la discontinuidad del derecho premoderno hace que, en general, sea mal conocido: los individuos ignoran los usos vigentes en las ciudades próximas o en otros grupos, y esto se refuerza por el carácter oral que en muchos casos asume el derecho.

El derecho moderno, en cambio, tiene pretensiones de publicidad; de hecho, pone en marcha mecanismos que buscan hacer esa publicidad efectiva; sin embargo, se encuentra con obstáculos importantes. En efecto, la racionalización del derecho lleva a éste a una apertura inflacionista, que hace de hecho imposible la publicidad pretendida. Por eso, para remediar este defecto, el derecho moderno recurre a ficciones (como que la ley se presume conocida o que la cosa juzgada es tenida por verdadera).

C. La estatalización del derecho

La transformación por secularización es paralela a los procesos de estatalización del derecho. En la Modernidad, el derecho positivo es producido por la soberanía estatal. Como indica Manuel

¹⁶ *Idem.*

18 / Fernando Arlettaz

Calvo García,¹⁷ la Modernidad jurídica alumbró la preponderancia de la ley estatal como fuente de derecho, conjuntamente con un criterio de interpretación que prioriza la voluntad racional del legislador, entendido como legislador ideal. El jurista deja de ser productor de derecho, para volverse sólo su exegeta, en el contexto de una teoría jurídico-política que construye la idea del derecho como sistema completo, coherente y autosuficiente.

La estatalización del derecho, como “cambio de manos” en la gestión de lo jurídico, tiene un correlato en el discurso político moderno que desvincula la producción y aplicación del derecho respecto de las autoridades religiosas. El rechazo de las posturas político-teológicas de corte dualista significa la afirmación de la centralidad del Estado moderno como autor y ejecutor del derecho. La autoridad religiosa, como la de cualquier otro grupo o entidad intermedia, queda sometida a la autoridad del Estado, gracias a la aparición del concepto de soberanía como *summa potestas* sobre un territorio.

Jürgen Habermas¹⁸ explica acertadamente este proceso, al referirse a la estructura trimembre del derecho premoderno y a su evolución posterior en la Modernidad. Para Habermas, en las culturas premodernas, el derecho se compone de un derecho sacro, administrado por especialistas en teología y derecho; un derecho burocrático, establecido por un rey o emperador, y un derecho consuetudinario. Las dos últimas formas de derecho son derecho profano, por oposición al derecho sacro, divino o natural. Este último está fuera del poder de disposición del príncipe, y le otorga el marco de legitimación dentro del cual puede producir derecho burocrático. Es lo que Habermas, siguiendo a Weber, llama “el doble reino de la dominación tradicional”. En palabras de Habermas:¹⁹ “Todo derecho recibe su modo de validez del origen divino de un derecho natural interpretado en términos cristianos. No puede crearse

¹⁷ *Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica*, Madrid, Tecnos, 1994.

¹⁸ “¿Cómo es posible la legitimidad por la vía de la legalidad?”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 5, 1988.

¹⁹ *Ibidem*, p. 23.

La secularización del matrimonio / 19

nuevo derecho si no es en nombre de la reforma o restauración del buen derecho antiguo”.

En la Modernidad, el derecho sacro fue perdiendo espacio, como consecuencia de la crisis de los fundamentos religiosos de la sociedad. Al mismo tiempo, se fue reduciendo el campo de actuación del derecho consuetudinario, por su creciente incapacidad para resolver los problemas cada día más complejos que planteaban las sociedades modernas. A medida que las imágenes religiosas del mundo dejaron de ser compartidas para volverse subjetivas y privadas, y el derecho consuetudinario fue cediendo frente al derecho de especialistas, la estructura trimembre del derecho quedó rota. El derecho se redujo al derecho del príncipe, el derecho burocrático. El poder político se liberó de la tutela del orden sacro, y se volvió entonces soberano. La legislación política se liberó del derecho natural administrado por teólogos.

Vaciado el derecho consuetudinario y desencantado el derecho sacro, fue necesario buscar una nueva legitimidad (o como dice Habermas, un “momento de incondicionalidad”) para el derecho positivo. Este espacio fue llenado por el derecho natural racional, que vinculó el derecho moderno a una racionalidad instrumental a través de un concepto tomado del derecho privado burgués: el concepto de “contrato”. Para Habermas, este derecho natural racional apareció en versiones distintas. Hobbes buscó una explicación de la discrecionalidad voluntaria del derecho. Kant construyó un derecho natural racional fundado en términos autónomos, que buscaba ocupar el lugar del antiguo derecho natural de tipo religioso y metafísico. En la doctrina alemana de Savigny, la forma misma del derecho subjetivo propia del sistema del derecho privado garantizaba por sí la moralidad. El propio Habermas formuló una teoría que busca establecer ese momento de incondicionalidad del derecho positivo, y la encuentra en la racionalidad instrumental incorporada al mismo derecho positivo.²⁰

²⁰ *Ibidem*, p. 34. Habermas lo plantea en los siguientes términos: por un lado, los fundamentos morales del derecho positivo no pueden explicarse en forma de un derecho

20 / Fernando Arlettaz

Decíamos más arriba que el proceso de estatalización implicó una centralización en la producción y aplicación normativas que desplazó al jurista de su rol de productor del derecho. Sin embargo, en la temprana Modernidad, el jurista no fue totalmente eliminado de la escena de producción del derecho. Aunque frente al derecho estatal su labor fuera la de un intérprete, la “razón” del jurista generó la teoría jurídica del iusnaturalismo racionalista que mencionamos en el párrafo anterior. Esta construcción teórica buscaba brindar al derecho una legitimidad que pudiera fundarse en la propia naturaleza humana, por encima de cualquier condicionamiento teológico.

La legitimidad no religiosa del derecho se buscó en una construcción de derecho natural traspasado por un proceso de secularización. En efecto, la secularización del derecho natural se operó claramente en esta época, con la aparición del iusnaturalismo racionalista que separa la ley humana y la ley divina. Para esta corriente, el derecho natural es algo diferente tanto de la ley humana como de la ley divina. Por lo tanto, la formulación de Grocio del derecho natural como el conjunto de principios de la recta razón permite evaluar la moralidad de las acciones y del derecho humanos, con independencia de la misma idea de Dios. Igualmente, en Pufendorf, hay una distinción expresa entre los deberes que surgen de la Sagrada Escritura y aquellos que provienen de la mera razón.²¹

La obra de Grocio, particularmente, se enmarca en los imperativos históricos de la secularización del pensamiento humanista. Su teoría tiene como marco un mundo conflictivo y caótico, convulsionado por pasiones desmedidas, conflictos religiosos y conflictos entre Estados. Para construir una ética social que brinde seguridad, Grocio tenía que buscar un principio sólido, y lo encontró en

natural racional, y por otro lado, tampoco se les puede hacer desaparecer, porque eso implicaría privar al derecho del momento de incondicionalidad que necesita. Entonces, hay que encontrar el fundamento al interior del mismo derecho positivo.

²¹ Lochak, Danièle, *Les droits de l'homme*, París, La Découverte, 2009, pp. 7-16.

La secularización del matrimonio / 21

el instinto social del hombre, que no es un mero reflejo de una ley universal, sino un principio específico de la naturaleza humana.²²

La secularización se originó en un contexto de crisis religiosa, y las respuestas políticas que se adoptaron entonces, la libertad religiosa y la neutralidad estatal, fueron formas de compromiso entre los bandos en lucha. De este modo, se evidencia que los procesos de racionalización y secularización del derecho se asocian con la búsqueda de un discurso jurídico que garantice la seguridad.²³

Queda claro así el vínculo entre racionalización, secularización y estatalización del derecho. La razón resulta el hilo conductor de una progresiva secularización y estatalización del universo jurídico moderno. La Reforma protestante, que fue seguida de luchas religiosas, contribuyó a hacer más urgentes y pragmáticos los esfuerzos por dotar de fundamentos seculares al orden social. Las disputas religiosas reforzaron el compromiso secularizador del humanismo.²⁴

D. Ley estatal y ley religiosa

La secularización del derecho moderno no se refiere sólo a los autores, al modo de producción y al fundamento de legitimidad del derecho (cuestiones a las que nos hemos referido mayormente en los párrafos precedentes), sino también a la relación entre la ley estatal y la ley religiosa, así como al contenido de la primera. La secularización del derecho quiere decir, en este contexto, al menos dos cosas. En primer lugar, que la ley religiosa y la ley secular-estatal son dos realidades diferentes. En segundo lugar, que el contenido de la ley estatal se independiza del contenido de la ley religiosa.

El sometimiento al régimen de la ley, que es simultáneamente ley religiosa y ley civil (distinción que, obviamente, podemos rea-

²² Calvo García, Manuel, *La teoría de las pasiones y el dominio del hombre*, Zaragoza, Prensas Universitarias de Zaragoza, 1989, pp. 76 y 77.

²³ Calvo García, Manuel, *Los fundamentos...*, cit.

²⁴ Calvo García, Manuel, *La teoría de las pasiones...*, cit., p. 66.

22 / Fernando Arlettaz

lizar nosotros hoy, pero que de ningún modo era percibida por los actores históricos involucrados), existía ya en el Oriente Medio, y es una característica de las tres grandes religiones monoteístas. En esta categoría entran las 613 *mitzvot* y la *Mishná* de la tradición judía, el derecho canónico cristiano y el derecho civil con contenido cristiano que se desarrolla a partir de Constantino y Justiniano, así como el derecho resultante de las “raíces de la ley” islámica: el Corán, la *sunna*, el consenso de la *umma* y la *ijtihad*.²⁵

Para ilustrar este punto podemos analizar el ejemplo proporcionado por el delito de blasfemia.²⁶ La prohibición de la blasfemia aparece tanto en un precepto del Decálogo, que prohíbe tomar el nombre de Dios en vano, como en un pasaje del Levítico, que manda lapidar a los blasfemos.²⁷ La prohibición se repite en el Nuevo Testamento;²⁸ de hecho, es uno de los cargos que los judíos imputan a Jesús.²⁹ La literatura patristica, aunque sin precisar claramente los contornos de la falta, hizo del pecado de blasfemia una base para las estigmatizaciones más diversas. Con el pensamiento escolástico, la Iglesia católica definió claramente los contornos de la blasfemia.

Lo que aquí interesa destacar es la superposición que implicaba la existencia de una represión paralela tanto por el derecho canónico como por el derecho civil. Las Decretales de Gregorio IX dotaron a la blasfemia de un régimen penal propio. Al mismo tiempo, el derecho civil tomó a su cargo la represión de la blasfemia. La definición criminal apareció ya en una novela de Justiniano que condenaba a los blasfemos al suplicio. Tres siglos más tarde, varias capitulares carolingias reprodujeron la regulación represiva. Con el rey San Luis se fundó la tradición de legislación antiblasfematoria

²⁵ Sobre el concepto de ley en las religiones monoteístas, véase Peters, F. E., *Los hijos de Abraham*, Barcelona, Laertes, 2007.

²⁶ Leveleux-Teixeira, Corinne, “Entre droit et religion: le blasphème, du péché de la langue au crime sans victime”, *Revue de l'histoire des religions*, núm. 4, 2011.

²⁷ Éxodo 20: 7; Levítico 24: 10-16.

²⁸ Mateo 15: 19; Marcos 7: 21-23.

²⁹ Mateo 26: 64-66; Marcos 14: 62-64.

La secularización del matrimonio / 23

de los Capetos: a partir de entonces, prácticamente todos los reyes dictaron ordenanzas al respecto. Lo mismo hicieron los Valois. Con la Reforma Protestante, la blasfemia fue ligada a la existencia de una alteridad confesional de la que las palabras blasfematorias podían ser un signo de pertenencia.

La secularización supuso una lenta, pero clara, eliminación del delito de blasfemia de los sistemas penales modernos. La blasfemia puede seguir siendo considerada como una falta religiosa por uno o varios grupos, pero esta consideración no constriñe a un reforzamiento por parte de la autoridad civil. Más abajo nos ocuparemos, con más detalle, de otro caso de secularización del contenido del derecho: la secularización del régimen jurídico del matrimonio.

El proceso de secularización no ha sido uniforme y ha adquirido características peculiares en los distintos lugares. Éstas son el resultado de la combinación de las características de la religión dominante y de las características del poder político y eclesiástico. Así lo explica Weber³⁰ refiriéndose al hecho de que la separación entre lo religioso y lo profano se diera más o menos rápidamente:

A veces, el mandamiento sagrado, *fas*, independizase del *jus*, es decir, del derecho estatuido para la resolución de los conflictos de intereses indiferentes desde el punto de vista religioso. Entonces fue posible un desarrollo del último, orientado hacia un derecho racional y formal, de tipo más o menos lógico o empírico, según las circunstancias, cosa que realmente ocurrió en Roma, lo mismo que en la Edad Media... Otras veces no tenía lugar la desvinculación de los mandamientos sagrados, y subsistía la mezcla específicamente teocrática de pretensiones religiosas y rituales con pretensiones jurídicas. Se inició así un confuso trasiego de obligaciones éticas y jurídicas, exhortaciones morales y preceptos jurídicos, sin precisión formal ninguna, es decir, un derecho no formal. Qué alternativa había de realizarse, era algo que en parte dependía de la peculiaridad interna... de la correspondiente religión y de sus relaciones fundamentales con el derecho y el Estado; y en

³⁰ *Economía...*, cit., pp. 604 y 605.

24 / Fernando Arlettaz

parte... de la situación de poder del sacerdocio frente al poder político; o, por último, de la estructura de este poder político.

Allí donde la casta sacerdotal dominaba todos los niveles de la vida, como en la India, ella tenía bajo su control prácticamente todo el derecho. Algo parecido sucedió en el campo del Islam y del judaísmo, donde las normas santas obstruían el desarrollo del derecho profano. Como explica Weber en la cita transcrita, el modo en que se produjera (o no) la secularización del derecho dependía de cuatro factores: las peculiaridades internas propias de la religión dominante, las relaciones de esta religión con el derecho y con el Estado, de la situación de poder del sacerdocio frente al poder político, y de la estructura de éste.

Tenemos que insistir en las particulares condiciones reunidas en la Europa de fines de la Edad Media, que permitieron una transposición de los procesos de secularización a la estructura misma del derecho. Estas condiciones se relacionan con la combinación de la presencia del derecho heredado de Roma y del derecho canónico de la cristiandad.

En efecto, la Alta Edad Media occidental había visto un reforzamiento, en la época feudal, de concepciones jurídicas propias de las sociedades tradicionales. El derecho se había apoyado sobre la religión, la oralidad se había impuesto a la escritura, y se había reconocido a cada grupo social la posibilidad de producir y aplicar su propio derecho.

A partir de los siglos XI y XII, fase de crecimiento económico y demográfico, se produjo una resurrección del derecho romano. Esta resurrección fue la obra de una minoría de gobernantes, intelectuales y juristas ligados al fortalecimiento del poder central, y no se hizo sin dificultades. De hecho, las poblaciones estaban mucho más atadas a sus costumbres que al derecho romano. Por otra parte, la necesidad de adaptación del derecho romano era evidente. Además, como se trataba de un derecho pagano, había que mostrar que el derecho romano surgido de la razón era compatible con la

ley divina. Esta labor fue realizada por el pensamiento teológico del siglo XIII.

En cualquier caso, lo importante es señalar que en la Baja Edad Media occidental se produjo una recepción del antiguo derecho romano. Este derecho era especial en relación con otros derechos antiguos. En efecto, el derecho romano siguió una evolución que lo condujo a exteriorizar una distinción primigenia entre normas sagradas y profanas. En un primer momento histórico, el derecho estaba profundamente ligado a la religión, era secreto y su interpretación estaba reservada a los pontífices. Sin embargo, más tarde el derecho humano (*ius*) fue siendo distinguido del divino (*fas*). Este proceso se desarrolló desde la aparición de las Doce Tablas, en el siglo V antes de Cristo, hasta la imposición del derecho imperial en la Roma clásica, entre los siglos II antes de Cristo y III después de Cristo.³¹

Una evolución parecida ya se había dado en germen en algunas otras sociedades previas.³² Sin embargo, en Roma se produjo algo totalmente nuevo, que no tenía precedentes en las sociedades anteriores y que constituyó una verdadera revolución en la concepción del derecho: la aparición, en el siglo I antes de Cristo aproximadamente, de una “literatura jurídica”.

Como lo explica la palabra autorizada de Michel Villey,³³ la originalidad de Roma fue la de disponer, al servicio del aparato judicial, de un grupo social específico de jurisconsultos, los cuales eran personas de elite, cuya opinión tenía carácter de autoridad, y que debían guiar a los litigantes y dar *responsa* a los magistrados. Muchos de ellos escribieron tratados de derecho, que fueron recopilados durante el Bajo Imperio por amplios cuerpos de jurisper-

³¹ Rouland, Norbert, 1995, pp. 48-87.

³² A fines del tercer milenio antes de Cristo en Sumeria, del segundo en Egipto y del primero en China, aparecen códigos legislativos que separan en parte el derecho de otros modos de regulación. En Grecia, aunque la ley sigue fundada sobre la religión, tiende a separarse de ella para fundarse sólo en la autoridad de la ciudad-Estado.

³³ *Le droit romain. Son actualité*, París, Presses Universitaires de France [1945], 2005, pp. 36-52.

26 / Fernando Arlettaz

dencia. Estos tratados han llegado hasta nuestros días gracias a la compilación hecha por orden de Justiniano en el *Digesto*.

Los tratados no eran sistemáticos; no tenían, en este sentido, el carácter “científico” que asumirían luego los tratados de la Europa moderna. Los jurisconsultos intentaban siempre centrarse en el caso concreto sobre el que eran consultados. Ellos usaban un método polémico y controversial, comparando con casos vecinos, confrontando con tal o cual solución que podía aparecer en un precedente de otro jurisconsulto. Asimismo, los jurisconsultos discutían, cuestionaban, practicaban menos la deducción lógica que la discusión dialéctica. Sin embargo, dado que no tenían que dar su opinión sobre el conjunto del proceso (tarea que estaba en manos del juez que emitía la sentencia final), debían esforzarse por dar sólo un elemento abstracto del litigio: debían expresarse sobre un punto del derecho. Así, se veían obligados a dar una respuesta semejante a la que podrían recibir casos análogos, para que la justicia fuera igual para todos. De este modo indirecto se llegaba a la producción de reglas generales.

En esta sutil forma de intervención de los jurisconsultos podemos encontrar el origen de los procesos de racionalización del derecho. Fue luego tarea de los tratadistas de los siglos siguientes dotar de sistematicidad a un derecho disperso construido a partir de casos concretos. Pero la materia a la que podía darse esa sistematicidad ya había sido elaborada a partir de un criterio de abstracción que posibilitaba su organización en un sistema.

Esta racionalización tuvo importantes consecuencias en punto a la secularización del derecho. Lo que sucedió en Roma se debió, según Weber,³⁴ a que una refinada racionalización de la casuística mágica llevó a una ineficacia total del propio *fás*: no había ninguna norma sagrada para la que no se hubiera inventado algún modo de eludir el cumplimiento. La herencia medieval del derecho romano habría de ser fundamental en los siglos siguientes, y su peso se haría sentir al comienzo de la Modernidad.

³⁴ *Economía...*, cit., pp. 609-621.

La secularización del matrimonio / 27

El otro gran componente jurídico de la Edad Media, al lado del derecho romano, fue el derecho canónico. Se trataba claramente de un derecho teológicamente determinado. Sin embargo, como explica Weber,³⁵ el derecho canónico se encontraba en una situación especial en relación con los otros derechos sagrados, porque se hallaba más formal y racionalmente desarrollado que aquéllos. Además, aunque el derecho canónico sufría de las peculiaridades específicas de la legislación teocrática, como la mezcla de motivos materiales legislativos y fines éticos materiales con los elementos formalmente relevantes de los diversos preceptos, era de entre todos los derechos sagrados el más orientado hacia una técnica jurídico-formal estricta. Este rasgo, junto con el carácter racional de “instituto” (es decir, de asociación cuyas ordenaciones estatuidas han sido “otorgadas” y rigen de hecho con respecto a toda acción que con determinadas características dadas tenga lugar en el ámbito de su poder) propio de la Iglesia católica, hizo que el derecho canónico fuera, para el derecho profano, una guía en el camino de la racionalización.

Al mismo tiempo, el hecho de que existiera un derecho romano heredado de un tiempo anterior y que tenía una gran perfección formal frenaba las pretensiones del derecho canónico, que, como todo derecho teocrático, buscaba una dominación material de toda la vida.

Una hipervalorización del derecho existente promovió la universalización del derecho romano; es decir, su consideración como realidad intemporal independiente de las condiciones sociales en las que se había originado y en las que había persistido. Pero al mismo tiempo se situó a las sociedades de la Baja Edad Media en un camino de destradicionalización.

No obstante, al menos en parte, el derecho continuaba fundándose sobre la religión. El derecho romano era una expresión de la razón, y como tal era una expresión de una equidad natural. Por ello, se identificaba con el derecho natural, que era, a su vez, una

³⁵ *Idem.*

28 / Fernando Arlettaz

comunicación de la divinidad en la naturaleza de los hombres. En la etapa de transición había una combinación de Modernidad y sociedad tradicional. La sobredeterminación del valor del derecho es un rasgo propio de las sociedades modernas; el mantenimiento del vínculo entre derecho y religión lo es de la pervivencia de las sociedades tradicionales.

En los siglos siguientes se produjo la orientación definitiva del derecho a la modernización, rompiendo con el pasado tradicional. Lo vimos más arriba al hablar de la teoría del derecho natural racionalista. Con la Revolución francesa, el derecho fue explícitamente proclamado como laico e igual para todos. Los grupos fueron destruidos en beneficio del individuo. El derecho pretendió, a partir de entonces, fundarse en una razón universal. Las conquistas napoleónicas que impusieron el Código Civil a toda Europa, y luego la expansión colonial, fueron de hecho el intento de imponer el derecho moderno y secular a territorios todavía dominados por sus derechos tradicionales.

Después de esta panorámica general sobre los procesos de secularización en relación con el derecho, y como anunciamos más arriba, abordaremos un caso específico de secularización del contenido del derecho: la secularización del régimen jurídico del matrimonio. Veremos cómo los procesos cuyo origen describimos en este apartado se prolongan hasta nuestros días, y cuáles son las tensiones que esta continuidad pone en funcionamiento.

2. La secularización del matrimonio

El proceso de secularización del derecho, vinculado a su racionalización y a su estatalización, ha cristalizado en los diferentes sectores del ordenamiento jurídico. En el caso de la regulación de la familia, esto ha sido particularmente notorio. A lo largo de varios siglos, en la transformación de las formas jurídicas familiares se ha destacado un progresivo alejamiento del molde cristiano que las había encuadrado.

La secularización del matrimonio / 29

No podemos ni queremos hacer aquí una historia general del matrimonio. Por ello, nos limitaremos a presentar las características generales del matrimonio cristiano, como punto de partida para el análisis de su secularización.³⁶ En particular, los cambios producidos por la secularización pueden descubrirse en la regulación del matrimonio en cuanto ha pasado de institución sagrada a una mera relación contractual entre dos partes.

A. *La matriz canónica del matrimonio*

Desde la antigüedad, la Iglesia católica ha afirmado que el matrimonio pertenece a un doble orden: al natural y al sobrenatural. Por un lado, el matrimonio corresponde al orden natural, pues determina su esencia, fines y propiedades. Para esta concepción, el matrimonio es una realidad inscrita en la misma naturaleza humana, que orienta al hombre y a la mujer al matrimonio. Pero, por otro lado, el matrimonio pertenece también al orden sobrenatural, que determina que todo matrimonio entre bautizados es en sí mismo sacramento.

El concepto de orden natural que aquí subyace es el propio del iusnaturalismo tomista clásico. En esta concepción, el orden sobrenatural excede al natural, y es el orden de la gracia. No se trata del orden natural del iusracionalismo moderno que mencionábamos antes, sino el de la concepción cristiana premoderna.

Como en los primeros tiempos de su existencia, la Iglesia católica carecía de regulación integral del matrimonio; en este sentido, aceptó el matrimonio romano de la sociedad en la que se insertó, en la medida en que era compatible con su visión del derecho natural y divino. El matrimonio canónico se distinguió

³⁶ Remitimos a algunas obras generales sobre la historia del matrimonio: Goody, Jack, *La evolución de la familia y el matrimonio en Europa*, Valencia, Universitat de València, 2009; Bologne, Jean-Claude, *Histoire du Mariage en Occident*, París, Jean-Claude Lattès, 1995; Beneyto Pérez, Juan, *Una historia del matrimonio*, Madrid, Eudema, 1993; Gaudemet, Jean, *Le mariage en occident: les mœurs et le droit*, París, Les éditions du Cerf, 1987.

30 / Fernando Arlettaz

así del matrimonio romano en varios puntos. El matrimonio romano era, al igual que el canónico que lo suplantó, heterosexual y monogámico; pero a diferencia del matrimonio canónico, era puramente consensual, no formal y disoluble, además de no estar sometido a un ordenamiento jurídico religioso. Cuando decimos puramente consensual queremos decir que el matrimonio romano no tenía el carácter institucional que luego tendrá el canónico. El primero no era concebido como una verdadera institución, sino como un mero hecho productor de efectos jurídicos. Para que existiera matrimonio era necesaria la *affectio maritalis*, entendida no como voluntad inicial de contraer, sino como voluntad constante y continuada de mantenerse en esa situación, manifestada por personas púberes titulares del *ius connubi*. A la *affectio maritalis* debía sumarse la *coniunctio*, o convivencia marital. Si cualquiera de ambos elementos desaparecía, el matrimonio se disolvía. Si estos elementos se daban entre dos personas que no eran titulares del *ius connubi*, el resultado no era el matrimonio, sino el concubinato.

A partir del siglo IV, con la transformación del cristianismo en la religión oficial del imperio romano, apareció el matrimonio justiniano, como resultado de la cristianización del matrimonio romano. Así, la influencia de las clásicas definiciones de los juristas romanos (en particular Ulpiano y Modestino) se aprecia en la doctrina canónica; por ejemplo, a partir de las *Sentencias* de Pedro Lombardo en el siglo XII. Desde el siglo X, el matrimonio canónico fue el único vigente en la Europa cristiana, sometido a la legislación y jurisdicción de la Iglesia católica, con alguna intervención complementaria de la autoridad civil. A partir de ese momento, el matrimonio canónico estuvo ya doctrinariamente delineado en sus aspectos fundamentales, aunque terminó de fijarse definitivamente en el siglo XIII. En muchos lugares, sin embargo, el matrimonio canónico se combinaba con la subsistencia de diversas costumbres de origen germánico.³⁷

³⁷ Las fuentes fundamentales de regulación del matrimonio canónico, que recogen y ordenan las fuentes dispersas anteriores, son las siguientes: Iglesia católica, *Sesión XXIV del Concilio de Trento: doctrina sobre el sacramento del matrimonio, cánones del sacra-*

La secularización del matrimonio / 31

Una primera característica de esta matriz cristiano-canónica del matrimonio es su íntegra regulación religiosa. La Iglesia reivindicó potestad legislativa y jurisdiccional sobre el matrimonio. En el pasado, esta potestad pretendía extenderse sin distinción de personas, lo cual era coherente con la concepción de una unidad político-religiosa católica: si todos los miembros de la comunidad cívica son y deben ser católicos, la Iglesia tiene potestad sobre todos los matrimonios. Luego de la quiebra de la unidad religiosa de Occidente, y de la resignación por parte de la Iglesia a esta situación, la potestad fue reducida al matrimonio de los católicos.

La regulación religiosa impone también una forma religiosa a la celebración del matrimonio. Dado que lo relevante para la existencia del matrimonio es el consentimiento, debería bastar la existencia de éste, sin ninguna formalidad, para la existencia del matrimonio. Por eso, en los primeros tiempos de la Iglesia se reconocía validez tanto al matrimonio celebrado *in facie ecclesiae*, es decir, ante la autoridad eclesiástica, como al matrimonio clandestino, puramente informal. Este último, sin embargo, fue prohibido por el Concilio de Trento. El problema político (y económico) que se buscaba solucionar era el de la duplicidad de matrimonios, uno público y otro clandestino. Esto se logró mediante el establecimiento, como requisito indispensable para la validez del matrimonio, de su celebración pública y del registro del consentimiento matrimonial.³⁸ De este modo se pretendía dar respuesta al acuciante problema de la titularidad y transmisión de bienes. Paralelamente, y una vez que se impuso la forma pública como requisito de validez del matrimonio, perdieron relevancia los motivos por los cuales se contrae (amor, incremento patrimonial o alianza política).

Una segunda característica de la matriz cristiana de matrimonio es su carácter consensual-institucional. El matrimonio está basado

mento del matrimonio y decreto Tametsi sobre la reforma del matrimonio, 1563; *Código de Derecho Canónico*, 1917; *Constitución Pastoral Gaudium et Spes sobre la iglesia en el mundo actual*, 1965; *Código de Derecho Canónico*, 1983.

³⁸ Iglesia católica, *Sesión XXIV del Concilio de Trento, Decreto Tametsi sobre la reforma del matrimonio*, 1563.

32 / Fernando Arlettaz

en el consentimiento de los contrayentes: es el consentimiento de presente el que hace al matrimonio. Sin embargo, a diferencia del matrimonio romano que exigía el consentimiento continuado para la permanencia del matrimonio, para el derecho cristiano sólo interesa el consentimiento inicial, que además es irrevocable.³⁹ Por lo tanto, el consentimiento matrimonial sólo tiene eficacia como acto generador de la relación matrimonial: no funciona para regular el contenido de tal relación. Hay libertad de contraer matrimonio, pero no libertad contractual para regular su contenido. Al aceptar, consensualmente, la entrada en el matrimonio, se acepta la entrada en el régimen de una institución cuyos contornos están regulados por la ley.

En tercer lugar, el matrimonio cristiano es monogámico, heterosexual (por su concepción del matrimonio como orientado a la procreación, según la doctrina medieval) e indisoluble (sólo puede ser disuelto por la muerte de uno de los cónyuges, en principio).⁴⁰ Éstos

³⁹ Según el conocido adagio *consensus facit nuptias* (adagio de Ulpiano reinterpretado por la doctrina canónica en sentido de consentimiento inicial, no continuado), el matrimonio no es causado ni por la convivencia (*nuptias non concubitus, sed consensus facit*) ni por la mera consumación (*non coitus matrimonium facit, sed maritalis affectio*) ni por el amor (*liber consensus et non amor, facit conigium*). Como es sabido, la controversia entre Pedro Lombardo (defensor de la teoría meramente consensual) y Graciano (defensor de la necesidad de que existiera consumación para el perfeccionamiento del matrimonio) fue saldada por el papa Inocencio III, en el sentido de que el matrimonio se perfecciona por el solo consentimiento; pero mientras no haya consumación puede, sin embargo, ser disuelto por justa causa. Por la misma razón se admite el matrimonio presunto: los esponsales de futuro seguidos de cópula equivalen al matrimonio, porque la cópula se interpreta como manifestación tácita de un consentimiento de presente.

⁴⁰ La indisolubilidad sólo se refiere al matrimonio rato y consumado, por lo que el matrimonio sólo rato puede ser disuelto por el romano pontífice si hay justa causa. Además, por el privilegio paulino, el matrimonio entre dos no bautizados se disuelve, si uno de ellos se bautiza y vuelve a casarse. Por otra parte, el varón o la mujer polígamos que se bautizan pueden decidir quedarse con un cónyuge distinto del primero, por lo que el primer matrimonio (en principio el único válido si lo que importa es el primer consentimiento inicial prestado) se disuelve. Finalmente, si un no bautizado casado se bautiza, y no le es posible restablecer la convivencia con su cónyuge no bautizado por razón de cautividad o persecución, puede contraer nuevas nupcias.

La secularización del matrimonio / 33

son, pues, los rasgos esenciales de la matriz canónico-cristiana del matrimonio,⁴¹ que irán mutando en el proceso de secularización.

B. Regulación y forma del matrimonio

El proceso de secularización del matrimonio se realizó por grados, afectando a distintos caracteres de la matriz cristiana recién esbozada.⁴²

El primer paso apareció con la reforma protestante. El carácter afectado aquí fue el primero de los señalados, la sumisión del matrimonio a la legislación y jurisdicción religiosas. Para los protestantes, el matrimonio no es sacramento. Por eso, aunque es celebrado en forma religiosa, su regulación y jurisdicción corresponden a las autoridades civiles. Esto viene a confirmar el rol del protestantismo como motor histórico de la secularización, por una vía distinta y

⁴¹ Sobre el matrimonio canónico, véanse los tratados jurídicos de López Alarcón, Mariano, *Curso de derecho matrimonial canónico y concordado*, Madrid, Tecnos, 2010, y Fornés de la Rosa, Juan, *Derecho matrimonial canónico*, 2006. Para la evolución histórica del matrimonio cristiano, véase Navarro-Valls, Rafael, *Matrimonio y derecho*, Madrid, Tecnos, 1995.

⁴² Una vez más, no podemos aquí sino hacer una referencia muy somera a este tema, cuya evolución histórica excede este trabajo. Remitimos a otros estudios en el campo del derecho y la teoría política. Sobre la secularización del matrimonio puede verse el trabajo de Cobo Sáenz, María Inés, "La secularización del matrimonio en los países católicos: algunas referencias europeas y americanas", en Lasarte Álvarez, Carlos *et al.*, *Perspectivas del derecho de familia en el siglo XXI. XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia*, Sevilla, 2004, y el de Velasco Villar, Santos, "El proceso de secularización del matrimonio canónico y su concreción técnico-jurídica", *Ius Canonicum*, núm. 25-49, 1985. Conocemos algunos estudios específicos relativos a casos nacionales, como los de Rojo Álvarez-Manzaneda, María Leticia, *El proceso de secularización del matrimonio en Portugal. Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el derecho comparado. Actas del IX Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado*, San Sebastián, 2001; Fernández-Coronado González, Ana, *El proceso de secularización del matrimonio*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004; Fernández-Coronado González, Ana, "La evolución jurídica del sistema matrimonial español desde la Constitución de 1978 a la admisión del matrimonio homosexual", *Foro*, núm. 3, 2006; Navarro Floria, Juan G., "Matrimonio civil y matrimonio religioso en Argentina", *Consejo Argentino para la Libertad Religiosa*, 2004, en <http://www.calir.org.ar>.

34 / Fernando Arlettaz

complementaria a la de la clásica afirmación de corte weberiano sobre su naturaleza desmitificadora.

En las diferentes corrientes del protestantismo, el matrimonio sigue siendo visto como una institución destinada a la procreación y al establecimiento de lazos familiares, a partir de un vínculo originariamente consensual; sin embargo, el matrimonio no es un sacramento, sino más bien un estado social. El modelo luterano de matrimonio, que se desarrolló en Alemania en el siglo XVI y se expandió en Austria, Suiza y Escandinavia, enfatizaba la idea de que el matrimonio es una realidad terrenal sujeta al Estado, y gobernado por las leyes de Dios a través de los magistrados. Para Lutero, el matrimonio es un “asunto de este mundo”. Aunque fue instituido por Dios al crear a la primera pareja humana, no ha sido objeto de una revelación especial o de una legislación divina. Para los luteranos, la Sagrada Escritura reconoce la competencia de las autoridades civiles para la regulación del matrimonio, del mismo modo que les reconoce competencias generales para velar por la justicia en las sociedades humanas.

El carácter de vínculo social fue resaltado por la tradición matrimonial calvinista, aparecida en Ginebra y expandida en la segunda mitad del siglo XVI por Europa Occidental y América del Norte a través de los grupos hugonotes, pietistas, presbiterianos y puritanos. Aunque para los calvinistas el matrimonio es algo más que un contrato, tampoco para ellos es un sacramento. Es un compromiso social resguardado por las leyes civiles.

Algo parecido sucedió con el modelo anglicano, nacido en Gran Bretaña y exportado a América del Norte. De hecho, el matrimonio anglicano está regulado por los *Canons of the Church of England* y por leyes seculares. Incluso, los *Canons* tienen carácter de leyes estatales, dado el estrecho vínculo entre la Iglesia anglicana y el Estado inglés.⁴³

⁴³ Sobre estos modelos, véase Witte, John Jr., *From Sacrament to Contract: Marriage, Religion, and Law in the Western Tradition*, Westminster John Knox Press, 1997. Véanse también Greiner, Albert, “L’enseignement de Luther sur le mariage”, *Fac-Réflexion*, núm.

La secularización del matrimonio / 35

En los países católicos, en cambio, la regulación siguió siendo canónica hasta fines del siglo XVIII o principios del siglo XIX.⁴⁴ A partir de ese momento, el monopolio eclesiástico sobre la regulación y jurisdicción del matrimonio fue cediendo a favor del monopolio estatal sobre éste.⁴⁵ De este modo, a fines del siglo XVIII coexistían en Europa diferentes tradiciones jurídicas en materia familiar. Éstas resultaban del juego de las divisiones religiosas, las especificidades consuetudinarias y la oposición entre los países de derecho civil y herencia romana, por un lado, y los países del *Common Law*, por otro.⁴⁶ El elemento decisivo era, en todo caso, el religioso. A partir del siglo XIX, con la profundización del proceso de secularización del matrimonio, las diferencias entre los países europeos se fueron reduciendo.

La evolución secularizadora se manifestó también respecto de la forma del matrimonio, cuya concreción más clara fue la aparición de la forma de celebración civil. A partir de la reforma protestante se había suscitado la cuestión de la competencia para la celebración del matrimonio, hasta entonces en manos de la autoridad religiosa católica. La forma civil apareció por primera vez en Holanda, a fines del siglo XVI, para permitir a los disidentes calvinistas

16, 1990; Witte, John Jr., "John Calvin on Marriage and Family", en Selderhuis, Herman, *Brill Handbook on John Calvin*, Herman Selderhuis, Brill, 2007, y Kreiss, Wilbert, *Pastorale du mariage*, 2005, en <http://www.egliseluthérienne.org>.

⁴⁴ Incluso, al día de hoy, para la Iglesia católica, el único matrimonio válido es el contraído según las normas canónicas, sin que se reconozca la unión entre católicos según el régimen puramente civil. Esta posición se refuerza por la caracterización del matrimonio como uno de los sacramentos. De todas formas, ante la realidad de la existencia de los regímenes matrimoniales civiles, la Iglesia ha debido encontrar fórmulas de compromiso.

⁴⁵ La cuestión es mucho más compleja de lo que se puede presentar aquí, dado que en algunos ordenamientos jurídicos el derecho estatal remite a las normas religiosas para la regulación de algunos aspectos del matrimonio. Así sucede, por ejemplo, con la remisión a la forma religiosa de celebración, de la que hablamos en los párrafos siguientes, pero también con la remisión a otros aspectos del régimen matrimonial, sobre los cuales no nos explayaremos.

⁴⁶ Halpérin, Jean-Louis, "Les fondements historiques des droits de la famille en Europe", *Informations Sociales*, núm. 129-1, 2006, pp. 45 y 46.

36 / Fernando Arlettaz

celebrar su matrimonio ante el magistrado estatal. Pero el sistema no se impuso de modo general, sino hasta el siglo XIX.

Hasta el siglo XVIII, los países católicos siguieron sometidos al matrimonio-sacramento, bajo la forma de celebración del derecho canónico. Los países protestantes impusieron, en muchos casos, una bendición por parte del pastor de la Iglesia establecida. El anglicanismo estaba más próximo en este punto del derecho canónico católico que de las formas luteranas o calvinistas. Sin embargo, dado el carácter nacional y estrechamente vinculado al Estado que asumieron las iglesias protestantes, puede hablarse ya de un comienzo de secularización de la forma de celebración del matrimonio, en cuanto ésta quedó en manos de funcionarios religiosos que eran, de algún modo, también representantes del Estado. El matrimonio bajo forma estrictamente civil era todavía, a fines del siglo XVIII, marginal:⁴⁷ sólo estaba presente en los Países Bajos y en Francia, para los protestantes solamente, desde 1787.

