

# SECULARIZACIÓN, LAICIDAD Y MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO EN AMÉRICA LATINA

## SECULARIZATION, STATE NEUTRALITY AND SAME- SEX MARRIAGE IN LATIN AMERICA

**Fernando Arlettaz**

Laboratorio de Sociología Jurídica, U. de Zaragoza  
Seminario de Investigación para la Paz de Zaragoza

**Resumen:** El matrimonio entre personas del mismo sexo, recientemente aceptado en varios países latinoamericanos, se ubica en la línea histórica de la secularización del matrimonio. El artículo analiza los cambios legislativos y jurisprudenciales que llevaron a la ampliación del matrimonio a las parejas homosexuales en cuatro países latinoamericanos. Se hace hincapié en la relación de esta modificación con los conceptos de secularización y laicidad. En efecto, las sentencias de los tribunales latinoamericanos que han abordado la cuestión del matrimonio han señalado expresamente el proceso de secularización y lo han utilizado en muchos casos como un argumento para una interpretación jurídica favorable a la ampliación del concepto de matrimonio. Juntamente con la secularización, también la laicidad del Estado ha aparecido como argumento.

**Abstract:** Same-sex marriage, recently accepted in several Latin American countries, is an example of the secularization of marriage. The article discusses the legislative and jurisprudential changes that led to the extension of marriage to homosexual couples in four Latin American countries. Emphasis is made on the relationship between marriage transformation and the concepts of State religious neutrality and secularization. Indeed, the judgments of the Latin-American courts that have addressed the issue of marriage have expressly pointed out the process of secularization and have used it as an argument for a legal interpretation favourable to the enlargement of the concept of marriage. The concept of State religious neutrality, as well as that of secularization, has appeared as an argument.

**Palabras clave:** secularización, laicidad, matrimonio entre personas del mismo sexo.

**Keywords:** secularization, State neutrality, same-sex marriage.

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Matrimonio y secularización. 3. El matrimonio entre personas del mismo sexo en América Latina. 3.1. Argentina. 3.2. México. 3.3. Uruguay. 3.4. Brasil. 4. Matrimonio y laicidad del Estado. 5. Secularización y laicidad en la argumentación judicial. 5.1. El lugar de la argumentación judicial. 5.2. Inconstitucionalidad de la regulación puramente heterosexual del matrimonio. 5.3. Constitucionalidad de la ampliación del matrimonio. 6. Conclusiones.

## 1. Introducción

La legislación sobre el matrimonio ha sido, desde siempre, uno de los campos de lucha por la laicidad de la esfera pública y una muestra cabal de los procesos de secularización de la vida social. Así sucedió con la adopción del matrimonio civil frente al antiguo sistema de matrimonio puramente religioso y así sucedió también con el debate sobre el divorcio. El momento más reciente de la secularización de la institución matrimonial, y al mismo tiempo de la lucha por la laicidad de las instituciones, es la ampliación del mismo a las parejas homosexuales.

América Latina no ha sido ajena a estos movimientos históricos. No lo fue respecto del matrimonio civil como no lo fue respecto de la introducción del divorcio en la legislación. Y hoy tampoco es ajena a las controversias en torno de la ampliación del matrimonio a las parejas conformadas por dos personas del mismo sexo.

En este trabajo ponemos en relación esa ampliación matrimonial con los dos conceptos que señalamos en el título: el concepto de secularización y el de laicidad. El primer concepto es propio de la sociología y se usa para señalar la progresiva pérdida de influencia de la religión en la vida social. El segundo, en cambio, es propio de la filosofía jurídico-política. No describe un proceso social, sino que propone un modelo de sociedad en el que las instituciones públicas están separadas de la religión. Así, el concepto de *secularización* tiene un significado descriptivo, porque se refiere a un estado de cosas empíricamente observable, mientras que el de *laicidad* tiene un significado normativo, porque indica un modelo de sociedad posible y deseable<sup>1</sup>.

Como clarificación conceptual hay que indicar que la protección de las parejas homosexuales puede hacerse por diferentes vías. La primera es ampliar el matrimonio de modo que sea accesible tanto a las parejas heterosexuales como a las

---

<sup>1</sup> BOVERO, M., *El concepto de laicidad*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México, 2013, p. 10.

homosexuales. La segunda es regular un estatuto de unión civil específico para las parejas homosexuales, como hicieron algunos países europeos. En este trabajo reservamos la expresión *unión civil* para estos supuestos, salvo cuando por imperativo de algún texto legal debemos usarla en otro sentido (en este caso, realizamos la aclaración pertinente). Finalmente, es posible establecer un régimen legal para las parejas de hecho (bajo diversos nombres: régimen de parejas estables, de parejas no casadas, sociedades de convivencia, etc.) aplicable tanto a parejas homosexuales como heterosexuales.

En lo que sigue haremos primeramente una aproximación al proceso de secularización del matrimonio, para mostrar cómo la aceptación del matrimonio homosexual es la etapa más contemporánea de este proceso (apartado 2). Luego nos referiremos al caso específico de América Latina, señalando el modo en que han interactuado instancias legislativas y judiciales para llegar a esa ampliación del régimen matrimonial (apartado 3). Hablaremos de la relación entre la ampliación del matrimonio y el concepto de laicidad (apartado 4). Finalmente, veremos cómo los conceptos de secularización y laicidad han cristalizado en las sentencias judiciales que han controlado la constitucionalidad de las normas reguladoras del matrimonio (apartado 5) y señalaremos algunas conclusiones generales (apartado 6).

## **2. Matrimonio y secularización**

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 ha destacado un progresivo alejamiento del molde cristiano que las había encuadrado. Los cambios producidos por la secularización pueden descubrirse en la regulación del matrimonio, en cuanto ha pasado de institución sagrada a relación contractual entre dos partes.

La Iglesia Católica ha afirmado desde antiguo que el matrimonio pertenece a un doble orden: al natural y al sobrenatural. Pertenece, por un lado, al orden natural, que determina su esencia, fines y propiedades. Para esta concepción, el matrimonio es una realidad inscripta en la misma naturaleza humana, que orienta al hombre y a la mujer al matrimonio. Pero por otro lado pertenece también al orden sobrenatural, que determina que todo matrimonio entre bautizados es en sí mismo sacramento.

Como en los primeros tiempos de su existencia la Iglesia Católica carecía de regulación integral del matrimonio, 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. Así, a partir del siglo IV, con la transformación del cristianismo en religión oficial del imperio romano, apareció el matrimonio justiniano, como resultado de la cristianización del matrimonio romano. 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 torno del siglo XIII. En muchos lugares, sin embargo, el matrimonio canónico se combinaba con la subsistencia de diversas costumbres de origen germánico<sup>2</sup>.

Una primera característica de esta matriz cristiano-canónica del matrimonio es su íntegra regulación religiosa. La Iglesia reivindicó potestad legislativa y jurisdiccional sobre el

---

<sup>2</sup> Las fuentes fundamentales de regulación del matrimonio canónico, que recogen y ordenan las fuentes dispersas anteriores, son las siguientes. Iglesia Católica (1563): *Sesión XXIV del Concilio de Trento: doctrina sobre el sacramento del matrimonio, cánones del sacramento del matrimonio y decreto Tametsi sobre la reforma del matrimonio*; Iglesia Católica (1917): *Código de Derecho Canónico*; Iglesia Católica (1965): *Constitución Pastoral Gaudium et Spes sobre la iglesia en el mundo actual*; Iglesia Católica (1983): *Código de Derecho Canónico*.

