

# S A B E R E S

Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales

VOLUMEN 2 ~ AÑO 2004

Separata



ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO A LA EXTENSION DEL  
DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO A LAS PAREJAS  
HOMOSEXUALES. A PROPOSITO DE LA SENTENCIA *GOODRIDGE*  
*VS. DEPARTMENT OF PUBLIC HEALTH* (2003) DEL TRIBUNAL  
SUPREMO DE MASSACHUSETTS (EE. UU.)

Enrico Pascucci de Ponte



UNIVERSIDAD ALFONSO X EL SABIO  
Facultad de Estudios Sociales  
Villanueva de la Cañada

© Enrico Pascucci de Ponte

© Universidad Alfonso X el Sabio  
Avda. de la Universidad,1  
28691 Villanueva de la Cañada (Madrid, España)

*Saberes*, vol. 2, 2004

ISSN: 1695-6311

No está permitida la reproducción total o parcial de este artículo ni su almacenamiento o transmisión, ya sea electrónico, químico, mecánico, por fotocopia u otros métodos, sin permiso previo por escrito de los titulares de los derechos.

ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO A LA EXTENSION DEL  
DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO A LAS PAREJAS  
HOMOSEXUALES. A PROPOSITO DE LA SENTENCIA *GOODRIDGE*  
*VS. DEPARTMENT OF PUBLIC HEALTH* (2003) DEL TRIBUNAL  
SUPREMO DE MASSACHUSETTS (EE. UU.)

Enrico Pascucci de Ponte\*

RESUMEN: Una de las cuestiones más polémicas a las que se enfrenta el Estado social y democrático de Derecho de los primeros años del siglo XXI es la de la gradual equiparación de derechos a ciertas minorías sociales, entre las que destaca el colectivo de homosexuales (gays y lesbianas). En este artículo se analiza dicha equiparación en materia matrimonial y se especula sobre la posibilidad de extender el derecho al matrimonio a otros supuestos distintos a los de las uniones de parejas del mismo sexo.

PALABRAS CLAVE: Matrimonio, homosexualidad, igualdad, derechos.

*ABSTRACT: The modern State of XXI century has to face one important matter: the gradual comparison of rights to some social minorities, between which it emphasizes the group of homosexuals (gays and lesbians). This paper analyzes this comparison in marriage matter and speculates about the possibility to extend the marriage to other cases different from the same-sex couples.*

*KEY-WORDS: Marriage, homosexuality, equality, rights.*

Mi más sincero agradecimiento a todo el personal docente y no docente del Washington College of Law de la American University, que directa o indirectamente me han ayudado a realizar este trabajo.

SUMARIO: 1. Introducción.– 2. Los derechos fundamentales.– 2.1. El derecho al matrimonio.– 2.1.1. El derecho al matrimonio en Estados Unidos.– 2.1.2. La extensión del derecho al matrimonio a parejas del mismo sexo.– 2.1.3. La extensión del derecho al matrimonio a parejas del mismo sexo en Estados Unidos.– 2.2.– El derecho a no ser discriminado (la igualdad ante la ley).– 2.2.1. El derecho a no ser discriminado (la igual protección legal) en Estados Unidos.– 2.2.2. El derecho a no ser discriminado (la igualdad ante la ley) de las parejas homosexuales en materia matrimonial.– 2.2.3. El derecho a no ser discriminado (la igual protección legal) de las parejas homosexuales en materia matrimonial en Estados Unidos.– 3. Los otros supuestos de extensión del derecho al matrimonio.– 3.1. La poligamia o poliandria.– 3.1.1. Los argumentos a favor de la

---

\* Doctor en Derecho. Profesor de la Facultad de Estudios Sociales de la Universidad Alfonso X el Sabio.

extensión del derecho al matrimonio a las uniones poligámicas o poliandricas.– 3.2. El matrimonio entre personas con vínculos de consanguineidad: el matrimonio parental.– 3.3. El matrimonio entre tres o más personas: el matrimonio multilateral o grupal.– 4. Recapitulación: clasificación de las distintas uniones a las que se podría extender el derecho al matrimonio.