El rol de Francia fue aquí central: la Constitución de 1791 y el Código Civil Napoleónico sometieron el matrimonio a la forma civil de celebración. De todos modos, la evolución fue gradual. La primera ola de codificación, que dio nacimiento al Código General de Prusia (1794), al Código Napoleónico (1804) y al Código Civil Austríaco (1811), y luego a otros códigos inspirados por estos modelos, realizó un compromiso variable según los países entre la tradición jurídica existente y el aporte del movimiento racionalista. Por lo tanto, el Código Napoleónico combinó la institución del matrimonio civil, único reconocido por la ley y anterior a un eventual matrimonio religioso, con instituciones más conservadoras, como un poder de corrección paterno que permitía el envío de los menores a prisión por orden del padre. Los códigos de Prusia y Austria mantuvieron el matrimonio confesional y prohibieron las uniones entre cristianos y no cristianos.

⁴⁷ En algunos lugares existía una tolerancia excepcional hacia otras formas de matrimonio. Así, en algunos lugares se aceptaba la celebración judía e, incluso, musulmana, por aplicación del derecho personal a los súbditos otomanos.

La secularización del matrimonio / 37

El matrimonio civil se expandió luego por los territorios europeos, convirtiéndose en un factor de uniformidad del derecho de familia en este aspecto. Algunos países siguieron sometidos al régimen del Código Napoleónico después de 1814;⁴⁸ otros adoptaron el régimen civil con posterioridad.⁴⁹ La secularización de la forma de celebración del matrimonio (y, *a fortiori*, de su régimen jurídico) se asocia a la secularización de la concepción del poder y a la distinción del espacio privado y el espacio público.⁵⁰ El Estado secular, que se separa de las autoridades religiosas y es imparcial respecto de las creencias, asume la regulación pública de la forma de celebración y del régimen matrimonial. Cualquier otra forma de celebración matrimonial, o cualquier otro efecto que las comunidades religiosas puedan atribuirle, corresponde al ámbito privado. Por eso, la instauración del matrimonio civil vino junto con la transferencia del registro del estado civil a las autoridades seculares, la secularización de los cementerios y la desaparición de los delitos religiosos, entre otras medidas secularizadoras.

La Revolución francesa buscó romper con el antiguo modelo de familia en un intento de regeneración humana. Los lazos a los que daba lugar el modelo de familia del Antiguo Régimen eran vistos como la representación de los vínculos entre el rey y sus súbditos. El nuevo modelo de familia fundado sobre el matrimonio civil redobló su apuesta por un derecho secular. Prueba de esto es que, haciendo caso omiso de las prescripciones canónicas, admitió el matrimonio de los sacerdotes.

Actualmente, junto con aquellos países en los que el matrimonio bajo forma civil es una opción al lado del matrimonio bajo forma

⁴⁸ Renania, Bélgica (independiente desde 1830) y los Países Bajos.

⁴⁹ El matrimonio civil apareció al lado del matrimonio religioso en Inglaterra, Noruega, Prusia y Suecia. Surgió primero como opción para quienes no practicaban la religión dominante, el matrimonio civil se volvió la única forma jurídica válida en Italia, en Prusia y luego en toda Alemania en la segunda mitad del siglo XIX. El matrimonio religioso resistió en los códigos de Portugal y España, en Polonia, en Rusia y en Grecia, y volvió a ganar terreno en Italia después de los acuerdos de Letrán en 1929.

⁵⁰ Baubérot, 1990, pp. 461 y 462.

38 / Fernando Arlettaz

religiosa, están aquellos Estados que sólo reconocen la forma civil del matrimonio,⁵¹ lo que ejemplifica el caso de mayor secularización del régimen matrimonial en este sentido. Pero, incluso, en el caso del régimen mixto existe un cierto grado de secularización de la forma, no sólo por la introducción de la forma civil como alternativa, sino porque el reconocimiento de la forma religiosa viene dado por la ley estatal, que hace una especie de “remisión” al orden interno de una confesión religiosa para determinar la forma de la celebración matrimonial. Este sistema es propio de algunos países católicos, en los que la forma civil coexiste con la forma canónica, produciéndose luego en algunos casos una apertura a los grupos minoritarios.⁵² En estos países, la posibilidad del matrimonio canónico para los católicos está además reconocida por concordatos con la Santa Sede.

Algo parecido sucede en algunos Estados protestantes, aunque el camino seguido aquí fue distinto. La secularización de la forma de celebración matrimonial se produjo mediante la asunción por la legislación estatal de la regulación de la forma religiosa del matrimonio, en razón del carácter nacional de las iglesias protestantes en esos territorios, conjuntamente con la regulación paralela de un matrimonio bajo forma civil. De este modo, el matrimonio civil fue introducido como una alternativa al matrimonio religioso, pero en un sistema en el que ambos tienen carácter inmediatamente estatal por los vínculos entre las iglesias nacionales y el Estado. Luego se aceptó también la posibilidad de la celebración bajo otras formas religiosas.⁵³

⁵¹ En Europa: Alemania, Austria, Bélgica, Francia, Luxemburgo, Países Bajos. En América Latina: Argentina, Bolivia, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Paraguay, Perú, Puerto Rico, Uruguay y Venezuela.

⁵² En Europa: Italia, España, Irlanda, Portugal. En América Latina: Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Haití, Nicaragua, Panamá y República Dominicana.

⁵³ En Europa: Dinamarca, Finlandia, Suecia, Reino Unido. Sobre los diferentes sistemas matrimoniales puede verse Celis, Ana María y Domínguez, Carmen, “Celebración del matrimonio en Latinoamérica desde la perspectiva de la libertad religiosa”, en varios autores, *CELAM Académicos UC. Investigaciones para que nuestros pueblos tengan vida*, Santiago, Prensas Universitarias de la Universidad Católica de Chile, 2006, y Moreno

La secularización del matrimonio / 39

Puede resultar paradójico señalar que las raíces de la secularización del régimen legal y de la forma de celebración del matrimonio se encuentran en la propia tradición cristiana. Sin embargo, aunque paradójica, esta perspectiva parece confirmar las intuiciones de las teorías clásicas de la secularización (que en este punto conservan su vigencia) respecto del hecho que fue la propia evolución de la tradición judeocristiana la que provocó el desarrollo de la secularización. De hecho, el Concilio de Trento, al exigir un determinado procedimiento público para la celebración del matrimonio, produjo una notable racionalización de su régimen. Como luego del Concilio de Trento, las iglesias protestantes adquirieron un carácter nacional y en los países católicos el régimen matrimonial pasó a manos de la autoridad civil, el Estado asumió las funciones matrimoniales públicas antes definidas por el régimen canónico. Pero no deja de ser cierto que la secularización provocó sólo la transferencia a la autoridad estatal de unas formas matrimoniales preexistentes, definidas por las actas conciliares de Trento.⁵⁴

C. *Disolubilidad y carácter consensual-institucional del matrimonio*

La indisolubilidad del matrimonio se vio afectada por la incorporación del divorcio vincular. Éste ya se había asomado en la forma protestante, aunque en modo no unánime en las distintas corrientes. La tendencia general era a admitirlo al menos en caso de adulterio. El régimen jurídico de la Revolución francesa recono-

Botella, Gloria, "Libertad religiosa y sistemas matrimoniales en el derecho comparado", *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 7, 2002.

⁵⁴ Una segunda afectación del carácter relativo a la forma fue, con mucha posterioridad, el reconocimiento de efectos jurídicos a la cohabitación no matrimonial que da lugar a una pareja de hecho, en el último cuarto del siglo XX. Aunque no se trata de un régimen matrimonial propiamente dicho, el reconocimiento de efectos jurídicos a las parejas de hecho es un paso más en la desformalización de las relaciones de pareja.

40 / Fernando Arlettaz

ció también el divorcio.⁵⁵ En las distintas legislaciones civiles que lo incorporaron a partir de entonces, el alejamiento del patrón de indisolubilidad fue mayor o menor, según el tipo de divorcio reconocido: divorcio por justa causa, divorcio por razones meramente objetivas (no convivencia durante un determinado lapso), divorcio consensual o, incluso, divorcio unilateral sin justa causa (lo que tradicionalmente se ha conocido como *repudio*).

La progresión de la admisión del divorcio fue lenta y compleja. En este camino se opusieron habitualmente los partidarios de la estabilidad de las familias y los partidarios de la libertad individual.⁵⁶ Hasta mediados del siglo XIX su aplicación estaba limitada a una zona reducida.⁵⁷ A fines del siglo XIX y principios del XX, el divorcio se extendió en Europa occidental, y en Europa oriental después de la Primera Guerra Mundial.⁵⁸ En los países católicos fue donde el divorcio encontró fuertes resistencias de la Iglesia y su reconocimiento fue muy posterior.⁵⁹

El carácter consensual-institucional del matrimonio también se fue modificando, en lo relativo al último elemento del binomio. Las corrientes legislativas del siglo XX fueron permitiendo un mayor ámbito para la autonomía de la voluntad en cuestiones familiares, lo que dio lugar a un doble proceso de contractualización y privatización del matrimonio. El origen de la radicalización del carácter contractual del matrimonio debe verse en la Revolución

⁵⁵ El divorcio fue introducido en 1792 con el matrimonio civil. Hubo, sin embargo, un movimiento de reacción bajo la Convención y el Directorio, que llegó hasta el Código Civil. Este último redujo las causas de divorcio, entendiéndolo además como una mera separación de cuerpos. El divorcio vincular fue restablecido en 1884, durante el proceso laicizador de la III República.

⁵⁶ Dekeuwer-Défossez, Françoise, 2003, p. 44.

⁵⁷ Renania y Bélgica, bajo el régimen del Código napoleónico, aunque las rupturas matrimoniales eran pocas por el predominio de la religión católica; los países escandinavos, Escocia, algunos cantones suizos (Ginebra, Vaud, Neuchâtel, Zurich), los Países Bajos y Prusia, en donde predominaba la población protestante.

⁵⁸ A mediados del siglo XIX en Inglaterra. A fines del siglo XIX y principios del XX en Alemania y Suiza.

⁵⁹ En el último tercio del siglo XX en Italia, Portugal, España e Irlanda.

La secularización del matrimonio / 41

francesa. Para los revolucionarios franceses, liberar a los ciudadanos implicaba, en primer lugar, liberarlos en el ámbito de su vida privada. Por ello, la Revolución transformó el derecho matrimonial, fortaleciendo el principio de la autonomía de la voluntad en las relaciones familiares. Sin embargo, aunque la doctrina del matrimonio-contrato se desarrolló fuertemente en esta época gracias a un contexto de creciente contractualización de las relaciones civiles en general, hay que recordar que esta doctrina provenía ya del derecho romano.⁶⁰

En definitiva, el derecho comenzó a ver a la familia como una comunidad de individuos, de modo que el interés familiar colectivo pasó por la protección de los intereses individuales de los miembros del grupo. Ejemplos directos de esta desinstitucionalización pueden verse en la retirada del derecho penal del ámbito de las relaciones familiares, así como la reducción del rol del derecho civil en su regulación. Ejemplo indirecto es el que resulta de las uniones de hecho, estructuras cuasimatrimoniales que como consecuencia de la informalidad de su origen, no se hallan sometidas al conjunto de derechos y deberes propios del régimen matrimonial.

En el capítulo siguiente nos ocuparemos del paso más reciente en la secularización del régimen matrimonial: la desaparición de su carácter heterosexual. La heterosexualidad del matrimonio resulta indispensable en cualquier concepción cristiana, no sólo por la explícita mención en las Sagradas Escrituras, sino también por la identificación de la reproducción como una de las finalidades del matrimonio.⁶¹ Por esta misma vinculación existió durante largo tiempo en las iglesias cristianas, y se mantiene hoy todavía en la Iglesia católica, una marcada hostilidad hacia las prácticas anticonceptivas.⁶²

⁶⁰ Durand, Jean-Paul, "Code civil et droit canonique", *Pouvoirs*, núm. 107, 2003, p. 71.

⁶¹ Artículo 1055.1 del Código de Derecho Canónico. Artículo B30 de los *Canons of the Church of England*. Para el luteranismo, véase Kreiss, Wilbert, *op. cit.*

⁶² Isambert, François-André, "La sécularisation interne du christianisme", *Revue Française de Sociologie*, núm. 14-4, 1976. Desde el siglo XVI, la Iglesia católica había tolerado, aunque manteniendo su oposición de principio, algunas prácticas, como el *coitus*

42 / Fernando Arlettaz

Por lo que antes de estudiar este último aspecto, analizaremos la resistencia a la secularización.

3. La resistencia a la secularización

Como hemos dicho, la tradición judeo-cristiana acarrea en sí la causa de los procesos de secularización. Esto es cierto también

interruptus. Lutero y Calvino, en la línea agustiniana, también tenían ideas severas sobre las prácticas anticonceptivas. Sin embargo, el problema apareció en toda su amplitud en el siglo XIX, cuando se desarrolló la cuestión de la compatibilidad entre el equilibrio económico-demográfico y la fe cristiana. Aunque desde el siglo XVIII ya se pudo ver un cambio de actitud entre algunos pastores protestantes, fue recién en la década de los treinta del siglo XX que la anticoncepción fue ampliamente aceptada por las iglesias protestantes. La Iglesia anglicana siguió un camino semejante, y aceptó los métodos anticonceptivos en la misma época. En cambio, la postura de la Iglesia católica se mantuvo rígida. En la encíclica *Casti Connubii* (1930), Pío XI recordaba la doctrina tradicional de la Iglesia y denunciaba el neomaltusianismo. La encíclica admitía la licitud de las relaciones sexuales durante los periodos de infecundidad, aunque dejaba abierta la pregunta de si es lícito que las relaciones se limiten "conscientemente" sólo a esa época. En la encíclica posconciliar *Humanae Vitae* (1968), Pablo VI distinguió los métodos "naturales" de regulación de los nacimientos, que son lícitos, de las prácticas ilícitas de anticoncepción.

Como indica François Isambert, en la línea del pensamiento weberiano, la aceptación de los métodos anticonceptivos por parte de las iglesias protestantes implica el paso de una moral en la que los actos están contados separadamente (cada uno de los actos conyugales tiene que ser susceptible de permitir la reproducción) a una moral de la conducta de conjunto, en la continuidad de un *habitus*. La primera forma guarda afinidad con la magia, en la medida en que lleva fácilmente a la constitución de una colección de actos favorables o prohibidos. De este modo, el carácter bondadoso o perverso de un acto se puede transformar por una práctica aislada, como un sacramento que asegura la absolución de los actos pecaminosos. La segunda posición, además de ser la de la mayor parte del protestantismo, también fue la de un sector de los estudiosos cuya actividad precedió a la encíclica *Humanae Vitae*, que proclamaba el carácter indiferente de los medios de regulación de los nacimientos, afirmando sólo de forma general la apertura matrimonial a la generación. Esta postura, como resulta obvio a partir de lo dicho, no fue finalmente adoptada por la encíclica.

La segunda posición puede considerarse como una forma de secularización, en la medida en que está atravesada por una racionalidad práctica. A medida que lo religioso se racionaliza, su especificidad parece verse reducida, a través de una aproximación entre lo religioso y lo profano. Hay además una transferencia de responsabilidad: la Iglesia ya no es juez de cada uno de los actos, sino de la orientación general de la acción, y los individuos pueden decidir cuáles son los mejores medios a utilizar para realizar los fines propuestos.

La secularización del matrimonio / 43

respecto de la secularización del derecho en general, y del derecho matrimonial en particular, como acabamos de ver. Sin embargo, cuando este proceso de secularización se ha planteado como una acción política deliberada por parte de actores que conscientemente buscaban reformar el derecho para darle una naturaleza secular, ha encontrado grandes resistencias en algunos grupos religiosos, particularmente cristianos, mayoritariamente apegados a la matriz tradicional del derecho.

Una primera interpretación de esta resistencia puede intuirse en el carácter refractario de las organizaciones religiosas a la progresiva diferenciación funcional que caracteriza a la secularización. Es la tesis de Karel Dobbelaere,⁶³ para quien la diferenciación del subsistema religioso respecto de otros subsistemas sociales está asociada a particulares conflictos derivados de la resistencia religiosa a la diferenciación funcional. Volviendo al campo concreto con el que ejemplificamos: la evolución de la regulación jurídica del matrimonio en las sociedades cristianas no es sino una manifestación concreta de la tendencia global a la diferenciación de esferas funcionales en la sociedad moderna. En nuestro ejemplo de lo que se trata es de la progresiva diferenciación del derecho de familia respecto del otrora omnicompreensivo sistema religioso, que ahora no es sino uno más de varios subsistemas sociales, lo que permite explicar la reacción de los grupos religiosos.

Al mismo tiempo que el subsistema político y jurídico se separa del religioso, se racionaliza, reduciendo el espacio de la autoridad carismática y tradicional a favor de la autoridad racional-legal. La secularización del matrimonio puede entonces leerse también en términos de declinación de la autoridad religiosa (tradicional) sobre el matrimonio, en provecho de la autoridad estatal (burocrático-racional).

Es posible una segunda interpretación, no necesariamente contradictoria con la primera. La secularización de las formas jurídicas

⁶³ "Towards an Integrated Perspective of the Processes Related to the Descriptive Concept of Secularization", *Sociology of Religion*, núm. 60-3, 1999.

44 / Fernando Arlettaz

viene de la mano de su “societalización”. La societalización es la tendencia a la asunción, por parte de los subsistemas sociales, de las características propias de la “sociedad” por oposición a la “comunidad”.⁶⁴ Esta tendencia es clara en la evolución del matrimonio que hemos trazado, en la que se ve un individualismo y una contractualización crecientes como características de la regulación familiar. Así las cosas, no parece que ambos procesos (societalización y secularización de la regulación jurídico-familiar) puedan disociarse.⁶⁵

La resistencia a la secularización sería la muestra paradójica de que el proceso de secularización de las instituciones jurídicas sigue vigente y se asocia, precisamente, con una defensa de las antiguas estructuras comunitarias. Como sostiene Jean Baubérot,⁶⁶ en un contexto de secularización social, los individuos con “necesidades religiosas” buscan en sus comunidades religiosas algo más que una mera imitación del estado de cosas vigente en la sociedad secularizada en la que viven. Por eso, es que las comunidades tienden a formar su identidad en ruptura con el mundo secular que las rodea. El éxito relativo de la contrasecularización se explicaría entonces precisamente como resistencia a una (también exitosa) secularización previa.

⁶⁴ *Idem.*

⁶⁵ Puede verse cómo la secularización, en el sentido de secularización de las conciencias, tiene correlato en la preferencia por un determinado modelo matrimonial. Estudios empíricos han mostrado que el grado de religiosidad de la población es relevante al momento de manifestar la preferencia por un determinado modelo matrimonial. Las personas más religiosas optan por el *matrimonio alianza*, forma tradicional del matrimonio correspondiente a su forma más institucionalizada. Por el contrario, las personas menos religiosas eligen preferentemente el *matrimonio asociación*, forma posmoderna del matrimonio en la que los individuos se niegan a renunciar a su libertad en pos de la unión matrimonial. En el medio, los indiferentes religiosos son favorables al *matrimonio fusión*, que favorece la negociación de las pautas de convivencia, pero que no tiene la flexibilidad del modelo anterior. El análisis comentado toma como referencia los resultados de un estudio empírico en Europa. Véase Camarero Rioja, Carmen, “Las creencias religiosas en la definición de los modelos matrimoniales”, en Bericat Alastuey, Eduardo, *El fenómeno religioso. Presencia de la religión y de la religiosidad en las sociedades avanzadas*, Sevilla, Centro de Estudios Andaluces, 2008.

⁶⁶ Baubérot, Jean, 2003, p. 455.

La secularización del matrimonio / 45

De hecho, la forma más radical de reacción contra la secularización moderna, el fundamentalismo religioso, puede comprenderse precisamente como un síntoma de la propia secularización. Aunque en la superficie puede catalogarse al fundamentalismo como un rechazo de los valores modernos, en especial de ciertas libertades públicas y de la distinción entre lo público y lo privado, en un análisis más profundo el fundamentalismo puede ser leído no simplemente en términos de reacción contra la modernización, sino más bien, y de modo paradójico, como síntoma de ella.⁶⁷ Por ejemplo, la violenta reacción de la doctrina de la Iglesia católica contra la Modernidad podría entenderse como el reconocimiento de su pérdida de influencia y su intento de recuperarla.

Puede, incluso, irse más lejos en la explicación de la relación dialéctica entre secularización moderna y reacción antiseccular. Karen Armstrong⁶⁸ ha llamado la atención sobre el hecho de aunque el fundamentalismo es una forma defensiva de espiritualidad que ha surgido como respuesta a una crisis amenazante (la de la Modernidad), los fundamentalistas religiosos que intentan la recuperación del pasado han asimilado, en sus métodos, el racionalismo pragmático de la Modernidad. Piénsese, por ejemplo, en el uso de los *mass media* por los líderes religiosos. El fundamentalismo aparece así como un “experimento moderno”. Las transformaciones de la Modernidad han sido tan grandes, que incluso la religión se vio afectada, y esto llevó a que la reacción religiosa a la Modernidad sea, paradójicamente, una reacción moderna.

En condiciones de Posmodernidad, la resistencia de los grupos religiosos se ve reducida en su fuerza. Esta tendencia está asociada a la pérdida de credibilidad general del mensaje religioso.⁶⁹ En un

⁶⁷ Bruce, Steve, *Fundamentalismo*, Madrid, Alianza, 2003.

⁶⁸ *Los orígenes del fundamentalismo en el judaísmo, el cristianismo y el islam*, trad. de Federico Villegas Tusquets, Barcelona, 2004, pp. 21-29.

⁶⁹ Voyé, Liliane, “Secularization in a Context of advanced Modernity”, *Sociology of Religion*, núm. 60-3, 1999. En una posición contraria, que cuestiona la pérdida de credibilidad del mensaje religioso, Liliane Voyé se refiere a las ambigüedades de la secularización, señalando que la autonomía recíproca entre lo político-jurídico y lo religioso no es

46 / Fernando Arlettaz

mundo de pluralización religiosa creciente, en el que se fortalece la conciencia de relatividad de los respectivos mensajes religiosos, éstos pierden su carácter objetivo y se debilitan sus pretensiones de verdad.⁷⁰

Si salimos del campo de la explicación social para entrar en el de los relatos políticos contruidos en torno de los procesos explicados, hay que recordar que la secularización jurídica y política, a la que nos estamos refiriendo aquí, es un proceso de transición de formas de legitimidad sagradas a formas democráticas o basadas en la voluntad popular que afecta globalmente al derecho y a las instituciones políticas.⁷¹ El cambio producido en la regulación del régimen del matrimonio es, precisamente, una muestra de este giro en la fuente de la legitimidad de la unión familiar: de una legitimidad religiosa a una legitimidad estatal o, para retomar la terminología que usamos más arriba, de una legitimidad tradicional a una legitimidad racional.

En términos políticos, la reacción frente a la secularización de las instituciones viene de la mano de una postura que Martha Nussbaum⁷² ha calificado como *establishmentarian*. Para esta posición, el buen orden y la seguridad pública requieren un compro-

tan radical como habría podido creerse en una primera interpretación de la Modernidad. Antes de la Modernidad, las cuestiones éticas eran de competencia exclusiva del sistema religioso. Esto cambió con la Modernidad. Pero hoy se verificaría, sin embargo, una tendencia a escuchar la opinión de las autoridades religiosas en los temas éticos que generan controversia (como la clonación o la eutanasia). Voyé dice que a los actores religiosos se les pide opinión en estos temas (por ejemplo, a través de la conformación de comités de ética con representantes religiosos). En cualquier caso, la indicación que hace sobre el lenguaje utilizado resulta de utilidad. En efecto, la autora sostiene que la intervención de los representantes religiosos, en particular se refiere a los de la Iglesia católica, en estos debates se hace en términos desdogmatizados y desconfesionalizados. El lenguaje no es el de la voluntad de Dios, sino el de los derechos humanos y los valores humanos compartidos. Como veremos más abajo, esta descripción puede ser discutida.

⁷⁰ Dobbelaere, Karel, *op. cit.*

⁷¹ Blancarte, Roberto, "Definir la laicidad (desde una perspectiva mexicana)", *Revista Internacional de Filosofía Política*, núm. 24, 2004, p. 17.

⁷² *Liberty of conscience. In defense of America's traditions of religious equality*, Nueva York, Basic Books, 2009, pp. 48-57.

La secularización del matrimonio / 47

miso con una ortodoxia religiosa, es decir, con una tradición religiosa dominante. Es necesario afirmar qué es realmente la nación, de modo que cualquiera que quiera vivir en ella debe reconocer determinados valores y asimilarse a ellos. La postura *establishmentarian* es dura, y persigue y encarcela a quien no comparte la verdad religiosa oficial, lo que no se da hoy en los Estados democráticos. Pero sí se da una forma más débil, que admite la necesidad de que la nación adopte unos valores sustanciales principales, y tolera de mala gana a los que sean diferentes. Es la posición, por ejemplo, de quienes creen que la Unión Europea debe ser explícitamente cristiana, y en Estados Unidos, la posición de la derecha religiosa.

Para esta corriente, la religión puede proporcionar una base para la moralidad compartida mucho más sólida que las posibles alternativas seculares. Así, los valores religiosos podrían servir como fuentes de sentido para la deliberación pública y las decisiones colectivas plasmadas en el derecho. Esta postura no implica necesariamente que las políticas públicas deban apoyarse en doctrinas teológicas concretas, pero sí en ciertos principios básicos de una ética religiosa que puede, incluso, ser compartida por varias comunidades religiosas. En la raíz de este razonamiento se encuentra la idea de que existe un cierto consenso en la mayoría de la sociedad sobre tales principios, y que ellos son dignos de ser promovidos.⁷³

⁷³ Jelen, Ted G., "In Defense of Religious Minimalism", en Segers, Mary C. y Jelen, Ted G., *Wall of Separation? Debating the Public Role of Religion*, Maryland, Rowman and Littlefield Publishers, 1998, pp. 11-26.

CAPÍTULO SEGUNDO

MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO: DEBATES CONTEMPORÁNEOS

Como anunciamos en el capítulo anterior, vamos a estudiar aquí las transformaciones de la regulación matrimonial, en relación con su ampliación subjetiva que permite las uniones entre personas del mismo sexo. Hemos de tener en mente que no es nuestra intención hacer un tratamiento pormenorizado de este tema en sí mismo (lo que habilitaría un estudio profundo e independiente). Nos interesa el tema en tanto involucra conflictos en la línea de la secularización de los sistemas jurídicos y de las instituciones políticas, a la que nos hemos referido. En efecto, el momento más contemporáneo del proceso de secularización del matrimonio ha sido el del debate sobre su extensión a las parejas del mismo sexo. Se trata de un paso más en la desestructuración de la matriz cristiana del matrimonio, por afectación del carácter de heterosexualidad.

Estudiaremos, primeramente, la evolución legislativa y judicial que, en diversos países, ha permitido el reconocimiento de los matrimonios entre personas del mismo sexo (apartado 1). Luego, trataremos la posición de los diferentes grupos religiosos frente a estos cambios (apartado 2).

1. Evolución legislativa y judicial

La ampliación del concepto de matrimonio a las uniones homosexuales forma parte de su progresiva secularización, favoreciendo una visión individualista, voluntarista e inmanente del matrimo-

50 / Fernando Arlettaz

nio, contra una concepción tradicionalista, instrumentalista y metafísica de éste, que correspondía al modelo religioso que hemos descrito más arriba.⁷⁴ Se produce así un avance a favor de una concepción de tipo liberal-contractualista, en un proceso de secularización que viene ligado a una progresiva aceptación de las prácticas homosexuales, así como a una disociación entre unión matrimonial y procreación.⁷⁵ La homosexualidad ha pasado de ser una conducta ilícita a ser una práctica que recibía atención como una mera conducta privada susceptible de entrar en el ámbito de reserva, y en un segundo momento a ser un modo de relación reconocido y tutelado por el derecho. La etapa más actual de este segundo momento ha sido la consagración del matrimonio entre personas del mismo sexo. El abandono del modelo religioso de regulación matrimonial a favor de uno puramente contractual ha removido los obstáculos que podían existir en la ampliación del ámbito subjetivo, en el que hasta ahora se había movido la figura matrimonial. Sin embargo, no es el matrimonio la única forma de reconocimiento de las parejas homosexuales.

El tratamiento legal de las uniones homosexuales puede ser diverso, y sus características concretas dependen de la forma en que cada legislación nacional aborda el tema. En un plano ideal puede pensarse en distintas vías.⁷⁶ En primer lugar, posibilitar directamente el matrimonio entre personas del mismo sexo, equiparando las uniones homosexuales a las heterosexuales, tanto en lo referente a los efectos jurídicos como en lo referente a los alcances simbólicos. En segundo lugar, regular la existencia de parejas de hecho, mediante una regulación aplicable tanto a las parejas heterosexuales

⁷⁴ Borillo, Daniel, "El matrimonio entre personas del mismo sexo como radicalización de la modernidad", *Mundo jurídico*, 2005, en <http://www.mundojuridico.adv.br>; "Who is Breaking with the Tradition? The Legal Recognition of Same-Sex Partnership in France and the Question of Modernity", *Yale Journal of Law and Feminism*, núm. 17-1, 2005.

⁷⁵ Borillo, Daniel, "Pluralisme conjugal ou hiérarchie des sexualités? La reconnaissance juridique des couples homosexuels dans l'Union Européenne", *McGill Law Journal*, núm. 46, 2001.

⁷⁶ Calvo Borobia, Kerman, "Matrimonio homosexual y ciudadanía", *Claves de Razón Práctica*, núm. 154, 2005, pp. 32-34.

Matrimonio entre personas del mismo sexo... / 51

como a las homosexuales. Dentro de esta posibilidad cabe pensar en leyes de parejas de hecho de máximos (que las equiparan al matrimonio en lo relativo a los efectos jurídicos, aunque no se identifiquen las dos formas en un plano simbólico), y leyes de parejas de hecho de mínimos (con efectos jurídicos disminuidos respecto del matrimonio). Las parejas de hecho pueden tener una mayor o menor formalización (en algunos sistemas jurídicos basta con la mera existencia de la pareja; en otros es necesaria alguna formalización, ya sea a través de un registro, de un contrato de solidaridad, de un contrato convivencial, o bien por medio de alguna otra forma semejante). En tercer lugar, regular la existencia de una unión civil homosexual, como estado civil específico para las uniones homosexuales.⁷⁷ En este caso es posible que la unión civil confiera los mismos derechos que el matrimonio o que, por el contrario, represente un estatuto inferior.

En el análisis que sigue nos serviremos de esta distinción tripartita: régimen de parejas de hecho (aplicable tanto a las parejas heterosexuales como homosexuales), régimen de unión civil (aplicable sólo a las parejas homosexuales), régimen de matrimonio (al que pueden acceder tanto las parejas heterosexuales como homosexuales). Usamos esta división por razón de simplificación y claridad conceptual, aunque en algunos casos no coincida la terminología que nosotros usamos con la usada por el propio sistema jurídico (o con la traducción al español de la terminología del propio sistema jurídico). Por ejemplo, en algunos Estados se han implementado regímenes de registro de parejas homosexuales con determinados efectos: para este supuesto hablaremos de unión civil (por tratarse de un régimen específico para las parejas homosexuales) y no de régimen de parejas de hecho (aunque exteriormente el régimen pueda tener este nombre o uno parecido).

⁷⁷ Esta última posibilidad puede ser o no discriminatoria, según el contexto político en el que nos movamos. Así, algunos Estados (como el Reino Unido, Noruega o Finlandia) tienen una tradición de reconocimiento de derechos diferenciados, de modo que una regulación específica no suscitaría un problema de discriminación; distinto es el caso de aquellos países (como Francia, España o Portugal) con modelos de ciudadanía igualitaria. *Ibidem*, p. 38.

52 / Fernando Arlettaz

A. La evolución en Europa

La evolución de la consideración de la homosexualidad que acompaña a la secularización del matrimonio se manifiesta en la evolución de la jurisprudencia de las instancias europeas de derechos humanos en la materia, así como en la jurisprudencia comunitaria,⁷⁸ que han avanzado, sin embargo, menos que las legislaciones nacionales.

En un primer momento, la Comisión Europea de Derechos Humanos consideraba que no era contrario a la Convención Europea de Derechos Humanos que los Estados castigarán las prácticas homosexuales, ya que la vida privada podía ser objeto de injerencias destinadas a la protección de la salud y la moral. Recién en 1977, la Comisión consideró admisible una petición contraria a la ley inglesa sobre sodomía que cuestionaba su compatibilidad con el derecho a la vida privada (artículo 8o. del Convenio Europeo), y en 1981, el Tribunal declaró que la prohibición de actos homosexuales realizados en privado constituye una violación del Convenio.⁷⁹

Más recientemente, el Tribunal se ha referido a la igualdad en relación con la orientación sexual. Por lo tanto, en algunos precedentes afirmó que la expulsión de una persona del ejército en razón de su orientación sexual vulneraba el derecho a la vida privada convencionalmente reconocido.⁸⁰ En otros casos, el Tribunal concluyó que las distinciones basadas en la orientación sexual eran

⁷⁸ Para más información sobre este punto puede consultarse la página electrónica de la European Commission on Sexual Orientation Law, en <http://www.sexualorientationlaw.eu>.

⁷⁹ Reconocimiento al derecho a la vida privada en la Comisión Europea de Derechos Humanos. Comisión Europea de Derechos Humanos: *Kerkhoven, Hinke y Hinke c/Países Bajos* (19 de mayo de 1992); *X. e Y. c/Reino Unido* (3 de mayo de 1983); *B. c/Reino Unido* (12/10/1983); *Röösli c/Alemania* (15 de mayo de 1996), entre otros. Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: *Dudgeon c/Reino Unido* (22 de octubre de 1981); *C. y L. M. c/Reino Unido* (9 de octubre de 1989).

⁸⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos: *Lustig-Pream and Beckett c/Reino Unido* (27 de diciembre de 2007); *Smith and Grady c/Reino Unido* (27 de diciembre de 2007).

Matrimonio entre personas del mismo sexo... / 53

sospechosas a la luz del principio de no discriminación (artículo 14) en relación con la vida privada, y que, por lo tanto, el Estado tenía el deber de justificar estrictamente esas distinciones si quería evitar una violación del Convenio, lo que no se había producido en los casos considerados.⁸¹ También los órganos del Consejo de Europa se han pronunciado en contra de la discriminación de las personas homosexuales.⁸²

Recientemente, la jurisprudencia europea ha dado el último paso: el de reconocer a la homosexualidad no sólo como práctica lícita en el ámbito privado, sino como forma de vida familiar tutelada por el derecho a la vida familiar (artículo 8o.). Pero todavía no ha reconocido un derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo.

En esta línea, el Tribunal ha establecido que ciertas distinciones entre parejas heterosexuales y parejas homosexuales resultan violatorias del Convenio. Por tanto, se admitió el derecho a continuar el alquiler de un apartamento a una persona cuya pareja de hecho de su mismo sexo había fallecido, en contra de la opinión de las autoridades internas en el sentido de que tal derecho sólo correspondía a las parejas heterosexuales.⁸³ En otro caso, el Tribunal declaró contrario al derecho de propiedad en relación con el principio de igualdad (artículo 1o. del protocolo 1 en relación con artículo 14) la regulación interna según la cual el progenitor obligado a prestar una pensión de alimentos a un hijo no conviviente era significativamente menor si este progenitor había entablado una nueva rela-

⁸¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos: *Salgueiro da Silva Mouta c/Portugal* (21 de marzo de 2000); *Kernel c/Austria* (24 de julio de 2003).

⁸² Resolución 756 del Consejo de Europa (1981) relativa a la discriminación de las personas homosexuales; Recomendación 934 del Consejo de Europa (1981) relativa a la discriminación hacia las personas homosexuales; Recomendación CM/Rec(2010)5 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre medidas tendientes a combatir la discriminación basada en la orientación sexual y la identidad de género (2010); Recomendación 1728 (2010) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre la discriminación basada en la orientación sexual e identidad de género (2010).

⁸³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos: *Kozak c/Polonia* (2 de marzo de 2010).

54 / Fernando Arlettaz

ción de pareja heterosexual, pero no si la nueva relación de pareja era homosexual.⁸⁴

La adopción del hijo de la pareja del mismo sexo también ha sido abordada por la jurisprudencia europea. El Tribunal declaró que no había violación del artículo 14, en relación con el artículo 8o., en la decisión que denegó a una mujer la posibilidad de adoptar el hijo de su pareja registrada.⁸⁵ En cambio, en otro caso llegó a la conclusión contraria.⁸⁶ La diferencia entre el primero y el segundo caso era que en el primero la adopción del hijo de la pareja no era posible ni para las parejas heterosexuales ni para las homosexuales; en cambio, en el segundo sí era posible que una persona adoptara al hijo de su pareja de diferente sexo, pero no al hijo de su pareja del mismo sexo, por lo que existía a juicio del Tribunal un trato discriminatorio.

En una línea temática parecida, el Tribunal sostuvo que no había violación del principio de igualdad en el hecho de que la legislación estableciera la presunción de paternidad a favor del marido de la madre de la persona nacida (incluso si el embarazo había tenido lugar mediante fertilización por un donante anónimo) y no estableciera idéntica presunción a favor de la mujer unida en unión civil con la madre del nacido.⁸⁷

En relación específicamente con el acceso al matrimonio, hay que recordar la jurisprudencia relativa a las personas transexuales. En este punto, el Tribunal señaló que no existía violación del derecho al matrimonio en el hecho de que un transexual no pudiera contraer matrimonio con una persona de su mismo sexo cromosómico.⁸⁸ Sin

⁸⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos: *J. M. c/Reino Unido* (28 de septiembre de 2010).

⁸⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos: *Gas y Dubois c/Francia* (15 de marzo de 2012).

⁸⁶ Tribunal Europeo de Derechos Humanos: *X y otros c/Austria* (19 de febrero de 2013).

⁸⁷ Tribunal Europeo de Derechos Humanos: *Boeckel and Gessner-Boeckel v. Germany* (decisión de inadmisibilidad, 7 de mayo de 2013).

⁸⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos: *Rees c/Reino Unido* (17 de octubre de 1986); *Cossey c/Reino Unido* (27 de septiembre de 1990).

Matrimonio entre personas del mismo sexo... / 55

embargo, unos años más tarde modificó radicalmente su posición y concluyó la existencia de una violación.⁸⁹

A pesar de este cambio de posición, y del criterio favorable a la protección de las parejas homosexuales en muchos casos, el Tribunal ha sostenido que la apertura del matrimonio a las parejas del mismo sexo no viene convencionalmente obligada ni por el derecho a contraer matrimonio ni por el principio de igualdad en relación con el derecho a la vida privada y familiar. Hay que considerar, en la materia que nos interesa, que el artículo 12 del Convenio protege el derecho a contraer matrimonio de “el hombre y la mujer”. En cualquier caso, más allá de la literalidad del precepto, el Tribunal ha sostenido que en razón de las particularidades históricas del matrimonio y de la ausencia de un consenso europeo sobre el tema, la definición del matrimonio como vínculo puramente heterosexual entra dentro del legítimo margen de apreciación estatal.

En un caso, el Tribunal ha afirmado que queda dentro del margen de apreciación de cada Estado decidir si define al matrimonio como una unión entre dos personas, con independencia de su sexo, o si se apega a la concepción tradicional del matrimonio como unión heterosexual.⁹⁰ La sentencia, sin embargo, reconoció que las parejas homosexuales entran dentro del concepto de familia convencionalmente protegido, como ya lo habían hecho otras sentencias relativas a parejas homosexuales.

El dato más reciente a considerar en la jurisprudencia europea es el caso relativo a Grecia, en el cual el Tribunal sostuvo que la legislación que permitía el establecimiento de una pareja registrada sólo entre personas de sexo diferente (la sentencia usa el término “unión civil”, pero nosotros preferimos el anterior para mantener la uniformidad terminológica de este trabajo) resultaba discriminatoria en relación con el derecho a la vida privada y

⁸⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos: *I. c/Reino Unido* (11 de julio de 2002); *Christine Goodwin c/Reino Unido* (11 de julio de 2002).