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 la potestad fue reducida al matrimonio de los católicos.

La regulación religiosa impone también una forma religiosa a la celebración del matrimonio. 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. 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 del matrimonio es su carácter consensual-institucional. El matrimonio está basado 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. Sin embargo, 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 la 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). Éstos son, pues, los rasgos esenciales de la matriz canónico-cristiana del matrimonio<sup>3</sup>, que irán mutando en el proceso de secularización.

El proceso de secularización del matrimonio se realizó por grados, afectando a distintos caracteres de la matriz cristiana recién esbozada<sup>4</sup>. 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<sup>5</sup>. Esto viene a confirmar el rol del protestantismo como motor histórico de la secularización, por una vía distinta y

<sup>3</sup> Sobre el matrimonio canónico véase LÓPEZ ALARCÓN, M., *Curso de derecho matrimonial canónico y concordado*, Tecnos, Madrid, 2010; FORNÉS DE LA ROSA, J., *Derecho matrimonial canónico*, Tecnos, Madrid, 2006; NAVARRO-VALLS, R., *Matrimonio y derecho*, Tecnos, Madrid, 1995.

<sup>4</sup> Sobre este tema ver COBO SÁENZ, M. I., “La secularización del matrimonio en los países católicos: algunas referencias europeas y americanas”, en Lasarte Álvarez, C. et al, *Perspectivas del derecho de familia en el siglo XXI: XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2004; FERNÁNDEZ-CORONADO, A., *El proceso de secularización del matrimonio*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004; VELASCO VILLAR, S., “El proceso de secularización del matrimonio canónico y su concreción técnico-jurídica”, en *Ius Canonicum*, número 25-49, 1985, pp. 175-208.

<sup>5</sup> WITTE, J., “John Calvin on marriage and family”, en Selderhuis, H., *Brill handbook on John Calvin*, Herman Selderhuis, Brill, 2007; WITTE, J., *From sacrament to contract: Marriage, religion, and law in the western tradition*, Westminster John Knox Press, 1997; GREINER, A., “L’enseignement de Luther sur le mariage”, en *Fac-Réflexion*, número 16, 1990, pp. 39-51.

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

En los países católicos, en cambio, la regulación siguió siendo canónica hasta fines del siglo XVIII o principios del siglo XIX. A partir de ese momento, el monopolio eclesiástico sobre la regulación y jurisdicción del matrimonio fue cediendo a favor del monopolio o cuasi-monopolio estatal sobre el mismo.

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 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. 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 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. 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; otros adoptaron el régimen civil con posterioridad.

Hoy, junto con aquellos países en los que el matrimonio bajo forma civil es una opción al lado del matrimonio bajo forma religiosa están aquellos Estados que sólo reconocen la forma civil del matrimonio, lo que ejemplifica el caso de mayor secularización del régimen matrimonial en este sentido. Pero incluso en el caso del régimen mixto hay 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.

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 pre-existentes, definidas por las actas conciliares de Trento.

La indisolubilidad del matrimonio se vio afectada por la incorporación del divorcio vincular. Éste ya había asomado en la reforma 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 reconoció también el divorcio. 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. Hasta mediados del siglo XIX su aplicación estaba limitada a una zona reducida. 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. En los países católicos, donde el divorcio encontró fuertes resistencias de la Iglesia, su reconocimiento fue muy posterior.

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 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<sup>6</sup>.

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 des-

---

<sup>6</sup> DURAND, J-P., “Code civil et droit canonique”, en *Pouvoirs*, número 107, 2003, pp. 59-79.

institucionalización 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 parejas de hecho, estructuras cuasi-matrimoniales que como consecuencia de la informalidad de su origen, no se hallan sometidas al conjunto de derechos y deberes propios del régimen institucional matrimonial.

El paso más reciente en la secularización del régimen matrimonial ha sido 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. 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.

La ampliación del matrimonio a las parejas homosexuales se desarrolló primeramente en América del Norte y Europa. En los Estados Unidos el debate se abrió cuando en 1993 la Corte Suprema de Hawai 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 celebrados en otros Estados. Algunos Estados incorporaron enmiendas constitucionales en el mismo sentido. En cambio, las Cortes Supremas de algunos Estados reconocieron el derecho de las parejas homosexuales al matrimonio o a la unión civil. Algunos Estados reconocieron legalmente un estatuto de unión civil; o un estatuto de pareja de de hecho para todo tipo de parejas. Otros admitieron directamente el matrimonio homosexual. 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. La ley fue declarada inconstitucional en 2013 por la Corte Suprema<sup>7</sup>.

En Canadá, por otra parte, la evolución comenzó con la aceptación de la extensión del régimen legal de las parejas de hecho también a las parejas homosexuales o la aceptación de un régimen de unión civil para las parejas homosexuales. En 2005, una ley federal, *The Civil Marriage Act*, extendió el matrimonio también a las parejas homosexuales.

En Europa también se adoptaron primeramente regímenes legales de parejas de hecho accesibles tanto a parejas heterosexuales como homosexuales, o regímenes de unión civil para las parejas homosexuales. El matrimonio entre personas del mismo sexo fue progresivamente aceptado en los Países Bajos (2000); Bélgica (2003); España (2005); Noruega (2008); Suecia (2009); Islandia (2010); Portugal (2010); Dinamarca (2012); Francia (2013); Inglaterra y Gales (2013).

En el apartado siguiente nos ocuparemos del caso de América Latina.

### **3. El matrimonio entre personas del mismo sexo en América Latina**

Por diferentes vías, cuatro países de América Latina han reconocido la posibilidad del matrimonio entre personas del mismo sexo: Argentina, Brasil, México y Uruguay. En algunos países se han aprobado regímenes legales para las parejas de hecho. En razón del tema de este trabajo, nos referiremos a los supuestos de matrimonio, y sólo haremos una mención incidental a otros tipos de regímenes al estudiar los antecedentes del matrimonio en los casos abordados.

En el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo resulta de interés la compleja interacción entre

---

<sup>7</sup> United States Supreme Court: *United States v. Edith Schlain Windsor*, 570 US \_\_\_ (2013).

instancias judiciales y legislativas. En efecto, la ampliación de la figura matrimonial ha tenido un carácter altamente conflictivo, dando lugar a planteamientos ante los tribunales. Dos patrones pueden apreciarse en este sentido: en algunos casos, las decisiones judiciales declararon la invalidez del esquema matrimonial puramente heterosexual previsto en la legislación existente, forzando de este modo al legislador a intervenir; en otros casos, las decisiones judiciales fueron posteriores a los cambios legislativos, y se dieron en razón de los cuestionamientos que ciertos grupos formularon a esos cambios.