## 1. Introducción

La sentencia del Tribunal Supremo del Estado norteamericano de Massachusetts *Goodridge vs. Department of Public Health* (2003)<sup>1</sup>, que autoriza en dicho Estado la celebración de matrimonios entre parejas del mismo sexo, ha elevado considerablemente el tono de la polémica en torno a un tema que, aun no siendo novedoso, no deja de llamar la atención y suscitar debates de todo tipo: la equiparación de derechos entre las parejas heterosexuales y las homosexuales.

Se trata, en efecto, de un problema que se puede plantear desde perspectivas muy diferentes: la jurídica, la ética, la religiosa, la económica y la socio-cultural son las más importantes, aunque probablemente no las únicas<sup>2</sup>. Si bien resulta complicado (si no imposible) analizar separadamente unas de otras, en este artículo vamos a hacer hincapié en la perspectiva jurídica.

Por su parte, el estudio de la dimensión jurídica de esta cuestión no resulta fácil porque se puede enfocar, a su vez, desde distintas ópticas: la constitucional y la civil son, quizás, las más significativas, pero no habría que descartar otras como la tributaria, la administrativa, la laboral y la iusfilosofica, cuyo análisis también puede contribuir a resolver diversos matices del problema. No obstante, mi interés sobre el asunto (y consiguientemente el enfoque de este artículo) se desliza hacia la óptica constitucional y, más concretamente, hacia el análisis de la incidencia de esta cuestión en el reconocimiento en condiciones de igualdad de derechos fundamentales.

## 2. Los derechos fundamentales

---

<sup>1</sup> Ver Suffredini, Kara S. y Findley, Madeleine V., “Speak Now: Progressive Considerations on the Advent of Civil Marriage for Same-Sex Couples”, *Boston College Law Review*, 45, 2004, pp. 595-618.

<sup>2</sup> También podríamos destacar la educativa y la familiar.

Delimitado así el contexto en el que nos vamos a desenvolver, lo primero que habría que tratar de aclarar es el tema de cuáles son los derechos fundamentales que aquí se pueden traer a colación. Destacaría fundamentalmente dos: el derecho al matrimonio y el derecho a la igualdad ante la ley.

### **2.1. El derecho al matrimonio**

El derecho al matrimonio forma parte del conjunto de derechos que desde la perspectiva internacional constituyen los denominados Derechos Humanos. Sobre este punto no plantea ninguna duda lo dispuesto en el artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre 1948:

«1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.

2. Solo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.»

Lo mismo puede decirse de lo dispuesto en los apartados segundo, tercero y cuarto del artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966:

«2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello.

3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

4. Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos».

Estamos, por tanto, ante un Derecho Humano que tiene la consistencia de auténtico derecho fundamental, en tanto y en cuanto, los poderes públicos tienen la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para facilitar el ejercicio del mismo: es un derecho que entra claramente dentro de la categoría clásica de los derechos públicos subjetivos. Ahora bien, lo que es necesario no perder de vista es que los textos antes mencionados se

han interpretado tradicionalmente en el sentido de reconocer el derecho a contraer matrimonio entre personas de sexo distinto. Esta interpretación se basa en la tradición, que, desde tiempos inmemoriales, ha reconocido la unión estable entre un hombre y una mujer y la ha denominado con el término “matrimonio”. No obstante, el significado de esta palabra/institución va mas allá de la simple “unión estable entre hombre y mujer”. De hecho, hablar de matrimonio también implica un reconocimiento social positivo hacia esa unión: significa, en definitiva, que la sociedad acepta esa unión y la discrimina de otras menos estables o que persiguen fines diferentes. A esto hay que añadir, por supuesto, la influencia secular que las religiones han tenido en ese proceso de discriminación.