⁹⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos: *Schalk y Kopf c/Austria* (24 de junio de 2010).

56 / Fernando Arlettaz

familiar.⁹¹ En cualquier caso, hay que tener en cuenta que la sentencia no afirma la existencia de un derecho al matrimonio ni siquiera el derecho a acceder a un estatuto de pareja de hecho para las parejas homosexuales. En realidad, lo que afirma la sentencia es que cuando ese estatuto de pareja de hecho es reconocido a las parejas heterosexuales, resulta discriminatorio no hacerlo también respecto de las homosexuales.

En el ámbito de la Unión Europea, la Carta de Derechos Fundamentales reconoce expresamente la prohibición de discriminación por razón de orientación sexual (artículo 21). Diversas instituciones de la Unión Europea se han pronunciado por la no discriminación de los colectivos homosexuales.⁹² El Parlamento Europeo emitió en 2009 una resolución, en la que solicitaba a los Estados que adoptaran legislación “que, en aplicación del principio de igualdad” permitiera “superar la discriminación que sufren algunas parejas por motivos de su orientación sexual”.⁹³

Respecto de la protección no contra los actos de discriminación genéricamente considerados, sino en el campo específico de la familia y el matrimonio, hay que recordar que la Carta de Derechos Fundamentales garantiza el derecho a contraer matrimonio sin mencionar al hombre y la mujer como sus titulares, sino sólo consagrando de modo impersonal tal derecho (artículo 9o.).

⁹¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos: *Vallianatos y otros c/Grecia* (7 de noviembre de 2013).

⁹² Resolución del Parlamento Europeo relativa a la discriminación en el ámbito del trabajo (1984); Resolución del Parlamento Europeo A3-0028/94 (1994) sobre la igualdad de derechos de los homosexuales y lesbianas en la Unión Europea; Resolución del Parlamento Europeo B4-824 y 0852/98 (1998) referente a la igualdad de derechos para las personas homosexuales y lésbicas de la Unión Europea; Recomendación del Parlamento Europeo a favor de los derechos de los homosexuales, en particular las uniones del mismo sexo (2001); Resolución del Parlamento Europeo contra la homofobia (2006); Directiva 2000/78/CE del Consejo Europeo (2000) relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

⁹³ Resolución del Parlamento Europeo, del 14 de enero de 2009, sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea 2004-2008 (2007/2145(INI)), puntos 75-77.

Matrimonio entre personas del mismo sexo... / 57

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, hoy Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se pronunció primeramente en el sentido de que las relaciones estables entre dos personas del mismo sexo no eran consideradas como equivalentes al matrimonio o a las relaciones estables entre personas de sexo diferente, y que por ello un empleador no estaba obligado por el derecho comunitario vigente en ese momento a extender a las parejas homosexuales los derechos reconocidos a los matrimonios o parejas entre personas de sexo diferente.⁹⁴ Por tanto, hay que tener en cuenta que esta sentencia es anterior a la entrada en vigor de la Carta.

En fecha más reciente, en cambio, el Tribunal decidió que resultaba discriminatorio no otorgar determinados derechos de seguridad social a una persona amparada por un régimen de unión civil con una persona de su mismo sexo, cuando estos derechos sí eran reconocidos en el caso de las parejas heterosexuales casadas, y según el derecho interno, la unión civil homosexual era una situación jurídica comparable al matrimonio heterosexual.⁹⁵

Por otra parte, en la ya citada resolución de 2009, el Parlamento Europeo pidió a los Estados que han adoptado legislación relativa a parejas homosexuales que “reconozcan las normas adoptadas por otros Estados miembros con efectos similares” y que “propongan directrices para el reconocimiento mutuo entre Estados miembros de la legislación existente con el fin de garantizar que el derecho a la libre circulación en la Unión Europea de las parejas del mismo sexo se aplique en las mismas condiciones aplicables a las parejas heterosexuales”. Por otra parte, el Parlamento Europeo urgió a la Comisión a:

presentar propuestas para garantizar que los Estados miembros apliquen el principio del reconocimiento mutuo a las parejas ho-

⁹⁴ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: *Lisa Jacqueline Grant c/South West Trains Ltd.* (17 de febrero de 1998).

⁹⁵ Tribunal de Justicia de la Unión Europea: *Tadao Maruko c/Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen* (10. de abril de 2008); *Jürgen Römer c/City of Hamburg* (10 de mayo de 2011).

58 / Fernando Arlettaz

mosexuales, ya estén casadas o en régimen de pareja inscrita civilmente [entendemos que este concepto incluiría tanto a lo que nosotros hemos denominado *pareja de hecho* como a lo que hemos llamado *unión civil*], en particular, cuando ejercen su derecho de libre circulación derivado de la legislación de la Unión.⁹⁶

En los Estados europeos, la legislación se movió en el mismo sentido. Los mecanismos utilizados fueron los señalados más arriba: extensión del régimen de las parejas de hecho tanto a las parejas homosexuales como a las heterosexuales; establecimiento de sistemas específicos de unión civil entre dos personas del mismo sexo, o extensión del matrimonio a las parejas homosexuales. En muchos casos, el recurso a estos mecanismos fue sucesivo.

El primer reconocimiento de la unión civil se dio en Dinamarca (1989), que fue el primer país del mundo en dar este tipo de protección a las parejas homosexuales. En 2012, Dinamarca permitió el acceso al matrimonio. Luego de la legislación danesa vinieron las legislaciones sobre unión civil en Alemania (2001),⁹⁷ Finlandia (2001) y Suiza (2004). Noruega y Suecia regularon uniones civiles específicas (1993 y 1995 respectivamente), aunque luego permitieron el matrimonio (2008 y 2009). Lo mismo sucedió en Islandia (unión civil, 1996; matrimonio, 2010).

La extensión del régimen de parejas de hecho a las parejas homosexuales fue la vía adoptada en Hungría (1996), Croacia (2003), Luxemburgo (2004) y Andorra (2005). Holanda aprobó en 1998 una ley de parejas de hecho, y en 2000 permitió el acceso al matrimonio. También Bélgica aprobó una ley de parejas de hecho (1998) y permitió, luego, el acceso al matrimonio (2003); idéntico camino siguieron Portugal (pareja de hecho, 1999, 2001; matrimonio, 2010) y Francia (parejas de hecho, 1999; matrimonio, 2013). En España

⁹⁶ Resolución del Parlamento Europeo 2007/2145[INI] (2009) sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea 2004-2008, puntos 75-77.

⁹⁷ El doble régimen de matrimonio y unión civil fue declarado constitucional por el Tribunal Constitucional alemán. Bundesverfassungsgericht: 1 BvF 1/01, 1 BvF 2/01 (17 de julio de 2002).

Matrimonio entre personas del mismo sexo... / 59

existieron leyes relativas a parejas de hecho en diferentes fechas (ya que no fueron adoptadas de modo único por el gobierno central, sino escalonadamente por los gobiernos de las comunidades autónomas) y, finalmente, en 2005 se aprobó el matrimonio entre parejas del mismo sexo. En 2004 se estableció un sistema de unión civil en el Reino Unido, y en 2013, el matrimonio homosexual se declaró legal en Inglaterra y Gales.⁹⁸

De este modo, los Estados europeos (o regiones de Estados europeos) que reconocen actualmente el matrimonio entre personas del mismo sexo son: Países Bajos (2000), Bélgica (2003), España (2005), Noruega (2008), Suecia (2009), Islandia (2010), Portugal (2010), Dinamarca (2012), Francia (2013), Inglaterra y Gales (2013).⁹⁹

El caso que tuvo más amplia cobertura mediática fue el del reconocimiento del matrimonio homosexual en Holanda en 2000, luego de haber establecido un régimen de parejas de hecho en 1998, al que podían acceder tanto parejas heterosexuales como homosexuales. De este modo, los Países Bajos se convirtieron en el primer país en el mundo en reconocer el matrimonio de personas del mismo sexo, otorgando igualdad con las parejas heterosexuales en lo relativo al matrimonio y a la adopción.¹⁰⁰ La propuesta vino del Partido Demócrata Cristiano, que en ese momento no era parte de la coalición de gobierno.

⁹⁸ Sobre las uniones de hecho, las uniones civiles y el matrimonio para las parejas homosexuales en Europa, véanse Festy, Patrick, "Legal Recognition of same-Sex Couples in Europe", *Populations*, núm. 61, 2006; Digoix, Marie y Festy, Patrick, *Same-sex couples, same-sex partnerships and homosexual marriages. A focus on cross-national differentials*, París, Institut National d'Études Démographiques, 2004; Waaldijk, Kees, "Others may follow: The Introduction of Marriage, quasi-Marriage, and semi-Marriage for same-Sex Couples in European Countries", *New England Law Review*, núm. 38-3, 2004, y Waaldijk, Kees, *More or less together: Levels of legal consequences of marriage, cohabitation and registered partnership for different-sex and same-sex partners*, París, Institut d'Études Démographiques, 2005.

⁹⁹ Los datos legislativos e históricos han sido tomados principalmente del relevamiento realizado por el Pew Research-Religion and Public Life Project, en <http://www.pewforum.org/2013/07/16/gay-marriage-around-the-world-2013/>.

¹⁰⁰ Ley 26672 (21 de diciembre de 2000).

60 / Fernando Arlettaz

Bélgica aprobó en 1998 un régimen de parejas de hecho, al que podían acceder tanto parejas homosexuales como heterosexuales, y en 2003 permitió el acceso al matrimonio de dos personas del mismo sexo.¹⁰¹ La aprobación de la ley que permitió esta unión suscitó poca controversia. El Partido Demócrata Cristiano, históricamente cercano a la Iglesia católica, estaba fuera del poder en ese momento. En 2006 se modificó la legislación para permitir a las parejas homosexuales la adopción.

En España, los primeros debates que se dieron se remontan a fines de los años ochenta. Desde fines de los años noventa, algunas leyes de parejas de hecho de nivel autonómico incluyeron también a las parejas homosexuales.¹⁰² A comienzos de la década de 2000, los partidos de izquierda presentaron proyectos de reforma al Código Civil para permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo. Estos proyectos fueron rechazados. El matrimonio homosexual fue finalmente incorporado a la legislación española en 2005, permitiendo incluso la adopción.¹⁰³ En 2012, el Tribunal Constitucional

¹⁰¹ L 2003-02-13/36 (30 de enero de 2003). Véase Herbrand, Cathy, "Belgique. Les mutations du mariage et de la parenté", en Descoutures, Virginie, *Mariages et homosexualités dans le monde*, Paris, Autrement, 2008.

¹⁰² Así sucedió con las leyes de Andalucía, Aragón, Asturias, Baleares, Canarias, Cantabria, Castilla-La Mancha, Castilla-León, Cataluña, Extremadura, Galicia, Madrid, Navarra, País Vasco, Valencia. Respecto de los aspectos estrictamente jurídicos, véanse Sánchez Martínez, M. Olga, "Constitución y parejas de hecho", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 58, 2000; Martínez Gómez, María Isabel, "Las parejas de hecho", *Saberes*, núm. 1, 2003. Para un análisis más amplio, véanse Picontó Novales, Teresa, "Un análisis socio-jurídico del proceso de reforma de la normativa sobre parejas de hecho en España", *Abaco. Revista de Cultura y Ciencias Sociales*, núm. 29-30, 2001, y "La regulación jurídica de las parejas de hecho en España: un análisis socio-jurídico", *Revista de Educación*, núm. 325, 2001. Se ha producido una pluralización de los modelos de vida en pareja, y el debate ideológico y político se ha visto estimulado por las exigencias de reconocimiento de las parejas de hecho. Sobre el tema puede verse el trabajo de Picontó Novales, Teresa, "Cohabitation: The ideological debate in Spain", en Maclean, Mavis, *Family Law and Family Values*, Hart Publishing, 2005.

¹⁰³ Ley 13/2005 (1o. de julio de 2005) que introduce reformas al Código Civil, estableciendo la igualdad de requisitos y efectos del matrimonio homosexual y del matrimonio heterosexual. La exposición de motivos hace referencia al hecho de que si bien el matrimonio ha sido tradicionalmente heterosexual, el legislador debe también reconocer la evolución social; además, se presenta la ley como una vía para luchar contra la discrimi-

Matrimonio entre personas del mismo sexo... / 61

español declaró que la ley que permite el acceso al matrimonio de las parejas del mismo sexo es conforme a la Constitución.¹⁰⁴

En Noruega, las parejas homosexuales podían acceder a un estatuto de unión civil desde 1993. En 2002 era posible la adopción de los hijos de la pareja. En 2008 se aprobó la ley que permite el matrimonio y la adopción,¹⁰⁵ a pesar de la resistencia de miembros del Partido Cristiano Demócrata y del Partido del Progreso.

Las parejas homosexuales podían acceder en Suecia a un estatuto de unión civil desde 1995. En 2009, el Parlamento aprobó el matrimonio entre personas del mismo sexo por una amplia mayoría.¹⁰⁶

Islandia aprobó en 1996 la posibilidad de la unión civil de las parejas homosexuales. En 2006 se adoptó una norma que posibilitaba la adopción por parejas homosexuales. En 2010 se permitió el matrimonio, sin votos en contra en la legislatura.¹⁰⁷

Portugal adoptó en 2010 la ley que permite el acceso de las parejas homosexuales al matrimonio.¹⁰⁸ Luego de su aprobación, el presidente sometió la norma al control del Tribunal Constitucional, que la declaró constitucionalmente válida;¹⁰⁹ sin embargo, lo que no permite esta ley es la adopción a parejas homosexuales.

minación en razón de la orientación sexual. Para una perspectiva jurídica (crítica) sobre la reforma, véanse los artículos de Tirapu Martínez, Daniel, "La cuestión no cerrada del matrimonio homosexual", *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 26, 2011; Tirapu Martínez, Daniel, "Perplejidades y contradicciones del pretendido matrimonio homosexual", *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 8, 2005, y el artículo de Cañamares, "El reconocimiento jurídico del matrimonio homosexual: un debate todavía abierto", *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 14, 2007. Véase también Pichardo Galán, José Ignacio, "Espanne. Le mariage homosexuel au pays de la famille", en Descoutures, Virginie, *Mariages et homosexualités dans le monde*, París, Autrement, 2008.

¹⁰⁴ Tribunal Constitucional, STC 198/2012 (6 de noviembre de 2012).

¹⁰⁵ ACT-LOV-2008-06-27-53 (27 de junio de 2008). Véase Digoix, Marie, "Scandinavie. Le concept nordique d'égalité entre différentiation et universalisme", en Descoutures, Virginie, *Mariages et homosexualités dans le monde*, París, Autrement, 2008.

¹⁰⁶ Äktenskapsfrågor (1o. de abril de 2009). Véase Digoix, Marie, *op. cit.*

¹⁰⁷ *Frumvarp til laga um breytingar á hjúskaparlögum og fleiri lögum og um brottfall laga um staðfesta samvist (ein hjúskaparlög)* (11 de junio de 2010).

¹⁰⁸ Decreto no. 9/XI, da Assembleia da República (18 de mayo de 2010).

¹⁰⁹ Tribunal Constitucional, Acórdão 121/2010 (8 de abril de 2010).

62 / Fernando Arlettaz

En 1989, Dinamarca adoptó la norma que permite la unión civil de las parejas homosexuales. En 2010 se dio a estas parejas la posibilidad de adoptar. En 2012 se autorizó el acceso al matrimonio. Una de las peculiaridades de la ley fue que no sólo permitió el acceso de las parejas homosexuales al matrimonio civil, sino que obligó a la Iglesia luterana de Dinamarca a officiar matrimonios homosexuales.¹¹⁰

Francia aprobó en 1999 una ley de parejas de hecho (Pacto Civil de Solidaridad),¹¹¹ abierto tanto a las parejas homosexuales como a las heterosexuales, que constituye un contrato de efectos más reducidos que el matrimonio. Ese mismo año, el Consejo Constitucional descartó que existiera violación de principios constitucionales en este nuevo régimen jurídico.¹¹² El legislador francés quiso dar al Pacto un carácter claramente contractual, separándolo de los contornos institucionales que todavía mantiene el matrimonio. En 2013, Francia permitió el matrimonio de personas del mismo sexo y la adopción.¹¹³ La norma fue promovida por el Partido Socialista en el poder. Sin embargo, antes de que la ley entrara en vigor, fue necesaria la resolución del recurso que el partido conservador UMP presentó ante el Consejo Constitucional.¹¹⁴ Una vez que éste descartó la existencia de una violación de la Constitución, la norma entró en vigor.

¹¹⁰ Ley del 7 de junio de 2012. Véase Digoix, Marie, *op. cit.*

¹¹¹ Loi 99-944 sur le Pacte Civil de Solidarité (16 de noviembre de 1999). Sobre el Pacto Civil de Solidaridad, en sus aspectos jurídicos, véase Dekeuwer-Défossez, Françoise, "Pacs et famille", *Dalloz doctrine de droit civil*, núm. 529, 2001. Sobre la evolución reciente del derecho civil francés en materia de familia puede consultarse la síntesis de Bosse-Platière, Hubert, "L'avenir du droit civil de la famille: quelques conjectures", *Informations sociales*, núm. 128, 2005. Sobre el Pacto Civil de Solidaridad, en sus aspectos sociológicos, véanse los trabajos de Rault, Wilfred, "Nouvelles formes d'union, nouveaux rituels", *Informations Sociales*, núm. 144, 2007; "Entre droit et symbole. Les usages sociaux du pacte civil de solidarité", *Revue Française de Sociologie*, núm. 48, 2007, y "Ce que le PACS fait au mariage gai et lesbien", en Descoutures, Virginie, *Mariages et homosexualités dans le monde*, París, Autrement, 2008.

¹¹² Conseil Constitutionnel, Décision 99-419 DC (9 de noviembre de 1999).

¹¹³ Loi 2013-404 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe (17 de mayo de 2013).

¹¹⁴ Conseil Constitutionnel, Décision 2013-669 DC (17 de mayo de 2013).

Matrimonio entre personas del mismo sexo... / 63

El Reino Unido aprobó un sistema de unión civil en 2004. En 2013 fue aprobado el matrimonio homosexual.¹¹⁵ Sin embargo, la disposición sólo aplica a Inglaterra y Gales, ya que Escocia e Irlanda del Norte tienen sus propios cuerpos legislativos competentes para decidir sobre el tema. Paradójicamente, la norma fue promovida por un primer ministro conservador. También en 2013, la legislatura de Irlanda del Norte rechazó la posibilidad de legalizar los matrimonios entre personas del mismo sexo. El Parlamento escocés discute actualmente una iniciativa en este sentido.

Estas transformaciones del régimen matrimonial van de la mano de otras medidas para asegurar la igualdad de derechos de los colectivos homosexuales en Europa. No obstante, las diferencias son todavía importantes en lo relativo a los niveles de protección entre los diferentes países, y algunos países europeos están todavía por debajo de los niveles que podrían considerarse mínimos aceptables.¹¹⁶

B. La evolución en América del Norte

En Estados Unidos, el debate se abrió cuando en 1993 la Corte Suprema de Hawái declaró que la ley local que prohibía el matrimonio entre personas del mismo sexo era inconstitucional, a menos que el estado demostrara que había una razón suficiente para establecer una diferencia con las parejas heterosexuales. A partir de entonces, hubo reacciones en sentidos opuestos. Muchos estados aprobaron leyes conocidas como *DOMA (Defense of Marriage Acts)*, que impiden reconocer matrimonios homosexuales.

¹¹⁵ The Marriage (Same Sex Couples) Act (17 de julio de 2013). Para el sistema de unión civil anterior, véase Weeks, Jeffrey, "Royaume-uni. Le partenariat civil, un compromis très british...", en Descoutures, Virginie, *Mariages et homosexualités dans le monde*, París, Autrement, 2008.

¹¹⁶ *Rainbow Europe Map and Index—Legal situation for lesbian, gay, bisexual and trans people in Europe*, editado por la sección Europa de International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association (ILGA), con apoyo del European Community Programme for Employment and Social Solidarity, 2011, en http://www.ilga-europe.org/home/news/for_media/media_releases/rainbow_europe_map_index_2011_legal_situation_of_lesbian_gay_bisexual_trans_people_in_europe.

64 / Fernando Arlettaz

Algunos estados incorporaron enmiendas constitucionales que prohíben el reconocimiento del matrimonio homosexual celebrado en otro estado. En cambio, las cortes supremas de algunos estados reconocieron el derecho de las parejas homosexuales al matrimonio o a la unión civil. Otros reconocieron legalmente un estatuto de unión civil, o un estatuto de pareja de hecho para todo tipo de parejas, y algunos más admitieron directamente el matrimonio homosexual.

Existen a la fecha de realización de este trabajo diecisiete estados que autorizan el matrimonio entre personas del mismo sexo: California (en 2008 se autorizó el matrimonio por vía jurisprudencial;¹¹⁷ poco después se aprobó por referéndum la llamada *Proposition 8* que introdujo una prohibición constitucional del matrimonio entre personas del mismo sexo; esta enmienda fue declarada inconstitucional por jueces de distrito y de apelación; en 2013, la Corte Suprema declaró que los promotores de la *Proposition 8*, carecían de legitimación para cuestionar las decisiones de inconstitucionalidad de los jueces inferiores);¹¹⁸ Connecticut (decisión judicial de 2008;¹¹⁹ ley de 2009); Delaware (ley de unión civil en 2011 y de matrimonio en 2013); Distrito de Columbia (ley de 1992 que reconoció unos pocos derechos a las parejas homosexuales, y que fue bloqueada por el Congreso de los Estados Unidos hasta 2002; progresiva ampliación de estos derechos con posterioridad; leyes de 2009 que reconocen el matrimonio homosexual celebrado en otro estado, primero, y establecen el matrimonio homosexual en el distrito, después); Hawái (mediante una decisión judicial de 1993, ordenó que un tribunal inferior considerara la validez de la restricción del matrimonio sólo a las parejas heterosexuales;¹²⁰ en 1998 se introdujo una enmienda constitucional que impide el reconocimiento judicial de las parejas

¹¹⁷ California Supreme Court: *In re: Marriage Cases*, 43 Cal.4th 757 (2008).

¹¹⁸ United States Supreme Court: *Hollingsworth v. Perry*, 570 US (2013).

¹¹⁹ Connecticut Supreme Court: *Kerrigan and Mock v. the CT Department of Public Health*, 17563 (2006).

¹²⁰ Hawaii Supreme Court: *Baehr v. Lewin (later Baehr v. Miike)*, 20371 (1999).

Matrimonio entre personas del mismo sexo... / 65

homosexuales y permite a la legislatura restringir el matrimonio sólo a las parejas heterosexuales; en 2011 se aprobó una ley de unión civil; en 2013 se aprobó el matrimonio); Illinois (unión civil en 2011; matrimonio en 2013); Iowa (reconocimiento judicial en 2009);¹²¹ Maine (ley de 2009, rechazada por votación popular ese mismo año, y aceptada por votación popular en 2012); Maryland (ley de 2012 ratificada por votación popular ese mismo año); Massachusetts (decisión judicial de 2003;¹²² ley de 2009); Minnesota (ley de 2013); New Hampshire (ley de 2009); Nueva Jersey (ley de unión civil en 2007; en 2012 se emite una decisión judicial que admite el matrimonio);¹²³ Nueva York (ley de 2011); Rhode Island (ley que reconoce unión civil en 2011; reconocimiento de matrimonios celebrados en otros estados en 2012; ley de matrimonio en 2013); Vermont (ley de unión civil en 2000; ley de matrimonio en 2009); Washington (ley de parejas registradas de 2007, ampliada en 2008; ley de matrimonio en 2012, ratificada en referéndum).

En cambio, veinte estados tienen disposiciones constitucionales que prohíben el reconocimiento legal de cualquier tipo de unión homosexual (no sólo matrimonio, sino también parejas registradas y uniones civiles): Alabama (enmienda constitucional de 2005, votada en referéndum); Arkansas (enmienda constitucional de 2004; hay además una norma legislativa que prohíbe la adopción y acogida por parejas homosexuales); Florida (enmienda constitucional de 2008, aunque algunas jurisdicciones reconocen ciertos derechos a las parejas); Georgia (enmienda constitucional de 2004); Idaho (enmienda constitucional de 2006); Kansas (enmienda constitucional de 2004); Kentucky (enmienda constitucional de 2004); Louisiana (enmienda constitucional de 2004); Michigan (enmienda constitucional de 2004); Nebraska (enmienda constitucional de 2000); Carolina del Norte (enmienda constitucional de 2012; algu-

¹²¹ Iowa Supreme Court: *Varnum v. Brien*, 763 N.W.2d 862 (2009).

¹²² Massachusetts Supreme Court: *Goodridge v. Department of Public Health*, 798 N.E.2d 941 (2003).

¹²³ New Jersey Supreme Court: *Garden State Equality et al. v. Dow et al.*, 073328 (2013).

66 / Fernando Arlettaz

nas jurisdicciones reconocen la posibilidad de registro de parejas); Dakota del Norte (enmienda constitucional de 2004); Ohio (enmienda constitucional de 2004; algunas jurisdicciones admiten el registro de parejas); Oklahoma (enmienda constitucional de 2004); Carolina del Sur (enmienda constitucional de 2006); Dakota del Sur (enmienda constitucional de 2006); Texas (enmienda constitucional de 2005); Utah (enmienda constitucional de 2004); Virginia (enmienda constitucional de 2006), y Wisconsin (enmienda constitucional de 2006, aunque la ley de 2009 reconoce ciertos derechos a las parejas).

Nueve estados tienen disposiciones constitucionales que prohíben el reconocimiento del matrimonio homosexual, aunque no otras formas de regulación: Alaska (enmienda constitucional de 1998, votada en referéndum); Arizona (enmienda constitucional de 2008; algunas jurisdicciones permiten el registro de parejas); Colorado (enmienda constitucional de 2006; en 2009 se reconocieron ciertos derechos a las parejas homosexuales, y en 2013 se estableció un régimen de unión civil); Misisipi (enmienda constitucional de 2004); Misuri (enmienda constitucional de 2004); Montana (enmienda constitucional de 2004); Nevada (enmienda constitucional de 2002; en 2009 se aprobó un régimen para las parejas); Oregon (enmienda constitucional de 2004; en 2007 se reconoció un estatuto para parejas registradas; en 2013 se admitió legalmente el reconocimiento de los matrimonios homosexuales celebrados en otros estados); Tennessee (enmienda constitucional de 2006; las leyes impiden el reconocimiento de otras formas familiares homosexuales, al establecer que el matrimonio es la única forma reconocida).

El caso de Nuevo México es particular (la ley no reconoce ni prohíbe expresamente el matrimonio entre personas del mismo sexo; en 2013, en algunos distritos se celebraron matrimonios a partir de una redacción de la ley que es neutral en cuanto al sexo de los contrayentes; ante la ausencia de legislación se han reconocido matrimonios celebrados en otros estados).

Matrimonio entre personas del mismo sexo... / 67

Finalmente, treinta estados tienen leyes que prohíben el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo (todos los que tienen disposiciones constitucionales en este sentido, con excepción de Nevada, Nebraska y Oregón), además de: Indiana (ley de 2004); Pensilvania (ley de 1996); Virginia Occidental (ley de 2000), y Wyoming (ley de 1995).¹²⁴

En el ámbito federal se adoptó en 1996 la Defense of Marriage Act (DOMA federal), que limitó la definición de matrimonio, a efectos federales, a las uniones heterosexuales.¹²⁵ La ley fue declarada inconstitucional en 2013 por la Corte Suprema.¹²⁶

En Canadá, por otra parte, la evolución comenzó con la aceptación de la extensión del régimen de las parejas de hecho también a las parejas homosexuales, primero por el gobierno de Québec (1999), y luego por el gobierno federal de Canadá (2002). Un paso importante fue franqueado cuando varias provincias aceptaron un régimen de unión civil intermedio entre el simple concubinato y el matrimonio.

Unos años después, algunos tribunales comenzaron a cuestionar que la definición del matrimonio, que es competencia del gobierno federal, no abarcara también a las parejas homosexuales, y dictaron sentencias obligando a los funcionarios competentes a la celebración de matrimonios entre personas del mismo sexo.¹²⁷

¹²⁴ La información ha sido tomada de la base de datos de la organización Freedom to marry, en <http://www.freedomtomarry.org/states/>. Véanse también los datos de la organización Marriage Equality in USA, en <http://marriageequality.org>, y de Lambda Legal, en <http://www.lambdalegal.org>, que son dos organizaciones de lucha por la igualdad de derechos. Pueden contrastarse los datos de estas dos organizaciones progresistas con el reporte de la organización conservadora Tradicional Values Coalition, en <http://www.traditionalvalues.org>. Véase una síntesis histórica en Masci, David, "A Contentious Debate: Same-Sex Marriage in the U. S.", *Pew Research Center's Forum on Religion and Public Life*, 2009, en <http://www.pewforum.org>.

¹²⁵ The Defense of Marriage Act, 1996.

¹²⁶ United States Supreme Court: *United States v. Edith Schlain Windsor*, 570 US (2013).

¹²⁷ Véase, por ejemplo, Ontario Court of Appeal: *Halpern's case* 225 DLR (4th) 529 (2003). Un dictamen de la Suprema Corte de Canadá (*In the matter of Section 53 of the Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26; and in the matter of a Reference by the*

68 / Fernando Arlettaz

Esta situación fue uniformizada con la aprobación, en 2005, de la extensión del régimen matrimonial a las parejas homosexuales por una ley federal.¹²⁸

C. *La evolución en América Latina*

En América Latina, algunos países permitieron el registro de parejas de hecho sin distinguir entre parejas homosexuales y heterosexuales. En algunos casos, estos regímenes reconocían sus antecedentes en sentencias de los órganos jurisdiccionales en su más alta instancia que, por imperativo del principio de igualdad, se referían a la necesidad de la equiparación entre las parejas homosexuales y las heterosexuales. En otros países se trató de medidas de tipo legislativo o, incluso, constitucional. Finalmente, algunos países o regiones adoptaron legislaciones que permiten el matrimonio entre personas del mismo sexo o autorizaron el matrimonio a través de decisiones de los máximos órganos jurisdiccionales.

En México se dieron, primeramente, leyes de parejas de hecho en algunos de los estados de la Federación, tanto para parejas heterosexuales como homosexuales.¹²⁹ En 2009, la ciudad de México aprobó el matrimonio para parejas del mismo sexo mediante una reforma a su Código Civil.¹³⁰ La reforma permitió también el

Governor in Council concerning the Proposal for an Act respecting certain aspects of legal capacity for marriage for civil purposes, as set out in Order in Council P.C. 2003-1055, dated July 16, 2003 [09/12/2004]) afirmó que la autorización del matrimonio entre personas del mismo sexo no sería contraria a la *Charter of Rights*, siempre que se garantizara el derecho a la objeción de conciencia de los funcionarios competentes. Sin embargo, el dictamen no dijo que la extensión del matrimonio a parejas homosexuales fuera constitucionalmente exigido.

¹²⁸ The Civil Marriage Act (20 de julio de 2005). Véanse, para el caso de Canadá, el estudio de Chamberland, Line y Lebreton, Christelle, "L'homosexualité au bureau. À l'heure des transformations du droit conjugal et familial canadien", en Descoutures, Virginie, *Mariages et homosexualités dans le monde*, Paris, Autrement, 2008, y el de Tahon, Marie-Blanche, "Mariage homosexuel, bimaternité et égalité: La loi québécoise instituant l'union civile", *Recherches Familiales*, núm. 2, 2005.

¹²⁹ Así sucedió en 2006 con las leyes de los estados de México y Coahuila.

¹³⁰ Decreto por el que se reforman diversas disposiciones del Código Civil para el

Matrimonio entre personas del mismo sexo... / 69

acceso a la adopción. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, en 2010, aceptó la validez constitucional de estos matrimonios y declaró que los demás estados de la Federación estaban obligados a reconocerlos como válidos.¹³¹ En 2011, en el estado de Quintana Roo comenzaron también a celebrarse matrimonios entre personas del mismo sexo.¹³² Finalmente, en 2012 la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó que la ley de Oaxaca, que sí establece expresamente que el matrimonio es una unión de hombre y mujer, es contraria a la Constitución.¹³³

El primer país en la región en reconocer el matrimonio homosexual fue Argentina. Aquí se desarrollaron, en primer lugar, disposiciones locales que reconocían cierto estatuto jurídico a las parejas de hecho tanto homosexuales como heterosexuales.¹³⁴ En 2009, un juez declaró inconstitucional la prohibición de que dos personas del mismo sexo contrajeran matrimonio. En lo que se refiere a la regulación legal de la cuestión, a nivel federal, el Congreso había tenido en tratamiento varios proyectos de matrimonio homosexual que no habían prosperado. Finalmente, el proyecto de ley que autoriza los matrimonios entre personas del mismo sexo fue aprobado en 2010; éste incluye no sólo la posibilidad de casarse, sino también de adoptar.¹³⁵

Distrito Federal y del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal (28 de diciembre de 2009). Sobre el tema, véase Rodríguez Martínez, Eli, "Los matrimonios homosexuales en el Distrito Federal. Algunas consideraciones en torno a la reforma a los códigos civil y de procedimientos civiles", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 128, 2010.

¹³¹ Suprema Corte de Justicia de la Nación: Acción de inconstitucionalidad 2/2010. Procurador General de la República (16 de agosto de 2010).

¹³² En este caso, el acceso al matrimonio se hizo sin una disposición legislativa o jurisprudencia expresa. El Código Civil del estado, por simple omisión o de forma intencionada, no menciona el requisito de la diversidad de sexos al tratar del matrimonio. Esto permitió que algunos funcionarios públicos comenzaran a celebrar matrimonios homosexuales.

¹³³ Suprema Corte de Justicia de la Nación: Amparo en revisión 581/2012 (5 de diciembre de 2012).

¹³⁴ Provincia de Río Negro y ciudad autónoma de Buenos Aires.

¹³⁵ Ley 26618 sobre Matrimonio Civil (21 de julio de 2010). Para algunos comentarios jurídicos (críticos) a la reforma legislativa argentina, véase Navarro Floria, Juan

70 / Fernando Arlettaz

En Uruguay, las uniones civiles eran posibles desde 2007, y las parejas homosexuales podían adoptar desde 2009. En 2013, el Parlamento uruguayo aprobó la extensión del matrimonio.¹³⁶

En Brasil, una decisión del Tribunal Supremo Federal de 2011 equiparó las parejas de hecho homosexuales a las heterosexuales.¹³⁷ Más adelante, el Superior Tribunal de Justicia resolvió un recurso en el sentido de que no existía un obstáculo legal para la celebración de matrimonio entre personas del mismo sexo, ya que las disposiciones del Código Civil debían interpretarse de conformidad con la Constitución.¹³⁸ En consecuencia, en 2013 el Consejo Nacional de Justicia decidió que los funcionarios públicos no pueden excusarse de celebrar matrimonios entre personas del mismo sexo.¹³⁹

En Colombia, una decisión judicial de 2011 equiparó las parejas heterosexuales y las homosexuales.¹⁴⁰ En Ecuador, la Constitución de 2008 amplió el concepto de uniones de hecho (que el Código Civil preveía sólo para las parejas heterosexuales) a las parejas homosexuales, aunque reservando la adopción sólo a las parejas heterosexuales.¹⁴¹

G., "Presente y desafíos del derecho eclesiástico en la Argentina", *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 27, 2011. Para una visión anterior a la ley, véase Capella Ottone, Lorena y Lorenzi, Mariana de, "Uniones de hecho homosexuales en el derecho argentino: visión prospectiva", en Lasarte Álvarez, Carlos et al., *Perspectivas del derecho de familia en el siglo XXI. XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia*, Sevilla, 2004.

¹³⁶ Ley 19075 de Matrimonio Igualitario, 3 de mayo de 2013.

¹³⁷ Tribunal Supremo Federal: Sentencia del 5 de mayo de 2011.

¹³⁸ Superior Tribunal de Justiça: Recurso especial 1.183.378-RS (2010/0036663-8) (25 de octubre de 2011).

¹³⁹ Consejo Nacional de Justicia: Resolución 175 (14 de mayo de 2013).

¹⁴⁰ Corte Constitucional de Colombia: Sentencia C-029/09 (28 de enero de 2009). Sobre esta decisión, véase Londoño Jaramillo, Mabel, "Derechos de las parejas del mismo sexo. Un estudio desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana", *Opinión Jurídica*, núm. 12-22, 2012.

¹⁴¹ Artículo 68, Constitución de 2008.

D. Otros casos

El Parlamento sudafricano legalizó el matrimonio entre personas del mismo sexo en 2006,¹⁴² un año después de que la Corte Suprema declarara que las normas anteriormente vigentes violaban la Constitución del país.¹⁴³ La ley fue aprobada con los votos del partido en el gobierno (el partido del Congreso Nacional Africano) y del principal partido de oposición (Alianza Democrática).

En 2005, Nueva Zelanda adoptó un régimen de unión civil. En 2013 se aprobó también el matrimonio entre personas del mismo sexo.¹⁴⁴ La medida permite el matrimonio y la adopción.

Mediante una reforma de 2009, el gobierno federal australiano equiparó a las parejas de hecho homosexuales y a las heterosexuales. En 2013, Canberra aprobó una ley permitiendo el matrimonio entre personas del mismo sexo.¹⁴⁵

2. Matrimonio entre personas del mismo sexo y secularización

Es fundamental insistir en que la regulación del matrimonio homosexual significa un paso más en la secularización del matrimonio, aunque sea cierto que las demandas de los grupos homosexuales

¹⁴² No. 17 of 2006: The Civil Union Act (29 de noviembre de 2006). Con ello se permite el matrimonio y el *civil partnership* tanto a parejas homosexuales como heterosexuales.

¹⁴³ Constitutional Court: *CCT 60/04 Minister of Home Affairs v Fourie* (10. de diciembre de 2001).

¹⁴⁴ Marriage (Definition of Marriage) Amendment Act 2013 (13/20) (19 de abril de 2013). Sobre los debates constitucionales acerca de las competencias para legislar y la posibilidad de reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo en Nueva Zelanda, véase Lindell, Geoffrey, "Constitutional Issues Regarding Same-Sex Marriage: A Comparative Survey-North America and Australasia", *Sydney Law Review*, núm. 30, 2008.

¹⁴⁵ Marriage Equality (Same Sex) Act A2013-39 (07/11/2013). Sobre los debates constitucionales acerca de las competencias para legislar y la posibilidad de reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo en Australia, véase Lindell, Geoffrey, *op. cit.*

72 / Fernando Arlettaz

no tenían como objetivo directo la secularización, sino el reconocimiento jurídico de su derecho al libre desarrollo de su personalidad.¹⁴⁶ Es decir, las demandas de los colectivos homosexuales no buscaban secularizar el matrimonio, no era suya la lucha por alejar el matrimonio del modelo religioso, aunque de hecho estas demandas tuvieron ese resultado.

A. *Matrimonio y religión*

La relación entre las reformas del régimen matrimonial que llevaron a una ampliación de su contenido subjetivo y a las creencias y prácticas de las comunidades religiosas puede analizarse desde un doble punto de vista: interno y externo. El aspecto interno se refiere a los debates que pueden darse al interior de las propias comunidades religiosas, sobre cuál es la aproximación más adecuada a la situación de las parejas homosexuales desde la propia tradición. Además, en el caso de aquellas comunidades religiosas en las que existen opiniones divergentes, aparece la cuestión de si es posible imponer algún tipo de sanción a quienes no se ajustan a la posición dominante dentro de la comunidad.

En este sentido, los debates sobre la reforma al régimen matrimonial estatal resultan externos a las comunidades religiosas, ya que no exigen un cambio en la concepción teológica o espiritual que la comunidad religiosa pueda tener al respecto. Una reforma al régimen estatal sobre la familia de ninguna manera exige de las comunidades religiosas que modifiquen su propia concepción al respecto ni las obliga a celebrar uniones que no encajan dentro de los requisitos que ellas han definido para esas celebraciones.