### 3.1. Argentina

En las últimas décadas diversas provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires fueron aprobando estatutos legales para las parejas de hecho que abarcaban tanto a parejas heterosexuales como homosexuales. La ciudad de Buenos Aires fue la primera entidad gubernamental de América Latina en reconocer en 2002 algún grado de protección a las parejas del mismo sexo, mediante un régimen de pareja registrada aplicable tanto a las parejas heterosexuales como a las homosexuales, que la ley denominó *unión civil*<sup>8</sup>. No se trataba de permitir el acceso al matrimonio, sino sólo a un régimen de registro de relaciones de convivencia. De acuerdo con el artículo 1 de la norma legal respectiva, de redacción bastante defectuosa por cierto: “[...] se entiende por unión civil: a) a la unión conformada libremente por dos personas con independencia de su sexo u orientación sexual; b) que hayan convivido en una relación de afectividad estable y pública por un período mínimo de dos años, salvo que entre los integrantes haya descendencia en común; c) los integrantes deben tener domicilio legal en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, inscripto con por lo menos dos años de anterioridad a la fecha en la que solicita la inscripción; d) inscribir la unión en el Registro Público de Uniones Civiles”.

---

<sup>8</sup> Ley 1004 (2002) y Decreto Reglamentario 556 (2003).

En 2009 un juez de primera instancia decidió que la imposibilidad para dos personas del mismo sexo de contraer matrimonio entre sí resultaba contraria a disposiciones constitucionales. Consecuentemente, ordenó a las autoridades del Registro Civil celebrar tal matrimonio<sup>9</sup>. El argumento central de la sentencia fue el principio de igualdad en combinación con la protección constitucional de la intimidad, que “supone previamente el derecho a ser quien se es, y la garantía de que el Estado sólo intervendrá para proteger esa existencia y para contradecir cualquier fuerza que intente cercenarla o regularla severamente” (considerando VIII). Más aún: el fallo recurre al concepto de *categorías sospechosas* para indicar que cuando el Estado establece distinciones basadas en categorías tales como la raza, la religión, el género, la discapacidad o la orientación sexual tiene un deber agravado de demostrar que esas distinciones tienen una finalidad legítima, lo que no había sucedido en el caso. Según el tribunal, las clasificaciones fundadas en la orientación sexual deberían ser utilizadas no para excluir de la titularidad de determinados derechos, sino “para compensar a [ciertos] grupos por las postergaciones sufridas a través de la historia” (considerando IX).

Finalmente, en 2010 se promulgó la ley que permitió que las parejas homosexuales accedieran al matrimonio<sup>10</sup>. De acuerdo con esta ley, el artículo 172 del Código Civil quedó redactado de la siguiente manera: “Es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por ambos contrayentes ante la autoridad competente para celebrarlo. El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo. El acto que careciere de alguno de estos requisitos no producirá efectos civiles aunque las partes hubieran obrado de buena fe [...]”.

---

<sup>9</sup> Juzgado 1ra Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tribunal número 15: *Freyre Alejandro contra GCBA sobre amparo*, exp. 34292 (10/11/2009).

<sup>10</sup> Ley 26618 sobre Matrimonio Civil (21/07/2010).

Igualmente, el artículo 42 de la referida ley dispuso: “Todas las referencias a la institución del matrimonio que contiene nuestro ordenamiento jurídico se entenderán aplicables tanto al matrimonio constituido por dos personas del mismo sexo como al constituido por dos personas de distinto sexo. Los integrantes de las familias cuyo origen sea un matrimonio constituido por dos personas del mismo sexo, así como un matrimonio constituido por personas de distinto sexo, tendrán los mismos derechos y obligaciones. Ninguna norma del ordenamiento jurídico argentino podrá ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio o goce de los mismos derechos y obligaciones, tanto al matrimonio constituido por personas del mismo sexo como al formado por dos personas de distinto sexo”. De este modo, y con una redacción un poco alambicada y confusa, se consagró la igualdad en derechos y deberes entre el matrimonio heterosexual y el matrimonio homosexual. Esta igualdad implica también la posibilidad de que las personas del mismo sexo casadas entre sí puedan adoptar conjuntamente (de conformidad con los artículos 311 y siguientes del Código Civil)<sup>11</sup>.

### 3.2. México

En México, el Distrito Federal aprobó en 2006 una ley que regula las sociedades de convivencia a las que pueden acceder tanto las parejas homosexuales como las heterosexuales<sup>12</sup>. Según el artículo 2 de la disposición: “La sociedad de convivencia es un

<sup>11</sup> Sobre el matrimonio homosexual en Argentina, en sus aspectos jurídicos, ver KRASNOW, A., “El nuevo modelo de matrimonio civil en el derecho argentino”, en *Revista de Derecho Privado*, número 22, 2012, pp. 5-39. Sobre los aspectos sociológicos, JONES, D. y VAGGIONE, J. M., “Los vínculos entre religión y política a la luz del debate sobre matrimonio para parejas del mismo sexo en Argentina”, en *Civitas - Revista de Ciências Sociais*, volumen 12, número 3, 2012, pp. 522-537; HILLER, R., “En las faldas de O'Donnell: discutiendo los alcances del ‘matrimonio igualitario’ en Argentina”, en *Sociedade e Cultura*, volumen 15, número 2, 2012, pp. 359-368.

<sup>12</sup> Ley de sociedad de convivencia para el Distrito Federal (09/11/2006).

acto jurídico bilateral que se constituye, cuando dos personas físicas de diferente o del mismo sexo, mayores de edad y con capacidad jurídica plena, establecen un hogar común, con voluntad de permanencia y de ayuda mutua”.

Luego, una reforma de 2010 al Código Civil introdujo la posibilidad del matrimonio entre personas del mismo sexo<sup>13</sup>. Según el artículo 146 del Código Civil del Distrito Federal en su nueva redacción: “Matrimonio es la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que estipule el presente código”. Del mismo modo, luego de la reforma el concubinato puede establecerse entre personas del mismo o de diferente sexo (artículo 291bis). Cónyuges y concubinos, que demuestren al menos dos años de casados o de convivencia, pueden adoptar conjuntamente (artículo 391, según la reforma).

La reforma suscitó vivas reacciones de oposición de parte de sectores conservadores<sup>14</sup>. El Gobierno Federal promovió la declaración de inconstitucionalidad de la ley. Sin embargo, la nueva redacción fue declarada conforme a la Constitución por la Corte Suprema de Justicia federal<sup>15</sup>. La Corte concluyó que la legislación era razonable (artículo 16 de la Constitución), ya que no trastocaba bienes o valores constitucionalmente protegidos, y que los hechos y personas considerados guardaban una identidad suficiente que justificaba darles el mismo trato (párrafos 224-241). Ni la mención constitucional de la igualdad entre el hombre y la mujer ni la protección constitucional de la familia (ambas en el artículo 4 de la Constitución) exigen que el matrimonio se limite a las uniones heterosexuales. La mención constitucional de la igualdad entre el hombre y la mujer fue incluida por el

---

<sup>13</sup> Decreto por el que se reforman diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal y del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal (28/12/2009).

<sup>14</sup> ESPINOSA, A., “El matrimonio homosexual en México”, en *Revista Jurídica de la Región de Murcia*, número 44, 2010, pp. 7-8.

<sup>15</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación: *Acción de inconstitucionalidad 2/2010. Procurador General de la República* (16/08/2010).

constituyente para luchar contra la discriminación histórica sufrida por la mujer. Por otra parte, la protección constitucional de la familia no ha de entenderse referida sólo a un tipo de familia (como sería la familia basada sobre el matrimonio heterosexual). La definición del matrimonio está pues en manos del legislador ordinario, y no está preestablecida en el artículo 4 de la Constitución.