Hay que tener en cuenta que a lo largo de la historia de la civilización humana, las religiones han interviniendo decisivamente en la diferenciación entre el matrimonio y otras uniones diferentes, que, desde la óptica religiosa, fueron presentadas con una clara carga moral negativa. Si nos centramos en este punto en la tradición de las religiones que giran en torno al cristianismo, podemos fácilmente advertir que la finalidad de tal discriminación es la de responder con la santificación del matrimonio a unos fines básicos del credo religioso; lo que se pretende en la mayor parte de los casos es fomentar la procreación en un entorno estable y propicio a la incorporación de nuevos fieles al credo. Las religiones, por tanto, han moralizado en buena medida la institución del matrimonio y, aunque en el mundo occidental la separación efectiva entre Iglesia y Estado caracteriza nuestra convivencia social desde hace siglos, no se puede subestimar la influencia que esta tradición ha tenido y tiene en nuestra forma de entender la institución del matrimonio.

Sin embargo, si analizamos la historia del Estado secular, podemos fácilmente advertir una evolución importante en muchos aspectos directa o indirectamente relacionados con el matrimonio. Así, en sus primeros tiempos, el Estado contemporáneo del mundo occidental secularizo la institución y reconoció el derecho a contraer matrimonio civil entre personas de sexo distinto. Se trataba de una unión entre hombre y mujer que los representantes del Estado regularizaron con el fin, una vez más, de discriminarla de otro tipo de uniones. La diferenciación que deriva de dicha secularización va orientada a la protección jurídica de los hijos y de los cónyuges, cuyo régimen jurídico se diferencia netamente del de los hijos habidos fuera del matrimonio y del de las personas vinculadas por una “análoga relación de afectividad”. Esta situación cambio bien entrado el siglo XX cuando los ordenamientos jurídicos empiezan a eliminar las

discriminaciones entre hijos habidos dentro y fuera del matrimonio e incluso reconocen a las personas vinculadas por “análogas relaciones de afectividad” muchos beneficios jurídicos que antes eran exclusivos de los cónyuges. Aquí se aprecia una clara evolución que, probablemente, ha sido la vía por donde han transitado los principales argumentos a favor del reconocimiento a personas del mismo sexo del derecho al matrimonio.

### 2.1.1. *El derecho al matrimonio en Estados Unidos*

En el contexto constitucional norteamericano, el matrimonio se halla dentro del ámbito del derecho a la autonomía personal. Este último, a su vez, es un derecho reconocido a través del desarrollo jurisprudencial del denominado “substantive due process” derivado de la quinta enmienda<sup>3</sup> de la Constitución de 1787:

«Nadie estará obligado a responder de un delito castigado con la pena capital o con otra infamante si un gran jurado no lo denuncia o acusa, a excepción de los casos que se presenten en las fuerzas de mar o tierra o en la milicia nacional cuando se encuentre en servicio efectivo en tiempo de guerra o peligro público; tampoco se pondrá a persona alguna dos veces en peligro de perder la vida o algún miembro con motivo del mismo delito; ni se le compelerá a declarar contra sí misma en ningún juicio criminal; ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni se ocupará la propiedad privada para uso público sin una justa indemnización»<sup>4</sup>.

Siguiendo las explicaciones de Allan Ides y Christopher N. May, la referida enmienda establece unas limitaciones basadas en la “Due Process Clause” (“cláusula del proceso debido”); concretamente, se distingue entre dos tipos de limitaciones: el “procedural due process”<sup>5</sup> (“proceso debido”) y

<sup>3</sup> <http://www.law.cornell.edu/constitution/constitution.billofrights.html#amendmentv>: «No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a grand jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the militia, when in actual service in time of war or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation».

<sup>4</sup> <http://www.georgetown.edu/pdba/Constitutions/USA/usa1787.html>.