Sin embargo, hay al menos dos puntos de contacto entre los debates sobre la modificación del régimen estatal del matrimonio y las comunidades religiosas; es decir, dos vías por las cuales

¹⁴⁶ Fernández-Coronado González, Ana, "La evolución jurídica del sistema español desde la Constitución de 1978 a la admisión homosexual", *Foro*, núm. 3, 2006, p. 106.

Matrimonio entre personas del mismo sexo... / 73

las posiciones “internas” de las organizaciones religiosas se “externalizan”. El primer punto de contacto es que, en los Estados democráticos, las organizaciones religiosas son instituciones de primer orden en la configuración de la opinión pública, e intervienen en la esfera pública participando en los debates que allí tienen lugar. Se plantea así para las comunidades religiosas la cuestión de la toma de posición a este respecto. El segundo punto de contacto es menos general, y se refiere al régimen legal de aquellos países en los que las comunidades religiosas están autorizadas a celebrar matrimonios con efectos jurídicos reconocidos por el Estado. Aquí se plantean dos cuestiones. La primera es si las comunidades religiosas y sus ministros están obligados por el derecho estatal a celebrar matrimonios entre personas del mismo sexo, y en su caso qué posición adoptan las comunidades ante esa obligación. La segunda cuestión es la de decidir internamente, en ausencia de una obligación impuesta por el derecho estatal, si celebrarán o no tales matrimonios.

El posicionamiento de las organizaciones religiosas frente al cambio del régimen legal del matrimonio en su ampliación a las parejas homosexuales, o incluso al reconocimiento de otros regímenes jurídicos equiparables (parejas de hecho, uniones civiles) en cuanto están abiertos a las uniones homosexuales, ha ido desde el rechazo frontal hasta, en algunos casos, su aceptación abierta. Pero, en mayor o menor medida, la mayoría de ellas se ha opuesto a la mutación del régimen legal, y ha desplegado, tanto en el ámbito interno como en el internacional, su capacidad de expresión y de presión para evitar los cambios que mencionamos más arriba, con resultados diversos.

En línea con lo que señalábamos sobre la resistencia a la secularización, la oposición de estos grupos puede leerse como un rechazo a las tendencias que llevan a una pérdida de influencia sobre las características de la regulación familiar. El protagonismo religioso en las discusiones parlamentarias y en los debates mediáticos denota una estrategia de conservación de sus poderes institucionales. Dadas las dificultades que los grupos religiosos

74 / Fernando Arlettaz

experimentan en impartir las coordenadas de sentido en las sociedades contemporáneas, el accionar de las entidades religiosas hegemónicas, que han conformado a este respecto una suerte de ecumenismo de valores, es una manifestación de su ofensiva en la esfera pública.¹⁴⁷

Sin embargo, como también decíamos, aunque parezca paradójico, lo que lleva a las religiones a salir a escena es su propio retroceso. Como explica Marcel Gauchet,¹⁴⁸ el avance de la secularización como separación entre lo religioso y lo político las obliga a mostrar su identidad diferenciada frente a esas tendencias. La reaparición de lo religioso bajo estas características no corresponde, entonces, a un “retorno de lo religioso”, sino más bien a la adaptación de la fe religiosa a las condiciones modernas y posmodernas de la vida social y personal, que no implican una estructuración religiosa de la experiencia humana.

B. *La Iglesia católica*

En primera fila, la Iglesia católica se ha manifestado en torno a este tema a través de su catecismo y de otros documentos, rechazando de plano la posibilidad de un régimen jurídico de protección para las parejas homosexuales.¹⁴⁹ Esta posición se despliega en el contexto de su conocida afirmación de que sólo la familia basada en una unión matrimonial heterosexual es digna de protección. Por esa misma razón, la hostilidad de la doctrina católica no está limitada a las uniones homosexuales, sino a cualquier unión (incluso heterosexual) no basada en el matrimonio. Valga de ejemplo

¹⁴⁷ Esquivel, Juan Cruz, “Zonceras en el debate sobre matrimonio igualitario”, *Argentina Laica*, 2010, en <http://www.argentalai.ca.org>.

¹⁴⁸ *La religión en la democracia*, Barcelona, El Cobre Ediciones, 2003, pp. 38 y 39.

¹⁴⁹ Iglesia católica, *Catecismo de la Iglesia católica*, núms. 1601-1666, 1997; Congregación para la Doctrina de la Fe, *Consideraciones acerca de los proyectos de reconocimiento legal de las uniones entre personas homosexuales*, 2003. Resulta obvio decir que esta oposición a la regulación civil de cualquier forma de relación paramatrimonial se corresponde, en el ámbito interno de la Iglesia católica, con la afirmación de la total legitimidad de este tipo de uniones.

Matrimonio entre personas del mismo sexo... / 75

el siguiente extracto de una declaración del Pontificio Consejo para la Familia en respuesta a una resolución del Parlamento Europeo que llamaba a proteger las uniones de hecho, sean heterosexuales u homosexuales:

Esta Resolución representa un grave y reiterado atentado contra la familia fundada en el matrimonio, como unión de amor y de vida entre un hombre y una mujer, de la cual naturalmente nace la vida. En tal unión matrimonial, como bien necesario que es, está sólidamente basada toda sociedad. Negar esta fundamental y elemental verdad antropológica llevaría a la destrucción del tejido social. Asimilar tales uniones de hecho, y más aún las homosexuales, a las uniones propiamente matrimoniales e invitar a que los Parlamentos legislen en este sentido, ¿no constituye un desconocimiento de la profunda aspiración de los pueblos en su más honda identidad?¹⁵⁰

Lo mismo ha sucedido en las conferencias episcopales nacionales, que se han manifestado contrarias a las reformas que culminaron en la adopción del régimen de parejas de hecho y del matrimonio homosexual en Francia;¹⁵¹ del matrimonio homosexual en España;¹⁵² del matrimonio homosexual en Argentina;¹⁵³ del régimen

¹⁵⁰ Pontificio Consejo para la Familia, *Declaración acerca de la Resolución del Parlamento Europeo del 16/3/2000 sobre equiparación entre familia y "uniones de hecho", incluso homosexuales*, 2000.

¹⁵¹ Conseil Permanent de la Conférence des Évêques de France, *Le PACS: une loi inutile et dangereuse*, 1998. Declaración del arzobispo de Lyon, presidente de la Conférence des Évêques de France (13 de octubre de 1999). Conseil Permanent de la Conférence des Évêques de France, *Déclaration publiée à l'occasion de sa réunion mensuelle qui s'est tenue à Paris du 10 au 12 juin 2013 et suite à "la loi créant un nouveau statut du mariage et de la filiation"*, 2013.

¹⁵² Comisión Permanente de la Conferencia Episcopal Española, *Matrimonio, familia y "uniones homosexuales"*, 1994. Comité Ejecutivo de la Conferencia Episcopal Española, *En favor del verdadero matrimonio*, 2004, y *Acerca de la objeción de conciencia ante una ley radicalmente injusta que corrompe la institución del matrimonio*, 2005.

¹⁵³ Comisión de Justicia y Paz de la Conferencia Episcopal Argentina, *Matrimonio y bien común*, 2009; Comisión Ejecutiva de la Conferencia Episcopal Argentina, *Declaración*

76 / Fernando Arlettaz

de parejas de hecho y del matrimonio homosexual en la ciudad de México;¹⁵⁴ del matrimonio homosexual en Brasil,¹⁵⁵ por citar algunos ejemplos. Algo parecido ha pasado en Estados Unidos,¹⁵⁶ así como en Italia, durante las discusiones (fracasadas) sobre la adopción de un régimen de protección a las uniones de hecho.¹⁵⁷

El anterior papa ha insistido sobre la vinculación entre sexualidad y reproducción, al afirmar (con no poca paradoja si se tienen en cuenta antiguas luchas del catolicismo contra la ciencia moderna) que la “evolución produjo la sexualidad” justamente para permitir la reproducción de la especie.¹⁵⁸

Los documentos en los que la Iglesia católica expresa su posición se dirigen a los católicos en general, y a los políticos católicos en particular. Estos últimos tendrían el deber de expresarse clara y públicamente en contra de tales regulaciones. Pero los documentos también están dirigidos a los no católicos, ya que pretenden basarse en argumentos racionales que podrían ser compartidos por todos. Por otra parte, si bien se reconoce que sólo la autoridad legítima tiene potestad para establecer las normas regulatorias de la vida social, se hace hincapié en que todos pueden y deben colaborar con la exposición de ideas para que esas normas respondan

ción sobre los proyectos de ley de matrimonio homosexual, 2009; Conferencia Episcopal Argentina, *Comunicado de prensa que insta al Gobierno porteño a apelar el fallo que autoriza el matrimonio de personas del mismo sexo*, 2010.

¹⁵⁴ Conferencia Episcopal de México, *Comunicado emitido ante la iniciativa de Ley de sociedades de convivencia en el Distrito Federal*, 2006, y *Los matrimonios gay en el Congreso de Durango*, 2013.

¹⁵⁵ Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, “A união homossexual não cumpre o mesmo papel e não é justo equipará-la à família e ao casamento”, afirma cardeal Odilo Scherer, 2011.

¹⁵⁶ US Conference of Catholic Bishops, *US Catholic Bishops' Administrative Committee Calls for Protection of Marriage*, 2003, y *Bishops' Administrative Committee Reaffirms Support for Federal Marriage Amendment*, 2006.

¹⁵⁷ Chiesa Cattolica Italiana, *Nota a riguardo della famiglia fondata sul matrimonio e di iniziative legislative in materia di unioni di fatto*, 2007. Para una crítica de la posición de la Iglesia católica en Italia, véase Zagrebelsky, Gustavo, *Contra la ética de la verdad*, 2010, pp. 55-58.

¹⁵⁸ Ratzinger, Joseph, *Lumière du monde: Le pape, l'église et les signes des temps. Entretien avec Peter Seewald*, Montrouge, Bayard, 2010, p. 199.

Matrimonio entre personas del mismo sexo... / 77

a los principios de justicia, lo que legitima la toma de posición por parte de la Iglesia.

La posición católica es un rechazo del momento más contemporáneo de secularización del matrimonio: la secularización por eliminación del requisito de diversidad de sexo entre los contrayentes. Como hemos visto, la secularización se desarrolla en el sentido del alejamiento de la matriz cristiano-canónica del matrimonio y su aproximación a un modelo liberal-contractualista. Este modelo no sólo supone una ruptura directa con uno de los caracteres esenciales del matrimonio cristiano, como es su carácter heterosexual, sino que indirectamente afecta también el carácter institucional del matrimonio, al ampliar el campo de elección del otro contrayente.

La desinstitucionalización, a su vez, se enmarca en un contexto de creciente personalización de las relaciones familiares. En un marco de protección de los derechos fundamentales, el *ius conubii* es un derecho constitucional que encuentra una de sus canalizaciones posibles, pero no la única, en el matrimonio. Así, el matrimonio es sólo una de las opciones para el libre desarrollo de la personalidad de los individuos, pero de ningún modo la única vía institucional a la cual deba subordinarse la libertad de éstos.¹⁵⁹

He ahí por qué la Iglesia católica choca tan frontalmente con este tipo de reformas. No se trata sólo de la variación de uno de los caracteres del matrimonio, sino también de un paso más en el camino de la desinstitucionalización de una entidad que la Iglesia concibe precisamente bajo el prisma de su carácter institucional, y cuyos rasgos esenciales cree que están fuera de toda disponibilidad tanto por parte del legislador como por parte de los propios contrayentes.¹⁶⁰

Por otra parte, la cruzada de la Iglesia católica se incardina en su ya larga lucha contra la Modernidad. De hecho, la Iglesia católica

¹⁵⁹ Montesinos Sánchez, Nieves, "Matrimonio y homosexualidad", *Feminismo/s*, núm. 8, 2006, p. 177.

¹⁶⁰ Para un análisis más en detalle de la posición de la Iglesia católica puede verse el artículo de O'Leary, Joseph S., "La théologie catholique face au mariage homosexuel", *Cités*, núm. 44, 2010.

78 / Fernando Arlettaz

llevó adelante una lucha encarnizada contra el liberalismo modernizador del siglo XIX y no reconoció, sino hasta fecha muy reciente, y con reservas, la libertad de religión. En el ámbito propiamente matrimonial, la Iglesia católica se opuso tanto a la regulación del matrimonio civil por parte del Estado como a las reformas que llevaron a la incorporación del divorcio. También se opuso a las leyes de educación laica, de registro civil y de cementerios civiles.

En este sentido, el Concilio Vaticano II representa un momento ambiguo en la relación de la Iglesia con el mundo moderno. Por un lado, es verdad que supuso una reconciliación, al menos parcial, de la Iglesia con la libertad de religión y el Estado democrático liberal. De hecho, para los progresistas, el Concilio fue el punto de partida para futuras reformas dentro de la Iglesia y fuera de ella. Por otro lado, sin embargo, luego del Concilio tuvo lugar una reacción conservadora manifestada en los papados de Juan Pablo II y Benedicto XVI. Por ello, para los conservadores, el Concilio no es un programa a desarrollar, sino un límite máximo a no traspasar.¹⁶¹

La postura asumida por la Iglesia posconciliar durante el papado de Juan Pablo II hace pensar en la posibilidad de que estemos frente a la tercera gran crisis de la relación de la Iglesia con la Modernidad (la primera fue la lucha contra el liberalismo del siglo XIX, patentizado en el *Syllabus* de Pío IX, y la segunda se dio con la lucha en contra del modernismo de principios del siglo XX). Se trataría de una nueva etapa en la lucha del catolicismo contra el mundo moderno, en la que reaparecen los sectores convencidos de poseer la verdad frente al error de los adversarios. En esta nueva corriente de lucha contra la Modernidad, cuya vanguardia está constituida por los sectores integristas, las cuestiones morales son uno de los campos de batalla predilectos. Entre los temas morales, todo lo relativo a la sexualidad recibe una atención especial.¹⁶²

La nueva reacción antimoderna forma parte del proyecto de reevangelización de Europa y de América emprendido por la je-

¹⁶¹ Kepel, Gilles, *La revancha de dios*, Madrid, Alianza [1991], 2005.

¹⁶² Kienzler, Klaus, *El fundamentalismo religioso*, Madrid, Alianza, 2000, pp. 64-73.

Matrimonio entre personas del mismo sexo... / 79

rarquía romana. A comienzos de los años noventa, Gilles Kepel¹⁶³ señalaba que la crisis de la Modernidad comenzada a mediados de los años setenta había puesto en el tapete la necesidad para la Iglesia católica de recristianizar Europa. La crisis económica, el creciente peligro atómico y ecológico, y luego la caída del bloque comunista como última gran utopía terrestre, hacían necesario buscar un nuevo horizonte de sentido y la Iglesia católica se mostraba lista a proveerlo, con un proyecto de reconquista de la esfera pública. Esta reconquista se realizaría desde abajo, recreando marcos de existencia comunitaria, y también desde arriba, produciendo movimientos generadores de influencia política.

El proyecto de recristianización se extiende también en América Latina. La posición que adopta la Iglesia católica tiene que ver con los desafíos que para ella supuso la nueva situación democrática posterior a las dictaduras, que vino acompañada por un pluralismo religioso floreciente, en el que los católicos practicantes se han convertido en una clara minoría. La puesta en discusión de la hegemonía religiosa católica, juntamente con el creciente pluralismo democrático, hace cada vez más difícil a la Iglesia católica el imponer su agenda moral. En esta situación, la Iglesia católica tiene dificultades para aceptar su estatus no hegemónico y renunciar a su proyecto de una esfera pública basada en una moral religiosa. Aunque ella se ha acostumbrado poco a poco a la democracia, todavía no se ha acostumbrado a un contexto de reconocimiento de las libertades civiles y derechos de las minorías. En definitiva, le cuesta aceptar la pérdida del estatus de "Iglesia", en el sentido weberiano del término.¹⁶⁴

Como plantea Fortunato Mallimaci¹⁶⁵ respecto al rol jugado por la Iglesia Católica en la discusión del matrimonio homosexual en Argentina, la posición católica es una reacción "inte-

¹⁶³ *Op. cit.*

¹⁶⁴ Freston, Paul, "As duas transições futuras: católicos, protestantes e sociedade na América latina", *Ciencias Sociales y Religión*, núm. 12, 2010.

¹⁶⁵ *El rol de la jerarquía católica durante la discusión de la ley de matrimonio. Entrevista de Néstor Leone*, 2010, en <http://www.argentinaalaica.org>.

80 / Fernando Arlettaz

gralista, antiliberal, superortodoxa y conservadora” contra la Modernidad. La Iglesia católica estaría sobreactuando su posición, como reacción a la situación de pérdida de fieles y de devaluación de su discurso moral. En definitiva, se trata de una pérdida de su autoridad moral, fundamentalmente hacia el exterior, pero también al interior de la propia Iglesia.

El núcleo de las críticas que la postura recristianizadora de la Iglesia dirige al mundo contemporáneo, estriba en el peligro de la soberbia de la razón y, más concretamente, de la razón heredada del Siglo de las Luces. La Iglesia se ve a sí misma como el único recurso eficaz contra el Estado totalitario que nació de la Ilustración. Efectivamente, en los discursos religiosos católicos sobre las reformas matrimoniales no son infrecuentes las acusaciones de totalitarismo dirigidas al Estado. Hay que señalar, además, que el enemigo de la fe católica está muy bien elegido: la contractualización del régimen matrimonial es una clara consecuencia de una opción liberal ilustrada sobre el matrimonio.¹⁶⁶

Esta necesidad de recristianización se hace urgente en aquellos territorios que habían sido históricamente católicos y que están hoy afectados por un creciente proceso de secularización, no sólo individual y social, sino también político. La lucha por la mención de las raíces cristianas de Europa es un buen ejemplo de ello. La cruzada por el mantenimiento de la matriz cristiana del matrimonio en países de tradición católica también lo es.

Esta actitud de la Iglesia católica se identifica en su oposición a algunos proyectos de reforma social y política, y se interpreta en términos de defensa nostálgica de un régimen en el que ella tenía una posición preponderante o excluyente. La Iglesia católica esta-

¹⁶⁶ En 2011, mediante la Carta Apostólica en forma de *Motu Proprio, Icumque et Semper*, 2010, Benedicto XVI instituyó el Consejo Pontificio para la Promoción de la Nueva Evangelización. En la Carta se hace referencia a la situación de “pérdida preocupante del sentido de lo sagrado y se señala que urge en todas partes rehacer el entramado cristiano de la sociedad humana”.

Sobre las estrategias de reevangelización de América Latina, véase el artículo de Graziano, Manlio, “L’Église Catholique et la théologie de la prospérité en Amérique Latine”, *Outre-Terre*, núm. 18, 2007.

Matrimonio entre personas del mismo sexo... / 81

ría aferrada a una cultura premoderna y tradicional, que la hace verse a sí misma como depositaria y custodia de verdades eternas basadas en la esencia inmutable de un Dios que se presenta como racionalidad suprema.¹⁶⁷ Adquiere así toda su significación el rechazo de la Iglesia católica a la reforma matrimonial, incardinada en una trayectoria de oposición a los movimientos de la secularización política.¹⁶⁸

C. Las iglesias protestantes

La diversidad de posiciones entre las comunidades protestantes, por contraposición a la unidad católica, es una consecuencia del pluralismo y de la descentralización del protestantismo. Esta diversidad se expresa tanto en el plano interno como en el plano externo (apoyo o rechazo de las iniciativas de regulación civil). La posición pública de las iglesias protestantes, en aquellos países en los que se discutió la adopción de un estatuto legal de pareja de hecho, unión civil o matrimonio entre personas del mismo sexo, es muestra de su diversidad teológica y política.

En los casos de Suecia, Noruega, Finlandia y Dinamarca, las respectivas iglesias luteranas nacionales tienen posiciones variables, aunque en general muestran una tendencia aperturista, permitiendo desde la bendición de las parejas homosexuales hasta su matrimonio religioso en algunos casos, aunque no hayan sido las promotoras de las transformaciones en la legislación civil. En el caso de Dinamarca, la legislación estableció la obligación de la respectiva iglesia nacional de celebrar matrimonios homosexuales, lo que la iglesia aceptó.¹⁶⁹ En Suecia, aunque no existía obligación

¹⁶⁷ Peces-Barba, Gregorio, "Reflexiones sobre religión y laicidad", *Claves de Razón Práctica*, núm. 87, 2008, pp. 6 y 7.

¹⁶⁸ Mallimaci, Fortunato, *op. cit.*

¹⁶⁹ La Iglesia luterana de Dinamarca (iglesia nacional) aceptaba la bendición de las parejas homosexuales, aunque los ministros individuales podían oponerse por razones teológicas. La ley que estableció el matrimonio entre personas del mismo sexo obligó a

82 / Fernando Arlettaz

legal, la Iglesia nacional aceptó officiar las ceremonias.¹⁷⁰ Luego de la aprobación del matrimonio homosexual en Noruega, la Iglesia dio libertad a las congregaciones para decidir si celebraban o no tales matrimonios.¹⁷¹ En Finlandia, donde no hay matrimonio entre personas del mismo sexo, la Iglesia nacional ha adoptado una posición más limitada.¹⁷²

La *Evangelische Kirche in Deutschland* (que agrupa iglesias luteranas, reformadas y unitarias) se ha expresado en el sentido de la preeminencia del matrimonio heterosexual, pero en contra de la discriminación de las parejas homosexuales y a favor de permitir la bendición de este tipo de uniones.¹⁷³ La Iglesia Protestante Unida de Holanda (resultado de la fusión de la Iglesia Reformada de Holanda, la Iglesia Evangélica Luterana y el grupo de iglesias reformadas en Holanda) llama a la no discriminación de los homosexuales, y aunque no les permite el acceso al matrimonio, sí otorga ben-

la iglesia oficial danesa a celebrarlos, aunque permitiendo que los pastores individuales se excusaran (véase el informe de prensa de la Iglesia Folkekirken, *The Danish Government: Same-sex couples are to be able to marry in church*, 2011).

¹⁷⁰ La Iglesia luterana de Suecia (que dejó de ser iglesia oficial en 2000) había venido ofreciendo bendiciones a parejas homosexuales desde 2007. En 2009, y en vista de una legislación que establecía el matrimonio homosexual no sólo bajo forma civil, sino también religiosa, aceptó officiar matrimonios homosexuales; sin embargo, los ministros individuales pueden excusarse. Véase el informe sobre el tema elaborado por la Iglesia luterana de Suecia (Svenska kyrkan), *Information on the decision regarding same-sex marriages*, 2009, y también un informe del Comité Teológico que se encuentra disponible en versión española: Svenska kyrkan, *Matrimonios de parejas del mismo sexo: consideraciones del Comité Teológico*, 2009.

¹⁷¹ La Iglesia luterana de Noruega (iglesia nacional) está dividida en cuanto a la consideración teológica de la homosexualidad (véase la resolución del sínodo de obispos Den Norske Kirke, *Appointment and ordination in the Church of Norway of homosexuals living in partnership. Consequences of the Doctrinal Commission's 2006 statement*, 2007). Luego de la aprobación de la ley de matrimonio en 2009, la Iglesia dio libertad a sus congregaciones para decidir si celebran o no tales uniones.

¹⁷² La Iglesia luterana de Finlandia (iglesia nacional) no celebra matrimonio ni bendice uniones homosexuales, pero aprobó una oración de intercesión para estos casos (véase Suomen Ev. Lut. Kirkko, *The General Synod approved guidelines on facing same-sex couples*, 2010).

¹⁷³ *Evangelische Kirche in Deutschland, EKD supports blessing for homosexuals as part of pastoral care*, 1996, e *Improve the legal status of homosexual partnerships*, 2000.

Matrimonio entre personas del mismo sexo... / 83

diciones a las uniones homosexuales.¹⁷⁴ La Federación de Iglesias Protestantes de Suiza se mostró a favor de la aprobación de la ley sobre uniones civiles.¹⁷⁵

La Iglesia de Inglaterra se ha opuesto claramente al matrimonio entre personas del mismo sexo. Sin embargo, tratándose de otro tipo de uniones ha sido más ambigua. De hecho, la Iglesia de Inglaterra ha llamado la atención sobre la necesidad de protección de las parejas homosexuales, e incluso ha indicado la necesidad de desarrollar acción pastoral respecto de estas parejas, aunque no acepte bendiciones formales.¹⁷⁶ Al interior de la Iglesia de Escocia, de origen calvinista, existe diversidad de opiniones.¹⁷⁷

La Federación Protestante de Francia (que agrupa iglesias luteranas, reformadas y de otros orígenes) tiene una posición matizada. Aunque la Federación Protestante de Francia ha sostenido que no se puede equiparar una pareja homosexual a una heterosexual, también ha llamado la atención sobre la necesidad de afrontar los nuevos desafíos de la época. En esta línea, señalando la necesidad de respeto de las personas homosexuales y la responsabilidad legislativa de los poderes públicos, se opuso al matrimonio entre personas del mismo sexo.¹⁷⁸

En España, la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas (que agrupa iglesias luteranas, reformadas y de otra filiación) se pronunció a favor del reconocimiento de ciertos derechos a las pa-

¹⁷⁴ Protestantse Kerk, *The Uniting Protestant Churches in the Netherlands and homosexuality*, 2004.

¹⁷⁵ Fédération des Églises Protestantes de Suisse, *Couples du même sexe. Loi sur le partenariat enregistré*, 2005.

¹⁷⁶ Church of England, *House of Bishops issues pastoral statement on Civil Partnerships*, 2005, y el documento Church of England, *A Response to the Government Equalities Office Consultation – “Equal Civil Marriage” – from the Church of England*, 2012.

¹⁷⁷ Church of Scotland, *A challenge to unity: same-sex relationships as an issue in theology and human sexuality*, 2011.

¹⁷⁸ Commission d'éthique de la Fédération Protestante de France, *L'homosexualité: éléments de réflexion*, 1997; Fédération Protestante de France, *Église et homosexualité: dossier de travail-document de base*, 2002; Conseil de la Fédération Protestante de France, *Déclaration à propos du “mariage pour tous”*, 2012.

84 / Fernando Arlettaz

rejas homosexuales, pero no dentro del régimen jurídico del matrimonio, sino de una institución especial que se cree al efecto. Al expresar su punto de vista, las iglesias evangélicas españolas dejaron expresa constancia de que la gran mayoría de los protestantes defiende la separación entre la Iglesia y el Estado, lo que tiene como corolario la no confesionalidad y la obligación del gobierno de legislar a favor de todos los ciudadanos, tengan o no convicciones religiosas, y aunque el sentido de esa legislación no coincida con la visión cristiana que ellos profesan.¹⁷⁹ Una posición semejante se encuentra en el Consejo Nacional de los Evangélicos de Francia.¹⁸⁰

Las iglesias protestantes estadounidenses tienen posiciones divididas. De hecho, el tratamiento de la homosexualidad, la ordenación de ministros gays o lesbianas, y la celebración de uniones de personas del mismo sexo constituyen, desde los años ochenta, una de las principales causas de división de las iglesias estadounidenses.¹⁸¹

En razón del hecho de que en muchos estados los ministros religiosos tienen competencia para la celebración de matrimonios bajo el régimen civil o de uniones civiles, la adopción de un régimen legal que permite el acceso a esas figuras por parte de parejas homosexuales obliga a las iglesias a tomar una decisión sobre su futura actuación. Así, mientras algunas iglesias han aceptado este nuevo rol conferido por la legislación estatal, otras han solicitado salir del sistema o al menos obtener excepciones respecto de las parejas homosexuales.¹⁸²

¹⁷⁹ Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, *Consideraciones sobre el proyecto de ley para la equiparación de derechos de las uniones matrimoniales entre personas del mismo sexo*, 2005, y *Modificación del Código Civil en materia de matrimonio para conseguir la equiparación matrimonial de las parejas homosexuales*, s.f.

¹⁸⁰ Conseil National des Évangéliques de France, *Que croient les évangéliques?*, s.f.; *Projet de loi sur le mariage et l'adoption: le CNEF interpelle les parlementaires*, 2012.

¹⁸¹ Coulmont, Baptiste, "Devant Dieu et face au droit? Le mariage religieux des homosexuels aux États-Unis", *Critique Internationale*, núm. 25, 2004, p. 47.

¹⁸² Coulmont, Baptiste, "États-Unis. Le mariage religieux des couples de même sexe", en Descoutures, Virginie, *Mariages et homosexualités dans le monde*, París, Autrement, 2008, pp. 74 y 75.

Matrimonio entre personas del mismo sexo... / 85

Las iglesias bautistas,¹⁸³ las metodistas¹⁸⁴ y los mormones¹⁸⁵ se oponen frontalmente a cualquier reconocimiento de las uniones homosexuales. En cambio, las iglesias episcopalianas,¹⁸⁶ las evangélico-luteranas¹⁸⁷ y las presbiterianas¹⁸⁸ se ubican en posiciones más flexibles. A las posiciones rígidas de las iglesias protestantes estadounidenses ha estado aliado el presidente George W. Bush durante su mandato. Bush se manifestó públicamente en contra del reconocimiento de la nueva forma matrimonial,¹⁸⁹ e incluso promovió una enmienda constitucional, que no prosperó, para definir el matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer.¹⁹⁰

Tal vez la mejor manera de abordar este tema no sea partir de las fronteras interdenominacionales, sino analizar los diferentes grupos

¹⁸³ American Baptist Churches USA, *Responses/Actions Pertaining to Homosexuality*, 2009.

¹⁸⁴ United Methodist Church, *Council Rejects Resolution on Same-Sex Marriages*, 2009; *What is the Denomination's Position on Homosexuality?*, 2008.

¹⁸⁵ The Church of Jesus Christ of Later-day Saints, *The family: A Proclamation to the World*, 1995, y *Same-Gender Attraction*, 2006. Aunque no sea estrictamente una Iglesia protestante, hemos decidido incluirla aquí por su cercanía con las posiciones más rígidas de estas iglesias.

¹⁸⁶ Episcopal Church, *Standing Commission on Liturgy and Music Response to 2009 Resolution C056: Liturgies for Blessings*, 2010.

¹⁸⁷ Evangelical Lutheran Church in America, *Social Statement: Human Sexuality: Gift and Trust*, 2009. Evangelical Lutheran Church in America, *Sexuality: Some Common Convictions*, 1996.

¹⁸⁸ Presbyterian Church, *Civil Unions and Marriage Issues: Questions and Answers*, 2010; *Family Paper Approved: Assembly also Adopts Call Affirming Civil Rights of Same-Sex Couples*. Las iglesias unitarias celebran uniones de personas del mismo sexo y permiten la ordenación de ministros gays y lesbianas. Los congregacionalistas, aunque dan gran autonomía a las asambleas locales, permiten en general tanto las celebraciones como la ordenación de pastores homosexuales y lesbianas. Entre los presbiterianos hay divergencias de opinión, pero muchos aceptan las uniones homosexuales. Sobre esto, véase Coulmont, Baptiste, "États-Unis...", *cit.*, 2008.

¹⁸⁹ Discurso de George W. Bush del 27 de febrero de 2004.

¹⁹⁰ En 2002 y 2003 se presentaron sendos proyectos en la Cámara de Representantes y en el Senado, respectivamente. Ambos proyectos introducían una definición constitucional del matrimonio como la unión de un hombre y de una mujer, y prohibían que se interpretara la Constitución federal o las Constituciones de los estados en el sentido de permitir la extensión de los derechos del matrimonio a las parejas no casadas. Ambas propuestas fracasaron. En 2006 hubo un nuevo intento, que también fracasó.

86 / Fernando Arlettaz

que se forman al interior de las iglesias protestantes (e incluso del catolicismo estadounidense) y sus estrategias de acción. En efecto, parece correcto decir que la distinción entre liberales y conservadores atraviesa el interior de la mayoría de las denominaciones, por lo que no es extraño ver la formación de grupos de activistas homosexuales que, desde fines de los años sesenta, intentan modificar las prácticas internas de las iglesias a las que pertenecen.¹⁹¹ Paralelamente, no se puede descartar que las posturas más aperturistas de algunas denominaciones sean una estrategia destinada a aumentar (o al menos, a evitar una disminución en) el número de fieles.¹⁹² En términos de las teorías de la elección racional esta situación podría ser descrita como la adecuación del producto para ampliar el número de potenciales clientes.

En Estados Unidos, la oposición proveniente de algunos *think tanks* y *lobbies* de orientación conservadora refuerza la de las comunidades religiosas. Es significativo consultar las agendas de organizaciones como *Christian Coalition of America*, *Christian Voice*, *The Traditional Values Coalition* o *The Heritage Foundation*. Ellas incluyen la defensa del matrimonio “tradicional” y de las DOMA que se han ido aprobando en los diferentes estados.¹⁹³ Muchos de estos grupos tienen declaraciones de principios que los califican dentro en la categoría de fundamentalistas, y sostienen que las modificaciones en el régimen del matrimonio llevan a una destrucción del matrimonio tradicional, que conlleva, a su vez, la muerte de la cultura y el caos social.¹⁹⁴

¹⁹¹ Coulmont, Baptiste, “Églises chrétiennes et homosexualités aux États-Unis, éléments de compréhension”, *Revue Française d’Études Américaines*, núm. 95, 2003, pp. 74 y 75.

¹⁹² *Ibidem*, p. 81.

¹⁹³ Véase la posición de *Christian Coalition* (<http://www.cc.org>), *Traditional Values Coalition* (<http://www.traditionalvalues.org>) y *The Heritage Foundation* (<http://www.heritage.org>).

¹⁹⁴ Pueden verse, a título ejemplificativo, los informes de la *Traditional Values Coalition* (<http://www.traditionalvalues.org>), en donde aparecen las afirmaciones antes mencionadas. En muchos casos, estos informes contienen afirmaciones genéricas que son, precisamente por su generalidad, insostenibles. Por ejemplo, la afirmación de que el ma-

Matrimonio entre personas del mismo sexo... / 87

La postura de radical oposición tanto en algunas comunidades protestantes estadounidenses como, más claramente, en los *lobbies* conservadores de raíz cristiana se encuadra en la histórica ubicación de estos grupos en contra de la homosexualidad. El énfasis en las cuestiones sexuales existía ya en los fundamentalistas de comienzos del siglo XX, que rechazaban el darwinismo no sólo porque suponía un cuestionamiento de su interpretación literal de la Biblia, sino también porque, creían ellos, rebajaba al ser humano al nivel de la animalidad (y en particular, de la bestialidad sexual). Para muchos grupos fundamentalistas, el feminismo y la homosexualidad son enfermedades contra las que hay que luchar. El miedo fundamentalista a la incertidumbre se traduce en este campo como temor a las transformaciones sexuales de la época, del mismo modo en que se manifiesta como temor a los cambios científicos.¹⁹⁵

Las cruzadas de los fundamentalistas estadounidenses por la preservación del pudor femenino, en contra del aborto y de la homosexualidad (no sólo del matrimonio homosexual, sino más simplemente de la despenalización de las prácticas homosexuales) se asocian a su lucha por la preservación de los roles de género tradicionales. El énfasis puesto en estos temas parece sugerir la intensidad del vínculo que ellos ven entre la supervivencia de la sociedad y el mantenimiento de los roles tradicionales de género.¹⁹⁶

Como sabemos, el fundamentalismo ataca la Modernidad en tanto ésta obliga a la religión a reducir su alcance y a limitarse a la esfera personal y doméstica, renunciando a la dirección de la cosa pública. El fundamentalismo es un rechazo del discurso de la Modernidad, que implica no sólo la igual libertad de todos, sino también la distinción entre lo público y lo privado.

matrimonio ha sido universalmente entendido como la unión entre un hombre y una mujer. Tan palmariamente insostenible es esta afirmación que puede negarse con sólo recurrir a la Biblia judeocristiana (cuyos valores estos grupos defienden), en donde la poligamia aparece como corriente en los primeros tiempos históricos.

¹⁹⁵ Armstrong, Karen, *op. cit.*, pp. 348-392.

¹⁹⁶ *Idem.*

88 / Fernando Arlettaz

Sin embargo, estas campañas tienen pocas perspectivas de éxito, por las propias contradicciones internas del protestantismo. En efecto, muchas de las cosas a las que los protestantes radicales se oponen, utilizando su prédica religiosa, no son manifestaciones meramente incidentales de las sociedades modernas, sino que están enraizadas en las propias bases individualistas y liberales de estas sociedades, cuyo surgimiento está íntimamente ligado al nacimiento y desarrollo del mismo protestantismo.¹⁹⁷

En qué medida las posiciones de las comunidades protestantes estadounidenses pueden verse trasladadas a otras comunidades protestantes americanas es una cuestión abierta. En Canadá, los obispos de New Westminster (pertenecientes a la comunión anglicana) aceptaron la posibilidad de otorgar la bendición a las parejas homosexuales.¹⁹⁸

Un ejemplo de oposición radical puede hallarse en la Alianza Cristiana de Iglesias Evangélicas de Argentina¹⁹⁹ y en la Federación Confraternidad Evangélica Pentecostal (también de Argentina).²⁰⁰ Estas dos organizaciones convocaron a una manifestación en contra de la aprobación legislativa del matrimonio homosexual, postura de la que se desvinculó expresamente la tercera gran organización evangélica argentina (y la más antigua de todas), la Federación Argentina de Iglesias Evangélicas.²⁰¹

Las iglesias evangélicas mexicanas se manifestaron en contra del matrimonio entre personas del mismo sexo aprobado en el Dis-

¹⁹⁷ Bruce, Steve, *Fundamentalismo*, Madrid, Alianza, 2003.

¹⁹⁸ Diocese of New Westminster, *New Westminster Synod and Bishop approve same-sex blessings*, 2002.

¹⁹⁹ Alianza Cristiana de Iglesias Evangélicas de la Argentina, *Aborto y homosexualidad, la postura de las iglesias cristianas evangélicas afiliadas a ACIERA*, 2003; *Preocupación frente a la Ley de Unión Civil*, 2003; *Homosexualidad: reafirmando valores evangélicos*, 2003; *Postura de ACIERA respecto al matrimonio y la homosexualidad*, 2009.

²⁰⁰ Federación Confraternidad Evangélica Pentecostal, *El lunes 31 de mayo todos al Congreso!*, 2010; *Masiva concurrencia evangélica a la plaza de los dos Congresos*, 2010; *Después de la movilización del 31 de mayo*, 2010.

²⁰¹ Federación Argentina de Iglesias Evangélicas, *La FAIE no adhiere ni apoya la marcha "Un mensaje de los niños: queremos mamá y papá"*, 2010.

Matrimonio entre personas del mismo sexo... / 89

trito Federal.²⁰² Esta misma posición la adoptaron muchas iglesias evangélicas colombianas frente al régimen de parejas de hecho que permitía las parejas homosexuales.²⁰³

Las iglesias protestantes brasileñas muestran también la diversidad que caracteriza al mundo protestante. Las iglesias luteranas, aunque señalan que el matrimonio ha sido tradicionalmente entendido como la unión de dos personas de sexo diferente, guardan al respecto la flexibilidad general que caracteriza al luteranismo.²⁰⁴ La iglesia presbiteriana, en cambio, manifiesta un frontal rechazo a cualquier forma de sexualidad ejercitada fuera del matrimonio heterosexual.²⁰⁵ Las iglesias pentecostales también se oponen frontalmente a cualquier forma de reconocimiento.

Como último ejemplo, fuera del ámbito europeo y americano, resulta interesante señalar que en un sentido semejante a la Iglesia de Inglaterra se expresó la Iglesia anglicana de Sudáfrica, luego de que la Corte Suprema de ese país extendiera el concepto de matrimonio del *Common Law* a las parejas homosexuales.²⁰⁶

D. Balance general

Este rápido análisis nos permite hablar de tres grandes posiciones posibles frente a la regulación de las parejas homosexuales. En primer lugar, podemos encontrar la situación de oposición radical a cualquier tipo de regulación que implique conferir a las parejas homosexuales, total o parcialmente, derechos que tradicionalmen-

²⁰² Diario Evangélico Berea, *Iglesias evangélicas de México rechazan los matrimonios homosexuales*, 2010.