La Constitución mexicana no contempla expresamente un derecho a contraer matrimonio; sin embargo, según la jurisprudencia de la Corte el derecho al libre desarrollo de la personalidad implica la posibilidad de decidir casarse o no. Y aunque existen diferencias entre las parejas heterosexuales y las homosexuales (particularmente, en lo que hace a la reproducción biológica), ésta no es una diferencia relevante entre ambas relaciones que deba impedir al legislador extender la institución del matrimonio civil de forma tal que comprenda a ambas, porque la potencialidad de la reproducción no es una finalidad esencial de aquél (párrafos 258-270). Además, cuando los tratados internacionales de derechos humanos establecen el derecho *del hombre y de la mujer* a contraer matrimonio buscan impedir que los Estados restrinjan este derecho de forma arbitraria o irracional, pero no imponen limitar el matrimonio a la unión del hombre y de la mujer *entre sí* (párrafos 252-255).

La Corte también concluyó en la ausencia de violación de los principios de legalidad y seguridad jurídica (artículos 14 y 16 de la Constitución) y de las reglas que definen la distribución federal de competencias (artículo 121 de la Constitución). De hecho, sostuvo que los demás Estados estarán obligados a reconocer los matrimonios celebrados en el Distrito Federal entre personas del mismo sexo, aunque por supuesto los efectos concretos que se reconozcan a estas uniones en otros territorios serán los previstos en las legislaciones de estos territorios (párrafos 285-307). Este punto resulta de interés ya que no resultaría posible a las entidades federativas (ni al gobierno federal) emitir normas que desconocieran los matrimonios



homosexuales celebrados en otra jurisdicción, como sucede en los Estados Unidos con las ya nombradas *DOMAs*.

La Corte también descartó que el artículo 391 del Código Civil resultara inconstitucional por falta de motivación (artículo 16 de la Constitución), por ser discriminatorio (artículo 1 de la Constitución) o por ser contrario a los principios de protección de la familia y del interés superior del niño (artículo 4 de la Constitución) (párrafos 308-340). Si bien el artículo no había sido formalmente modificado, su contenido material había variado por la modificación del artículo 146 del Código Civil.

Una situación particular se da en el Estado de Quintana Roo. El Código Civil de este Estado no establece expresamente la exigencia de la diversidad de sexos para la celebración del matrimonio. Ante este silencio legal, algunas alcaldías celebraron matrimonios entre personas del mismo sexo. Otras, en cambio, se han opuesto a estas celebraciones por considerar que la exigencia de diversidad de sexos está implícita en la norma civil<sup>16</sup>.

Sin dudas el paso más importante se dio cuando la Corte Suprema de Justicia federal declaró inconstitucional la legislación civil del Estado de Oaxaca, en cuanto establece que el matrimonio es una unión *heterosexual* cuya finalidad es la *procreación de la especie*<sup>17</sup>.

Según la Corte, la ley impugnada constituye una medida legislativa discriminatoria, ya que hace una distinción con base en la preferencia sexual de las personas que se traduce en la exclusión arbitraria de las parejas homosexuales del acceso a la institución matrimonial. La Corte llega a esta conclusión tras sostener que, por tratarse de una distinción basada en una *categoría sospechosa* (la orientación sexual) el escrutinio a la luz del principio de igualdad ha de ser un escrutinio estricto (considerando octavo).

---

<sup>16</sup> Ver la información de prensa “Rectifica el gobierno de Quintana Roo: valida bodas gay”, en *El Proceso*, <<http://www.proceso.com.mx/?p=306317>> (03/05/2012).

<sup>17</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación: *Amparo en revisión 581/2012* (05/12/2012).

Si bien se acepta que la norma legislativa persigue una *finalidad imperiosa* (proteger la organización y el desarrollo de la familia), se sostiene que el contenido de la norma no está *directamente conectado* con esa finalidad, ya que la familia constitucionalmente protegida no es sólo la basada en una unión heterosexual, sino la familia entendida como realidad social. Y la realidad social del momento muestra la existencia de múltiples formas familiares merecedoras de protección, entre ellas las familias basadas en parejas homosexuales, equivalentes a las heterosexuales para todos los efectos relevantes (considerando octavo).

Por otra parte, si se niega el acceso al matrimonio a las parejas homosexuales, el hecho de que el legislador contemple un *régimen jurídico diferenciado* o un *modelo alternativo* a dicha institución al cual puedan optar las parejas homosexuales en lugar de casarse es discriminatorio, sin importar que ambos conlleven los mismos derechos y que la única diferencia sea la denominación que se les da. Ello es así toda vez que la exclusión de las parejas homosexuales del acceso al matrimonio que el legislador intenta remediar con modelos alternativos implica la creación de un régimen de *separados pero iguales* (equivalente al utilizado para justificar la segregación racial en los Estados Unidos) que perpetúa la noción de que las parejas del mismo sexo son menos merecedoras de reconocimiento que las heterosexuales, lo que ofende su dignidad como personas (considerando octavo)<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> Sobre los matrimonios homosexuales en México, en sus aspectos jurídicos, ver RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, E., “Los matrimonios homosexuales en el Distrito Federal. Algunas consideraciones en torno a la reforma a los códigos civil y de procedimientos civiles”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, número 128, 2010, pp. 943-955; LÓPEZ SÁNCHEZ, R. y ZEPEDA GARCÍA, L. F., “El matrimonio homosexual en México hacia un paulatino reconocimiento en las entidades federativas”, en *Argumenta - Uenp Jacarezinho*, número 18, 2013, pp. 63-75. Para un análisis socio-jurídico, BUSTILLOS, J., “Derechos humanos y protección constitucional. Breve estudio sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo en

### 3.3. Uruguay

Uruguay aprobó en 2007 una ley sobre la unión concubinaria que incluyó a las parejas de personas del mismo sexo<sup>19</sup>. Según su artículo 2: “A los efectos de esta ley se considera unión concubinaria a la situación de hecho derivada de la comunidad de vida de dos personas -cualquiera sea su sexo, identidad, orientación u opción sexual- que mantienen una relación afectiva de índole sexual, de carácter exclusiva, singular, estable y permanente, sin estar unidas por matrimonio entre sí y que no resulta alcanzada por los impedimentos dirimentes establecidos en los numerales 1º, 2º, 4º y 5º del artículo 91 del Código Civil”. Sin embargo, para que se produzcan los efectos de la ley es necesaria la convivencia ininterrumpida durante al menos 5 años, sin perjuicio de la aplicación de las normas relativas a las uniones de hecho no reguladas por ésta (artículo 1).

En 2013 se aprobó el matrimonio entre personas del mismo sexo<sup>20</sup>. El matrimonio se introdujo mediante la reforma del artículo 83 del Código Civil, que quedó redactado de la siguiente forma: “El matrimonio civil es la unión permanente, con arreglo a la ley, de dos personas de distinto o igual sexo. El matrimonio civil es obligatorio en todo el territorio del Estado, no reconociéndose [...] otro legítimo que el celebrado con arreglo a este capítulo y con sujeción a las disposiciones establecidas en las leyes de Registro de Estado Civil y su reglamentación”.

