

## 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).<sup>211</sup>

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.<sup>212</sup> 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-

---

<sup>211</sup> 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).

<sup>212</sup> 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.<sup>213</sup> La Corte

---

<sup>213</sup> 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.<sup>214</sup> 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.<sup>215</sup>

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.<sup>216</sup> 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.<sup>217</sup>

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]).

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

<sup>215</sup> Bundesverfassungsgericht, 1 BvF 1/01, 1 BvF 2/01 (17 de julio de 2002).

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

<sup>217</sup> 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.<sup>218</sup>

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.<sup>219</sup>

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.<sup>220</sup>

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.<sup>221</sup> A

---

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

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

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

<sup>221</sup> 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.<sup>222</sup> 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.<sup>223</sup>

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.<sup>224</sup> 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.<sup>225</sup>

---

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

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

<sup>224</sup> 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).

<sup>225</sup> 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.<sup>226</sup> 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.<sup>227</sup>

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.<sup>228</sup> 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.<sup>229</sup>

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-

---

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

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

<sup>228</sup> Conseil Constitutionnel, Décision 99-419 DC (9 de noviembre de 1999)

<sup>229</sup> 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.<sup>230</sup>

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.<sup>231</sup> La Corte de Arbitraje, en cambio, dijo que no hay

---

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

<sup>231</sup> 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.<sup>232</sup>

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.<sup>233</sup>

La Corte Constitucional italiana negó que la regulación puramente heterosexual del matrimonio fuera contraria a la protección constitucional del matrimonio y la familia.<sup>234</sup> 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.<sup>235</sup> 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.<sup>236</sup>

---

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

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

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

<sup>235</sup> 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).

<sup>236</sup> 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.<sup>237</sup>

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.<sup>238</sup>

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.<sup>239</sup> 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.<sup>240</sup>

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

---

<sup>237</sup> 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).

<sup>238</sup> 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).

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

<sup>240</sup> 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.<sup>241</sup>

---

<sup>241</sup> 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.<sup>242</sup>

### 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.

<sup>242</sup> 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”.<sup>243</sup>

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.<sup>244</sup> 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,<sup>245</sup> 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

---

<sup>243</sup> 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>.

<sup>244</sup> Olson, Theodore B., "The conservative case for gay marriage; why same-sex marriage is an American value", *Newsweek*, 18 de enero de 2010.

<sup>245</sup> "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,<sup>246</sup> 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

---

<sup>246</sup> *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.<sup>247</sup> 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.

---

<sup>247</sup> 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.<sup>248</sup>

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.<sup>249</sup>

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,

---

<sup>248</sup> 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).

<sup>249</sup> *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.<sup>250</sup>

### C. Matrimonio y libertad religiosa

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

---

<sup>250</sup> 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.<sup>251</sup>

---

<sup>251</sup> 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.<sup>252</sup>

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.

<sup>252</sup> 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.<sup>253</sup> En un sentido parecido conocemos algunos ejemplos de la Corte Suprema de Justicia argentina.<sup>254</sup>

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,

---

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

<sup>254</sup> 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.

Martha Nussbaum<sup>255</sup> 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.<sup>256</sup>

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.<sup>257</sup> Martha Nussbaum,<sup>258</sup> 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

---

<sup>255</sup> *Liberty of conscience...*, cit., pp. 338-350.

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

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

<sup>258</sup> *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.<sup>259</sup> 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.<sup>260</sup> 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.<sup>261</sup>

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

---

<sup>259</sup> 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.

<sup>260</sup> Arana, 2009, p. 19.

<sup>261</sup> 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.<sup>262</sup> 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

---

<sup>262</sup> 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.<sup>263</sup> 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

---

<sup>263</sup> 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,<sup>264</sup> 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

---

<sup>264</sup> 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.<sup>265</sup> 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.<sup>266</sup>

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

---

<sup>265</sup> 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.