²⁰³ Diario Evangélico Berea, *Evangélicos colombianos marchan contra el aborto y la unión homosexual*, 2006.

²⁰⁴ Portal Luteranos, *Matrimônio, Família e Sexualidade Humana Proposta de Diretrizes e Procedimentos para um Diálogo Respeitoso*, 2007.

²⁰⁵ Igreja Presbiteriana do Brasil, *Um engano chamado "Teologia Inclusiva" ou "Teologia gay"*, 2013.

²⁰⁶ Anglican Church of Southern Africa, *Statement from The Church of the Province of Southern Africa*, 2005.

90 / Fernando Arlettaz

te han sido reconocidos al matrimonio. Ésta ha sido la posición de la Iglesia católica, de algunas ramas del protestantismo estadounidense (metodistas, bautistas) y de algunos grupos de la comunión anglicana.

Esta fuerte oposición, sin embargo, no ha impedido que se regulen regímenes de protección de los colectivos homosexuales en aquellos lugares en los que estos grupos religiosos tienen una posición dominante. Por lo que no deja de ser significativo que muchos de los países que han dado el máximo grado de protección, mediante la regulación del matrimonio para las personas del mismo sexo, hayan sido países de tradición católica: Bélgica, España, Argentina, Francia, Uruguay, algunos estados de México. Pareciera como si en algunos países católicos se reprodujeran los patrones de secularización que tuvieron lugar a fines del siglo XIX y principios del XX, menguando la incidencia religiosa en el orden jurídico contra la oposición de la religión dominante.

En los Estados Unidos, dado un panorama religioso mucho más diverso, es más difícil hacer afirmaciones generales. Sin embargo, pueden señalarse algunas correlaciones interesantes. La totalidad de los estados sureños del *Bible Belt* han aprobado prohibiciones constitucionales de reconocimiento de matrimonios homosexuales y otros tipos de uniones homosexuales, prohibiciones constitucionales de reconocimiento de matrimonios homosexuales o prohibiciones legales de reconocimiento de matrimonios homosexuales, y ninguno de ellos ha regulado ningún tipo de unión civil o registro para tales parejas.²⁰⁷ También han sido aprobadas esas prohibiciones en los estados donde la presencia de los mormones es fuerte.

²⁰⁷ La distinción es importante, dado que un estado podría prohibir el reconocimiento de los matrimonios homosexuales celebrados en otro estado, pero admitir un estatuto de unión civil o registro de parejas en su propio territorio. El único caso que podría hacer excepción es Illinois, que aunque prohíbe el matrimonio, sí estableció un estatuto de unión civil; pero su pertenencia al *Bible Belt* no es clara, ya que la presencia de los fundamentalistas cristianos se da sólo en el sur del estado. Los datos de pertenencia religiosa pueden ser consultados en el *Pew Forum on Religion and Public Life*, en <http://www.pewforum.org>.

Matrimonio entre personas del mismo sexo... / 91

En cambio, los estados del noreste en los que se ha aprobado el matrimonio homosexual muestran una fuerte presencia de grupos católicos, que son entre el 30% y el 40% de la población, por encima de las iglesias protestantes. Esto mostraría una menor efectividad de los católicos para hacer valer sus posturas en las discusiones públicas.²⁰⁸ Esta idea vendría a ser confirmada por el hecho de que aquellos estados que han aprobado estatutos de uniones civiles no matrimoniales son ya estados de predominio católico, ya que los estados del este donde se encuentran los niveles de indiferencia religiosa son los más altos de los Estados Unidos.

Finalmente, resulta interesante señalar que el entrecruzamiento de posiciones ha llevado a la conformación de peculiares alianzas entre los grupos religiosos. Así, por ejemplo, en Argentina, la Iglesia católica ha mantenido en las últimas décadas una mejor relación con el protestantismo histórico que con el protestantismo pentecostal. Sin embargo, dado que los protestantes históricos eran mucho más flexibles que el catolicismo respecto de los matrimonios homosexuales, la Iglesia católica se vio en un curioso acercamiento a la posición más radical del pentecostalismo.

La segunda posición está ejemplificada por aquellas comunidades protestantes que adoptan posturas favorables al reconocimiento de las uniones homosexuales, cuyo casos más radicales sean tal vez los de la Iglesia luterana de Suecia y la Iglesia luterana de Dinamarca, que celebran matrimonios homosexuales. No deja de tener significación que se trate de las iglesias luteranas de aquellos países que mejor se adecuan a la descripción clásica de la secularización.

Finalmente, la tercera categoría es intermedia a las dos anteriores, y corresponde a las iglesias cristianas que caen entre los dos polos del espectro.

Antes de avanzar en nuestras consideraciones, resulta útil hacer una aclaración. Hay que insistir en que no toda oposición al

²⁰⁸ Un caso particular está representado por Iowa, donde se ha aprobado el matrimonio homosexual, a pesar del predominio protestante. Claro que se trata de un protestantismo diferente de aquel del sur fundamentalista.

92 / Fernando Arlettaz

matrimonio entre personas del mismo sexo, a la unión civil o a la regulación de las parejas homosexuales es una manifestación de un irreductible fundamentalismo. Como vimos, algunos grupos religiosos no sólo son favorables a la ampliación del matrimonio civil, sino que incluso permiten la bendición de las parejas homosexuales por parte de sus ministros. Otras organizaciones religiosas, incluso algunas que no reconocen el matrimonio religioso entre personas del mismo sexo, apoyan el matrimonio homosexual civil, o la equiparación de derechos a favor de las parejas homosexuales, o al menos no se oponen a la denegación de derechos igualitarios para este tipo de parejas. Pero —esto es sobre lo que queremos insistir— incluso si la opción teológica de la comunidad religiosa consiste en no bendecir uniones ni celebrar matrimonios homosexuales, como elección puramente interna, no puede calificarse de fundamentalista. El fundamentalismo consiste, en cambio, en el intento de imponer la propia opción teológica como opción política a partir de los argumentos teológicos.

Resultaría muy interesante hacer una comparación de estas aproximaciones cristianas con las de otras religiones, como el judaísmo o el islam, pero tal análisis nos alejaría de nuestro objetivo en este trabajo.²⁰⁹

Los partidarios de la secularización política pueden haber sido sorprendidos por las apariciones de los grupos religiosos en el de-

²⁰⁹ El islam condena, mayoritariamente, la homosexualidad. Algunas corrientes reformistas, como la ejemplificada por el intelectual Tariq Ramadan, al tiempo que rechazan las uniones homosexuales, porque no cuadran con el plan divino para los seres humanos, se manifiestan a favor del respeto por las personas homosexuales. Véase Ramadan, Tariq, *Mi visión del islam occidental*, Barcelona, Kairós, 2011, pp. 125 y 126.

Entre los judíos, los reformistas apoyan la extensión de derechos, incluido el matrimonio, a las parejas homosexuales, aunque permiten a los rabinos decidir si offician los matrimonios o no. Entre los conservadores la posición es la contraria: no se acepta el matrimonio homosexual en general, pero se deja libertad a los rabinos. Entre los ortodoxos, finalmente, no hay lugar para el matrimonio entre personas del mismo sexo. Por ejemplo, en los Estados Unidos hay grupos judíos (como Alliance for Jewish Renewal, Central Conference of American Rabbis, Reconstructionist Rabbinical Association, Reform Judaism) que están a favor de la protección jurídica de las parejas homosexuales o que, incluso, dan su bendición a este tipo de uniones.

Matrimonio entre personas del mismo sexo... / 93

bate sobre el matrimonio. Tal vez hayan sido sorprendidos, más genéricamente, por el renovado protagonismo de la religión en la política. Seguramente buena parte de esa sorpresa se haya debido a la extensa difusión de las teorías clásicas de la secularización, que habían pronosticado una retirada más o menos definitiva de la religión de la esfera pública.

Sin embargo, como dijimos en el capítulo anterior, la secularización ha de interpretarse no como un proceso lineal de desaparición de lo religioso, sino como un proceso de transformación, en el que algunas formas religiosas desaparecen, mientras se desarrollan reacciones contra esa tendencia y nuevas formas religiosas toman su lugar. La permanencia de lo religioso en sociedades modernas y posmodernas, y en particular de lo religioso fundamentalista, se relaciona con el despliegue de una “ética de la separación”: la creación de una contracultura opuesta a la corriente secular.²¹⁰ La continuidad contemporánea de la secularización en sus dimensiones de diferenciación funcional y privatización religiosa (de las que la transformación de la regulación matrimonial es un caso paradigmático) no significa forzosamente una paralela desaparición de las creencias religiosas como motivación de las conductas.

²¹⁰ Armstrong, Karen, *op. cit.*, pp. 393-453.

CAPÍTULO TERCERO

DEBATE PÚBLICO, LAICIDAD, LIBERTAD RELIGIOSA

En los capítulos anteriores nos hemos ocupado de analizar los debates sobre la reforma del régimen matrimonial que ha permitido, en diferentes lugares del mundo, la ampliación subjetiva del matrimonio para incluir en él a las parejas homosexuales. Hemos encuadrado estas reformas en un proceso de progresiva secularización del matrimonio, que forma parte del proceso de secularización del derecho en general. En este capítulo volveremos sobre el mismo tema, pero poniendo en relación nuestra perspectiva sociojurídica con consideraciones de la filosofía político-jurídica.

Veremos primeramente la posición del matrimonio entre personas del mismo sexo bajo el ángulo del derecho constitucional. Debe quedar claro, sin embargo, que no es nuestro propósito hacer un estudio de derecho constitucional, a la luz de un ordenamiento específico. Por el contrario, nuestra intención es continuar analizando el proceso de secularización del matrimonio, en el que se encuadra al matrimonio homosexual, en este caso a la luz de los principios fundamentales de los sistemas constitucionales en general (apartado 1).

Después estudiaremos la intervención de los actores religiosos en los debates sobre el matrimonio desde una perspectiva de filosofía política y jurídica que nos permita evaluar su adecuación a las bases de un régimen democrático secular (apartado 2).

1. Matrimonio entre personas del mismo sexo y Constitución

En este apartado vamos a comenzar con una discusión general sobre la reforma matrimonial en el contexto de las libertades públicas, lo que nos permitirá llegar hasta la secularización del concepto mismo de matrimonio en el ámbito jurídico. Luego, veremos el tema bajo el ángulo de la laicidad del Estado y de la libertad religiosa.

Debe quedar claro que todos los conceptos tomados del derecho constitucional que aquí utilizamos son asumidos de modo general, con prescindencia de las diferencias de contexto histórico, político y jurídico que las particularizan en cada país (a algunas de las cuales hacemos mención como apoyo a nuestros argumentos). Un análisis más profundo, pero por ello menos general, exigiría hacer una lectura contextualizada de estos conceptos para un caso nacional en concreto.

A. *Matrimonio y libertades públicas*

Como ya hemos señalado en el capítulo anterior, la cuestión del matrimonio entre personas del mismo sexo fue abordada por las más altas instancias de control constitucional de diversos países e, incluso, por instancias internacionales. En algunos casos se trataba de dilucidar si un régimen matrimonial exclusivamente heterosexual era conforme a los principios constitucionales o del derecho internacional. En otros casos, en cambio, se trataba de verificar la conformidad de las reformas que reconocían el matrimonio entre personas del mismo sexo con tales principios.

Desde un punto de vista conceptual, existen tres posibilidades en relación con el estatuto constitucional del matrimonio homosexual. La primera es que el matrimonio homosexual sea constitucionalmente obligatorio; la segunda, que sea constitucionalmente prohibido; la tercera, que tanto la opción del reconocimiento como

Debate público, laicidad, libertad religiosa / 97

la del no reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo sean constitucionalmente posibles, quedando la decisión final en manos del legislador. Diferentes posiciones han sido adoptadas por las jurisprudencias constitucionales que mencionamos a continuación, y entre ellas existen ciertos puntos de contacto.

Vamos a analizar los dos argumentos constitucionales más frecuentes en relación con el matrimonio entre personas del mismo sexo: el argumento de la igualdad y el argumento de la protección constitucional del matrimonio (y/o de la familia).²¹¹

Un primer elemento movilizado por los grupos que promueven la regulación jurídica de las uniones homosexuales de un modo semejante a los matrimonios heterosexuales ha sido la idea de igualdad ante la ley.²¹² El argumento puede asumir dos formas. La primera es decir que el Estado está constitucionalmente obligado a regular el matrimonio en condiciones de igualdad para parejas heterosexuales y homosexuales. La segunda es decir que, incluso admitiendo que no existe una obligación estatal de regular el ma-

²¹¹ Podrían señalarse otros argumentos, pero no es éste el lugar para su estudio detallado. Sólo incluiremos aquí, en breve nota, algunas consideraciones sobre el derecho a la vida privada o a la intimidad, que también se ha enarbolado para promover la regulación del matrimonio homosexual. Los oponentes han señalado que aunque el respeto de la vida privada o de la intimidad puede ser una base suficiente para reconocer que las personas homosexuales no deben ser discriminadas o sufrir perjuicios por causa de su orientación sexual, esto no es suficiente para decir que las parejas homosexuales han de gozar de igual protección y acceder a las mismas ventajas que las parejas heterosexuales.

En los Estados Unidos existe una tradición jurisprudencial de protección del derecho constitucional a la intimidad en relación con las prácticas homosexuales. En *Griswold v. Connecticut*, 381 US 479 (1965), la Corte Suprema estadounidense sostuvo que es contrario a la privacidad la prohibición de la venta y uso de métodos anticonceptivos. En *Loving v. Virginia*, 388 US 1 (1967), se declaró la inconstitucionalidad de la prohibición de los matrimonios interraciales tanto sobre la base de la enmienda de igual protección como de la existencia de un derecho al matrimonio. En *Eisenstadt v. Baird*, 405 US 438 (1972), se aplicó el mismo criterio de *Griswold* a personas no casadas. Sin embargo, en *Bowers v. Hardwick*, 478 US 186 (1986), la Corte sostuvo que el derecho constitucional a la privacidad no incluye un derecho a mantener relaciones homosexuales, ni siquiera en privado, por lo que las normas estatales que las penalizan no son inconstitucionales. Sin embargo, este criterio cambió en 2003, en el caso *Lawrence v. Texas*, 539 US 588 (2003).

²¹² Tebbe, Nelson y Widiss, Deborah A., "Equal access and the Right to Marry", *University of Pennsylvania Law Review*, núm. 158, 2010.

98 / Fernando Arlettaz

trimonio de tal o cual manera, o más aún que ni siquiera existe una obligación estatal de regularlo, si el Estado establece un régimen jurídico para el matrimonio, debe hacerlo de modo que se garantice que todos tendrán iguales posibilidades de acceder a sus beneficios.

Sin embargo, el argumento de la igualdad puede ser usado en un sentido contrario. También aquí hay dos formas posibles. La primera consiste en establecer que el principio de igualdad exige igualdad en paridad de circunstancias, y que habría una diferencia esencial entre una pareja heterosexual y una pareja homosexual, que justificaría el trato diferenciado. De este modo, la equiparación matrimonial entre parejas homosexuales y heterosexuales no sería constitucionalmente exigible. Pero se puede ir aún más lejos, y asumir una forma más fuerte de la interpretación de la igualdad. Según ésta, la igualdad constitucional no sólo no exigiría la equiparación entre parejas heterosexuales y homosexuales en materia de matrimonio, sino que incluso se opondría a ella. Esto último se argumenta en la idea de que el principio de igualdad no sólo requiere que los iguales sean tratados de igual manera, sino que también exige que los diferentes sean tratados de diferente manera. Tratar a los diferentes (parejas heterosexuales y parejas homosexuales) de la misma manera (como una misma institución matrimonial) resultaría contrario a la igualdad.

El recurso al argumento de la igualdad, en alguno de los sentidos mencionados, es una constante en las jurisdicciones constitucionales. Siguiendo un orden aproximadamente cronológico, presentamos a continuación los principales hitos de esta historia jurisprudencial.

En los Estados Unidos, sobre la base del principio de igualdad, algunas cortes supremas estatales reconocieron la existencia de un deber del Estado de garantizar igual protección a las parejas heterosexuales y a las homosexuales, aunque no necesariamente mediante la extensión a estas últimas del régimen matrimonial. Algunas cortes llegaron, incluso, a decir que debía exten-

Debate público, laicidad, libertad religiosa / 99

derse el régimen matrimonial. Otras, finalmente, rechazaron que existiera tal derecho en las Constituciones estatales.²¹³ La Corte

²¹³ Primer tipo de decisión: Tribunal Supremo de Vermont, *Baker v. State*, 744 A.2d 864 (Vt. 1999), entendiendo que si bien no había un derecho constitucionalmente exigible por parte de las parejas homosexuales a contraer matrimonio, sí era contrario al principio de igualdad negarles los beneficios propios de la institución matrimonial, de modo que ordenó al Poder Legislativo que en un plazo razonable de tiempo diera una solución adecuada (ya sea extendiendo el matrimonio a las parejas homosexuales, ya sea por otro medio que les asegurara los mismos beneficios). Idéntica solución adoptó el Tribunal Supremo de Nueva Jersey: *Lewis v. Harris*, 188 N.J. 415, 908 A.2d 196 (N. J. 2006).

Segundo tipo de decisión: Tribunal Supremo de Hawái, *Baehr v. Lewin*, 852 P.2d 44 (Haw. 1993), entendiendo que la igualdad constitucional era fundamento suficiente para otorgar el acceso al matrimonio de personas del mismo sexo, salvo que el Estado demostrara que la prohibición se fundaba en un interés estatal prevalente y que era constitucionalmente necesaria. Sin embargo, el Congreso del Estado había aprobado una enmienda que permitía al Congreso reservar la institución matrimonial a las parejas del mismo sexo, y otra norma (Hawai Reciprocal Beneficiaries Act) que extendía muchos derechos del matrimonio a las parejas registradas conforme a ese régimen. En razón de estas nuevas normas, cuando el Tribunal Supremo volvió a examinar el asunto, no hizo lugar al reclamo. El Tribunal Supremo de Massachussets, *Goodridge v. Dept. of Public Health*, 798 N.E.2d 941, 949 (2003), reconoció un derecho constitucional a contraer matrimonio por parte de parejas homosexuales sobre la base del derecho a la igualdad, ordenando al Legislativo que realizara las reformas necesarias para reconocer este tipo de uniones matrimoniales. La misma decisión fue emitida por la Corte Suprema de Iowa —*Varnum v. Brien*, 763 N.W.2d 862 (Iowa, 2009)— y por la Corte Suprema de Connecticut —*Elizabeth Kerrigan et al. v. Commissioner of Public Health et al.* (SC 17716 [2008])—. También la Corte Suprema de California decidió en un sentido parecido en *In re Marriage Cases* (2008), 43 Cal.4th 757 [76 Cal.Rptr.3d 683, 183 P.3d 384]; pero esta decisión fue luego invalidada por una enmienda constitucional, la cual limitó el matrimonio a las parejas heterosexuales.

Tercer tipo de decisión: el Tribunal Supremo de Nueva York, *Samuels v. New York State Department of Health*, 811 N.Y.S.2d 136, denegó la pretensión de inconstitucionalidad dirigida contra la ley que regulaba el matrimonio como unión heterosexual. Igualmente, la jurisprudencia ha avalado las leyes y enmiendas constitucionales estatales, en virtud de las cuales sólo se reconocen efectos al matrimonio heterosexual: Tribunal Supremo de Minnesota, *Baker v. Nelson*, 191 N.W.2d 185 (Minn. 1971); Tribunal Supremo de Kentucky, *Jones v. Hallahan*, 501 S.W.2d 588, 63 A.L.R.3d 1195 (1973); Corte de Apelación de Washington, *Singer v. Hara*, 11 Wash.App.247, 522 P.2d 1187 (1974); Tribunal Supremo de Washington, *Anderson v. King County*, 138 P.3d 963; Tribunal Supremo de Georgia, *Perdue v. O'Kelley*, 632 S.E.2d 110, y Tribunal Supremo de Maryland, *Deane Et Polyak v. Conaway*. Muy parecida fue la situación en Alaska, donde mientras el estado apelaba una decisión que entendía que la prohibición de matrimonio entre personas del mismo sexo era contraria al derecho constitucional de igualdad, el Congreso estatal aprobó una enmienda constitucional, en virtud de la cual el estado

100 / Fernando Arlettaz

Suprema federal decidió que la *DOMA* federal es inconstitucional, porque viola principios de *equal liberty*, *due process* y *equal protection*, al denegar protección federal a una realidad que los estados (que son los competentes para regular las relaciones domésticas) han definido como matrimonio.²¹⁴ Nótese que el argumento no era que la igualdad exigía el acceso de las parejas homosexuales al matrimonio, sino que la igualdad exigía que el gobierno federal reconociera los matrimonios homosexuales “si los estados admitían su celebración”.

El Tribunal Constitucional alemán abordó la cuestión al tratar de la constitucionalidad del régimen de uniones civiles. Para el Tribunal Constitucional no hay violación de la igualdad en el hecho de que el matrimonio esté limitado a parejas heterosexuales y la unión civil a parejas homosexuales.²¹⁵

En Bélgica, la opinión del Consejo de Estado, previa a la modificación legal que permitió el matrimonio homosexual, no encontró violación del principio de igualdad.²¹⁶ Con posterioridad a la aprobación de la ley, fue la Corte de Arbitraje la que se manifestó. Según esta Corte no hay violación de la igualdad en el hecho de que se reconozca el matrimonio entre personas del mismo sexo. El principio de igualdad se viola si se trata de modo semejante situaciones diferentes, lo que no se da en el presente caso.²¹⁷

La Corte Suprema de Canadá decidió que la regulación legislativa del matrimonio homosexual no sólo no era contraria a la igualdad garantizada por la *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, sino que era una derivación de ella. De este modo, no existía

sólo reconocía como válido el matrimonio entre un hombre y una mujer, de modo que cuando el asunto llegó al Tribunal Supremo fue rechazado (Tribunal Supremo de Alaska, *Brause v. Bureau of Vital Statistics*, 3AN-95-6562 CI, 1998 WL 88743, [Alaska Super. Ct. 27 de febrero de 1998]).

²¹⁴ United States Supreme Court, *United States v. Edith Schlain Windsor*, 570 US (2013).

²¹⁵ Bundesversfassungsgericht, 1 BvF 1/01, 1 BvF 2/01 (17 de julio de 2002).

²¹⁶ Conseil d'État, Avis 32.008/2 (12 de noviembre de 2001).

²¹⁷ Cour d'arbitrage, Arrêt 159/2004 (20 de octubre de 2004).

Debate público, laicidad, libertad religiosa / 101

afectación de la igualdad en perjuicio de los matrimonios heterosexuales.²¹⁸

La Corte Constitucional de Sudáfrica fue más allá. Ella no dijo (como las jurisdicciones ya citadas) que la igualdad exigía que el gobierno central reconociera el matrimonio homosexual si otras entidades regionales lo hacían, o que la igualdad no representaba un obstáculo al matrimonio homosexual, o que el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo era una derivación de la igualdad constitucional, sino que dijo, más radicalmente, que el principio de igualdad “exige” el reconocimiento del matrimonio homosexual. La Corte Constitucional de Sudáfrica decidió que tanto la definición legal de matrimonio como la definición de matrimonio que surgía del *Common Law* resultaban inconstitucionales, pues sólo se permitía el matrimonio entre personas de sexo distinto. Según la Corte, existía una violación de la igualdad, ya que este estado de cosas implicaba una directa afirmación de que las parejas del mismo sexo son *outsiders* y que, por tanto, merecen una menor protección del Estado.²¹⁹

El Tribunal Constitucional de Portugal estableció que no hay violación del principio de igualdad en la extensión del matrimonio a las parejas homosexuales. Este principio obliga al legislador a tratar de modo igual las situaciones iguales, y de modo diferente las situaciones diferentes. Pero no se aprecia que exista una diferencia significativa que obligue al legislador a dar tratamiento distinto a las parejas homosexuales.²²⁰

En un sentido inverso, la Corte Constitucional italiana negó que la regulación puramente heterosexual del matrimonio fuera contraria a la igual dignidad de las personas y al derecho al libre desarrollo de la personalidad reconocidos por la Constitución italiana.²²¹ A

²¹⁸ Supreme Court of Canada, *Reference re same-sex marriage*, 2004 SCC 79 (9 de diciembre de 2004).

²¹⁹ Constitutional Court, *Minister of Home Affairs and Another v Fourie and Another*, CCT 60/04 (10 de diciembre de 2005).

²²⁰ Tribunal Constitucional, Acórdão 121/2010 (8 de abril de 2010).

²²¹ Corte Costituzionale, Sentenza 138/2010 (14 de abril de 2010).

102 / Fernando Arlettaz

diferencia de lo que había sucedido (y sucedería después) en otras cortes constitucionales europeas, la Corte italiana no se enfrentaba a una ley o a un proyecto de ley de regulación del matrimonio homosexual, sino al cuestionamiento de un particular que decía que la regulación puramente heterosexual existente era contraria a la igualdad. En este sentido, el planteamiento era parecido al de la Corte sudafricana. La respuesta italiana, en cambio, fue radicalmente opuesta.

La Suprema Corte de Justicia mexicana declaró que la ley del Distrito Federal que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo no es contraria al principio de igualdad.²²² También la Corte sostuvo, en una sentencia posterior, que la regulación legislativa que distingue entre el matrimonio (para las parejas heterosexuales) y la unión civil (para las homosexuales) es contraria al principio de igualdad, porque implica la creación de un régimen de “separados pero iguales” que perpetúa la noción de que las parejas del mismo sexo son menos merecedoras de reconocimiento que las heterosexuales.²²³

En Brasil, el Supremo Tribunal Federal sostuvo que las normas del Código Civil relativas a la unión estable (lo que nosotros llamamos régimen de parejas de hecho) deberían interpretarse, de acuerdo con la igualdad constitucional, en el sentido de permitir el acceso a este instituto tanto a las parejas heterosexuales como a las homosexuales.²²⁴ Más adelante, el mismo el Superior Tribunal de Justicia declaró que limitar el acceso al matrimonio a las parejas heterosexuales resultaba contrario a la igualdad constitucional.²²⁵

²²² Corte Suprema de Justicia de la Nación, Acción de inconstitucionalidad 2/2010, procurador general de la República (16 de agosto de 2010).

²²³ Corte Suprema de Justicia de la Nación, Amparo en revisión 581/2012 (5 de diciembre de 2012).

²²⁴ Supremo Tribunal Federal, ADPF 132/RJ-Río de Janeiro, Arguição de descumprimento de preceito fundamental (5 de mayo de 2011), y ADI 4277/DF-Distrito Federal, Ação direta de inconstitucionalidade (5 de mayo de 2011).

²²⁵ Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 1.183.378-RS (2010/0036663-8) (25 de octubre de 2011).

Debate público, laicidad, libertad religiosa / 103

En España, muchos años antes de la ley que permitió el acceso de las parejas homosexuales al matrimonio, había llegado al Tribunal Constitucional un caso en el que se requería que el Estado reconociera a las parejas homosexuales, aunque no fuera el derecho a contraer matrimonio, al menos la posibilidad de acceder a las ventajas a él asociadas. El Tribunal Constitucional entendió que no era contrario a la igualdad constitucional que el matrimonio se regulara como una unión heterosexual y se le concedieran ciertos privilegios. Sin embargo, esta decisión dejaba abierta la puerta a que el legislador extendiera determinados beneficios del matrimonio a las parejas homosexuales.²²⁶ Cuando el legislador permitió el acceso de las parejas homosexuales al matrimonio, el Tribunal Constitucional declaró que esta extensión no implicaba una violación de la igualdad constitucionalmente protegida, porque la llamada “discriminación por indiferenciación” (alegada por los recurrentes) no caía dentro del ámbito de protección de la disposición constitucional respectiva.²²⁷

En Francia, al momento de la aprobación del régimen de parejas de hecho, el Consejo Constitucional no encontró violación alguna a los principios constitucionales que se sostenía que habían sido violados, en particular el principio de igualdad, por el hecho de que el mismo régimen incluyera a parejas heterosexuales y homosexuales.²²⁸ Luego de la adopción de la ley que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo, se dio también intervención al Consejo Constitucional. Éste no encontró violación de principios constitucionales, entre ellos el de igualdad.²²⁹

El segundo argumento que aparece en las jurisprudencias constitucionales es el relativo a la protección constitucional del matrimonio y/o de la familia. A favor de los matrimonios entre personas del mismo sexo se puede decir que el derecho a contraer matrimo-

²²⁶ Tribunal Constitucional, ATC 222/1994 (11 de julio de 1994).

²²⁷ Tribunal Constitucional, STC 198/2012 (6 de noviembre de 2012).

²²⁸ Conseil Constitutionnel, Décision 99-419 DC (9 de noviembre de 1999)

²²⁹ Conseil Constitutionnel, Décision 2013-661 DC (17 de mayo de 2013).

104 / Fernando Arlettaz

nio o el derecho a formar una familia debe reconocerse a todos, con independencia de su orientación sexual.

En contra del matrimonio homosexual podría argüirse que si la Constitución protege el matrimonio y la familia, existe una garantía institucional a favor de determinadas formas de matrimonio y de familia. De este modo, si el constituyente ha optado por una determinada forma de matrimonio o de familia, el legislador no podría extender la protección que la Constitución reserva para ese matrimonio y esa familia a otras formas de matrimonio y de familia.

La opción intermedia sería decir que la protección constitucional del matrimonio y de la familia no exige aceptar el matrimonio entre personas del mismo sexo, pero que tampoco excluye esta posibilidad.

Siguiendo también aquí un orden aproximadamente cronológico presentamos las principales posiciones en las jurisdicciones constitucionales.

La segunda posición, un poco matizada, fue la aceptada por el Tribunal Constitucional alemán. Para esta instancia jurisdiccional, la ley fundamental acuñó el concepto de matrimonio como la unión de un hombre y una mujer en una comunión de vida duradera, de modo que ésta es la concepción del matrimonio que el legislador debe respetar. Sin embargo, esto no quiere decir que la Constitución exija que el matrimonio sea protegido en mayor medida que otras formas de vida en común. El legislador, de hecho, había establecido un sistema de unión civil para parejas homosexuales, que el Tribunal consideró conforme a la Constitución.²³⁰

En Bélgica, el Consejo de Estado sostuvo en su opinión consultiva que la regulación de las uniones homosexuales bajo la figura del matrimonio suponía una desnaturalización tan radical de esta última que se rompía la coherencia del sistema jurídico, ya que se utilizaba la misma figura para dos realidades completamente diferentes.²³¹ La Corte de Arbitraje, en cambio, dijo que no hay

²³⁰ Bundesversfassungsgericht, 1 BvF 1/01, 1 BvF 2/01 (17 de julio de 2002).

²³¹ Conseil d'État, Avis 32.008/2 (12 de noviembre de 2001).

Debate público, laicidad, libertad religiosa / 105

violación de las normas que protegen el matrimonio en la consagración del derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo.²³²

El Tribunal Constitucional de Portugal señaló que ni desde una interpretación histórica y sistemática ni desde la interpretación de la Constitución, de conformidad con los preceptos de la Declaración Universal de Derechos Humanos, podía afirmarse que existiera una garantía institucional que obligara al legislador a limitar el concepto de matrimonio a las uniones heterosexuales.²³³

La Corte Constitucional italiana negó que la regulación puramente heterosexual del matrimonio fuera contraria a la protección constitucional del matrimonio y la familia.²³⁴ Como ya hemos señalado, esto no implica forzosamente aceptar que el acceso al matrimonio de las parejas homosexuales fuera contrario a esa protección constitucional.

En el caso de las parejas de hecho en Brasil, el Supremo Tribunal Federal entendió que la igualdad entre parejas heterosexuales y homosexuales sólo se ve plenamente reconocida si desemboca en un igual derecho subjetivo a la formación de una familia autónoma. Las normas constitucionales sobre matrimonio no se opondrían a la equiparación jurisprudencialmente establecida.²³⁵ Por otra parte, el Superior Tribunal de Justicia, al declarar que la exclusión de las parejas homosexuales del régimen del matrimonio era contraria a la Constitución, afirmó que dado que el concepto de familia constitucionalmente protegida es múltiple, y que el matrimonio es un instrumento al servicio de la protección de la familia, el concepto de matrimonio también ha de ser múltiple.²³⁶

²³² Cour d'arbitrage, Arrêt 159/2004 (20 de octubre de 2004).

²³³ Tribunal Constitucional, Acórdão 121/2010 (8 de abril de 2010).

²³⁴ Corte Costituzionale, Sentenza 138/2010 (14 de abril de 2010).

²³⁵ Supremo Tribunal Federal, ADPF 132 / RJ-Rio de Janeiro, Arguição de descumprimento de preceito fundamental (5 de mayo de 2011), y ADI 4277/DF-Distrito Federal, Ação direta de inconstitucionalidade (5 de mayo de 2011).

²³⁶ Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 1.183.378-RS (2010/0036663-8) (25 de octubre de 2011).

106 / Fernando Arlettaz

En México, la Corte Suprema, al declarar válida la norma del Distrito Federal sobre los matrimonios homosexuales, se remitió a un concepto de familia interpretado de acuerdo con la realidad social. En este sentido, no existe óbice para que el legislador modifique el concepto legislativo de matrimonio de modo de incluir en él también a las parejas homosexuales.²³⁷

En la sentencia del Tribunal Constitucional español sobre los matrimonios entre personas del mismo sexo se descartó que hubiera afectación de las normas constitucionales que protegen el matrimonio en el hecho de que la regulación legislativa concediera el acceso a la institución tanto a las parejas heterosexuales como a las homosexuales.²³⁸

En el planteamiento de inconstitucionalidad contra la regulación de las parejas de hecho, el Consejo Constitucional Francés no encontró violación de los principios que regulan el matrimonio republicano.²³⁹ Al abordar más tarde los planteamientos de inconstitucionalidad contra el matrimonio entre personas del mismo sexo, el Consejo Constitucional francés descartó que entre los principios fundamentales de las leyes de la República se encontrara uno que obligara a que el matrimonio fuera heterosexual.²⁴⁰

Nos hemos detenido en estos dos argumentos, porque ellos nos permiten considerar las traducciones jurídicas de la secularización de la concepción del matrimonio. En efecto, la protección igualitaria del matrimonio y de la familia garantizada por los textos constitucionales e internacionales exige definir qué son el matrimonio

²³⁷ Supremo Tribunal Federal, ADPF 132/RJ-Río de Janeiro, Arguição de descumprimento de preceito fundamental (5 de mayo de 2011), y ADI 4277/DF-Distrito Federal, Ação direta de inconstitucionalidade (5 de mayo de 2011).

²³⁸ Tribunal Constitucional, STC 198/2012 (6 de noviembre de 2012). Respecto de la compatibilidad de la ley con la definición constitucional de matrimonio, se plantearon también tres cuestiones de inconstitucionalidad. Las cuestiones fueron rechazadas por razones formales: ATC 505/2005 (13 de diciembre de 2005); ATC 508/2005 (13 de diciembre de 2005), y ATC 59/2006 (15 de febrero de 2006).

²³⁹ Conseil Constitutionnel, Décision 99-419 DC (9 de noviembre de 1999).

²⁴⁰ Conseil Constitutionnel, Décision 2013-661 DC (17 de mayo de 2013).

Debate público, laicidad, libertad religiosa / 107

y la familia protegidos. Se trata de un problema de hermenéutica jurídica, íntimamente vinculado a la concepción social vigente del matrimonio y de la familia.

Como ya hemos visto, la extensión del concepto de matrimonio a las uniones homosexuales va de la mano de una modificación de las características fundamentales del matrimonio. Si tuviéramos que resumirlo en unas pocas palabras, podríamos decir que es el pasaje de un modelo institucional (el matrimonio es, respecto de los individuos, una institución cuyo contenido no pueden modificar, y respecto del derecho estatal, un dato externo, cuyas características esenciales le vienen dadas por una práctica social preexistente ligada, al menos en su origen, a una concepción religiosa) a un modelo contractual (el matrimonio es, respecto de los individuos, un contrato, y respecto del derecho, algo independiente de la concepción religiosa que le ha dado origen, y que puede por ello ser modificado por el legislador).

Esta breve presentación pone en evidencia el peso que las definiciones socialmente dominantes pueden tener en la configuración del escenario jurídico, a la luz del cual se resolverá el asunto. De allí, la importancia que se ha dado, en ciertos ámbitos académicos, a la definición misma del matrimonio.²⁴¹

²⁴¹ Véase Lacroix, Xavier, "Sur le «mariage homosexuel»", *Études*, núm. 401, 2004, y "Le mariage, une affaire privée?", *Études*, núm. 406, 2007. El teólogo y moralista católico, Xavier Lacroix, señala que la definición del matrimonio que se impone hoy es la del matrimonio como reconocimiento de un vínculo afectivo. Se trataría de una definición minimalista y subjetivista, en la línea de un puro reconocimiento de una identidad reivindicada. El matrimonio sería una opción puramente privada, una mera opción heredada de un pasado religioso. Su contrapropuesta es, evidentemente, volver a ubicar el matrimonio en términos de función social; es decir, de una institución que asegura la perennidad de la sociedad. El Estado no está obligado a tomar a su cargo la vida sentimental de las personas, ni tampoco a reconocer todas las variantes afectivo-sexuales. El precio a pagar por hacer del matrimonio un bien accesible a todos sería su neutralización, al punto de la pérdida de su reconocibilidad. Paradójicamente, el reforzamiento de lo afectivo que hace que algunos reivindiquen su acceso al matrimonio lleva a otros a alejarse de esta figura (piénsese en el crecimiento de las parejas de hecho heterosexuales).

Entre los protestantes, la atención teórica dirigida hacia el matrimonio es más reciente, ya que a diferencia de lo que sucede entre los católicos, para los protestantes el matrimonio no tiene carácter de sacramento. La atención que se presta a esta figura

108 / Fernando Arlettaz

La cuestión de la constitucionalidad de las leyes de las que aquí hemos tratado es, por supuesto, mucho más compleja, y no hemos querido abordar en este apartado todos sus aspectos.²⁴²

B. *Matrimonio y laicidad*

A continuación estudiaremos la cuestión constitucional que presenta, para nosotros, mayor interés. Se refiere a la compatibilidad entre la existencia de una figura matrimonial derivada del matrimonio religioso y un Estado neutro en el tratamiento de las religiones. En efecto, podría pensarse que la prohibición del matrimonio entre

estaría en relación con un intento de poner freno a una declinación de la influencia religiosa, así como con la comprensión del carácter fundamental de la familia en el proceso de socialización religiosa.

Para una perspectiva jurídica, véase Gavidía Sánchez, Julio V., "Uniones homosexuales y el concepto constitucional del matrimonio", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 61, 2001.

²⁴² Para un análisis de los aspectos constitucionales en los Estados Unidos, véase Masci, David y Merriam, Jessie, "The Constitutional Dimensions of the Same-Sex Marriage Debate", *Pew Research Center's Forum on Religion and Public Life*, 2009, en <http://www.pewforum.org>.

Para un análisis en España, véanse Pérez Álvarez, Salvador, "El matrimonio entre personas del mismo sexo: ¿una cuestión de inconstitucionalidad?", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 12, 2006; Barrero Ortega, Abraham, "Le débat sur la légalisation du mariage homosexuel en Espagne", *Revue française de Droit Constitutionnel*, núm. 70, 2007; Cañamares Arribas, Santiago, "El reconocimiento jurídico...", *cit.*; Bousta, Rhita, "Reflexions autour de la loi espagnole autorisant le mariage et l'adoption aux couples homosexuels", *Revue Française de Droit Constitutionnel*, núm. 73, 2008.

Para un análisis comparado, véanse Celador Angón, Oscar, "El matrimonio entre personas del mismo sexo en el estado de California, o de cómo el activismo judicial puede suplantar el papel del legislador. Análisis comparativo con el modelo matrimonial español", *Laicidad y libertades*, núm. 8, 2008; Lindell, Geoffrey, "Constitutional Issues Regarding Same-Sex Marriage: A Comparative Survey-North America and Australasia", *Sydney Law Review*, núm. 30, 2008.