El artículo 28 de la referida ley de reforma dispuso: “En todas las normas reguladoras del instituto del matrimonio o conexas a este donde se utilicen menciones diferenciales en razón de sexo, deberá entenderse cónyuges, pareja matrimonial, esposos u otras de similar tenor que no alteren el contenido sustantivo de la regulación y que no distingan en razón del sexo de la persona”. El régimen civil permite el acceso de los matrimonios

---

México y en perspectiva comparada”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, número 132, 2011, pp. 1017-1045.

<sup>19</sup> Ley 18246 de Unión Concubinaria (27/12/2007).

<sup>20</sup> Ley 19075 de Matrimonio Igualitario (03/05/2013).

homosexuales a la adopción (artículos 243 y siguientes del Código Civil).

### 3.4. Brasil

Como en la generalidad de los países latinoamericanos, en Brasil la familia ha estado marcada por la matriz cristiana. La Constitución Federal de 1988, sin embargo, transformó radicalmente las relaciones familiares al establecer la igualdad entre hombres y mujeres y ampliar las formas de constituir una familia. Las sentencias de las dos grandes instancias jurisdiccionales que analizamos a continuación son la continuidad de una trayectoria jurisprudencial que se inició a finales de los años '80 y que implicó un progresivo reconocimiento de derechos a las parejas homosexuales<sup>21</sup>.

En 2011, el Supremo Tribunal Federal sostuvo que, de acuerdo con la Constitución, el artículo 1723 del Código Civil debería interpretarse de modo de permitir el acceso tanto de las parejas heterosexuales como de las homosexuales al instituto de la unión estable, sin distinción<sup>22</sup>. El referido artículo 1723 se lee así: “Es reconocida como entidad familiar la unión estable entre hombre y mujer, configurada por la convivencia pública, continua y duradera, y establecida con el objetivo de constitución de una familia”.

La interpretación del artículo 1723 del Código Civil de modo conforme a la Constitución exige excluir cualquier lectura que impida el reconocimiento de la unión continua, pública y duradera de dos personas del mismo sexo como familia. Este reconocimiento debe hacerse según las mismas reglas y con las

<sup>21</sup> CARDOSO, E., “Género, heteronormatividad y argumentos a favor del matrimonio homosexual en la jurisprudencia de los tribunales brasileños”, en *Dilemata*, número 5, 2013, pp. 210-211.

<sup>22</sup> Supremo Tribunal Federal: *ADPF 132 / RJ - Rio de Janeiro. Arguição de descumprimento de preceito fundamental* (05/05/2011); Supremo Tribunal Federal: *ADI 4277 / DF - Distrito Federal. Ação direta de inconstitucionalidade* (05/05/2011).

mismas consecuencias que la unión estable heterosexual. La sentencia, que es vinculante y tiene eficacia *erga omnes*, se ubica en un nuevo paradigma del derecho familia, al señalar que la posibilidad física de la reproducción no es un constituyente necesario de aquélla<sup>23</sup>.

Para llegar a esta conclusión el Tribunal se basa en la prohibición de la discriminación en razón del sexo, lo que incluye tanto la dicotomía hombre-mujer como la orientación sexual (el sexo de las personas, salvo disposición constitucional expresa o implícita, no puede ser un factor de desigualación); la prohibición de la discriminación (artículo 3.IV de la Constitución); el pluralismo como valor socio-político-cultural; la libertad para disponer de la propia sexualidad, derecho fundamental y expresión de la autonomía de la voluntad; y el derecho a la intimidad y la vida privada.

Al igual que sucede en otros países, se presenta la pregunta acerca de si la protección constitucional de la familia (establecida en el artículo 226 de la Constitución) exige que el legislador limite esta protección a un determinado tipo de familia. Para el Tribunal, la Constitución no da al sustantivo *familia* ningún significado ortodoxo. El concepto ha de entenderse en su significado coloquial de núcleo doméstico, sin importar si está formal o informalmente constituido, o si se integra por una pareja heterosexual u homosexual. El núcleo familiar es el principal *locus* de concreción de los derechos fundamentales de intimidad y vida privada (artículo 5.X de la Constitución). 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.

Otro escollo podría provenir del artículo 226.3 de la Constitución, de acuerdo con el cual se reconoce la unión estable entre el hombre y la mujer como entidad familiar, debiendo la ley

---

<sup>23</sup> MUNHOZ, I. y TAÍS, M., “A decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a união estável homoafetiva no Brasil: a primeira grande batalha contra a homofobia foi vencida”, en *Revista Prolegómenos - Derechos y Valores*, número II, 2011, pp. 187-201.

facilitar su conversión en matrimonio. Sin embargo, para el Tribunal, la referencia constitucional a la dualidad hombre / mujer ha de entenderse sólo en el sentido de favorecer la igualdad entre hombres y mujeres en el plano de las relaciones domésticas. Cuando el artículo usa la expresión *entidad familiar* no pretende decir algo distinto de *familia* y, como ya se señaló, la Constitución no impide la formación de familias sobre la base de la unión entre personas del mismo sexo. Las familias fundadas sobre parejas homosexuales están en condiciones de igualdad respecto de las fundadas sobre parejas heterosexuales.

Existen además otras consideraciones, relativas al principio de legalidad. Así, no se puede prohibir nada a nadie salvo que exista un legítimo interés de protección a un tercero o a toda la sociedad. Tal interés legítimo de protección no existe en el caso. Los heterosexuales no tienen un derecho a que su unión no sea equiparada a la de los homosexuales.

Un tiempo después de la sentencia del Supremo Tribunal Federal, el Superior Tribunal de Justicia declaró que abrir el matrimonio a las parejas homosexuales resulta una exigencia constitucional<sup>24</sup>. Los interesados alegaban que no existía obstáculo legal a la celebración de matrimonio entre personas del mismo sexo, ya que el artículo 1521 del Código Civil no enumera la identidad de sexo entre los impedimentos matrimoniales, y que en derecho privado todo lo que no está prohibido está permitido. Como expresamente reconoció el Tribunal con cita de la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal que nosotros comentamos más arriba, la cuestión que se planteaba era la de saber si las mismas razones que habían llevado a declarar que la prohibición de que las parejas homosexuales pudieran acceder a la unión estable era aplicable al caso del matrimonio (párrafo 4.2).

La respuesta del Superior Tribunal de Justicia fue positiva. Afirmó que una lectura del Código Civil a la luz de los principios

---

<sup>24</sup> Superior Tribunal de Justicia: *Recurso Especial 1.183.378 - RS (2010/0036663-8)* (25/10/2011).

constitucionales obliga a admitir el matrimonio entre personas del mismo sexo. Dado que la Constitución Federal protege la familia, se hacía necesario determinar cuál es el contenido de este concepto. Históricamente, el concepto de familia ha estado vinculado al de matrimonio. De hecho, hasta la Constitución de 1988, la familia constitucionalmente protegida era la fundada sobre el matrimonio.

Sin embargo, después de 1988 se debe afirmar que la forma en que la familia está constituida es indiferente, ya que detrás del mandato de protección se halla el respeto a la dignidad humana (artículo 1.III de la Constitución). Por ello, el matrimonio ya no es la base de la organización familiar, sino sólo un instrumento para un propósito mayor, que es la protección de la persona humana y su dignidad inviolable (párrafos 4.2-4.3).