<sup>5</sup> En Cabanellas de las Cuevas, Guillermo y Hoague, Eleanor C., *Diccionario Jurídico Español/Inglés*, Vol. 1, Butterworths Legal Publishers, pp. 673, Austin, Tex, 1991, se

el “substantive due process”<sup>6</sup> (“sustantivo proceso debido”); este último, a diferencia del primero que se refiere a los procedimientos empleados para aplicar una ley, establece que la ley debe ser justa y razonable y debe tener una justificación adecuada, con independencia de que el procedimiento para su aplicación haya sido apropiado y justo. Por tanto, una ley puede respetar el “procedural due process”, en tanto que de a sus destinatarios la oportunidad de ser escuchados, y, sin embargo, violar el “substantive due process” cuando no sea sustancialmente justa y razonable. La protección del “substantive due process” es independiente de cualquier otra garantía recogida en el texto de la Constitución o de sus enmiendas. Por consiguiente, “substantive due process” protege la vida, la libertad y la propiedad aunque no se haya sido infringido ningún otro derecho recogido en el texto constitucional<sup>7</sup>.

El matrimonio, por tanto, es una de las libertades más importantes protegidas por el derecho a la autonomía personal: es la libertad para decidir contraer matrimonio<sup>8</sup>. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha contribuido a delimitar el significado del matrimonio<sup>9</sup> y se ha preocupado de examinar detenidamente bajo el prisma del “Due process Clause” todas

---

traduce la voz “procedural due process” como «proceso debido» (p. 497); y la voz «due process» se define como un «Principio constitucional en virtud del cual se asegura que se darán las debidas garantías a las partes intervinientes en un juicio (*procedural due process*)...» (p. 205).

<sup>6</sup> En Cabanellas de las Cuevas, Guillermo y Hoague, Eleanor C., *Op. Cit.*, se define la voz “substantive due process” como «garantía constitucional respecto de la protección de los derechos básicos de una persona, que no pueden ser afectados arbitrariamente o sin cumplimiento de las salvaguardias jurídicas que los tutelan. Se halla en contraposición con el PROCEDURAL DUE PROCESS» (p. 595).

<sup>7</sup> Ides, Allan y May, Christopher N., *Constitutional Law. Individual rights. Examples and explanations*, Aspen Law & Business, pp. xxi, 404, New York, 1998: «In contrast to procedural due process, which is concerned with the procedures employed in enforcing a law, substantive due process insists that the law itself be fair and reasonable and have an adequate justification regardless of how fair or elaborate the procedures might be for implementing it. Thus, a law that comports with procedural due process because a person is given notice and a full opportunity to be heard might, nonetheless, violate substantive due process if it is substantively unfair or unreasonable. This substantive due process protection is independent of any other textual guarantees found in the Constitution or its Amendments. Thus, substantive due process protects “life, liberty, and property” even if no other textual right has been infringed» (p. 50).

<sup>8</sup> Ides, Allan y May, Christopher N., *Op. Cit.*: «One of the fundamental liberties protected by the right of personal autonomy is the right to marry, i.e., the freedom to decide to enter into the marital relationship» (p. 73).

<sup>9</sup> Ver *Loving v. Virginia* (1967) y *Zablocki v. Redhail* (1978).

aquellas leyes que puedan restringir indebidamente la libertad para contraer matrimonio. De todas formas, es importante tener en cuenta que a la hora de determinar cuando una ley debe ser examinada de un modo estricto bajo el prisma del “Due process Clause” resultan muy clarificadores los casos relacionados con la “Equal protection Clause” («igual protección legal»<sup>10</sup>). Esto se debe a que las leyes que restringen la libertad para contraer matrimonio sobre la base de criterios discriminatorios también han sido examinadas bajo el prisma de la “Equal protection Clause”<sup>11</sup>.