El reconocimiento de los matrimonios homosexuales por parte de algunos Estados y su no reconocimiento por otros genera, además, importantes problemas de derecho internacional privado, semejantes a los conflictos de leyes que en su momento generaba la prohibición de matrimonios interraciales en algunos Estados. Al respecto, véase Silberman, Linda, "Same-sex marriage: Refining the Conflict of Laws Analysis", *University of Pennsylvania Law Review*, núm. 153, 2005.

Debate público, laicidad, libertad religiosa / 109

personas del mismo sexo significa una violación de la neutralidad del Estado, porque implica mantener un rasgo de una institución matrimonial de raíz religiosa. El Estado estaría ubicando la idea religiosa de que el matrimonio es una unión heterosexual y protegiendo así la “santidad del matrimonio”.²⁴³

Aunque los grupos religiosos son libres de manifestar su convicción de que las uniones homosexuales son moralmente malas, el principio de la neutralidad estatal les impediría imponerlas a los demás con la fuerza del Estado.²⁴⁴ Así como los grupos religiosos no pueden imponer su concepción del matrimonio, el Estado no podría asumir en su legislación las características y propiedades que las confesiones religiosas asignan al matrimonio que ellas celebran, ya que por su carácter neutral el Estado no puede trasladar al ámbito civil las normas propias de una fe religiosa.

Quienes se oponen a las reformas que suponen alejar el matrimonio de su matriz cristiana original pueden contraargumentar que no se trata de reforzar mediante el poder público la visión cristiana del matrimonio, sino simplemente de establecer el contenido de las leyes a través de las propias prácticas y tradiciones vigentes en la sociedad. Si la forma de vida de la comunidad implica reconocer que el matrimonio es una unión heterosexual, aunque esta forma de concebirlo coincida con la de una o varias tradiciones religiosas, el Estado podría consagrar una protección especial para las parejas heterosexuales (el matrimonio), de la cual estarían excluidas las parejas homosexuales.

Michael Novak,²⁴⁵ un reconocido filósofo católico estadounidense, señala que el derecho común no ha de servir para formular los puntos de vista religiosos de las poblaciones a las que se aplica, pero sí para formular las convicciones y experiencias de esas

²⁴³ Anderson, Robert Brandon, “Same Sex Marriage and the First Amendment”, en Smith, Craig R., *The First Amendment and Religion*, 2008, p. 33, en <http://www.firstamendmentstudies.org>.

²⁴⁴ Olson, Theodore B., “The conservative case for gay marriage; why same-sex marriage is an American value”, *Newsweek*, 18 de enero de 2010.

²⁴⁵ “What Marriage is”, *Public Interest*, núm. 156, 2004.

110 / Fernando Arlettaz

poblaciones. Así, separar la formulación legal del matrimonio de su matriz cristiana no sería un intento por reforzar la separación entre las organizaciones religiosas y el Estado, sino por vaciar a las leyes del contenido real que resulta de las formas de vida de la sociedad.

En esto coinciden algunos liberales. Como explica Martha Nussbaum,²⁴⁶ en los términos del constitucionalismo estadounidense, el no reconocimiento del matrimonio homosexual no sería contrario a la cláusula de no establecimiento, porque el rechazo de esta forma de matrimonio se halla en variadas tradiciones religiosas y no religiosas. Muchas religiones tienen razones para no aceptar las prácticas homosexuales y para no aceptar los matrimonios homosexuales, como también las tienen corrientes de pensamiento no religiosas. En definitiva, al establecer el matrimonio como una unión heterosexual, el Estado no estaría imponiendo un punto de vista religioso a la población.

Desde esta perspectiva, el simple hecho de que el contenido de la legislación estatal coincida con la visión de una religión o de un grupo de religiones determinadas sería insuficiente para calificar esa legislación como contraria a la laicidad. Si cualquier coincidencia resultara jurídicamente imposible, el Estado se volvería incapaz de garantizar las formas de vida de la población a partir del derecho, además de dejar de ser un Estado meramente secular para ser un Estado antireligioso.

El problema es, entonces, hasta qué punto el Estado secular, para ser coherente consigo mismo, se ve obligado a excluir de su legislación todo vestigio de la presencia de una antigua regulación religiosa. En un ordenamiento secular no es función de la ley civil tutelar la forma matrimonial de un grupo religioso particular. Un Estado secular coherente no podría adoptar consciente y decididamente la forma matrimonial de un determinado grupo religioso, imponiéndola a toda la población. Pero el único hecho de que un

²⁴⁶ *Liberty of conscience. In defense of America's traditions of religious equality*, Nueva York, Basic Books, 2009, pp. 338-350.

Debate público, laicidad, libertad religiosa / 111

régimen civil coincida con el sostenido por una determinada organización religiosa, ¿es suficiente para invalidarlo?

Desde luego, no hay una única respuesta a esta pregunta. Ella depende de la posición teórica que se adopte y de la forma que en cada sistema esté jurídicamente establecida la neutralidad religiosa del Estado. Es útil recordar, en este punto, que el principio de neutralidad estatal es susceptible de interpretaciones más o menos estrictas.

En las jurisdicciones constitucionales nacionales, la cuestión se ha ido resolviendo pragmáticamente a medida que se ha ido presentando. No todas las decisiones constitucionales se han referido expresamente a la problemática de la laicidad al analizar el tema, centrándose, como hemos visto, en otros aspectos del derecho constitucional.

Algunas jurisdicciones constitucionales, en cambio, sí mencionaron la cuestión que nos interesa. La Corte Constitucional de Sudáfrica dejó en claro que no era su deber entrar a interpretar textos religiosos y el significado del matrimonio en diferentes tradiciones. En una sociedad democrática debe haber una coexistencia respetuosa entre la esfera secular y la religiosa. El objetivo de la Constitución es permitir que diferentes conceptos sobre la naturaleza de la existencia humana puedan coexistir en el mismo espacio público, de manera que el gobierno pueda brindar la misma protección para todos.²⁴⁷ La Corte africana parecía estar diciendo que las tradiciones religiosas no pueden servir para delimitar el concepto constitucional y legal del matrimonio. Por supuesto, la Corte africana no llegaba a tanto como afirmar que el solo hecho de que, en un determinado momento histórico, la regulación del matrimonio coincidiera con la de una o varias tradiciones religiosas la tornaba de por sí inválida. En este sentido, lo que sostenía era que una fuerte reivindicación de protección de ciertos grupos sociales no podía contrarrestarse mediante la apelación a una autoridad religiosa.

²⁴⁷ Constitutional Court, *Minister of Home Affairs and Another v Fourie and Another*, CCT 60/04 (10. de diciembre de 2005).

112 / Fernando Arlettaz

En un sentido semejante, el Supremo Tribunal Federal de Brasil afirmó que los conceptos de familia y de matrimonio constitucionalmente protegidos deben interpretarse de acuerdo con las circunstancias del momento, y estas circunstancias incluyen la secularización, tanto del sistema jurídico (es decir, la laicidad) como de las prácticas sociales. Así, en un sistema en el que el Estado y las organizaciones religiosas están separadas, y en el que las prácticas sociales admiten la igual dignidad de las parejas homosexuales, no resultaría posible interpretar la protección constitucional del matrimonio y de la familia como amparando sólo el matrimonio heterosexual.²⁴⁸

También la Suprema Corte de Justicia de México, al interpretar el concepto constitucional de familia, se remite a la realidad social del momento de la interpretación, y esta realidad social incluye la secularización de las formas familiares como un dato relevante. Esto la lleva a afirmar que la protección constitucional de la familia, interpretada de conformidad con las prácticas sociales secularizadas, no supone un obstáculo para que el legislador modifique el concepto de matrimonio en el sentido de incluir a las parejas homosexuales.²⁴⁹

Ambas sentencias parecen señalar que el cambio en las prácticas sociales obliga a interpretar los conceptos constitucionales de familia y matrimonio de un modo secularizado. De este modo, tales conceptos exigen que la protección matrimonial se extienda a las parejas del mismo sexo (en el caso brasileño), o bien, al menos, no resultan un obstáculo para que el legislador autorice tal extensión (en el caso mexicano).

Lo que las sentencias brasileña y mexicana no aclaran completamente (aunque parece que se inclinan hacia una respuesta negativa, al menos lo hace la sentencia brasileña) es si la sola exigencia de la laicidad, con independencia del cambio en las prácticas sociales,

²⁴⁸ Supremo Tribunal Federal, ADPF 132/RJ-Río de Janeiro, Arguição de descumprimento de preceito fundamental (5 de mayo de 2011), y ADI 4277/DF-Distrito Federal, Ação direta de inconstitucionalidade (5 de mayo de 2011).

²⁴⁹ *Idem.*

Debate público, laicidad, libertad religiosa / 113

alcanzaría para decir que la familia y el matrimonio constitucionalmente protegidos incluyen a las parejas homosexuales, o al menos para decir que las garantías de protección constitucional del matrimonio y la familia no excluyen (aunque tampoco lo exijan) que el legislador extienda la protección a las parejas homosexuales.²⁵⁰

C. Matrimonio y libertad religiosa

Otro problema jurídico de magnitud que plantea la modificación de las estructuras matrimoniales se refiere a la libertad de

²⁵⁰ En 1986, la Corte Suprema argentina dijo que la indisolubilidad matrimonial (tal como estaba establecida en la legislación argentina heredada de la matriz cristiana) era inconstitucional, aunque no directamente por una cuestión de separación entre las iglesias y el Estado. El voto de la mayoría se basó en dos argumentos principales. Uno, que es contrario a la dignidad humana no permitir que alguien cuyo fracaso matrimonial ha sido constatado por una sentencia judicial no pueda volver a formar una familia, y dos, que esa solución es también contraria a la igualdad, ya que está en el espíritu constitucional el brindar a quienes son víctimas, aun de sus propios desaciertos, la posibilidad de recomponer su existencia (Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Sejean c/Saks de Sejean*, fallos 308:2268, 27 de noviembre de 1986). La cuestión que nos interesa fue tratada en dos votos concurrentes. Uno de esos votos entendió que establecer la indisolubilidad del vínculo matrimonial sería inconstitucional si implicara imponer la visión católica del matrimonio a quienes no comparten tales creencias, porque la función del legislador no ha de ser la de imponer una moral particular, sino la de buscar un mínimo común denominador social que permita el ejercicio de las diversas creencias religiosas. Pero el solo hecho de que el legislador se haya inspirado en unas creencias específicas o que el contenido de éstas coincida con las de un grupo religioso particular no invalida el contenido de la legislación. Sería necesario además que se trate de la imposición a todos los habitantes de la Nación de los principios de un determinado culto. Esta última consideración era por lo menos dudosa (Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Sejean c/Saks de Sejean*, fallos 308:2268, 27 de noviembre de 1986, voto concurrente del juez Petracchi). En cambio, otro de los votos concurrentes encontró que, además de significar una violación del derecho constitucional a contraer matrimonio, por impedir ejercer el derecho más de una vez, había una violación de la neutralidad religiosa del Estado, por intentar imponer una forma matrimonial proveniente de la doctrina católica (Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Sejean c/Saks de Sejean*, fallos 308:2268, 27 de noviembre de 1986, voto concurrente del juez Bacqué). En otro caso (Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Ignacio Villacampa c/Maria Angélica Almos de Villacampa*, fallos 312:122, 9 de febrero de 1989), la Corte sostuvo que pretender que la legislación civil coincida, respecto de la indisolubilidad del matrimonio, con las pautas de la Iglesia católica no se compecede ni con la separación entre el orden religioso y temporal ni con la libertad religiosa.

114 / Fernando Arlettaz

religión. Las múltiples aristas de esta cuestión pueden ser abordadas, desde nuestro punto de vista, en tres pasos. El primero se refiere a la compatibilidad con la libertad de religión de un matrimonio bajo regulación exclusivamente religiosa o exclusivamente civil. El segundo hace referencia a la compatibilidad de la pervivencia, en la legislación civil, de determinadas características del matrimonio cristiano con esa misma libertad. El tercero, inverso al segundo, lleva a preguntarse por los conflictos con la libertad religiosa que puede suscitar no la pervivencia de rasgos religiosos en el matrimonio civil, sino por el contrario, la secularización de éste.

El primer punto, el de la compatibilidad de los modelos de regulación matrimonial con la libertad de religión, es una cuestión clásica en la disciplina jurídica. ¿En qué medida el establecimiento de un determinado régimen legal del matrimonio puede afectar la garantía de la libertad religiosa? Para que hubiera tal afectación habría que demostrar que la forma de plantear ese régimen legal supone una interferencia con el ámbito de conductas amparado por la libertad religiosa, y que esta interferencia no está justificada.

La de la regulación civil o religiosa del matrimonio es a este respecto una cuestión clásica. Un ordenamiento jurídico que sólo reconociera como válido un matrimonio religioso causaría un perjuicio a todo aquel que no profesara las creencias favorecidas. De hecho, conocemos una sentencia del Tribunal Supremo español en la que se llegó a esta conclusión.²⁵¹

²⁵¹ Una decisión en este sentido puede encontrarse en el Tribunal Constitucional español, en un caso en el que una pareja se vio impedida, por razones de conciencia, de contraer matrimonio. En la STC 180/2001 (17 de septiembre de 2001), el Tribunal Constitucional trató el caso de la conviviente de un ex preso político del régimen franquista que, luego del fallecimiento de éste, pretendía que se le reconociera el derecho a la indemnización que la ley otorgó a los ex presos políticos y a sus cónyuges viudos. El ex preso fallecido (militante del partido comunista) y su conviviente supérstite no habían contraído matrimonio, ya que estando bautizados sólo podían hacerlo por la forma canónica, lo que repugnaba a sus convicciones. El Tribunal Constitucional entendió que el no reconocimiento de la pensión de viudedad a quien no había podido contraer

Debate público, laicidad, libertad religiosa / 115

Las mayores discusiones se plantean con la situación inversa, es decir, la de la existencia de un único matrimonio (el civil) con efectos jurídicos. Esto no sucede en los países anglosajones o escandinavos, en los que el Estado reconoce validez a los matrimonios celebrados por las organizaciones religiosas. Incluso, ésta es la situación en algunos países de tradición católica, como España, donde también se admite esa pluralidad; pero no es el caso de todos, como muestran los ejemplos de Francia o Argentina.

Desde luego, prohibir a las confesiones religiosas la celebración de sus ritos matrimoniales sería contrario a la libertad religiosa. Pero no otorgar efectos jurídicos a esas formas de celebración, ¿es contrario a la libertad religiosa? La doctrina canónico-católica ha desarrollado la tesis de que el ordenamiento jurídico de las organizaciones religiosas es un ordenamiento jurídico primario que, como realidad social, debe ser reconocido por el derecho. No reconocerlo sería aceptar el agnosticismo del Estado: el secularismo sería así equivalente a una forma de confesionalidad.²⁵²

Esta tesis, sin embargo, parece más bien una estrategia para garantizar la pervivencia de una forma de matrimonio ajena a la regulación del Estado secular. Paradójicamente, se hace uso de un concepto nacido en paralelo a los procesos de secularización, el concepto de libertad religiosa, para objetar el régimen jurídico matrimonial nacido de esos mismos procesos. De hecho, como vimos en el capítulo primero, el matrimonio civil significó un paso mayor en la secularización del régimen matrimonial, y se basó en la necesidad del Estado de otorgar un trato igualitario a todas las confesiones religiosas. En este sentido, se puede recordar que el Comité

matrimonio a causa, precisamente, de una violación a su libertad religiosa, implicaba perpetuar tal violación.

²⁵² La teoría apareció, primero, en el contexto de la relación entre la Iglesia católica y el Estado, y se amplió, luego, a las relaciones de este último con otros grupos religiosos. Véase al efecto la obra del canonista español Hervada, Javier, *Elementos de derecho constitucional canónico*, Navarra, Navarra Gráfica, 2001; *Introducción al estudio del derecho canónico*, Pamplona, EUNSA, 2007, y *El ordenamiento canónico: aspectos centrales de la construcción del concepto*, Pamplona, EUNSA, 2008.

116 / Fernando Arlettaz

de Derechos Humanos de las Naciones Unidas entendió que aunque las libertades de conciencia y de religión obligan a permitir tanto la celebración religiosa como la civil, el hecho de que el Estado exija que un matrimonio celebrado según ritos religiosos se celebre, confirme o registre como matrimonio civil no es incompatible con el Pacto.²⁵³ En un sentido parecido conocemos algunos ejemplos de la Corte Suprema de Justicia argentina.²⁵⁴

El segundo aspecto del problema es si la pervivencia de determinadas características del matrimonio cristiano, en el contexto de una sociedad secularizada, se contradice con la libertad de religión de los ciudadanos. La raíz del cuestionamiento se halla en el hecho de que el Estado secular, al regular el régimen familiar, no lo hizo a partir de un sistema de raigambre propiamente secular (por ejemplo, mediante la inclusión en las leyes civiles de un régimen de unión familiar, pacto de solidaridad, o como quiera que se llame), sino que asumió la regulación del matrimonio tal y como existía en su forma cristiana. Posteriormente, ésta se fue transformando. Por tanto, ¿supone alguna violación de la libertad religiosa el hecho de que el matrimonio esté establecido, en la legislación estatal, con carácter indisoluble?, ¿supone alguna violación de la libertad religiosa el hecho de que el matrimonio esté establecido con carácter heterosexual o monogámico?

La respuesta a esas preguntas dependerá de si se considera que la libertad religiosa ampara la realización de aquellas conductas que una tradición religiosa permite, la de aquellas conductas que la tradición religiosa fomenta o sólo la de aquellas conductas que la tradición religiosa define como obligatorias. En este último sentido, y respecto del caso en el que hemos centrado nuestro análisis,

²⁵³ Comité de Derechos Humanos, *Comentario General 22 CCPR/C/21/Rev.1/Add.4*, 1993.

²⁵⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Jacinto Correa*, fallos 53:188 (1893), en donde se decidió que el régimen de matrimonio civil de la ley 2393, que sólo reconocía como forma válida de celebración el matrimonio civil, no era contrario a la libertad religiosa reconocida en la Constitución. Véase también Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Carbonell, Luis Alberto*, fallos 304:1139, 12 de agosto de 1982.

Debate público, laicidad, libertad religiosa / 117

Martha Nussbaum²⁵⁵ señala que es difícil creer que el matrimonio homosexual pueda estar amparado por la cláusula de libre ejercicio de la religión, porque no hay ninguna religión entre cuyos preceptos figure el casarse con otra persona de su mismo sexo. Aunque Nussbaum piensa que las razones de los que se oponen al matrimonio homosexual son infundadas y revelan una animosidad semejante a la que afectó a los mormones o a los católicos estadounidenses en su día (y que también estaba vinculada con razones sexuales); por ende, no es posible decir que el matrimonio homosexual es directamente exigible en virtud de una cláusula constitucional. Inversamente, la Corte Suprema de Justicia argentina sostuvo que la inexistencia de divorcio vincular en la legislación argentina suponía una violación de ciertas libertades constitucionales, aunque no específicamente la libertad religiosa.²⁵⁶

La pregunta tiene relevancia desde el punto de vista religioso en relación con la poligamia. Para algunas tradiciones religiosas, la poligamia es una conducta permitida (en muchas interpretaciones del islam, por ejemplo) o, incluso, puede ser un deber religioso (los mormones la interpretaron así durante algún tiempo). En un caso clásico, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos negó, a fines del siglo XIX, el derecho a la poligamia, incluso siendo, como era en ese momento, considerada como un deber por los mormones.²⁵⁷ Martha Nussbaum,²⁵⁸ aplicando el criterio recién mencionado, ha criticado la sentencia estadounidense.

La cuestión reviste mayor interés vista desde el ángulo inverso; es decir, la utilización de la libertad religiosa no para promover reformas al régimen matrimonial que lo alejen de su matriz cristiana o establecer excepciones a ese matrimonio, sino para proteger a los grupos religiosos frente a estas reformas. Llegamos así al tercer

²⁵⁵ *Liberty of conscience...*, cit., pp. 338-350.

²⁵⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Sejean c/Saks de Sejean*, fallos 308:2268, 27 de noviembre de 1986.

²⁵⁷ Supreme Court of the United States, *Reynolds v. United States*, 98 US 145 (1878).

²⁵⁸ *Liberty of conscience...*, cit., p. 310.

118 / Fernando Arlettaz

aspecto de los que señalamos más arriba, que es particularmente significativo respecto de los matrimonios entre personas del mismo sexo.

La cuestión ha sido objeto de un denso debate teórico en los Estados Unidos. Un primer aspecto de las discusiones académicas fue si la sola aprobación legislativa o judicial del matrimonio entre personas del mismo sexo podría significar una violación de la libertad religiosa.²⁵⁹ De hecho, en los debates en los Estados Unidos, el concepto de libertad religiosa ha sido crecientemente usado por quienes se oponen a las uniones homosexuales.²⁶⁰ Luego, una vez incorporadas las reformas matrimoniales, el debate giró hacia las posibilidades de acomodamiento entre el matrimonio homosexual y la libertad religiosa de comunidades e individuos.²⁶¹

El argumento de ciertos grupos para oponerse al matrimonio entre personas del mismo sexo, o para solicitar un trato particular frente a él una vez aprobado, es que este reconocimiento podría afectar su propia libertad religiosa. Las leyes de reconocimiento de derechos podrían implicar una carga para la libertad de ciertas personas, en particular una carga para la libertad de creencias (religiosas, pero también no religiosas) de esas personas. Desde luego que el solo hecho de que un gobierno apruebe una norma que desagrada a una parte de los ciudadanos no implica una carga en la libertad de esos ciudadanos. Para que exista tal carga hace falta

²⁵⁹ Véanse los trabajos de Messner, Thomas, *Same-Sex Marriage and the Threat to Religious Liberty*, Heritage Found, 2008, en <http://www.heritage.org/Research/Reports/2008/10/Same-Sex-Marriage-and-the-Threatto-Religious-Liberty>; Dent, George W. Jr., "Civil Rights for Whom? Gay Rights v. Religious Freedom", *Kentucky Law Journal*, núm. 95, 2007; Severino, Roger, "Or for Poorer? How Same-Sex Marriage Threatens Religious Liberty", *Harvard Journal of Law and Public Policy*, núm. 30, 2007.

²⁶⁰ Arana, 2009, p. 19.

²⁶¹ Véanse los trabajos de Koppelman, Andrew, "You Can't Hurry Love: Why Anti-discrimination Protections for Gay People Should Have Religious Exemptions", *Brooklyn Law Review*, núm. 72, 2006; Laycock, Douglas et al., *Same-Sex Marriage and Religious Liberty: Emerging Conflicts*, Londres, Rowman and Littlefield Publishers, 2008; Lupu, Ira y Tuttle, Robert, "Same-Sex Equality and Religious Freedom", *Northwestern Journal of Law and Social Policy*, núm. 5-2, 2010; Laycock, Douglas y Berg, Thomas C., "Protecting Same-Sex Marriage and Religious Liberty", *Virginia Law Review Online*, núm. 99, 2013.

Debate público, laicidad, libertad religiosa / 119

algo más: que la norma obligue a actuar, o a no actuar, a esos ciudadanos de una determinada manera.

Así planteado el problema, resultaría entonces que ya no es posible salir del paso diciendo simplemente que este tipo de transformaciones amplían la libertad de unos sin limitar la libertad de otros. En este sentido, podría potencialmente existir una limitación de la libertad religiosa de ciertas personas. El eje del problema se desplaza: no se trata ya sólo de decir que no hay afectación de la libertad, sino de definir bajo qué condiciones esa afectación de la libertad puede estar justificada.

Los agravios que podrían aparecer para la libertad religiosa pueden agruparse en diferentes categorías.²⁶² Por nuestra parte, señalaremos las cuatro siguientes.

En primer lugar se podría ver afectada la libertad de las comunidades religiosas para decidir qué matrimonios van a celebrar y qué matrimonios no. Esta preocupación aparece en aquellos sistemas en donde los matrimonios religiosos tienen reconocidos efectos jurídicos en el ordenamiento estatal. Allí, la legislación podría establecer expresamente que no sólo el matrimonio civil está abierto a las parejas homosexuales, sino también el matrimonio religioso (de hecho, éste ha sido el caso de algunos Estados cuyas iglesias nacionales están sometidas al control del parlamento), o podría interpretarse implícitamente que por motivos de no discriminación las iglesias estarían también obligadas a celebrar el nuevo tipo de matrimonio. En cambio, el problema no se presenta en los países que sólo aceptan los efectos jurídicos del matrimonio civil, ya que allí la apertura del matrimonio a las parejas homosexuales sólo se ha referido a ese matrimonio, y no a los matrimonios que (sin efectos jurídicos) celebran las organizaciones religiosas. El problema tampoco se presenta en aquellos

²⁶² Véase, por ejemplo, Lupu, Ira y Tuttle, Robert, "A Clash of Rights? Gay Marriage and the Free Exercise of Religion. Interview by David Masci", *Pew Research Center's Forum on Religion and Public Life*, 2009, en <http://www.pewforum.org>, y "Same-Sex Equality...", *cit.*

120 / Fernando Arlettaz

países que aceptan tanto la celebración civil como la religiosa como productora de efectos jurídicos, y el matrimonio homosexual se ha limitado a la primera forma de celebración.

En segundo lugar, y respecto específicamente del matrimonio civil, surge otro problema relacionado con la eventual oposición de los funcionarios civiles individuales a tal celebración, por motivos de conciencia. En algunos países se ha admitido que en estos casos los funcionarios públicos podrían ejercitar objeciones de conciencia. En otros, en cambio, se ha negado expresamente esa posibilidad.

En tercer lugar podría pensarse que existe una eventual violación de la libertad religiosa, porque las organizaciones religiosas que otorgan beneficios a las personas casadas se verían obligadas a otorgarlos también a los matrimonios entre personas del mismo sexo. Por ejemplo, la equiparación del matrimonio entre personas del mismo sexo al matrimonio entre personas de sexo diferente podría generar una carga en instituciones religiosas que intervienen en procesos de adopción de menores, y que se verían obligadas a tratar a los matrimonios heterosexuales y a los matrimonios homosexuales de la misma manera en contra de sus convicciones.²⁶³ También en algunos lugares se han reconocido excepciones a favor de las organizaciones religiosas en estos casos.

Finalmente, en cuarto lugar, la regulación podría impactar en la actividad privada, imponiendo obligaciones de no discriminación. Por ejemplo, los empleadores se verían obligados a otorgar permisos en caso de matrimonio de alguno de sus empleados con una persona del mismo sexo, o en caso de enfermedad del cónyuge homosexual de alguno de sus empleados. Los promotores de la reforma admiten que efectivamente ella impone obligaciones de igualdad de trato, porque la ley no protege el derecho a dar trato diferente a quienes según la ley se encuentran en situaciones iguales (matrimonios heterosexuales y homosexuales) por parte de

²⁶³ Feldblum, Chai R., "Moral Conflict and Liberty: Gay Rights and Religion", *Brooklyn Law Review*, núm. 72-1, 2006.

Debate público, laicidad, libertad religiosa / 121

quienes realizan actividades privadas, ya que quien entra en el mercado como empleador o vendedor ve limitado su derecho a la libertad religiosa. A diferencia de lo que sucede cuando las implicadas son directamente organizaciones religiosas, aquí es más difícil que se admita legislativa o judicialmente la posibilidad de excepciones a favor de los simples particulares que no quieren dar a los matrimonios homosexuales el mismo trato que dan a los heterosexuales.

Como hemos ido señalando, algunos conflictos con la libertad de religión podrían ser superados mediante el reconocimiento de una excepción de conciencia a favor de quienes creen ver su libertad religiosa amenazada. La tradición jurídica anglosajona es propicia a reconocer situaciones de excepción, en particular basadas en cuestiones de conciencia. Los defensores del multiculturalismo anglosajón, como Tariq Modood,²⁶⁴ defienden la objeción de conciencia en casos como éste. Lo mismo sucede en los países escandinavos. La tradición continental, en cambio, es más reticente a este tipo de compromisos.

La situación es diferente según se trate de países en los que tanto el matrimonio bajo forma civil como el matrimonio bajo forma religiosa tienen efectos jurídicos reconocidos por el Estado, o de países en los que sólo se reconocen efectos jurídicos al matrimonio celebrado bajo la forma civil.

Respecto de los primeros, es interesante señalar cómo los países de tradición anglosajona han reconocido, en mayor o menor medida, excepciones a favor de las organizaciones religiosas.

En los Estados Unidos, todas las leyes locales que permiten el matrimonio entre personas del mismo sexo conceden a las comunidades religiosas la potestad de decidir si celebran o no tales matrimonios. Algunas van más allá y permiten, en otros campos, a las comunidades religiosas tratar a los matrimonios homosexuales de

²⁶⁴ Modood, Tariq, "Moderate Secularism, Religion as Identity and Respect for Religion", *The Political Quarterly*, núm. 81-1, 2010, p. 8.

122 / Fernando Arlettaz

modo diferente a los matrimonios heterosexuales.²⁶⁵ Es difícil prever cuál puede ser la decisión de la Corte Suprema si la cuestión llega a sus estrados. Dado que la primera enmienda protege sólo frente a leyes que implican una carga específica en las conductas religiosas, parece que de los casos reseñados más arriba es la objeción a la celebración de los matrimonios la que tendría más oportunidades de éxito.²⁶⁶

En el caso de Canadá, aunque la Corte Suprema decidió que el Parlamento no tenía competencia para establecer legalmente un derecho a la objeción de conciencia de quienes estaban obligados a celebrar los matrimonios entre personas del mismo sexo (ya que

²⁶⁵ Véase Lupu, Ira y Tuttle, Robert, "Same-Sex Equality...", *cit.* En los Estados Unidos, varias leyes locales que reconocen el matrimonio homosexual establecen excepciones para las organizaciones religiosas. Aquí algunos ejemplos: en Vermont, la ley establece que los ministros religiosos no están obligados a celebrar matrimonios homosexuales; que las organizaciones religiosas tienen el derecho a rechazar el uso de sus locales para la celebración de matrimonios homosexuales, y que las organizaciones religiosas de asistencia tienen el derecho de no dar sus prestaciones a las parejas homosexuales, si sus convicciones religiosas se lo impiden, siempre que sus fuentes de financiación sean exclusivamente privadas. La Ley de Connecticut incluye las mismas excepciones, y agrega el derecho de las organizaciones religiosas de adopción a negar sus servicios a las parejas homosexuales, salvo si las organizaciones están financiadas con fondos estatales o federales. La ley de New Hampshire tiene una disposición que establece que ninguna organización religiosa o de asistencia vinculada a una organización religiosa está obligada a celebrar o proveer servicios a matrimonios que considera contrarios a sus creencias. Los ministros religiosos u otras personas autorizadas no pueden ser obligados a celebrar matrimonios en contra de sus convicciones religiosas. También las organizaciones de asistencia pueden negarse a considerar matrimonio a las uniones homosexuales, siempre que sus fuentes de financiación sean exclusivamente privadas. La ley del distrito de Columbia contiene cláusulas semejantes. La ley de Maine también contiene una cláusula que resguarda las doctrinas religiosas en materia de matrimonio, estableciendo en particular que los ministros celebrantes no están sujetos a sanciones por negarse a celebrar bodas homosexuales. También la ley de Nueva York permite que las organizaciones de beneficencia y las organizaciones religiosas no sean obligadas a dar alojamiento, ventajas, facilidades o privilegios en relación con la celebración de un matrimonio. Les permite también a las organizaciones religiosas limitar el acceso al empleo u otros beneficios que ellas otorguen, a las personas que pertenezcan a la propia religión o que por su conducta promuevan los principios en los que se basa esa religión. Sobre este último caso puede verse Dickson, Christopher W., "Inseparability, Religious Exemptions, and New York's same-Sex Marriage Law", *Cornell Law Review*, núm. 98, 2012.

²⁶⁶ Lupu, Ira y Tuttle, Robert, "A Clash of Rights?...", *cit.*

Debate público, laicidad, libertad religiosa / 123

la regulación de las formalidades de celebración corresponde a las provincias), sí sostuvo que tal derecho surgía de la *Canadian Charter of Rights and Freedoms* en cuanto garantiza la libertad de conciencia.²⁶⁷ Una vez aprobada la ley federal que permite el matrimonio homosexual, se incluyeron excepciones a favor de la libertad religiosa. Según la disposición, ninguna persona u organización puede ser sancionada o privada de ningún beneficio por su ejercicio, en relación con el matrimonio entre personas del mismo sexo, de su libertad religiosa, así como por afirmar, con base en la misma libertad, su convicción de que el matrimonio consiste en la unión de dos personas de sexo diferente.²⁶⁸ De este modo quedan amparados no sólo las organizaciones religiosas, sino también los funcionarios estatales encargados del matrimonio civil.

En el Reino Unido, la ley también incluyó una cláusula según la cual nadie puede ser compelido a conducir una celebración, estar presente, participar en una celebración matrimonial o consentir una celebración matrimonial entre personas del mismo sexo, así como a tomar parte o no tomar parte en determinados actos relativos a matrimonios entre personas del mismo sexo. La excepción se aplica a las organizaciones religiosas, pero están expresamente excluidos de ella los funcionarios del registro civil.²⁶⁹ Los cánones de la Iglesia de Inglaterra, que es la iglesia oficial en una parte del Reino Unido, no fueron modificados, de modo que aunque esta Iglesia tiene una obligación legal de celebrar matrimonios, éstos son sólo los matrimonios entre personas de distinto sexo.²⁷⁰

Según la Corte Constitucional de Sudáfrica, permitir que las parejas homosexuales puedan tener el mismo estatus, los mismos derechos y las mismas responsabilidades que la ley reconoce a las

²⁶⁷ Supreme Court of Canada, *Reference re same-sex marriage*, 2004 SCC 79 (9 de diciembre de 2004).

²⁶⁸ The Civil Marriage Act (20 de Julio de 2005).

²⁶⁹ The Marriage (Same Sex Couples) Act (17 de julio de 2013).

²⁷⁰ The Church of England, *Same sex marriage and the Church of England. An explanatory note*, 2013.

124 / Fernando Arlettaz

parejas heterosexuales no es inconsistente con el derecho de las organizaciones religiosas a negarse a celebrar matrimonios entre personas del mismo sexo. Por otra parte, según la misma Corte, el principio del acomodamiento razonable podría ser aplicado para asegurar que los oficiales del Estado que celebran matrimonios civiles puedan negarse a hacerlo en el caso de parejas homosexuales, si esto vulnera su conciencia.²⁷¹ La ley que se aprobó con posterioridad a la sentencia de la Corte permite que las instituciones religiosas y los funcionarios civiles individualmente considerados puedan negarse a officiar las ceremonias.²⁷²

En Nueva Zelanda, la ley que autorizó el matrimonio entre personas del mismo sexo dispuso que ningún ministro religioso o representante de una organización aprobada está obligado a celebrar un matrimonio que contraviene las creencias religiosas o humanísticas de su comunidad religiosa u organización.²⁷³

En Australia, la ley de Canberra que introdujo el matrimonio entre personas del mismo sexo autorizó a los ministros religiosos a celebrar las bodas, pero no estableció una obligación al respecto.²⁷⁴

De modo semejante a los países de tradición anglosajona, los países escandinavos (en los que también se reconocen efectos jurídicos tanto a los matrimonios celebrados civilmente como a los celebrados bajo forma religiosa) establecieron ciertas cláusulas de resguardo a favor de las organizaciones religiosas.

Según la legislación noruega, las iglesias pueden celebrar matrimonios entre personas del mismo sexo, pero no están obligadas a hacerlo.²⁷⁵ Como la Iglesia luterana de Noruega, que es la iglesia

²⁷¹ Constitutional Court, *Minister of Home Affairs and Another v Fourie and Another*, CCT 60/04 (1o. de diciembre de 2005).

²⁷² No. 17 of 2006, *The Civil Union Act* (29 de noviembre de 2006).

²⁷³ *Marriage (Definition of Marriage) Amendment Act 2013* (13/20) (19 de abril de 2013).

²⁷⁴ *Marriage Equality (Same Sex) Act A2013-39* (7 de noviembre de 2013). Véase el informe *Marriage equality and religion* de la asociación Australian Marriage Equality, en <http://www.australianmarriageequality.com>.

²⁷⁵ ACT-LOV-2008-06-27-53 (27 de junio de 2008).

Debate público, laicidad, libertad religiosa / 125

oficial, está dividida sobre la materia, y ha autorizado a cada congregación a decidir si celebra o no celebra bodas homosexuales.

Algo parecido sucede en Suecia, donde la ley autorizó, pero no obligó, a las confesiones religiosas a celebrar bodas homosexuales.²⁷⁶ La Iglesia luterana de Suecia, la más importante del país y antigua iglesia oficial, ha aceptado celebrar estas bodas, aunque ha permitido que los pastores individuales puedan negarse a hacerlo.

La ley islandesa tampoco obliga a las organizaciones religiosas a celebrar matrimonios homosexuales. De hecho, esta ley contiene una disposición expresa por la que autoriza a la Iglesia luterana de Islandia (iglesia oficial) a no tales bodas.²⁷⁷

El caso de Dinamarca es diferente, ya que aquí fue la propia ley estatal la que obligó a la Iglesia luterana de Dinamarca, iglesia oficial, a celebrar matrimonios homosexuales. Sin embargo, los pastores individuales pueden rehusarse a celebrar la boda.²⁷⁸

En aquellos países de tradición continental que reconocen la validez de los matrimonios celebrados bajo forma civil y religiosa, no se ha obligado a ninguna organización religiosa a celebrar matrimonios entre personas del mismo sexo. Los debates más importantes aquí han girado en torno al derecho de los funcionarios civiles de eximirse de la celebración por razones de conciencia.

En España, el Tribunal Constitucional ha rehusado pronunciarse sobre el tema por razones formales relativas a los pedidos que se le presentaron.²⁷⁹

²⁷⁶ Äktenskapsfrågor (10. de abril de 2009).

²⁷⁷ *Frumvarp til laga um breytingar á hjúskaparlögum og fleiri lögum og um brottfall laga um staðfesta samvist (ein hjúskaparlög)* (11 de junio de 2010).

²⁷⁸ Ley del 7 de junio de 2012.

²⁷⁹ Después de la entrada en vigor de la ley que permitió el matrimonio entre personas del mismo sexo se presentaron cuestiones de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, que las rechazó por razones formales. El Consejo General del Poder Judicial se pronunció en contra (acuerdo del 22 de noviembre de 2006), por entender que el principio de legalidad impide que un juez deje de aplicar el derecho por ser contrario a su conciencia. Los especialistas jurídicos están divididos al respecto: a favor de la posibilidad de invocar la objeción de conciencia en el derecho español se encuentran en Navarro-Valls, Rafael, "La objeción de conciencia a los matrimonios entre personas del

126 / Fernando Arlettaz

La ley portuguesa que autorizó las bodas homosexuales no incluyó ninguna excepción de conciencia.²⁸⁰

El Consejo Nacional de Justicia de Brasil, en vistas de la sentencia que autorizó el matrimonio homosexual, ordenó que las autoridades competentes intervinieran en la celebración de matrimonios entre personas del mismo sexo o en la conversión de las uniones estables en matrimonio, prohibiéndoles excusarse en estos casos.²⁸¹

En los países en los que sólo se reconocen efectos al matrimonio civil, la tendencia general es a negar la posibilidad de las objeciones de conciencia de los funcionarios civiles.