Y dado que el matrimonio es sólo un instrumento que ha de servir a la constitución de múltiples formas de familia, su estructura ha de ser necesariamente plural. A la luz de los valores constitucionales vigentes no es posible afirmar que las uniones homosexuales sean menos dignas de protección que las uniones heterosexuales. Y dado que el vínculo que mayor seguridad jurídica concede a las familias es el del matrimonio civil, no resulta posible negar a las parejas homosexuales el acceso a esta institución (párrafo 4.3).

A estas consideraciones se agregan las relativas a la prohibición de discriminación en razón del sexo, entendido como género (artículo 3.IV de la Constitución); el respeto a la dignidad humana (artículo 1.III de la Constitución) que implica el respeto por la dignidad y libertad sexuales; el respeto a la intimidad y a la vida privada; y el derecho al planeamiento familiar (artículo 226.7 de la Constitución) (párrafo 4.5).

Además, el mismo razonamiento usado por el Tribunal Supremo Federal para conceder a las parejas homosexuales el acceso a la unión civil debe ser usado para permitirles el acceso al matrimonio, ya que es la propia Constitución la que establece que el Estado debe facilitar la conversión de la unión civil en matrimonio (artículo 226.3 de la Constitución). No puede

considerarse un obstáculo a esto el hecho de que el artículo 226.3 haga expresa referencia al hombre y la mujer al tratar de la familia, ya que esta mención no aparece cuando la Constitución trata del matrimonio (artículo 226.1 de la Constitución) (párrafo 5).

En vista de esta decisión, el Consejo Nacional de Justicia dispuso que las autoridades públicas no pueden negarse a celebrar un matrimonio entre dos personas del mismo sexo<sup>25</sup>. Según el artículo 1 de la referida resolución: “Se prohíbe a las autoridades competentes la recusación de habilitación, celebración de matrimonio civil o de conversión de unión estable en matrimonio entre personas del mismo sexo”<sup>26</sup>.

#### 4. Matrimonio y laicidad del Estado

En el primer apartado de este trabajo nos hemos ocupado de la relación entre secularización y matrimonio. Hemos visto la progresiva secularización de la institución matrimonial desde un ángulo socio-jurídico, es decir, considerando las transformaciones del matrimonio como procesos sociales que se inscriben dentro de tendencias generales más amplias.

Aquí nos ocupamos de la relación entre matrimonio y laicidad. Pasamos así de la descripción de procesos sociales a la discusión normativa acerca de la compatibilidad de ciertos modelos de regulación familiar con el principio de laicidad del Estado.

La pregunta fundamental que plantea el matrimonio entre personas del mismo sexo, en relación con la laicidad del Estado,

<sup>25</sup> Conselho Nacional de Justiça: *Resolução 175* (14/05/2013).

<sup>26</sup> Sobre el matrimonio homosexual en Brasil, en sus aspectos jurídicos, ver POZZETTI, V. C. y SILVA, U. A., “A Resolução n. 175 do CNJ e os requisitos para a celebração do casamento”, en *Scientia Iuris*, volumen 17, número 2, 2013, pp. 107-130; CRESPO BRAUNER, M. C. y DA SILVEIRA, A. C., “Tutela jurídica homoparental ao Brasil: avanços na concretização dos direitos de liberdade, igualdade e dignidade humana”, en *MÉTIS: história & cultura*, volumen 10, número 20, 2011, pp. 255-272.



es si este principio constitucional (en aquellos casos en que está consagrado por los textos fundamentales de los Estados respectivos) exige o impide una determinada forma de regulación matrimonial. En otras palabras, se trata de preguntarse si la laicidad constitucional exige que la figura del matrimonio sea accesible a las uniones homosexuales o (lo que es lo mismo) si la regulación puramente heterosexual del matrimonio es contraria a la laicidad del Estado.

Podría pensarse que la prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo significa una violación de la neutralidad religiosa 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*<sup>27</sup>.

Desde esta perspectiva, aunque los grupos religiosos serían 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<sup>28</sup>. Y así como los grupos religiosos no podrían 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 estaría imposibilitado de 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. Y si la forma de vida de la comunidad implica reconocer que el matrimonio es una unión

---

<sup>27</sup> ANDERSON, R. B., "Same Sex Marriage and the First Amendment", en Smith, C. R., *The First Amendment and Religion*, <<http://www.firstamendmentstudies.org>>, 2008, pp. 28-34.

<sup>28</sup> OLSON, T. B., "The conservative case for gay marriage; why same-sex marriage is an American value", en *Newsweek*, 18/01/2010.

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 que estarían excluidas las parejas homosexuales.

Desde este otro punto de vista, el derecho común no habría 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 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<sup>29</sup>.

Este punto de vista, en principio conservador, puede tener sin embargo una derivación transformadora. En efecto, por aplicación de la misma regla, si las formas de vida de la comunidad, empíricamente consideradas, mostraran una aceptación de las familias basadas en uniones homosexuales, habría que dar a esas familias la protección que significa el acceso al matrimonio.

Por otras razones, también algunos teóricos liberales coinciden en que el matrimonio homosexual no viene exigido por el principio de laicidad. Como explica Martha Nussbaum, 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

---

<sup>29</sup> NOVAK, M., "What marriage is", en *Public Interest*, número 156, 2004, pp. 24-30.

matrimonio como una unión heterosexual el Estado no estaría imponiendo un punto de vista religioso a la población<sup>30</sup>.

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 anti-religioso.

El problema es, entonces, hasta qué punto el Estado laico, 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 jurídico laico no es función de la ley civil tutelar la forma matrimonial de un grupo religioso particular. Un Estado laico coherente no podría adoptar consciente y decididamente la forma matrimonial de un determinado grupo religioso, imponiéndola a toda la población. Pero el solo hecho de que un régimen civil coincida con el sostenido por una determinada organización religiosa no sería suficiente para invalidarlo.

## 5. Secularización y laicidad en la argumentación judicial

Dejando las perspectivas puramente teóricas para entrar en los ordenamientos jurídicos concretos hay que señalar que no existe una única respuesta a la pregunta que aquí planteamos. La respuesta depende de la posición teórica que se adopte y de la forma que en cada sistema esté constitucional y legalmente establecida la neutralidad religiosa del Estado.

En las jurisdicciones constitucionales nacionales la cuestión se ha ido resolviendo más o menos pragmáticamente, a medida que se ha ido presentando. No todas las decisiones constitucionales se han referido expresamente a la problemática

---

<sup>30</sup> NUSSBAUM, M. C., *Liberty of conscience. In defense of America's traditions of religious equality*, Basic Books, New York, 2009, pp. 338-350.

de la laicidad al analizar el tema, centrándose en otros aspectos del derecho constitucional, como ya hemos visto.

### **5.1. El lugar de la secularización y de la laicidad**

Como dijimos más arriba, existen dos tipos de decisiones en relación con los matrimonios de personas del mismo sexo. Por un lado, aquellas que declaran que la regulación puramente heterosexual del matrimonio resulta contraria a principios constitucionales: la sentencia argentina que comentamos, la sentencia del Superior Tribunal de Justicia de Brasil y la segunda sentencia de la Corte Suprema mexicana. Por otro lado, aquellas que declaran que la apertura del matrimonio a las parejas homosexuales, una vez producida, no es contraria a tales principios, como sucede con la primera sentencia de la Corte Suprema mexicana.