### 2.1.2. La extensión del derecho al matrimonio a parejas del mismo sexo

En efecto, la cuestión que podemos plantearnos a continuación es la de si podemos o no encajar la unión estable (reconocida socialmente) de sujetos del mismo sexo dentro del matrimonio. Este encaje es muy importante porque si el resultado es positivo inevitablemente nos puede conducir a la reivindicación del derecho a contraer matrimonio civil de personas del mismo sexo. La respuesta a esta cuestión creo que también está estrechamente vinculada a la perceptible evolución de los criterios manejados en el mundo occidental a la hora de enfrentarse al fenómeno de la homosexualidad. Esa evolución se puede resumir diciendo que se ha pasado de una actitud de persecución, castigo y rechazo, a una actitud de tolerancia e integración. Pero esa evolución continúa y pienso que en estos días la estamos viviendo con más intensidad que nunca, pues de la tolerancia y la integración estamos pasando a una asimilación en el terreno jurídico y social.

No cabe duda que el camino hacia la asimilación no está concluido y que, incluso, se han generado movimientos radicales que reaccionan en contra de esa equiparación. Tanto es así que en algunos países occidentales están preparando normas para combatir la homofobia<sup>12</sup>. Sin embargo, el

<sup>10</sup> Cabanellas de las Cuevas, Guillermo y Hoague, Eleanor C., *Op. Cit.*, (p. 220).

<sup>11</sup> Ides, Allan y May, Christopher N., *Op. Cit.*: «In trying to decide when a law that interferes with the marriage decision will receive strict scrutiny under the Due Process Clause, cases decided under the Equal Protection Clause may be instructive. This is because laws that impinge on the freedom to marry on a *discriminatory* basis are also subject to strict scrutiny under the Equal Protection Clause» (p. 73).

<sup>12</sup> Un buen ejemplo es de Francia. Podemos hacer referencia a la siguiente noticia publicada en un periódico digital: «París aprueba un proyecto de ley para castigar la homofobia al igual que el racismo o el antisemitismo»:

proceso no parece estar debilitado por dichas reacciones, que, más bien, parecen producir el efecto contrario.

Si, como parece, la sociedad occidental secularizada no tiene problemas en admitir que dos personas del mismo sexo puedan constituir una pareja estable y que esa relación sea análoga a la de personas de sexo distinto, el camino al reconocimiento del derecho al matrimonio se presenta despejado de obstáculos. Y, en efecto, así esta resultando en diversas naciones<sup>13</sup> del mundo occidental como, por ejemplo, Holanda<sup>14</sup> (país este que parece estar en la vanguardia de la modernidad en este y en otros temas tan polémicos, como la eutanasia), Bélgica<sup>15</sup>, Canadá<sup>16</sup> e incluso España, cuyo recientemente estrenado Gobierno socialista parece que no desea que se le escape el tren de la modernidad<sup>17</sup>.

### 2.1.3. *La extensión del derecho al matrimonio a parejas del mismo sexo en Estados Unidos*

El problema de la extensión del derecho al matrimonio a parejas del mismo sexo en Estados Unidos ha adquirido gran relevancia desde mediados de la década de los noventa del siglo pasado<sup>18</sup>, con las iniciativas

---

[http://www.estrelladigital.es/articulo.asp?sec=mun&fech=24/06/2004&name=francia\\_homofobia](http://www.estrelladigital.es/articulo.asp?sec=mun&fech=24/06/2004&name=francia_homofobia)

<sup>13</sup> Ver Waaldijk, Kees, "Others may follow: the introduction of marriage, quasi-marriage, and semi-marriage for same-sex couples in european countries", *New England Law Review*, 38, 2004, pp. 569-589.

<sup>14</sup> Ver Patterson, Nicholas J., "The Repercussions in the European Union of the Netherlands' Same-Sex Marriage Law", *Chicago Journal of International Law*, 2, 2001, pp. 301-307.