<sup>266</sup> 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.<sup>267</sup> 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.<sup>268</sup> 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.<sup>269</sup> 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.<sup>270</sup>

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

---

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

<sup>268</sup> The Civil Marriage Act (20 de Julio de 2005).

<sup>269</sup> The Marriage (Same Sex Couples) Act (17 de julio de 2013).

<sup>270</sup> 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.<sup>271</sup> 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.<sup>272</sup>

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.<sup>273</sup>

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.<sup>274</sup>

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.<sup>275</sup> Como la Iglesia luterana de Noruega, que es la iglesia

---

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

<sup>272</sup> No. 17 of 2006, The Civil Union Act (29 de noviembre de 2006).

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

<sup>274</sup> 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>.

<sup>275</sup> 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.<sup>276</sup> 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.<sup>277</sup>

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.<sup>278</sup>

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.<sup>279</sup>

---

<sup>276</sup> Äktenskapsfrågor (10. de abril de 2009).

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

<sup>278</sup> Ley del 7 de junio de 2012.

<sup>279</sup> 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.<sup>280</sup>

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.<sup>281</sup>

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.<sup>282</sup>

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.<sup>283</sup>

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.*

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

<sup>281</sup> Conselho Nacional de Justiça, Resolução 175 (14 de mayo de 2013).

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

<sup>283</sup> 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.<sup>284</sup>

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.<sup>285</sup>

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 conyacente de su mismo sexo si no querían hacerlo.

---

<sup>284</sup> Puede citarse un caso relativo a una objeción planteada hace unos años, por los propios conyacentes, 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 conyacentes, porque nada impedía que los conyacentes 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.

<sup>285</sup> 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.<sup>286</sup>

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.

---

<sup>286</sup> 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.<sup>287</sup>

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

---

<sup>287</sup> 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.<sup>288</sup>

### 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

---

<sup>288</sup> 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 Nussbaum<sup>289</sup> 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-

---

<sup>289</sup> "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,<sup>290</sup> 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.<sup>291</sup>

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

---

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

<sup>291</sup> 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,<sup>292</sup> 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-

---

<sup>292</sup> 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.



## Debate público, laicidad, libertad religiosa / 135

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.<sup>293</sup>

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

---

<sup>293</sup> 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.<sup>294</sup>

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

---

<sup>294</sup> 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.<sup>295</sup> 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-

---

<sup>295</sup> 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.<sup>296</sup> La crítica

---

<sup>296</sup> 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.<sup>297</sup>

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.<sup>298</sup>

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.<sup>299</sup>

---

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

<sup>298</sup> 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.

<sup>299</sup> *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.<sup>300</sup>

Colomer<sup>301</sup> 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-

---

<sup>300</sup> *Ibidem*, pp. 324-332.

<sup>301</sup> *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.<sup>302</sup> En cualquier caso, si hay algo que caracteriza

---

<sup>302</sup> 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.<sup>303</sup>

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,<sup>304</sup> 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

---

<sup>303</sup> Borrillo, Daniel, "El matrimonio entre personas...", *cit*.

<sup>304</sup> "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.<sup>305</sup>

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.<sup>306</sup>

### 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,

---

<sup>305</sup> 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>.

<sup>306</sup> Olson, Theodore B., *op. cit.*

## 144 / Fernando Arlettaz

sino del modo en que garantizan el respeto de la autonomía de los individuos.<sup>307</sup> 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-

---

<sup>307</sup> 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?<sup>308</sup>

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-

---

<sup>308</sup> 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.<sup>309</sup> El tema, desde luego, excede largamente el objeto de este trabajo.

---

<sup>309</sup> 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

## 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,<sup>310</sup> 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.

---

<sup>310</sup> Sandel, Michael, *op. cit.*, pp. 172 y 173.

## Debate público, laicidad, libertad religiosa / 149

Sandel<sup>311</sup> 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,<sup>312</sup> 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.

---

<sup>311</sup> *Ibidem*, p. 185.

<sup>312</sup> *Ibidem*, p. 193.