Los conceptos de secularización y laicidad aparecen en estas sentencias. Es verdad que su utilización no es directa. El eje central del razonamiento pasa por la idea de igualdad: resulta contrario a la igualdad no equiparar las parejas heterosexuales a las homosexuales en el acceso al matrimonio (primera categoría de sentencias) o resulta conforme a la igualdad equiparar las parejas heterosexuales a las homosexuales en el acceso al matrimonio (segunda categoría). Sin embargo, la secularización y la laicidad entran dentro del razonamiento relativo a la igualdad. Sintetizando los argumentos semejantes que aparecen en las diferentes sentencias, podría decirse que los tribunales toman los dos caminos (paralelos y complementarios) siguientes.

Primero: para decidir si dos realidades (parejas heterosexuales y parejas homosexuales) son equiparables en un determinado sentido (el acceso al matrimonio y a la protección debida a la familia) se debe consultar la realidad del momento y verificar si de acuerdo con el esquema de valores socialmente vigente esas dos realidades son semejantes. Y el esquema de valores socialmente vigente resulta ser uno *secularizado* en el que las ideas de matrimonio y familia se han alejado de los moldes religiosos y, por ello, no están restringidos a las parejas

heterosexuales. Luego, dado que las parejas heterosexuales y las parejas homosexuales son socialmente consideradas equivalentes, el principio de igualdad exige que lo que se le da a unas no se le niegue a las otras.

Segundo: para decidir si dos realidades (parejas heterosexuales y parejas homosexuales) son equiparables en un determinado sentido (el acceso al matrimonio y a la protección debida a la familia) se debe consultar el esquema de valores constitucionales y verificar si de acuerdo con el mismo esas dos realidades son semejantes. Y el esquema de valores constitucionales resulta ser el de la *laicidad*, que impide dar a las ideas religiosas de matrimonio y familia un valor normativo por el solo hecho de provenir de una tradición religiosa (aunque sea esta la mayoritaria). Luego, no es posible limitar los conceptos de matrimonio y familia *sólo* porque una tradición religiosa considere que deben ser limitados.

Nótese que los dos argumentos funcionan de modo complementario. La laicidad por sí sola no parece exigir la equiparación entre parejas heterosexuales y parejas homosexuales. De hecho, hay muchos Estados laicos que regulan el matrimonio como unión puramente heterosexual. Lo que la laicidad exige es que una idea religiosa no se convierta, por el solo hecho de provenir de una tradición religiosa que puede ser mayoritaria, en norma legal. Aunque las sentencias no lo dicen expresamente, parece que en ellas está implícita la idea de que si la sociedad aceptara generalizadamente que el matrimonio es sólo una unión heterosexual no habría violación de la laicidad en el hecho de que el matrimonio se regulara de esta manera: en este caso, la regulación puramente heterosexual del matrimonio respondería a la realidad social, y no a un mandato religioso (aunque este último coincidiera con aquella realidad social).

Veremos a continuación las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de la regulación puramente heterosexual del matrimonio, y luego la que convalida las reformas realizadas hacia la ampliación del mismo.

## 5.2. Inconstitucionalidad de la regulación puramente heterosexual del matrimonio

La sentencia del juez argentino de primera instancia que declaró la invalidez de la regulación puramente heterosexual del matrimonio, aunque se asienta fundamentalmente sobre la idea de igualdad, hace expresa mención a la cuestión religiosa<sup>31</sup>. El fallo hace un breve recorrido histórico por la regulación matrimonial en Argentina, haciendo hincapié en su progresiva secularización. Este recorrido histórico sirve al tribunal para descartar la idea de que exista una esencia del matrimonio que deba ser respetada por la ley civil. La sentencia señala expresamente los intentos de secularización del matrimonio en Argentina, desde los primeros intentos fallidos de algunas provincias por someter a los tribunales civiles las causas matrimoniales (1824) o establecer el matrimonio civil (1867), hasta el efectivo establecimiento de este último a nivel nacional (1888) (considerando XI). Esta evolución histórica “permite descartar la idea de un significado natural o recto, y por lo tanto privado de influencias históricas, del instituto del matrimonio civil” (considerando XII).

El fallo expresamente señala que el rechazo que algunos puedan tener hacia el matrimonio entre personas del mismo sexo, fundado en motivos religiosos, no puede operar para limitar los derechos constitucionales de las parejas homosexuales que quieren contraer matrimonio. Se introduce, de este modo, el argumento de la laicidad del Estado: “Es posible que una decisión en ese sentido sea considerada por algunos como una afrenta a las creencias religiosas sumamente arraigadas por un sector de la comunidad. Pero en el estado actual de secularización de las instituciones civiles no hay duda de que los sentimientos religiosos de algunos no pueden ser una guía para delimitar los derechos constitucionales de otros. Los poderes del Estado no pueden ser llamados a interpretar textos religiosos o a tomar

---

<sup>31</sup> Juzgado 1ra Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tribunal número 15: *Freyre Alejandro contra GCBA sobre amparo*, exp. 34292 (10/11/2009).

partido en la valoración que ellos hagan de la homosexualidad, cuestión que ha causado cismas y discusiones profundos incluso al interior de diferentes religiones”. Y en este sentido cita jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que interpretó que, pesar del favor que la religión católica recibe en el texto constitucional, no puede decirse que los autores del mismo hubiesen contemplado una completa identidad del Estado con los postulados y modo de reglamentación del matrimonio de la citada Iglesia. “Pretender que la ley civil coincida con la legislación canónica, afirmó la Corte, supone la alteración de los límites de la legislación común sobre el matrimonio, ya que el ámbito civil resulta distinto e independiente del religioso, y dicha distinción resguarda la autonomía de la conciencia, de la libertad individual y de cultos que son principios fundamentales de la democracia constitucional” (considerando XII).

La Corte Suprema argentina no se ha pronunciado sobre el matrimonio homosexual. Sin embargo, la sentencia de primera instancia comentada se ubica en la línea de otra sentencia dictada por la Corte Suprema en 1986 en la que se declaró que la indisolubilidad matrimonial (tal como estaba establecida en la legislación argentina heredada de la matriz cristiana) era inconstitucional. Es verdad que el voto de la mayoría no se refirió a la cuestión de la laicidad. Este 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; dos, que esa solución es también contraria a la igualdad, ya que está en el espíritu constitucional el brindar a quienes son víctimas, aún de sus propios desaciertos, la posibilidad de recomponer su existencia<sup>32</sup>.

Sin embargo, 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 incluso a

---

<sup>32</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación: *Sejean c/Saks de Sejean*, Fallos 308:2268 (27/11/1986).

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. El sólo hecho de que el legislador se haya inspirado en unas creencias específicas o que el contenido de las mismas coincida con las de la 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. Y esta última consideración era por lo menos dudosa, a juicio del juez, en el caso<sup>33</sup>. 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<sup>34</sup>.

En otro caso resuelto por la Corte argentina los contrayentes habían solicitado al Registro Civil que en el acta matrimonial se incluyera una cláusula por la cual renunciaban a pedir el divorcio, lo que estaba prohibido por la legislación vigente. Se amparaban en el ejercicio de su libertad de creencias, según las cuales el matrimonio debía ser indisoluble. La Corte sostuvo que pretender que la legislación civil coincida en materia matrimonial con las pautas de la Iglesia Católica no se compadece ni con la separación entre el orden religioso y temporal, ni con la libertad religiosa<sup>35</sup>.