<sup>15</sup> <http://www1.dekamer.be/FLWB/pdf/50/2165/50K2165003.pdf>

<sup>16</sup> Ver Bailey, Martha, "How will Canada respond to same-sex marriages", *Creighton Law Review*, 32, 1998, pp. 105-118.

<sup>17</sup> "El Congreso debatira en septiembre la reforma del codigo civil": titular de la noticia aparecida en la versión digital del diario ABC (<http://www.abc.es>) el 30 de junio de 2004 en la seccion de "Sociedad"; este articulo comienza diciendo lo siguiente: «El ministro de Justicia, Juan Fernando López Aguilar, aseguró hoy que el Parlamento comenzará a debatir el próximo mes de septiembre la reforma del Código Civil para regular el matrimonio entre homosexuales»(<http://abc.es/abc/pg040630/actualidad/sociedad/sociedad/200406/30/congreso.asp>).

<sup>18</sup> Ver AA.VV. (THE ASSOCIATION OF THE BAR OF THE CITY OF NEW YORK COMMITTEE ON LESBIAN AND GAY RIGHTS, COMMITTEE ON SEX AND LAW, AND COMMITTEE ON CIVIL RIGHTS), "Report on Marriage Rights for Same-Sex Couples in New York", *Columbia Journal of Gender and Law*, 13, 2004, pp. 70-99.

de Estados como Hawai<sup>19</sup>, Vermont o Alaska<sup>20</sup> y la polémica en torno a la aprobación del DOMA (“Defense of Marriage Act”)<sup>21</sup>. La opinión pública norteamericana se ha polarizado en torno a esta cuestión, generando incluso movimientos radicales en contra que en la mayor parte de los casos se sustentan en creencias religiosas de corte integrista<sup>22</sup>.

Teniendo presente las opiniones de Chuck Stewart<sup>23</sup>, podemos decir que los principales argumentos<sup>24</sup> que se han planteado a favor de la extensión que venimos tratando son los siguientes:

- A lo largo de la historia de la civilización humana, ha habido culturas que han reconocido las uniones de homosexuales<sup>25</sup>.
- La necesidad de adaptar la institución del matrimonio a los nuevos tiempos<sup>26</sup>.

---

<sup>19</sup> Bailey, Martha, “Hawaii’s Same-sex Marriage Initiatives: Implications for Canada”, *Canadian Journal of Family Law*, 15, 1998, pp. 153-181; Burnette, W. Brian, “Hawaii’s reciprocal beneficiaries act: an effective step in resolving the controversy surrounding same sex marriage”, *Brandeis Law Journal*, 37, 1999, pp. 81-95; Paige, Rebecca S., “Wagging the dog - if the state of hawaii accepts same-sex marriage will other states have to?: an examination of conflict of laws and escape devices”, *The American University Law Review*, 47, 1997, pp. 165-185; Gushiken, Brad K., “The Fine Line Between Love and the Law: Hawaii’s Attempt to Resolve the Same-Sex Marriage Issue”, *Hawaii Law Review*, 22, 2000, pp. 149-184.

<sup>20</sup> Ver Kristen, Elizabeth, “The Struggle for Same-Sex Marriage Continues”, *Berkeley Women’s Law Journal*, 14, 1999, pp. 104-115.

<sup>21</sup> Ver Brown, Jennifer Gerardo, “Extraterritorial Recognition of Same-Sex Marriage: When Theory Confronts Praxis”, *Quinnipiac Law Review*, 16, 1996, pp. 1-11.

<sup>22</sup> Ver Schowengerdt, Dale M., “Defending Marriage: A Litigation Strategy to Oppose Same-Sex “Marriage”, *Regent University Law Review*, 14, 2001/2002, pp. 487-511; Mandell, Michael, “Same sex marriages: Arizona Reacts to a Perceived Threat to Traditional Marriages”, *Arizona State Law Journal*, 29, 1997, pp. 623-638.