Así, el Consejo Constitucional francés decidió que no existe un derecho a la objeción de conciencia que ampare a los funcionarios del registro civil que quieran negarse a celebrar matrimonios entre personas del mismo sexo.²⁸²

Las normas relativas al matrimonio homosexual en Argentina, México y Uruguay no incluyen cláusulas de objeción de conciencia para los funcionarios estatales. No tenemos conocimiento de la existencia de pronunciamientos judiciales de las altas instancias jurisdiccionales en este sentido. En general, sí existen movimientos, como plataformas religiosas, que exigen el reconocimiento de esta objeción.²⁸³

En Argentina tenemos conocimiento de un caso de objeción de conciencia relacionado con el carácter indisoluble del matrimonio. Eran los propios contrayentes los que pretendían que al celebrar su matrimonio se incluyera una cláusula que lo declarara indisoluble,

mismo sexo", *Persona y Derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y Derechos Humanos*, núm. 53, 2005; Martínez-Torrón, Javier, "Las objeciones de conciencia de los católicos", *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 9, 2005. En cambio, en contra tenemos a Celador Angón, Oscar, *op. cit.* Véanse también Cañamares Arribas, Santiago, "El reconocimiento jurídico...", *cit.*, y Barrero Ortega, Abraham, *op. cit.*

²⁸⁰ Decreto no. 9/XI, da Assembleia da República (18 de mayo de 2010).

²⁸¹ Conselho Nacional de Justiça, Resolução 175 (14 de mayo de 2013).

²⁸² Conseil Constitutionnel, Décision núm. 2013-353 QPC (18 de octubre de 2013).

²⁸³ Para el caso de México, véase Sierra Madero, Dora María, *La objeción de conciencia en México*, México, UNAM, 2012.

Debate público, laicidad, libertad religiosa / 127

en contra de la ley argentina que prohíbe la renuncia anticipada al divorcio. La respuesta de la Corte Suprema de Justicia fue negativa.²⁸⁴

El caso guarda cierta similitud con el planteamiento hecho ante la Corte de Arbitraje de Bélgica. Ante la reforma que permitió el matrimonio homosexual, se alegaba la violación de la libertad religiosa de quienes querían contraer matrimonio religioso, ya que estaban obligados a celebrar previamente matrimonio civil, y dado que este matrimonio también estaba abierto a parejas homosexuales, vulneraba su libertad religiosa por hacerlos entrar en una institución que no comparten. La Corte de Arbitraje dijo que no podía pronunciarse sobre este punto, porque era la propia Constitución la que establecía que el matrimonio civil debe preceder a cualquier bendición nupcial religiosa.²⁸⁵

Tanto en el caso argentino como en el caso belga las reclamaciones de los interesados suenan un tanto extravagantes. En efecto, no se aprecia qué violación de la libertad puede existir en una norma que no obliga a nada: ni los reclamantes argentinos se veían obligados a divorciarse si no querían hacerlo, ni los reclamantes belgas se veían obligados a casarse con un contrayente de su mismo sexo si no querían hacerlo.

²⁸⁴ Puede citarse un caso relativo a una objeción planteada hace unos años, por los propios contrayentes, al carácter disoluble del matrimonio. Se pedía que se declarara que la libertad religiosa implicaba un derecho a que el régimen civil incorporara ciertos caracteres (en el caso, el de la indisolubilidad) propios del matrimonio en una confesión religiosa. La respuesta del máximo tribunal argentino fue negativa: consideró que el hecho de que una norma del código civil prohibiera renunciar anticipadamente a la posibilidad de pedir el divorcio vincular en nada afectaba la conciencia de los contrayentes, porque nada impedía que los contrayentes se abstuvieran, durante toda su vida, de pedir el divorcio, y cumplieran de este modo el mandato de su confesión (Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Sisto, Verónica y Franzini, Martin s/información sumaria*, S 526 XXVI [5 de febrero de 1998]). Un solo voto disidente encuadró el caso como una objeción de conciencia e hizo lugar al reclamo (Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Sisto, Verónica y Franzini, Martin s/información sumaria*, S 526 XXVI [5 de febrero de 1998], voto concurrente del juez Boggiano). Sin embargo, difícilmente puede en el caso hablarse de objeción de conciencia, porque el ordenamiento jurídico no impone ninguna conducta frente a la cual se puedan invocar razones de conciencia.

²⁸⁵ Cour d'arbitrage, Arrêt 159/2004 (20 de octubre de 2004).

128 / Fernando Arlettaz

Para finalizar este apartado sólo señalaremos que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sostenido que no es posible encontrar en el Convenio una objeción de conciencia implícita que permita a las personas encargadas del registro civil negarse a celebrar uniones civiles entre personas del mismo sexo.²⁸⁶

Cada uno de los aspectos de la libertad religiosa que hemos mencionado podría dar de sí para un estudio autónomo. Nuestra intención, sin embargo, ha sido mostrar las tensiones que produce la secularización del régimen matrimonial en relación con esta libertad. Sólo nos resta insistir en que nuevamente pueden señalarse aquí las diferentes variaciones que resultarán de la aplicación de un secularismo fuerte o un secularismo débil en la interpretación de la libertad de la que hablamos, como variantes generales en la interpretación de la libertad pública en relación con cada uno de los casos mencionados.

2. Argumentos religiosos y razón pública

Como ya sabemos, la secularización, en tanto proceso de diferenciación funcional de esferas sociales, afectó al ámbito del derecho y de las instituciones políticas, y se plasmó jurídicamente en el principio de neutralidad estatal. Este principio se aplica a las actividades del Estado secular, es decir, incide sobre la esfera pública estatal. Una cuestión diferente es si la misma exigencia de neutralidad religiosa es aplicable también a la esfera pública no estatal. En otras palabras, si es aplicable a los ciudadanos particulares (entendiendo por tales aquellos que no actúan como agentes del Estado) cuando ingresan en la esfera pública. De esto nos ocupamos en este apartado.

²⁸⁶ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Eweida y otros c/Reino Unido*, 15 de enero de 2013.

A. *Religión, teoría política y esfera pública*

Según buena parte de la teoría política moderna, los debates políticos en el seno de las democracias tienen la función de conformar una razón pública, sobre la cual se asientan las decisiones colectivas de la organización social. El lugar de estos debates es la esfera pública no estatal, ámbito de discusión de las decisiones públicas. La participación política de todos es teóricamente incentivada por la estructura democrática, de modo que ella admite, en principio, todo tipo de actores. Esto incluye, desde luego, a los individuos creyentes que se identifican como tales en el ámbito público, así como a las organizaciones religiosas.

Sin embargo, esta misma teoría político-democrática ha propiciado la introducción de algunas distinciones respecto del tipo de argumentos soportables por el debate público. En concreto, el nudo del problema se sitúa en saber si la secularización del ámbito estatal, como parte de los procesos de diferenciación de lo religioso y lo jurídico-político que ya hemos reiterado en varias ocasiones, lleva también a una necesaria secularización de la discusión pública.

Parece tal vez más relevante abordar este punto no tanto como una cuestión (descriptiva) respecto de la secularización de la esfera pública abierta al debate democrático, sino más bien como una cuestión (descriptiva) de secularización de la teoría política. En efecto, las perspectivas políticas que mencionaremos aquí, en general, se plantean no como un intento de mostrar cómo funciona la esfera pública: no tienen una pretensión descriptiva de la esfera pública, sino más bien normativa sobre ella. De este modo, adoptando una perspectiva interna a esas teorías, podríamos colocarnos en el ámbito de lo normativo y preguntarnos sobre la legitimidad de las razones no seculares en los debates públicos democráticos. Aquí, en cambio, adoptaremos una perspectiva externa respecto de esas teorías, describiéndolas como un caso más de secularización por diferenciación: la secularización de la teoría política referida a la esfera pública democrática.

130 / Fernando Arlettaz

Así como en el capítulo anterior hemos adoptado un punto de vista descriptivo sobre el accionar de las organizaciones religiosas frente a la cuestión de las uniones homosexuales, en este apartado adoptaremos el mismo punto de vista descriptivo para aproximarnos al contenido de sus intervenciones, confrontándolas con algunos elementos de la teoría político-contemporánea que les conciernen. De este modo, intentamos un abordaje que permita la clarificación de las posturas de unos y otros, ubicándolas en el contexto más general de determinadas corrientes políticas. Igualmente, buscamos desentrañar algunas implicaciones de los posicionamientos de las comunidades religiosas, confrontándolas con algunos elementos tomados de ciertas corrientes de pensamiento político.

Aproximarse a las razones dadas por las organizaciones religiosas para su posicionamiento público permite calibrar el desarrollo del conflicto religioso en relación con las tensiones generadas por una creciente secularización del derecho. El debate democrático encauza la confrontación de modo no violento, de manera que el intercambio de puntos de vista, y la aceptación posterior de la victoria o la derrota del propio punto de vista por la aplicación de los procedimientos democráticos, representan un sucedáneo de las antiguas luchas religiosas.

La solución democrática de las grandes controversias sobre el contenido del derecho, de las que el caso del matrimonio es uno de los mejores ejemplos, se hace a partir de la ficción de la primacía del principio mayoritario, resguardando así la paz social. El grupo perdedor no sólo tiene el consuelo de haber disfrutado de una justa oportunidad de hacer prevalecer su punto de vista, sino que también, en razón de que las disputas democráticas nunca quedan completamente cerradas, tiene la posibilidad de pedir un cambio más adelante.²⁸⁷

El caso del matrimonio entre personas del mismo sexo, como ámbito de discusión y conflicto acerca de la secularización del de-

²⁸⁷ Miller, Robert, "Same-sex marriages, the courts, and the people", *First Things*, 12 de junio de 2008.

Debate público, laicidad, libertad religiosa / 131

recho, sirve como campo de prueba para verificar la aceptabilidad de argumentos y razones en la esfera pública no estatal, en función de diferentes teorías políticas (más o menos marcadas por un intento secularizador).

Para una perspectiva secularista fuerte, en la teoría política no son admisibles las razones religiosas como argumentos en los debates públicos. Dentro de esta categoría puede distinguirse un secularismo sustantivo que excluye las razones religiosas, porque cree que una opción secular sirve a valores sustantivos, como la autonomía o la igualdad. Por otro lado, hay un secularismo de segundo orden (en el sentido de que no se justifica por sí mismo), que legitima el recurso al secularismo en tanto sirve o es el resultado de mecanismos procedimentales. Si queremos poner la cuestión en términos de corrientes teóricas, podemos decir que en la primera categoría podrían situarse varios autores de la corriente republicana, mientras que la segunda es la propuesta de los liberales clásicos.

Otros liberales admiten los argumentos religiosos, ya sea como refuerzo de los argumentos seculares o traducidos a lenguaje secular (por ejemplo, la igual dignidad de las criaturas como hijos de Dios puede traducirse en términos de dignidad humana). Usando nuevamente nuestra distinción, podríamos decir que estamos aquí frente a un secularismo débil. Finalmente, un tercer grupo de liberales, junto con algunos autores comunitaristas, admiten la legitimidad de los argumentos religiosos, sin más, en la construcción de la esfera pública.²⁸⁸

B. *Los argumentos sobre el matrimonio*

La primera cuestión que surge es si resulta legítimo hacer uso de argumentos explícitamente religiosos para promover determinadas decisiones públicas. Veámoslo a partir del caso del matrimonio. Un ejemplo claro del uso del lenguaje religioso para la defensa de la

²⁸⁸ Sobre este tema, véase Arlettaz, Fernando, "Paternalismo jurídico y convicciones religiosas", *Ius et Praxis*, núm. 19-1, 2013.

132 / Fernando Arlettaz

propia postura en esta materia es la de decir simplemente que, según la propia concepción religiosa del matrimonio, éste es la unión de un hombre y una mujer. Así, por ejemplo, se invoca la autoridad del libro del Génesis para justificar el carácter heterosexual del matrimonio. Éste ha sido el argumento de algunas iglesias protestantes. La Iglesia católica y otras iglesias protestantes han utilizado también estos argumentos, pero internamente (es decir, como argumentos dirigidos a sus fieles y no a todos los ciudadanos). Obviamente, el uso de estos argumentos de modo interno tiene una lógica diferente de la que aquí analizamos en relación con el proceso político-público.

Desde una concepción secularista de la esfera pública, este tipo de argumentos sería inaceptable por ser expresión de una fe religiosa no compartida por todos los ciudadanos. No es lícito, para una tal concepción secularista, recurrir a argumentos religiosos que no resultan comprensibles por todos. Martha Nussbaum²⁸⁹ propone un modo de analizar los argumentos del debate sobre las uniones homosexuales en relación con las ideas religiosas que involucran y con su admisibilidad en el lenguaje público. En primer lugar, hay que preguntarse si los argumentos verdaderamente pueden servir para justificar la restricción del matrimonio con la exclusión de las parejas homosexuales, o si, por el contrario, representan sólo actitudes de rechazo moral o religioso. En efecto, un razonamiento puede expresar una repugnancia moral o religiosa hacia las prácticas homosexuales, pero no tener el alcance necesario para justificar un punto de vista legal. En segundo lugar, hay que saber si los argumentos están formulados de modo que puedan ser comprendidos por todos, o si están formulados en el lenguaje doctrinal de un grupo religioso particular. Finalmente, procede inquirir sobre la compatibilidad de los argumentos con los valores de la tradición constitucional en la que se enmarcan. La propuesta de Nussbaum es coherente con un liberalismo neutralista en cuanto sólo resultarían decisivos en el debate los argumentos seculares, o los que pue-

²⁸⁹ "A Right to Marry?", *California Law Review*, núm. 98-3, 2010, pp. 678 y 679.

Debate público, laicidad, libertad religiosa / 133

dan ser traducidos al lenguaje secular, y que además puedan ser generalmente aceptados por cualquier interviniente en el debate.

Los críticos de la restricción secular del lenguaje público consideran que no hay razón para aceptar esta regla, ya que los ciudadanos sin convicciones religiosas entran en la esfera pública del mismo modo que los ciudadanos religiosos: ambos llegan con una base de creencias que sostienen por una variedad de razones, ya sea que las hayan comprobado personalmente o que estén basadas en la opinión de autoridades de las que no dudan. Como afirma Francis Beckwith,²⁹⁰ las disposiciones que restringen la libertad de las parejas homosexuales para casarse sobre la base de argumentos religiosos estarían en el mismo nivel que la restricción de libertad que resulta de la aprobación del matrimonio entre personas del mismo sexo por razones no religiosas, y que hace que una organización católica que actuaba en el campo de la adopción decida retirarse de él para no verse obligada a dar niños en adopción a parejas homosexuales.²⁹¹

Un secularista podría responder que las situaciones planteadas no son equivalentes. En primer lugar, los argumentos no religiosos tal vez no son aceptados por los ciudadanos religiosos, pero al menos son comprensibles por ellos, en la medida en que se trate de argumentos racionales. En segundo lugar, en el ejemplo no hay propiamente una restricción de la libertad de la organización religiosa católica. Ésta decide voluntariamente dejar de actuar en un determinado campo, porque no está de acuerdo con las reglas que el Estado impone para ello.

Una forma de argumentación diferente puede ser la de llevar la discusión al terreno de la moral. De esta manera, se puede rechazar

²⁹⁰ "Same-Sex Marriages and the End of Justificatory Liberalism", *First Things*, 10 de diciembre de 2008, 2009.

²⁹¹ Francis Beckwith es un profesor universitario estadounidense, de convicciones evangélicas y católicas, activo oponente a la protección jurídica de las uniones homosexuales. Él critica lo que denomina *justificatory liberalism* de Rawls y Nussbaum. Véase también Beckwith, Francis J., "Legal Neutrality and Same-sex Marriage", *Philosophia Christi*, núm. 7-1, 2005, y "Marriage, Sex, and the Jurisprudence of Skepticism", *Philosophia Christi*, núm. 7-1, 2005.

134 / Fernando Arlettaz

la adopción de una determinada decisión pública por su carácter inmoral, porque fomenta conductas inmorales o algo por el estilo. Inversamente, podría promoverse la adopción de una decisión pública, basándose en que ella promueve la moralización de la sociedad o de los individuos.

Apliquemos este criterio a nuestro caso. El rechazo de la regulación del matrimonio homosexual puede provenir del carácter inmoral que se atribuye a las relaciones homosexuales. Según esta perspectiva, la ley civil no puede promover actos moralmente reprochables y los actos homosexuales son moralmente reprochables. La doctrina católica y algún sector de la protestante sostienen que la actividad homosexual es moralmente desordenada. Para esto se basa en la Sagrada Escritura y en la tradición eclesiástica, pero también en argumentos racionales: la actividad homosexual es contraria a la ley natural, porque cierra el paso al don de la vida, además de no implicar una verdadera complementariedad afectiva y sexual. Si bien es cierto que para la doctrina católica, la ley civil no ha de abarcar todo el espectro de la ley moral natural (en otras palabras, no es necesario que todo aquello que es moralmente malo, según la ley natural, sea al mismo tiempo ilícito, según la ley civil), es cierto también que la ley civil no puede promover actos contrarios a la ley moral. Por ello, es necesario distinguir entre el comportamiento homosexual como conducta privada, y el mismo comportamiento como público, legalmente previsto, aprobado y convertido en una institución del ordenamiento jurídico. El Estado puede tolerar lo primero,²⁹² pero no puede promover lo segundo.

Plantear la cuestión en términos de moral general, evitando de este modo una argumentación en el campo de la moral teológica, implica un esfuerzo de parte de las comunidades religiosas por traducir su concepción religiosa de la vida a términos seculares. Nó-

²⁹² Al menos como mal menor. Véase la interpretación de Pope, Stephen J., "Argumentos del magisterio contra los «matrimonios homosexuales»: un análisis ético y crítico", *Selecciones de Teología*, núm. 180, 2006, p. 344. No hay que olvidar, además, que la ley tiene una función pedagógica.

tese bien el alcance de este argumento: se rechaza el matrimonio homosexual no por ser contrario a la propia concepción religiosa del mundo, sino por ser contrario a una moral natural que se estima aceptable por todos.

El rechazo a la “traducción” secular del argumento religioso puede adoptar dos formas. La primera es atacar caso por caso las traducciones seculares, argumentando que están mal formuladas, porque el argumento presuntamente racional sigue exigiendo, para su comprensión, la aceptación de una fe religiosa. Esta crítica de los sectores secularistas significa imputar a la contraparte religiosa que el uso del lenguaje moral que está haciendo es una mala traducción de los argumentos religiosos a términos seculares, sin objetar que el mecanismo de traducción en sí mismo pueda ser utilizado. En otras palabras, que sólo se ha disfrazado el argumento religioso mediante una mala traducción y que por ello éste sigue siendo en esencia un argumento confesional. Esta forma de rechazo debería ser contraargumentada caso a caso.²⁹³

La segunda forma de rechazo consiste simplemente en decir que ninguna traducción es aceptable. Es la posición de los secularistas fuertes. Pueden señalarse, a su vez, algunas variantes de esta forma de rechazo.

La primera variante es no admitir la traducción de argumentos religiosos a un lenguaje moral, porque se cree que este segundo

²⁹³ Volviendo a la perspectiva de los actores que abordamos en el capítulo anterior, no deja de ser significativo que el uso de argumentos pretendidamente comprensibles sobre una base racional por parte de los grupos religiosos manifiesta también una secularización del discurso de las iglesias. De hecho, como se ha señalado para el caso estadounidense en una caracterización que podría extenderse más allá de él, la participación religiosa en los debates no fue estructurada en torno a las antiguas categorías teológicas y jurídicas (como fornicación o sodomía), sino a partir de las reivindicaciones políticas de los grupos homosexuales. De hecho, el mismo concepto de homosexualidad (que aparece a fines del siglo XIX) se constituye socialmente en el momento en el que el proceso de secularización social y político se acelera. Durante el siglo XX, mientras que la medicina y el derecho consideran que la homosexualidad entra dentro de su campo de competencias (para considerarla como enfermedad o para castigarla), sucede lo contrario respecto del campo religioso, que se apropia así de conceptos seculares. Véase Coulmont, Baptiste, “États-Unis...”, *cit.*, pp. 76-81.

136 / Fernando Arlettaz

esconde una motivación religiosa y que cualquier argumento religiosamente motivado resulta inadmisibles. Esta variante del rechazo podría ser contrarrestada, como de hecho intentan hacerlo algunos intelectuales de filiación religiosa, con una estricta distinción entre las motivaciones y los argumentos. Muchos intelectuales que se oponen (desde sus convicciones religiosas, pero con argumentos racionales) a las uniones homosexuales afirman que aunque sea cierto que muchas de las personas que se oponen al matrimonio homosexual actúan bajo una motivación religiosa, lo hacen dando argumentos (como el de la procreación y la continuidad generacional) que no son religiosos. Lo verdaderamente importante no serían las motivaciones subjetivas, sino los argumentos objetivos. Aunque esta distinción podría no ser suficiente para un secularista fuerte, podría ser aceptable para un secularista débil.

La segunda variante del rechazo sería decir que la traducción moral de los argumentos religiosos no es admisible en una sociedad secular, porque la ética en la que ella se funda es necesariamente una ética autónoma (en el sentido de que el hombre o la sociedad se dan leyes a sí mismos), y por eso no puede reconocer ninguna ley moral que se imponga desde el exterior a los individuos, como sería una ley moral que proviene de la traducción de un principio religioso, y mucho menos admitir que alguien se arroge ser el intérprete auténtico de esa ley. La traducción moral del argumento religioso sería una interpretación moral basada en una concepción de los seres vivos como criaturas del creador, sometidos a una ley moral que es al mismo tiempo una ley divina.²⁹⁴

Hay todavía una variante más radical, que implica un rechazo de todo argumento moral y no sólo de aquellos que aparezcan como la traducción de una previa convicción religiosa. En efecto, aunque se tratara de una correcta traducción de una moral religiosa a

²⁹⁴ En este sentido, véanse las críticas formuladas en diferentes contextos nacionales por Bovero, Michelangelo, "Dignidad y laicidad. Una defensa de la ética laica", *Revista Internacional de Filosofía Política*, núm. 30, 2007, pp. 77-79; Nussbaum, Martha, "A right to marry?...", *cit.*, p. 679, y Savater, Fernando, "¿Es tolerable la tolerancia religiosa?", *Letras Libres*, 2009, en <http://www.letraslibres.com>.

Debate público, laicidad, libertad religiosa / 137

términos seculares, sería de todos modos una moral particular. Las convicciones morales de un grupo, como tales dignas de respeto, no podrían imponerse coactivamente por la vía de la ley civil, por tratarse precisamente de la moral privada sólo de un grupo, es decir, de una “doctrina comprensiva” en la terminología de John Rawls.

En esta misma línea, se argumenta que la regulación legislativa del matrimonio entre personas del mismo sexo no supondría una afectación de los estilos de vida basados en esa moral privada, ya que no se trata de una norma que obliga o prohíbe, sino de una norma que faculta. De este modo, quienes consideren (conforme a su respetable moral privada) que se trata de un supuesto moralmente ilícito, siempre pueden abstenerse de recurrir a la facultad legalmente reconocida de contraer nupcias con una persona de su propio sexo.²⁹⁵ En definitiva, se trata de elevar, frente a un argumento moral, el argumento de la autonomía personal; ésta implica que en el marco de un Estado democrático no puede haber planes de vida aprobados y desaprobados por el Estado.

El argumento de la moralidad o inmoralidad puede asumir una segunda formulación. Ésta consiste en afirmar que existe un orden jurídico natural en el que se encarna la moralidad, y que el derecho positivo debe respetar ese orden natural. Se trata, en definitiva, de la juridificación del orden moral.

Volvamos a nuestro caso. Se puede decir que el matrimonio homosexual no reúne los requisitos propios del matrimonio, porque la diferencia sexual hace que el matrimonio heterosexual exprese un valor de complementariedad y esté abierto a la fecundidad. Estas dos características estarían ausentes en el matrimonio homosexual. Dado que una pareja homosexual no está en condiciones, por sí misma, de asegurar adecuadamente la procreación y la supervivencia de la especie humana, se sostiene que en las uniones homosexuales están ausentes los elementos biológicos y antropo-

²⁹⁵ Ésta es la posición, por ejemplo, de Llamazares Fernández, Dionisio, “Laicidad, libertad de conciencia y acuerdos del Estado con las confesiones religiosas”, en Llamazares Fernández, Dionisio, *Libertad de conciencia y laicidad en las instituciones y servicios públicos*, Dykinson, 2005, p. 14, y de Bovero, Michelangelo, *op. cit.*, p. 79.

138 / Fernando Arlettaz

lógicos del matrimonio. El matrimonio homosexual no reúne los requisitos propios del matrimonio. La ley positiva no puede afectar esos requisitos propios, porque el matrimonio, como realidad natural, antecede a la ley positiva.

Este segundo argumento es semejante al anterior, en el sentido de que se basa también en una determinada concepción de un orden moral, y también aparece repetidamente en el magisterio de la Iglesia católica. Pero mientras que antes se decía que el Estado no puede favorecer las prácticas homosexuales, porque son inmorales (estamos todavía en el ámbito de la moral), este nuevo argumento juridifica el orden moral. En este sentido, ese orden moral natural tendría una porción propiamente jurídica, dentro de la cual habría una determinada configuración del matrimonio que la ley positiva debería respetar. Al ser una variante, de alguna manera, del argumento anterior, podrían aplicársele las mismas críticas que corresponden a éste: que es una mala traducción de una concepción religiosa o que, aunque fuera una buena traducción, las traducciones en sí no serían admisibles.

Habría además otras críticas, que no corresponden a la forma general del argumento, sino al argumento en sí. Se trata de dos tipos de críticas dirigidas particularmente contra este argumento. Una de tipo general: se podría decir que el matrimonio no es una institución de derecho natural, sino una construcción social. Por otra parte, la idea de que el matrimonio tiene, por imperativo natural, una esencia que debe ser respetada, se muestra como un argumento peligroso, en el sentido de que puede ser utilizado para imponer cualquier restricción al matrimonio. De hecho, quienes hace no mucho tiempo se oponían al matrimonio interracial también invocaban como argumento el derecho natural.²⁹⁶ La crítica

²⁹⁶ Así lo resolvió en los años sesenta el Tribunal Supremo de Georgia, cuando convalidó la prohibición de los matrimonios interraciales por considerar que la mezcla de razas es antinatural. En 1967, en cambio, la Corte Suprema de los Estados Unidos entendió que la prohibición de matrimonios interraciales era discriminatoria (*Loving v. Virginia*, 388 US 1 [1967]).

Debate público, laicidad, libertad religiosa / 139

más específica sería la siguiente: si el matrimonio tuviera una naturaleza que debe ser respetada, parece difícil aceptar que dentro de esa naturaleza se encuentre la finalidad procreativa. Si así fuera, habría que excluir de la posibilidad matrimonial a las parejas heterosexuales que no quisieran o no pudieran tener hijos, y habría que favorecer las uniones poligámicas. Paralelamente, no está fuera de toda discusión que la pareja heterosexual sea el único ámbito en el que pueda desarrollarse la educación de los hijos.²⁹⁷

La problemática es, desde luego, mucho más amplia de lo que podemos tratar aquí, y remite a la clásica oposición entre positivistas e iusnaturalistas. Sólo diremos, para completar este punto, que en los últimos años ha tenido cierto auge el movimiento denominado “nuevo derecho natural”, dentro del cual se incluye a un grupo de autores (como John Finnis y Robert George) que reelaboran el iusnaturalismo tomista e intentan defender, desde argumentos estrictamente racionales, las doctrinas morales y políticas de la Iglesia católica.²⁹⁸

La posición sostenida por estos autores considera que el objeto o fin de la acción legislativa y de gobierno es una idea del bien común político constituido en gran parte por el bien personal de los ciudadanos. Sin embargo, la idea de bien común del nuevo derecho natural se distancia de sus antecedentes aristotélicos y tomistas, al admitir que la acción del gobierno debe ser subsidiaria respecto de las acciones de los ciudadanos sobre sus propias vidas. De estas premisas, y aplicándolas a nuestro caso, los teóricos del nuevo derecho natural concluyen que aunque el Estado no está autorizado a prohibir y sancionar los comportamientos sexuales inmorales, como los actos homosexuales, si son consentidos entre adultos y realizados en privado, sí tiene autoridad para desalentar la conducta y la orientación homosexuales.²⁹⁹

²⁹⁷ Nussbaum, Martha, “A right to marry?...”, *cit.*, pp. 679 y 680.

²⁹⁸ Colomer, José Luis, “Matrimonio, homosexualidad y nuevo derecho natural”, *Teoría de la justicia y derechos fundamentales. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Madrid, Dykinson, 2008, p. 319.

²⁹⁹ *Ibidem*, pp. 319-321.

140 / Fernando Arlettaz

Para los teóricos del nuevo derecho natural, el matrimonio es un bien básico que se vive en la unión sexual de sus miembros, entendida como la unión sexual que se da entre varón y mujer de modo adecuado a la reproducción. Para estos autores, los actos sexuales pueden ser sólo de dos clases: o bien realizan una unión marital, o bien sólo buscan la satisfacción sexual. Fuera de la unión marital, la relación sexual carece de cualquier otro objeto valioso. En efecto, el sexo por mero placer sería malo por las siguientes razones: en primer lugar, porque se trata de un fin que nos motiva sin conexión con un bien humano real, y en segundo lugar, porque busca placer en la utilización del cuerpo como mero medio para la obtención de sensaciones o experiencias.³⁰⁰

Colomer³⁰¹ ha realizado una aguda crítica de los argumentos del nuevo derecho natural en este punto. Para demostrar el valor de la unión marital entre varón y mujer habría que demostrar que el coito vaginal tiene por sí mismo (como algo distinto al placer que proporciona, pero también distinto a la finalidad procreadora, esto último para poder justificar el matrimonio entre personas estériles) el significado moral que los autores pretenden darle, y que es suficiente como para excluir cualquier otro tipo de relación sexual como inaceptable. Las razones aducidas por los teóricos del nuevo derecho natural, y sus respectivas críticas, podrían sintetizarse así: *a)* la existencia de finalidad reproductiva. Sin embargo, aunque puede aceptarse el valor de la procreación y de la vida en pareja como compromiso de estabilidad en el afecto, no es tan fácil aceptar que ese valor corresponde solamente a la unión no anticonceptiva de órganos genitales; *b)* la afirmación según la cual la unión marital realiza el bien común, mientras que otras uniones sólo realizan bienes individuales. Pero el argumento sería errado, porque salta de la afirmación de que las uniones homosexuales no pueden realizar el bien marital tal como él lo entiende, a la afirmación de que no pueden realizar ningún bien, y *c)* el mal de la homosexua-

³⁰⁰ *Ibidem*, pp. 324-332.

³⁰¹ *Ibidem*, pp. 332-342.

Debate público, laicidad, libertad religiosa / 141

lidad consistiría en el daño que su reconocimiento público causa al auténtico matrimonio. Pero el argumento contendría una notoria *petitio principii*, muy extendida en los alegatos conservadores contra el matrimonio homosexual: “sólo la forma o modalidad X del matrimonio es valiosa, *cualquier* modificación o alternativa a la forma X daña a X, luego cualquier modificación o alternativa a X es disvaliosa”. El razonamiento tiene como primera premisa el enunciado que precisamente está en discusión. Además, la segunda premisa es un enunciado ambiguo que si se entiende en un sentido fáctico (se observa que las formas de relación distintas al matrimonio dañan a éste en su número, duración y prestigio), es apresurado y sin sostén empírico, y si se entiende en un sentido normativo (lo que es malo desde la perspectiva de la moral sexual daña o se opone al bien moral del matrimonio), es una afirmación vacía de contenido.

En la categoría de los argumentos no religiosos, junto al de la inmoralidad y al de la contradicción con la ley natural, existe un argumento de carácter histórico. Se trata de defender una determinada decisión pública, porque en el pasado se han adoptado decisiones semejantes.

Este argumento también ha sido utilizado por varios grupos religiosos. A lo largo de la historia, el matrimonio habría sido heterosexual. La diversidad sexual siempre habría sido tenida en cuenta para definir legislativamente la esencia y finalidad del matrimonio. Contra el argumento de la esencia histórica del matrimonio, pueden dirigirse dos tipos de críticas. Puede discutirse que el matrimonio haya sido, a lo largo de la historia, como los opositores al matrimonio homosexual dicen que ha sido. De hecho, la evolución histórica que hemos trazado en el primer capítulo parece poner en duda que exista una esencia inmovible del matrimonio a lo largo de los tiempos.³⁰² En cualquier caso, si hay algo que caracteriza

³⁰² Se ha intentando, incluso, demostrar la existencia de matrimonios homosexuales en la Roma imperial y en la Edad Media, aunque estas conclusiones son dudosas. Véase Herrero Brasas, Juan A., “El matrimonio gay”, *Claves de Razón Práctica*, núm. 73, 1997, p. 48.

142 / Fernando Arlettaz

al matrimonio de nuestro tiempo histórico, es su carácter contractual basado en la voluntad de los contrayentes.³⁰³

Pero ésta es una crítica menor, porque acepta la viabilidad del argumento histórico, aunque lo descarte en el caso concreto. La crítica más profunda está en la admisión de la esencia histórica del matrimonio, discutiendo el valor normativo del pasado. Es decir, puede ponerse en duda que el hecho de que la institución haya tenido una determinada forma en el pasado es un argumento a favor del mantenimiento de esa forma. Si el pasado fuera un argumento normativo, cualquier reforma legal (como la que posibilitó la igualdad de las mujeres, por poner uno entre miles de ejemplos) resultaría ilegítima.

Para Ronald Dworkin,³⁰⁴ el argumento histórico tendría un carácter totalitario. Según el argumento, el matrimonio como institución es un recurso cultural único y de enorme valor, cuyo significado se ha ido construyendo a lo largo de los siglos. De permitirse la unión entre personas del mismo sexo, el matrimonio se convertiría en una institución muy diferente. De la misma manera que se lucha para mantener el valor de cualquier otro recurso natural o artístico, habría que hacerlo para preservar este recurso cultural. Este argumento puede ser cuestionado sobre la base de la distinción entre dos tipos de actos que modelan la cultura: por un lado, las pequeñas decisiones que las personas hacen día a día, y por otro lado, el derecho y las grandes decisiones tomadas por la colectividad. Quienes se oponen al matrimonio homosexual creen que la colectividad tiene derecho a decidir sobre las instituciones de la cultura; quienes, por el contrario, son favorables al matrimonio homosexual, creen que la cultura ha de ser moldeada a partir de las pequeñas decisiones que los individuos realizan todos los días, de modo que el legislador ha de limitarse a permitir esas pequeñas decisiones. La primera de las perspectivas es contraria a la dignidad

³⁰³ Borrillo, Daniel, "El matrimonio entre personas...", *cit*.

³⁰⁴ "Diseño inteligente, juramento de lealtad y matrimonio homosexual. Tres preguntas para Estados Unidos", *Claves de Razón Práctica*, núm. 167, 2006, pp. 8 y 9.

Debate público, laicidad, libertad religiosa / 143

humana, dice Dworkin, ya que lleva a una situación de subordinación de las opciones personales de sus miembros al poder de la comunidad. Es paradójico que aquellos sectores que se oponen al matrimonio homosexual admitan en este campo la regulación centralizada de la comunidad sobre las decisiones del individuo, pero no que estén dispuestos a admitir ese control centralizado en otras áreas, como la economía o la religión.³⁰⁵

En definitiva, intentar imponer una determinada forma de matrimonio por encima de las opciones individuales sería equivalente a intentar imponer una determinada forma de religión a los individuos: en ambos casos se trata de productos culturales formados a lo largo de una evolución de miles de años. La crítica puede ser puesta más simplemente en otros términos. El simple hecho de que algo se haya hecho siempre de una determinada manera no quiere decir que siempre deba permanecer así.³⁰⁶

C. Procedimiento y valores sustantivos

Detrás del debate sobre la aceptabilidad de los argumentos religiosos, morales, de derecho natural o históricos, en la argumentación pública es necesaria una cuestión más profunda: la de la posibilidad de invocar, en el debate público, la defensa de “valores sustantivos”. Al respecto, son posibles varios tipos de posturas, que aquí simplificaremos en cuatro categorías.

La primera es la perspectiva perfeccionista, para la cual el valor de las leyes depende del valor sustantivo de las conductas que prohíben o amparan y, en definitiva, de su congruencia con una determinada teoría sustantiva de la vida buena, formulada por expertos morales. La segunda es la perspectiva neutralista, según la cual el valor de esas leyes no depende de un juicio sustantivo sobre éstas,

³⁰⁵ Véase una defensa del argumento de tradición a favor del matrimonio puramente heterosexual en Holloway, Carson, “Same-sex Marriage and the Death of Tradition”, *First Things*, 2009, en <http://www.firstthings.com>.

³⁰⁶ Olson, Theodore B., *op. cit.*

144 / Fernando Arlettaz

sino del modo en que garantizan el respeto de la autonomía de los individuos.³⁰⁷ La tercera perspectiva es el moralismo legal: el valor de la ley depende de su congruencia con los valores de la moral socialmente vigentes en un lugar y en un momento determinados (no con una moral crítica ideal). La cuarta perspectiva es la de la aplicación lisa y llana del principio mayoritario: el valor de la ley depende de que haya sido aceptada por la mayoría.

Veamos estos cuatro supuestos en el caso que estudiamos. Un perfeccionista puede sostener que hay que castigar las prácticas homosexuales, porque ellas son contrarias a su concepción de lo que es el fin propio de la persona humana o a su bien moral, o algo por el estilo. O inversamente, promover activamente la regulación jurídica de los matrimonios homosexuales por considerar que ellos son un ámbito idóneo para el cultivo de las relaciones de pareja, la formación de una familia, etcétera. Un neutralista favorecerá aquellas prácticas que permitan la mayor amplitud posible a la autonomía del individuo (seguramente será más favorable a las prácticas homosexuales e, incluso, a su reconocimiento público, siempre que no entrañen daño a terceros). Para el moralista legal, habrá que castigar las prácticas homosexuales o, por el contrario, “premiarlas” con un reconocimiento matrimonial, según crea que la moral social prevalente se inclina en un sentido o en otro. Finalmente, para el demócrata puro habrá que estar simplemente a lo que resulte de un recuento de votos.

Las posturas de rechazo a la regulación de las uniones homosexuales por parte de los grupos religiosos que hemos visto pueden encuadrarse dentro de la categoría del perfeccionismo: si las uniones homosexuales no son dignas de protección, en igual grado o al menos a semejanza de las uniones heterosexuales, es porque en las primeras no están presentes los elementos que justifican la protección de las segundas. Sea que los grupos religiosos recurran a argumentos propiamente religiosos, a argumentos morales o a ar-

³⁰⁷ Sandel, Michael J., *Filosofía pública. Ensayos sobre moral en política*, Barcelona, Marbot Ediciones, 2008, p. 171. Michael Sandel denomina estas dos posiciones, respectivamente: perspectiva ingenua y perspectiva sofisticada.

Debate público, laicidad, libertad religiosa / 145

gumentos de derecho natural, su postura es de carácter sustantivo (el argumento histórico tiene otro estatus, como veremos). A esta postura subyace la idea de que la función del gobierno es garantizar que los individuos lleven vidas moralmente valiosas.

Una crítica que los conservadores religiosos dirigen a los grupos progresistas es que los segundos recurren a un discurso moral sustantivo para oponerse a la pena de muerte o defender la ecología, pero rechazan que sus oponentes puedan recurrir a argumentos de contenido moral en un debate como el presente. Dicho en otros términos, ¿por qué no sería aceptable que los grupos religiosos usen el proceso político para oponerse al matrimonio homosexual a partir de argumentos sustantivos, pero sí se reconoce la intervención loable de estos mismos grupos y con argumentos del mismo carácter en las luchas por los derechos civiles en los años sesenta o contra la proliferación nuclear en los años ochenta?³⁰⁸

El argumento histórico, también utilizado por algunos grupos religiosos, tiene otro estatus; de hecho, tiene que ver con lo que hemos llamado moralismo legal. Es aquí donde los grupos religiosos muestran su carácter propiamente conservador (en el sentido estricto del término) al oponerse a la regulación jurídica de las uniones homosexuales. El recurso a la tradición como argumento decisivo en este debate se entronca con una cuestión clásica en la teoría jurídica y política, como es la de la relación entre la regulación jurídica y la moral positiva vigente en una sociedad determinada. Como dijimos más arriba, para el moralismo legal, la ética pública en la que se basa la regulación jurídica ha de coincidir con la moral positiva mayoritaria vigente en un tiempo histórico. Se justifica la intervención coactiva del Estado para preservar ciertos valores morales materiales que corresponden a la moral de hecho vigente en la sociedad.