En el caso de la sentencia brasileña que permitió el acceso de las parejas homosexuales al matrimonio, tres elementos resultan de interés. El primero es que, según la sentencia, no corresponde a los jueces analizar cuál es el contenido de la

---

<sup>33</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación: *Sejean c/Saks de Sejean*, Fallos 308:2268 (27/11/1986), voto concurrente del juez Petracchi.

<sup>34</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación: *Sejean c/Saks de Sejean*, Fallos 308:2268 (27/11/1986), voto concurrente del juez Bacqué.

<sup>35</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación: *Ignacio Villacampa c/María Angélica Almos de Villacampa*, Fallos 312:122 (09/02/1989).



institución matrimonial en una determinada tradición religiosa, ya que el contenido religioso del matrimonio cae dentro del ámbito de la libertad religiosa (párrafo 4.2). Aunque la afirmación es acertada, tal vez habría sido más correcto decir que lo que veda el análisis del concepto religioso de matrimonio es la laicidad del Estado. A lo largo de la historia de Brasil el matrimonio asumió características distintas. Antes de la República, en razón de la vinculación entre el Estado y la Iglesia Católica, el único modelo de matrimonio válido era el religioso, indisoluble y la única forma de unión sobre la cual podía establecerse una familia legítima. No fue sino hasta 1890 que el matrimonio pasó a tener naturaleza civil. No es posible examinar hoy el concepto de matrimonio como en los tiempos en los que el Estado y la Iglesia estaban unidos (párrafo 4.2).

El segundo es que aunque el juzgador admite que la cuestión sobre la estructura del matrimonio debería ser resuelta por el Congreso, y no por los jueces, afirma que dado que el Congreso no ha establecido una regulación matrimonial conforme con los principios constitucionales los jueces deben intervenir para evitar que una *mayoría moral* vulnere los derechos de las minorías (párrafo 5). En este sentido, la sentencia realiza importantes consideraciones teóricas acerca de la relación entre derecho y moral, que nos interesan especialmente aquí (en particular cuando la relación es entre derecho y moral religiosa).

Con cita de John Rawls, la sentencia señala que los jueces no pueden invocar las propias nociones personales de moralidad, ni los ideales de moralidad en general o las visiones religiosas o filosóficas propias o de otras personas. Todos estos criterios han de ser considerados irrelevantes. Y en este sentido reproduce un párrafo del voto del ministro Aliomar Baleeiro, del Supremo Tribunal Federal, en una sentencia de los años '60: "Nadie cuestiona el derecho de la sociedad, de la cual es órgano el Estado, a defenderse de lo obsceno y repugnante y, sobre todo, preservar de influencias deletéreas los adolescentes y niños [...] Pero los conceptos de *obsceno*, *inmoral*, *contrario a las buenas costumbres* están condicionados a lo local y a la época.

Innumerables actitudes aceptadas en el pasado son repudiadas hoy, del mismo modo que aceptamos sin pestañear procedimiento repugnantes a las generaciones anteriores. La policía de Río, hace 30 o 40 años, no permitía que un muchacho se presentase con el torso desnudo en las playas [...] El llamado *bikini* (o *dos piezas*) sería inconcebible en cualquier playa del mundo occidental hace 30 años [...] Un negro del brazo de una blanca en público, o una propuesta de casamiento entre ambos, constituía un crimen y atentado a las buenas costumbres en varios Estados norteamericanos del sur, en tiempo bien próximo al actual”<sup>36</sup>. Cita también a Gregorio Peces-Barba para indicar que la separación entre derecho y moral, que constituye una de las grandes conquistas del Iluminismo, impuso la racionalidad en el discurso jurídico, antes mezclado con el oscurantismo y la moral religiosa (párrafo 3).

La segunda sentencia mexicana reproduce, en lo que a nosotros nos interesa aquí, las consideraciones de la primera sentencia mexicana, que analizamos a continuación<sup>37</sup>.

### 5.3. Constitucionalidad de la ampliación del matrimonio

Volvemos ahora sobre la sentencia de la Corte Suprema de Justicia mexicana que convalidó la reforma al Código Civil del Distrito Federal. Lo que a nosotros nos interesa señalar aquí es que la Corte, 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: “La realidad social exige que el legislador responda a ella, como ya ha acontecido, pues es un hecho innegable que la secularización de la sociedad y del propio matrimonio, así como la transformación de las relaciones

---

<sup>36</sup> RMS 18534, Relator(a): Min. Aliomar Baleceiro, Segunda Turma, juzgado em 01/10/1968, EMENT VOL-00751-03 PP-01156 RTJ VOL-00047-03 PP-00787.

<sup>37</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación: *Acción de inconstitucionalidad 2/2010. Procurador General de la República* (16/08/2010).

humanas, han llevado paulatinamente a diversas formas de relación afectiva, sexual y de solidaridad mutua y, de ahí, a modificaciones legales en cuanto a la institución del matrimonio, que han derivado en la redefinición del concepto tradicional que del mismo se ha tenido en cada época y a su desvinculación de una función procreativa, como fin del mismo” (párrafo 242). Y más adelante sigue diciendo: “De todo lo anterior, válidamente se puede concluir que aun cuando históricamente el matrimonio ha sido considerado como la unión entre un hombre y una mujer, teniendo la procreación, en determinado momento, un papel importante para su definición y, sin desconocer, por ello, que procrear siga siendo parte importante de las uniones humanas; no es sostenible afirmar, sin más, que el matrimonio, en su definición tradicional, fuera un concepto completo y, por tanto, inmodificable por el legislador, máxime derivado del proceso de secularización de la sociedad y del propio matrimonio” (párrafo 249).

## 6. Conclusiones

El matrimonio entre personas del mismo sexo, recientemente aceptado en varios países latinoamericanos, se ubica en la línea histórica de la secularización del matrimonio. En este caso, la secularización se produce por el alejamiento de uno de los caracteres del matrimonio cristiano como es la heterosexualidad.

Las sentencias de los tribunales latinoamericanos que han abordado la cuestión del matrimonio han señalado expresamente este proceso de secularización. Vinculándolo con la secularización de los valores socialmente vigente, lo han utilizado en muchos casos como un argumento para una interpretación jurídica favorable a la ampliación del concepto de matrimonio.

Juntamente con la secularización, también la laicidad del Estado ha aparecido como argumento. Sin embargo, no parece que la laicidad exija *per se* una determinada forma de regulación del matrimonio. Así, si la visión mayoritaria en la sociedad es que el matrimonio es una unión heterosexual, no resulta contrario a la laicidad que esa *praxis* social sea receptada por la legislación y

esta consecuentemente defina el matrimonio como unión heterosexual. Esto, por supuesto, sin perjuicio de otras consideraciones constitucionales que podrían hacerse (por ejemplo, en materia de derecho a la vida privada o de derecho a formar una familia) y que por razones ajenas a la laicidad del Estado podrían hacer constitucionalmente exigible alguna forma de protección de las parejas homosexuales.

Sin embargo, lo que sí parece resultar contrario al principio de laicidad es que ante una *praxis* social diversa, el legislador insista en mantener la disciplina heterosexual del matrimonio sólo por hacerla coincidir con las pautas de la religión tradicional. El legislador ha de ser capaz de encontrar un fundamento no religioso para sus decisiones, y si no lo hace vulnera la laicidad del Estado.