<sup>23</sup> Stewart, Chuck, *Homosexuality and the law: a dictionary*, ABC-CLIO, pp. xii, 429, Santa Barbara, 2001.

<sup>24</sup> Ver también Leonard, Arthur S., “Ten Propositions About Legal Recognition of Same-Sex Partners”, *Capital University Law Review*, 30, 2002, pp. 343-362.

<sup>25</sup> Ver Green, Jill R., “Will the marriage of Dick and Jane evolve into the marriage of Jane and Jane? Same-sex marriage: a viable union in the 21st century”, *Loyola Law Review*, 45, 1999, pp. 313-343.

<sup>26</sup> Ver Wardle, Lynn D., “Legal Claims for Same-Sex Marriage: Efforts to Legitimate a Retreat from Marriage by Redefining Marriage”, *South Texas Law Review*, 39, 1998, pp. 735-768; Hull, Kathleen E., “The Cultural Power of Law and the Cultural Enactment of Legality: The Case of Same-Sex Marriage, Law and Social Inquiry”, 28, 2003, pp. 629-657.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que el Tribunal Supremo norteamericano en *Lawrence v. Texas* (2003) al haber declarado la inconstitucionalidad de una ley del Estado de Texas que pretendía prohibir los actos de sodomia, parece que ha dejado abierta una puerta a un futuro reconocimiento a las parejas del mismo sexo del derecho al matrimonio<sup>27</sup>.

## **2.2. El derecho a no ser discriminado (la igualdad ante la ley)**

Al igual que el derecho al matrimonio, el derecho a no ser discriminado (la igualdad ante la ley) forma parte del núcleo esencial de derechos que integran lo que conocemos como Derechos Humanos. Aquí se puede citar el artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre 1948:

«1. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

2. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónoma o sometido a cualquier otra limitación de soberanía».

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 también alude a este derecho en el apartado primero del artículo 2:

«1. Cada uno de los Estados parte en el presente pacto se compromete a respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social».

El derecho a no ser discriminado es, sin duda, uno de los pilares sobre el que se asienta el Estado de Derecho en el mundo occidental y se presenta como un logro muy positivo para la convivencia y la paz social. No

---

<sup>27</sup> Ver Strasser, Mark, "Lawrence, same-sex marriage and the constitution: what is protected and why?", *New England Law Review*, 38, 2004, pp. 667-681; Emond, Robert, "Does the equal protection analysis in Lawrence make bans on same-sex marriage unconstitutional?", *Thomas Jefferson Law Review*, 26, 2004, pp. 447-475.

obstante, no constituye ninguna revelación el afirmar que se trata de un principio que ha evolucionado mucho desde que se formulara por primera vez. Podemos, incluso, asegurar que sigue evolucionando e incorporando a la nómina de la interdicción de la discriminación nuevos supuestos que la realidad social se ocupa de destapar.

En este sentido, parece también bastante claro que el fundamento de la reivindicación del derecho a contraer matrimonio de las parejas homosexuales se haya en el convencimiento de que todo ordenamiento jurídico que les niegue tal derecho estaría incurriendo en una discriminación, estaría vulnerando el derecho a no ser discriminado (la igualdad ante la ley). Como es sabido, para determinar la existencia o no de discriminación es preciso realizar una comparación; en el caso que nos atañe, hay que comparar la situación de una pareja heterosexual con la de una homosexual en materia matrimonial y sopesar si el no reconocimiento a la segunda del derecho al matrimonio genera un trato jurídico desigual.