En el análisis del moralismo legal es clásica la anécdota del contrapunto entre el juez Patrick Devlin y el filósofo del derecho Her-

³⁰⁸ Cochran, Clarke E., "Introduction", en Segers, Mary C. y Jelen, Ted G., *Wall of Separation? Debating the Public Role of Religion*, Maryland, Rowman and Littlefield Publishers, 1998, p. xv.

146 / Fernando Arlettaz

bert Hart respecto de la permisión de la homosexualidad en Gran Bretaña. Un informe de expertos (el *informe Wolfenden*) había aconsejado la despenalización de la homosexualidad, basándose en argumentos derivados del principio de daño a terceros de John Stuart Mill. El juez Devlin, en reacción al informe, sostuvo la necesidad de proteger la “esencia” de la sociedad británica, según cuyos patrones morales la homosexualidad es una práctica reprochable. Hart, desde bases liberales, criticó la posición de Devlin.³⁰⁹ El tema, desde luego, excede largamente el objeto de este trabajo.

³⁰⁹ Las ideas centrales que desarrolla Devlin se hallan en la recopilación *The Enforcement of Morals* (1965), y se remiten a la idea de que la cohesión social de una sociedad se basa en la existencia de un conjunto de creencias morales compartidas. Este conjunto de creencias es el que hace posible la integración social, de modo que todo aquello que tienda a afectar estas creencias morales degrada la cohesión social, y esto con prescindencia de si, desde una perspectiva de moral crítica ideal, se considera a esas creencias morales socialmente expandidas como buenas o malas en sí (en el ejemplo del debate, con independencia de que se considere que la homosexualidad en sí misma es buena o mala). Basta con decir que la sociedad británica considera ese tipo de actos como reprochables, y dado que la sociedad se basa en un conjunto de creencias morales compartidas, es legítimo reprimir los atentados a esa moral social.

Devlin adopta en su concepción de la moral una perspectiva no cognitivista. La moral ha de entenderse como moral positiva, y ésta puede tener dos fuentes: o bien está basada en la creencia de una fuente divina que la justifica, o bien se reduce a sentimientos amparados por el sentido común. Aunque Devlin admite por supuesto que ésta no es la visión del ciudadano medio (que identifica con el hombre de la calle, *the man in the Clapham omnibus*). Al actuar conforme a los principios morales de hecho vigentes en la sociedad en la que vive, el ciudadano cree que está obrando según un criterio objetivo de bondad y maldad moral, y no meramente a partir de una creencia o sentimiento. Es, sin embargo, acertada la crítica que hace Robert George (*Making Men Moral: Public Liberties and Civil Moralities*, Oxford, Clarendon Press, 1993, pp. 56 y 57), en el sentido de que el argumento de Devlin sí encierra una cierta concepción objetiva de la moral. Así pues, Devlin cree que no hay criterios de moral crítica para juzgar a la moral positiva vigente, pero afirma, sin embargo, que el derecho “debe” garantizar esta moral positiva. Así, si la razón no puede juzgar la moralidad de la poligamia, ¿cómo puede juzgar la moralidad de la prohibición de la poligamia en pos de la cohesión social?

El argumento de Devlin, en cualquier caso, no era tan absolutamente radical como podía parecer a primera vista: se refería a la necesidad de protección sólo de mínimos morales y reconocía que ellos son cambiantes. Por ello, es que la tesis de Devlin es diferente del perfeccionismo moral (Páramo, Juan Ramón de, “El moralismo legal contra-ataca”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 15-16, 1994, p. 576). De hecho, ella no dice que para hacer a la gente moralmente buena hace falta hacer cumplir la moral positiva, ni que la moral positiva sea intrínsecamente buena y, por ello, merezca

Debate público, laicidad, libertad religiosa / 147

La postura que hemos denominado de democracia pura o de simple primacía del principio democrático afirma que la regulación

ser coactivamente reforzada, ni confunde la legitimidad democrática con la corrección moral de sus decisiones. La tesis de Devlin es más moderada: se basa simplemente en sostener que la moral positiva es instrumentalmente valiosa para la integración social. El perfeccionismo moral busca resguardar una moralidad ideal, que el Estado considera la moral correcta; en cambio, el moralismo legal de Devlin busca resguardar la moral positiva fácticamente vigente. Además, el perfeccionismo moral es una perspectiva radical que intenta imponer la integridad de la opción moral; el moralismo legal busca sólo resguardar el núcleo de valor de la moral fáctica que se quiere proteger.

Hart, en cambio, se opuso a la justificación moralista de la coacción jurídica, con argumentos liberales más clásicos. En su libro *Law, Liberty, and Morality* (1971), Hart sostuvo que la tesis de Devlin de que la tolerancia de actos que son considerados inmorales lleva a la desintegración social puede entenderse de dos maneras: ya sea como una afirmación empírica, lo que obligaría a encontrar una prueba fáctica de la que se adolece, o bien como una verdad puramente analítica, en el sentido de que por definición la sociedad se identifica con su moral, de modo que la destrucción de ésta conlleva la de toda la sociedad. Claro que esto llevaría a decir que en cada caso en que hay un cambio de moral no hay una desintegración social, sino más bien la desaparición de una sociedad y el nacimiento de una nueva. Por eso, Hart cree que la tesis de Devlin, más que como tesis de desintegración, puede entenderse como una tesis simplemente conservadora: habría algo valioso que se pierde en cada caso que hay un cambio en la moral positiva de la sociedad. Pero en este último caso habría que considerar el sentido de cada cambio, que algunos podrán considerar positivo y otros negativo, con lo que no se sostendría la tesis de Devlin de la protección de la moral positiva por sí misma.

El punto de vista de Hart no coincide exactamente con el del principio del daño a terceros de Mill. Su perspectiva es más amplia, e incluye la justificabilidad de la coacción tanto en los casos de paternalismo débil como en los que suponen ofensas a otros (es decir, no solamente daño, sino también perturbación a terceros).

La cuestión es un clásico de la jurisprudencia estadounidense. En 1986, la Corte Suprema de los Estados Unidos aceptó la constitucionalidad de una ley que prohibía la sodomía con el argumento de que, según el criterio de la mayoría, tales actos eran inmorales (Corte Suprema de los Estados Unidos, *Bowers v. Hardwick*, 478 US 186 [1986]). De hecho, desde el siglo XIX, la Corte Suprema norteamericana había aceptado la constitucionalidad de la *morals legislation* de los estados; es decir, de la legislación estatal que daba fuerza jurídica a ciertos parámetros de moralidad tal como ésta era tradicionalmente entendida. La constitucionalidad de la *morals legislation* fue aceptada por la Corte Suprema hasta bien entrado el siglo XX. No obstante, desde los años sesenta, con la Corte Warren, las exigencias para la convalidación constitucional son entendidas de modo cada vez más estricto. Por ejemplo, en los casos *Griswold v. Connecticut*, 381 US 479 (1965), y *Stanley v. Georgia*, 394 US 557 (1969). Sin embargo, la tendencia no era uniforme. En un caso de 1991, *Barnes v. Glen Theatre*, 601 US 650 (1991), la Corte aceptó la constitucionalidad de la prohibición de ciertos bailes desnudos por indecencia pública; pero cambió su criterio en 2000 en *Erie v. Pap's*, 529 US 277 (2000).

148 / Fernando Arlettaz

legal de una figura como el matrimonio ha de quedar en poder de la decisión de las mayorías sociales. Se aseguraría así el respeto al principio mayoritario que está en la base del sistema democrático. El punto de vista sobre las uniones homosexuales que adopta cada Estado reflejaría el resultado de su propio proceso político. En tanto que las posturas asumidas por los grupos religiosos pueden ser calificadas, en términos generales, como perfeccionistas, pues no es sorprendente ver su insistencia en señalar los límites al principio mayoritario.

Finalmente, el neutralismo se opone a cualquiera de las tres posiciones anteriores. Lo fundamental, desde este punto de vista, es ampliar al máximo el ámbito de autonomía de los individuos. La postura neutralista, como explica Michael Sandel,³¹⁰ puede adoptar a su vez dos variantes. Un neutralismo voluntarista dice que el Estado debe ser neutral respecto de las concepciones de vida buena, para permitir a las personas una libre elección, porque valora la libre decisión de las personas en sí misma. Un neutralismo pragmático o minimalista dice que el Estado debe ser neutral, porque como las personas discrepan respecto de cuestiones morales y religiosas, la neutralidad garantiza mejor el acuerdo político y la cooperación social.

Así, mientras que una postura voluntarista se manifestaría a favor de la regulación jurídica de las uniones homosexuales, porque es una forma de ampliar el ámbito de autonomía de unos sin restringir el de otros, y, en definitiva, las personas deben ser libres para elegir las relaciones íntimas que deseen, con independencia de la virtud o de la popularidad de esas prácticas, siempre que no causen daños a terceros, una postura pragmática se manifestaría a favor de una regulación jurídica de las uniones homosexuales que permita hacer frente a las divergencias que existen en la sociedad respecto de cuáles son las formas de pareja valiosas de la forma menos conflictiva posible.

³¹⁰ Sandel, Michael, *op. cit.*, pp. 172 y 173.

Debate público, laicidad, libertad religiosa / 149

Sandel³¹¹ cree que la perspectiva minimalista, en contra de lo que podría parecer a primera vista, no excluye la adopción de un punto de vista moral, sino que da una respuesta moral implícita. De hecho, el propio argumento en favor de excluir del debate una determinada cuestión moral o religiosa puede estar basado en parte en una respuesta implícita a la misma polémica que pretende excluir. En el caso del aborto, por ejemplo, cuanto más convencido se esté de que los fetos son diferentes, en el sentido moral relevante, de los bebés, más fácil resultará dejar de lado la cuestión del estatus moral de los fetos a efectos políticos.

Además, siguiendo a Sandel,³¹² aunque a primera vista los argumentos neutralistas pueden resultar atractivos, porque ofrecen paz social y respeto por los derechos sin necesidad de ninguna conversión moral, éstos pueden presentar dos inconvenientes. En primer lugar, no está claro que pueda alcanzarse una verdadera cooperación social confiando exclusivamente en la fortaleza de los derechos de autonomía y sin que exista algún grado de acuerdo sobre la aceptabilidad moral de las prácticas en cuestión. En segundo lugar, es dudosa la calidad del respeto que garantiza. En nuestro ejemplo, la defensa de las prácticas homosexuales puede tener lugar a costa de degradarlas al nivel del mal moral.

Las críticas de Sandel tienen puntos fuertes y puntos débiles; sin embargo, su análisis en detalle nos llevaría demasiado lejos. Aquí sólo vamos a decir que la última de sus críticas es dudosa, desde el momento en que la degradación moral de la conducta aceptada por imperativo del respeto de la autonomía de los individuos no ha de producirse “necesariamente”. De hecho, aunque muchos de los que aceptan los argumentos neutralistas puedan, en su foro interno, considerar a la homosexualidad como un mal moral, el núcleo del argumento neutralista consiste, precisamente, en prescindir de esa consideración al momento de argumentar públicamente.

³¹¹ *Ibidem*, p. 185.

³¹² *Ibidem*, p. 193.

Breves conclusiones

En este trabajo hemos abordado el matrimonio entre personas del mismo sexo desde un ángulo particular: el del paradigma de la secularización. Esto nos ha llevado no sólo a encuadrar esta forma matrimonial dentro de los procesos descritos por ese paradigma, sino también a analizar las posiciones de los grupos religiosos en relación con ella y las tensiones que esta transformación matrimonial provoca respecto de la laicidad del Estado, la libertad religiosa y los debates en la esfera pública secular.

No ha sido nuestra intención hacer un estudio pormenorizado del matrimonio homosexual, de las relaciones homosexuales o de la homosexualidad en sus nexos con el derecho. Nuestro propósito, más limitado, ha sido el de mostrar, en líneas generales, las transformaciones recientes del matrimonio y encuadrarlas en un determinado paradigma interpretativo.

En estas conclusiones no vamos a reiterar todos los razonamientos expuestos a lo largo del trabajo. Sólo vamos a señalar algunos puntos centrales que han atravesado diagonalmente este libro.

1. Respecto de la metodología, insistimos en que ha sido nuestra intención mantenernos en el marco de los estudios sociojurídicos. Si bien es verdad que hemos recurrido a conceptos provenientes de otras disciplinas cercanas (como la dogmática jurídica o la filosofía jurídico-política), el enfoque adoptado ha mostrado la transformación de una determinada forma jurídica (el matrimonio) como especie de una transformación social más amplia (la secularización).

En este sentido, nuestra perspectiva ha sido siempre descriptiva. Es decir, hemos mostrado las transformaciones socia-

152 / Fernando Arlettaz

les buscando no entrar en los debates “normativos” respecto del matrimonio, tanto en el plano jurídico (cuál es la interpretación “correcta” de tal o cual precepto relativo al matrimonio o a la libertad religiosa, por ejemplo) como en el plano filosófico (cuál es la solución “correcta” a las reivindicaciones de las parejas homosexuales). Incluso, cuando hemos abordado cuestiones jurídicas y filosóficas normativas nuestra aproximación ha sido externa: hemos descrito los debates normativos sobre el matrimonio homosexual, presentando las opciones posibles, pero sin tomar posición respecto de ellas.

2. Hemos encuadrado la transformación del matrimonio que ha permitido su apertura a las parejas homosexuales dentro de procesos históricos más amplios. Como si de una muñeca rusa se tratara, la aceptación legal del matrimonio homosexual se enmarca en los procesos de secularización del matrimonio, que, a su vez, son una especie de los procesos de secularización del derecho y son un caso de la secularización social general.

Al comienzo del capítulo primero dijimos que el paradigma de la secularización había recibido fuertes críticas, y que no puede interpretarse en un sentido lineal y uniforme como si se tratara de un camino que lleva a la desaparición sin más de toda influencia religiosa en las instituciones. Esto es cierto. Sin embargo, creemos que con las debidas cautelas el paradigma de la secularización todavía puede servir como clave de bóveda para interpretar algunos procesos sociales como el que estudiamos aquí.

3. Las posiciones de las comunidades religiosas en relación con el matrimonio entre personas del mismo sexo son variadas. Hemos mostrado las que nos han parecido más significativas, teniendo en cuenta el ámbito geográfico y cultural en el que se centra nuestro trabajo. Por ello, hemos abordado los posicionamientos de las iglesias cristianas, casi sin mencionar otras religiones. Resultaría de mucho interés realizar un estudio comparativo sobre las posiciones religiosas sobre la homosexualidad, no sólo ya desde una perspectiva sociojurídica relativa a la secularización

del matrimonio, sino de un modo más general (político, jurídico, filosófico y teológico).

Aunque, como decíamos, las posiciones de las iglesias estudiadas en relación con el matrimonio homosexual son variadas, la mayoría de ellas se ubican en una posición que oscila entre la reticencia y el rechazo frontal. Las posiciones aperturistas son, efectivamente, minoritarias.

4. La reforma del régimen matrimonial tiene importantes implicaciones constitucionales. En lo que a nosotros nos interesa, estas implicaciones se despliegan fuertemente en relación con el principio de laicidad del Estado. Al abordar este tema nos preguntamos hasta qué punto la neutralidad religiosa del Estado obliga a éste a alejar la regulación matrimonial de la matriz religiosa que le ha dado origen.

En la misma línea, tanto la persistencia de un matrimonio apegado a la matriz religiosa (en el caso concreto estudiado, de un matrimonio puramente heterosexual) como la transformación del matrimonio en el sentido de su creciente secularización (en el caso concreto estudiado, de la apertura del matrimonio a las parejas homosexuales) generan tensiones en relación con la libertad religiosa. Estas tensiones se han resuelto de modos distintos en los diversos sistemas legales.

Finalmente, la intervención de las organizaciones religiosas en los debates públicos sobre el matrimonio homosexual guarda relación con las discusiones académicas que han tenido lugar al interior mismo de la filosofía jurídico-política (y que son una muestra de la secularización no ya de la esfera pública en sí, sino de la filosofía jurídico-política en cuanto pretende disciplinar esa esfera pública). Las posiciones más o menos secularistas que, al interior de la filosofía jurídico-política, se adoptan sobre la entrada de argumentos religiosos en la esfera pública condicionan la evaluación de legitimidad de las intervenciones religiosas en relación con el matrimonio homosexual.

Bibliografía

- ANDERSON, Robert Brandon, “Same Sex Marriage and the First Amendment”, en SMITH, Craig R., *The First Amendment and Religion*, 2008, en <http://www.firstamendmentstudies.org>.
- ARLETTAZ, Fernando, “Paternalismo jurídico y convicciones religiosas”, *Ius et Praxis*, núm. 19-1, 2013.
- ARMSTRONG, Karen, *Los orígenes del fundamentalismo en el judaísmo, el cristianismo y el islam*, trad. de Federico Villegas Tusquets, Barcelona, 2004.
- BARRERO ORTEGA, Abraham, “Le débat sur la légalisation du mariage homosexuel en Espagne”, *Revue française de Droit Constitutionnel*, núm. 70, 2007.
- BECKWITH, Francis J., “Legal Neutrality and Same-sex Marriage”, *Philosophia Christi*, núm. 7-1, 2005.
- , “Marriage, Sex, and the Jurisprudence of Skepticism”, *Philosophia Christi*, núm. 7-1, 2005.
- , “Same-Sex Marriages and the End of Justificatory Liberalism”, *First Things*, 10 de diciembre de 2008, 2009.
- BENEYTO PÉREZ, Juan, *Una historia del matrimonio*, Madrid, Eudema, 1993.
- BERGER, Peter, *Para una teoría sociológica de la religión*, Barcelona, Kairós, 1981.
- , “Secular Branches, Religious Roots”, *Society*, núm. 20-1, 1982.
- , “Secularism in retreat”, *National Interest*, núm. 46, 1996.
- *et al.*, *The Desecularization of the World*, Washington, Ethics and Public Policy Center, 1999.

156 / Bibliografía

- BLANCARTE, Roberto, “Definir la laicidad (desde una perspectiva mexicana)”, *Revista Internacional de Filosofía Política*, núm. 24, 2004.
- BOLOGNE, Jean-Claude, *Histoire du Mariage en Occident*, París, Jean-Claude Lattès, 1995.
- BORRILLO, Daniel, “Pluralisme conjugal ou hiérarchie des sexualités? La reconnaissance juridique des couples homosexuels dans l’Union Européenne”, *McGill Law Journal*, núm. 46, 2001.
- , “El matrimonio entre personas del mismo sexo como radicalización de la modernidad”, *Mundo jurídico*, 2005, en <http://www.mundojuridico.adv.br>.
- , “Who is Breaking with the Tradition? The Legal Recognition of Same-Sex Partnership en France and the Question of Modernity”, *Yale Journal of Law and Feminism*, núm. 17-1, 2005.
- BOSSE-PLATIÈRE, Hubert, “L’avenir du droit civil de la famille: quelques conjectures”, *Informations sociales*, núm. 128, 2005.
- BOUSTA, Rhita, “Reflexions autour de la loi espagnole autorisant le mariage et l’adoption aux couples homosexuels”, *Revue Française de Droit Constitutionnel*, núm. 73, 2008.
- BOVERO, Michelangelo, “Dignidad y laicidad. Una defensa de la ética laica”, *Revista Internacional de Filosofía Política*, núm. 30, 2007.
- BRUCE, Steve, *God is Dead: Secularization in the West*, Londres, Blackwell, 2002.
- , *Fundamentalismo*, Madrid, Alianza, 2003.
- CALVO BOROBIA, Kerman, “Matrimonio homosexual y ciudadanía”, *Claves de Razón Práctica*, núm. 154, 2005.
- CALVO GARCÍA, Manuel, *La teoría de las pasiones y el dominio del hombre*, Zaragoza, Pressas Universitarias de Zaragoza, 1989.
- , *Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica*, Madrid, Tecnos, 1994.

- CAMARERO RIOJA, Carmen, “Las creencias religiosas en la definición de los modelos matrimoniales”, en BERICAT ALASTUEY, Eduardo, *El fenómeno religioso. Presencia de la religión y de la religiosidad en las sociedades avanzadas*, Sevilla, Centro de Estudios Andaluces, 2008.
- CAÑAMARES ARRIBAS, Santiago, “La protección de las minorías religiosas en el derecho norteamericano: a propósito de la sentencia «Gonzales v. O Centro Espirita Beneficente Uniao do Vegetal», del Tribunal Supremo de los Estados Unidos”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 12, 2007.
- , “El reconocimiento jurídico del matrimonio homosexual: un debate todavía abierto”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 14, 2007.
- CAPELLA OTTONE, Lorena y LORENZI, Mariana de, “Uniones de hecho homosexuales en el derecho argentino: visión prospectiva”, en LASARTE ÁLVAREZ, Carlos *et al.*, *Perspectivas del derecho de familia en el siglo XXI. XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia*, Sevilla, 2004.
- CÁRCOVA, Carlos María, *La opacidad del derecho*, Madrid, Trotta, 1998.
- CASANOVA, José, “Reconsiderar la secularización: una perspectiva comparada mundial”, *Revista Académica de Relaciones Internacionales*, núm. 7, 2007.
- CELADOR ANGÓN, Oscar, “El matrimonio entre personas del mismo sexo en el estado de California, o de cómo el activismo judicial puede suplantar el papel del legislador. Análisis comparativo con el modelo matrimonial español”, *Laicidad y Libertades*, núm. 8, 2008.
- CELIS, Ana María y DOMÍNGUEZ, Carmen, “Celebración del matrimonio en Latinoamérica desde la perspectiva de la libertad religiosa”, en varios autores, *CELAM Académicos UC. Investigaciones para que nuestros pueblos tengan vida*, Santiago, Prensas Universitarias de la Universidad Católica de Chile, 2006.

158 / Bibliografía

- CHAMBERLAND, Line y LEBRETON, Christelle, “L’homosexualité au bureau. À l’heure des transformations du droit conjugal et familial canadien”, en DESCOUTURES, Virginie, *Mariages et homosexualités dans le monde*, París, Autrement, 2008.
- COBO SÁENZ, María Inés, “La secularización del matrimonio en los países católicos: algunas referencias europeas y americanas”, en LASARTE ÁLVAREZ, Carlos *et al.*, *Perspectivas del derecho de familia en el siglo XXI. XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia*, Sevilla, 2004.
- COCHRAN, Clarke E., “Introduction”, en SEGERS, Mary C. y JELEN, Ted G., *Wall of Separation? Debating the Public Role of Religion*, Maryland, Rowman and Littlefield Publishers, 1998.
- COLOMER, José Luis, “Matrimonio, homosexualidad y nuevo derecho natural”, *Teoría de la justicia y derechos fundamentales. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Madrid, Dykinson, 2008.
- COULMONT, Baptiste, “Églises chrétiennes et homosexualités aux États-Unis, éléments de compréhension”, *Revue Française d’Études Américaines*, núm. 95, 2003.
- , “Devant Dieu et face au droit? Le mariage religieux des homosexuels aux Etats-Unis”, *Critique Internationale*, núm. 25, 2004.
- , “États-Unis. Le mariage religieux des couples de même sexe”, en DESCOUTURES, Virginie, *Mariages et homosexualités dans le monde*, París, Autrement, 2008.
- DEKEUWER-DÉFOSSEZ, Françoise, “Pacs et famille”, *Dalloz doctrine de droit civil*, núm. 529, 2001.
- DENT, George W. Jr., “Civil Rights for Whom? Gay Rights v. Religious Freedom”, *Kentucky Law Journal*, núm. 95, 2007.
- DEVLIN, Patrick, *The Enforcement of Morals*, Londres, Oxford University Press, 1965.
- DICKSON, Christopher W., “Inseverability, Religious Exemptions, and New York’s same-Sex Marriage Law”, *Cornell Law Review*, núm. 98, 2012.

- DIGOIX, Marie, “Scandinavie. Le concept nordique d’égalité entre différentiation et universalisme”, en DESCOUTURES, Virginie, *Mariages et homosexualités dans le monde*, París, Autrement, 2008.
- y FESTY, Patrick, *Same-Sex Couples, same-Sex Partnerships and Homosexual Marriages. A Focus on Cross-National Differentials*, París, Institut National d’Études Démographiques, 2004.
- DOBBELAERE, Karel, “Towards an Integrated Perspective of the Processes Related to the Descriptive Concept of Secularization”, *Sociology of Religion*, núm. 60-3, 1999.
- DURAND, Jean-Paul, “Code civil et droit canonique”, *Pouvoirs*, núm. 107, 2003.
- DURKHEIM, Émile, *Les formes élémentaires de la vie religieuse*, París, Presses Universitaires de France [1912], 2008.
- DWORKIN, Ronald, “Diseño inteligente, juramento de lealtad y matrimonio homosexual. Tres preguntas para Estados Unidos”, *Claves de Razón Práctica*, núm. 167, 2006.
- ESQUIVEL, Juan Cruz, “Zonceras en el debate sobre matrimonio igualitario”, *Argentina Laica*, 2010, en <http://www.argentina-laica.org>.
- FELDBLUM, Chai R., “Moral Conflict and Liberty: Gay Rights and Religion”, *Brooklyn Law Review*, núm. 72-1, 2006.
- FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ, Ana, *El proceso de secularización del matrimonio*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004.
- , “La evolución jurídica del sistema matrimonial español desde la Constitución de 1978 a la admisión del matrimonio homosexual”, *Foro*, núm. 3, 2006.
- FESTY, Patrick, “Legal Recognition of same-Sex Couples in Europe”, *Populations*, núm. 61, 2006.
- FORNÉS DE LA ROSA, Juan, “La libertad religiosa en Europa”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 7, 2005.

160 / Bibliografía

- FRESTON, Paul, “As duas transições futuras: católicos, protestantes e sociedade na América Latina”, *Ciencias Sociales y Religión*, núm. 12, 2010.
- GAUCHET, Marcel, *La religión en la democracia*, Barcelona, El Cobre Ediciones, 2003.
- GAUDEMET, Jean, *Le mariage en occident: les mœurs et le droit*, París, Les éditions du Cerf, 1987.
- GAVIDIA SÁNCHEZ, Julio V., “Uniones homosexuales y el concepto constitucional del matrimonio”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 61, 2001.
- GEORGE, Robert, *Making Men Moral: Public Liberties and Civil Moralities*, Oxford, Clarendon Press, 1993.
- GOODY, Jack, *La evolución de la familia y el matrimonio en Europa*, Valencia, Universitat de Valencia, 2009.
- GRAZIANO, Manlio, “L'Église Catholique et la théologie de la prospérité en Amérique Latine”, *Outre-Terre*, núm. 18, 2007.
- GREINER, Albert, “L'enseignement de Luther sur le mariage”, *Fac-Réflexion*, núm. 16, 1990.
- HABERMAS, Jürgen, “¿Cómo es posible la legitimidad por la vía de la legalidad?”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 5, 1988.
- HALPÉRIN, Jean-Louis, “Les fondements historiques des droits de la famille en Europe”, *Informations sociales*, núm. 129-1, 2006.
- HAMILTON, Malcolm, *The Sociology of Religion*, Londres-Nueva York, Routledge, 1995.
- HART, Herbert Lionel Adolphus, *Law, Liberty and Morality*, Oxford, Oxford University Press, 1971.
- HERBRAND, Cathy, “Belgique. Les mutations du mariage et de la parenté”, en DESCOUTURES, Virginie, *Mariages et homosexualités dans le monde*, París, Autrement, 2008.
- HERRERO BRASAS, Juan A., “El matrimonio gay”, *Claves de Razón Práctica*, núm. 73, 1997.

- HERVADA, Javier, *Elementos de derecho constitucional canónico*, Navarra, Navarra Gráfica, 2001.
- , *Introducción al estudio del derecho canónico*, Pamplona, EUNSA, 2007.
- , *El ordenamiento canónico: aspectos centrales de la construcción del concepto*, Pamplona, EUNSA, 2008.
- HOLLOWAY, Carson, “Same-sex Marriage and the Death of Tradition”, *First Things*, 2009, en <http://www.firstthings.com>.
- ISAMBERT, François-André, “La sécularisation interne du christianisme”, *Revue Française de Sociologie*, núm. 14-4, 1976.
- JELLEN, Ted G., “In Defense of Religious Minimalism”, en SEGERS, Mary C. y JELEN, Ted G., *Wall of Separation? Debating the Public Role of Religion*, Maryland, Rowman and Littlefield Publishers, 1998.
- KEPEL, Gilles, *La revanche de Dios*, Madrid, Alianza [1991], 2005.
- KIENZLER, Klaus, *El fundamentalismo religioso*, Madrid, Alianza, 2000.
- KOPPELMAN, Andrew, “You Can’t Hurry Love: Why Antidiscrimination Protections for Gay People Should Have Religious Exemptions”, *Brooklyn Law Review*, núm. 72, 2006.
- KREISS, Wilbert, *Pastorale du mariage*, 2005, en <http://www.égli seluthérienne.org>.
- LACROIX, Xavier, “Sur le «mariage homosexuel»”, *Études*, núm. 401, 2004.
- , “Le mariage, une affaire privée?”, *Études*, núm. 406, 2007.
- LAYCOCK, Douglas y BERG, Thomas C., “Protecting Same-Sex Marriage and Religious Liberty”, *Virginia Law Review Online*, núm. 99, 2013.
- *et al.*, *Same-Sex Marriage and Religious Liberty: Emerging Conflicts*, Londres, Rowman and Littlefield Publishers, 2008.
- LEVELEUX-TEIXEIRA, Corinne, “Entre droit et religion: le blasphème, du péché de la langue au crime sans victime”, *Revue de l’histoire des religions*, núm. 4, 2011.

162 / Bibliografía

- LINDELL, Geoffrey, “Constitutional Issues Regarding Same-Sex Marriage: A Comparative Survey—North America and Australasia”, *Sydney Law Review*, núm. 30, 2008.
- LLAMAZARES FERNÁNDEZ, Dionisio, “Laicidad, libertad de conciencia y acuerdos del Estado con las confesiones religiosas”, en LLAMAZARES FERNÁNDEZ, Dionisio, *Libertad de conciencia y laicidad en las instituciones y servicios públicos*, Dykinson, 2005.
- LOCHAK, Danièle, *Les droits de l’homme*, París, La Découverte, 2009.
- LONDOÑO JARAMILLO, Mabel, “Derechos de las parejas del mismo sexo. Un estudio desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana”, *Opinión Jurídica*, núm. 12-22, 2012.
- LÓPEZ ALARCÓN, Mariano, *Curso de derecho matrimonial canónico y concordado*, Madrid, Tecnos, 2010.
- LUCKMANN, Thomas, *Invisible religion*, Estados Unidos, MacMillan, 1967.
- LUPU, Ira y TUTTLE, Robert, “A Clash of Rights? Gay Marriage and the Free Exercise of Religion. Interview by David Masci”, *Pew Research Center’s Forum on Religion and Public Life*, 2009, en <http://www.pewforum.org>.
- , “Same-Sex Equality and Religious Freedom”, *Northwestern Journal of Law and Social Policy*, núm. 5-2, 2010.
- MALLIMACI, Fortunato, *El rol de la jerarquía católica durante la discusión de la ley de matrimonio. Entrevista de Néstor Leone*, 2010, en <http://www.argentinaiaica.org>.
- MARDONES, José María, *Posmodernidad y cristianismo*, Santander, Sal Terrae, 1988.
- MARTÍNEZ GÓMEZ, María Isabel, “Las parejas de hecho”, *Saberes*, núm. 1, 2003.
- MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier, “Las objeciones de conciencia de los católicos”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 9, 2005.

- MASCI, David, “A Contentious Debate: Same-Sex Marriage in the U. S.”, *Pew Research Center’s Forum on Religion and Public Life*, 2009, en <http://www.pewforum.org>.
- y MERRIAM, Jessie, “The Constitutional Dimensions of the Same-Sex Marriage Debate”, *Pew Research Center’s Forum on Religion and Public Life*, 2009, en <http://www.pewforum.org>.
- MESSNER, Thomas, *Same-Sex Marriage and the Threat to Religious Liberty*, Heritage Found, 2008, en <http://www.heritage.org/Research/Reports/2008/10/Same-Sex-Marriage-and-the-Threatto-Religious-Liberty>.
- MILLER, Robert, “Same-sex marriages, the courts, and the people”, *First Things*, 12 de junio de 2008.
- MODOOD, Tariq, “Moderate Secularism, Religion as Identity and Respect for Religion”, *The Political Quarterly*, núm. 81-1, 2010.
- MONTESINOS SÁNCHEZ, Nieves, “Matrimonio y homosexualidad”, *Feminismo/s*, núm. 8, 2006.
- MORENO BOTELLA, Gloria, “Libertad religiosa y sistemas matrimoniales en el derecho comparado”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 7, 2002.
- NAVARRO FLORIA, Juan G., “Matrimonio civil y matrimonio religioso en Argentina”, *Consejo Argentino para la Libertad Religiosa*, 2004, en <http://www.calir.org.ar>.
- , “Presente y desafíos del derecho eclesiástico en la Argentina”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 27, 2011.
- NAVARRO-VALLS, Rafael, *Matrimonio y derecho*, Madrid, Tecnos, 1995.
- , “La objeción de conciencia a los matrimonios entre personas del mismo sexo”, *Persona y Derecho: Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas y Derechos Humanos*, núm. 53, 2005.
- NOVAK, Michael, “What Marriage is”, *Public Interest*, núm. 156, 2004.

164 / Bibliografía

NUSSBAUM, Martha C., *Liberty of conscience. In defense of America's traditions of religious equality*, Nueva York, Basic Books, 2009.

———, “A right to marry?”, *California Law Review*, núm. 98-3, 2010.

O'LEARY, Joseph S., “La théologie catholique face au mariage homosexuel”, *Cités*, núm. 44, 2010.

OLSON, Theodore B., “The conservative case for gay marriage; why same-sex marriage is an American value”, *Newsweek*, 18 de enero de 2010.

PÁRAMO, Juan Ramón de, “El moralismo legal contraataca”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 15-16, 1994.

PECES-BARBA, Gregorio, “Reflexiones sobre religión y laicidad”, *Claves de Razón Práctica*, núm. 87, 2008.

PÉREZ ÁLVAREZ, Salvador, “El matrimonio entre personas del mismo sexo: ¿una cuestión de inconstitucionalidad?”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 12, 2006.

PETERS, F. E., *Los hijos de Abraham*, Barcelona, Laertes, 2007.

PICHARDO GALÁN, José Ignacio, “Espagne. Le mariage homosexuel au pays de la famille”, en DESCOUTURES, Virginie, *Mariages et homosexualités dans le monde*, París, Autrement, 2008.

PICONTÓ NOVALES, Teresa, “Un análisis socio-jurídico del proceso de reforma de la normativa sobre parejas de hecho en España”, *Abaco. Revista de Cultura y Ciencias Sociales*, núm. 29-30, 2001.

———, “La regulación jurídica de las parejas de hecho en España: un análisis socio-jurídico”, *Revista de Educación*, núm. 325, 2001.

———, “Cohabitation: The ideological debate in Spain”, en MACLEAN, Mavis, *Family Law and Family Values*, Hart Publishing, 2005.

POPE, Stephen J., “Argumentos del magisterio contra los «matrimonios homosexuales»: un análisis ético y crítico”, *Selecciones de Teología*, núm. 180, 2006.

- RAMADAN, Tariq, *Mi visión del islam occidental*, Barcelona, Kairós, 2011.
- RATZINGER, Joseph, *Lumière du monde: Le pape, l'église et les signes des temps. Entretien avec Peter Seewald*, Montrouge, Bayard, 2010.
- RAULT, Wilfred, "Nouvelles formes d'union, nouveaux rituels", *Informations Sociales*, núm. 144, 2007.
- , "Entre droit et symbole. Les usages sociaux du pacte civil de solidarité", *Revue Française de Sociologie*, núm. 48, 2007.
- , "Ce que le PACS fait au mariage gai et lesbien", en DESCOUTURES, Virginie, *Mariages et homosexualités dans le monde*, Paris, Autrement, 2008.
- RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, Eli, "Los matrimonios homosexuales en el Distrito Federal. Algunas consideraciones en torno a la reforma a los códigos civil y de procedimientos civiles", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 128, 2010.
- ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, María Leticia, *El proceso de secularización del matrimonio en Portugal. Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el derecho comparado. Actas del IX Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado*, San Sebastián, 2001.
- ROULAND, Norbert, *L'anthropologie juridique*, París, Presses Universitaires de France, 1999.
- SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M. Olga, "Constitución y parejas de hecho", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 58, 2000.
- SANDEL, Michael J., *Filosofía pública. Ensayos sobre moral en política*, Barcelona, Marbot Ediciones, 2008.
- SAVATER, Fernando, "¿Es tolerable la tolerancia religiosa?", *Letras Libres*, 2009, en <http://www.letraslibres.com>.
- SEVERINO, Roger, "Or for Poorer? How Same-Sex Marriage Threatens Religious Liberty", *Harvard Journal of Law and Public Policy*, núm. 30, 2007.

166 / Bibliografía

- SIERRA MADERO, Dora María, *La objeción de conciencia en México*, México, UNAM, 2012.
- SILBERMAN, Linda, “Same-sex marriage: Refining the Conflict of Laws Analysis”, *University of Pennsylvania Law Review*, núm. 153, 2005.
- TAHON, Marie-Blanche, “Mariage homosexuel, bimaternité et égalité: La loi québécoise instituant l’union civile”, *Recherches Familiales*, núm. 2, 2005.
- TEBBE, Nelson y WIDISS, Deborah A., “Equal access and the Right to Marry”, *University of Pennsylvania Law Review*, núm. 158, 2010.
- TIRAPU MARTÍNEZ, Daniel, “Perplejidades y contradicciones del pretendido matrimonio homosexual”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 8, 2005.
- , “La cuestión no cerrada del matrimonio homosexual”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 26, 2011.
- VELASCO VILLAR, Santos, “El proceso de secularización del matrimonio canónico y su concreción técnico-jurídica”, *Ius Canonicum*, núm. 25-49, 1985.
- VILLEY, Michel, *Le droit romain. Son actualité*, París, Presses Universitaires de France [1945], 2005.
- VOYÉ, Liliane, “Secularization in a Context of advanced Modernity”, *Sociology of Religion*, núm. 60-3, 1999.
- WAALDIJK, Kees, “Others may follow: The Introduction of Marriage, quasi-Marriage, and semi-Marriage for same-Sex Couples in European Countries”, *New England Law Review*, núm. 38-3, 2004.
- , *More or less together: Levels of Legal Consequences of Marriage, Cohabitation and registered Partnership for different-Sex and same-Sex Partners*, París, Institut d’Études Démographiques, 2005.

Bibliografía / 167

- WEBER, Max, *Economía y sociedad*, Madrid, Fondo de Cultura Económica [1922], 1993.
- , *Sociologie des religions. Textes réunis et traduits par Jean-Pierre Grossein*, París, Gallimard, 1996.
- WEEKS, Jeffrey, “Royaume-uni. Le partenariat civil, un compromis très british...”, en DESCOUTURES, Virginie, *Mariages et homosexualités dans le monde*, París, Autrement, 2008.
- WILSON, Bryan, *La religión en la sociedad*, Barcelona, Labor, 1969.
- WITTE, John Jr., *From Sacrament to Contract: Marriage, Religion, and Law in the Western Tradition*, Westminster, John Knox Press, 1997.
- , “John Calvin on Marriage and Family”, en SELDERHUIS, Herman, *Brill Handbook on John Calvin*, Herman Selderhuis, Brill, 2007.

Matrimonio homosexual y secularización, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 20 de marzo de 2015 en Gráfica Premier, S. A. de C. V., 5 de febrero 2309, colonia San Jerónimo Chichahualco, 52179 Metepec, Estado de México. Se utilizó tipo *Rotis Semi Serif Std* en 8.5, 9.8 y 10.8 puntos. En esta edición se empleó papel cultural 57 x 87 cm de 37 kilos para los interiores y cartulina couché de 250 gr. para los forros; consta de 500 ejemplares (impresión *offset*).