### 2.2.1. *El derecho a no ser discriminado (la igual protección legal) en Estados Unidos.*

En el ámbito norteamericano, el derecho a no ser discriminado se conoce bajo el rótulo de la “Equal Protection Clause” (“igual protección legal”) y, al igual que la libertad para contraer matrimonio, ha sido desarrollado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo teniendo como punto de referencia lo dispuesto en la sección primera de la enmienda décimo cuarta<sup>28</sup>:

«1. Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sometidas a su jurisdicción son ciudadanos de los Estados Unidos y de los Estados en que residen. Ningún Estado podrá dictar ni dar efecto a cualquier ley que limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá Estado alguno privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el

---

<sup>28</sup> <http://www.law.cornell.edu/constitution/constitution.amendmentxiv.html>: «Section 1. All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the state wherein they reside. No state shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.

debido proceso legal; ni negar a cualquier persona que se encuentre dentro de sus límites jurisdiccionales la protección de las leyes, igual para todos»<sup>29</sup>.

Como explican Allan Ides y Christopher N. May, la “Equal Protection Clause” parece que esta poniendo obstáculos a la posibilidad de que el gobierno incurra en cualquier tipo de conducta discriminatoria<sup>30</sup>. Sin embargo, la “Equal Protection Clause” jamás ha sido interpretada en el sentido de prohibir cualquier clase de discriminación; lo que se ha pretendido ha sido impedir que el gobierno pudiera incurrir en alguna clase de discriminación arbitraria o abusiva, como, por ejemplo, que empleara clasificaciones que no pudieran justificarse sobre la base de un interés gubernamental legítimo y que pudieran adoptarse con la mera finalidad de beneficiar a un grupo particular. Por tanto, cuando el gobierno trata a personas que están en las mismas condiciones de forma distinta, o cuando trata de la misma manera a personas que no están en las mismas condiciones, está atacando un principio fundamental de justicia. Tales actuaciones arbitrarias de los representantes del gobierno permiten pensar que están actuando caprichosamente o que están aprovechándose de su poder para beneficiar a amigos o para perjudicar a enemigos. En cualquier caso, el comportamiento gubernamental que genera distinciones arbitrarias entre las personas está violando el principio democrático según el cual todas las personas son iguales ante la ley<sup>31</sup>.

### 2.2.2. *El derecho a no ser discriminado (la igualdad ante la ley) de las parejas homosexuales en materia matrimonial*

---

<sup>29</sup> <http://www.georgetown.edu/pdba/Constitutions/USA/usa1787.html>.

<sup>30</sup> Ides, Allan y May, Christopher N., *Op. Cit.*: «The Equal Protection Clause might seem to bar the government from engaging in any type of discriminatory conduct» (p. 167).

<sup>31</sup> Ides, Allan y May, Christopher N., *Op. Cit.*: « The Equal Protection Clause has never been interpreted as outlawing all forms of discrimination. Instead, the Clause prohibits government from engaging in arbitrary or invidious discrimination, i.e., from employing classifications that cannot be justified on the basis of any legitimate governmental interest and that are adopted merely for the sake of harming a particular group. For the government to treat people differently who are similarly situated, or to treat people the same who are not similarly situated, offends fundamental standards of fairness. Such arbitrary action on the part of government officials suggests that they are either acting capriciously or misusing their authority to reward friends and/or punish enemies. Whichever the case, governmental conduct that draws arbitrary distinctions between people violates the democratic principle that all persons stand equal before the law» (p. 168).

En este aspecto y partiendo del principio fundamental según el cual la igualdad consiste en tratar del mismo modo a quienes se hayan en las mismas condiciones, los razonamientos que podemos hacer para establecer argumentos a favor y en contra de la discriminación nos van a conducir inevitablemente frente a la misma dicotomía entre naturaleza y relativismo cultural.

Así, los que están a favor de una interpretación naturalista de la situación no advierten discriminación alguna porque entienden que el matrimonio desde el principio de los tiempos ha unido a personas de sexos distintos. Incluso en el caso de la poligamia, la relación matrimonial no se establece entre las distintas mujeres con la que el varón está casado, sino solo entre el varón y cada una de las mujeres que pueden llegar a constituir su núcleo familiar: en otras palabras, las mujeres son esposas del varón, pero entre ellas no existe ninguna relación matrimonial.

Por su parte, los que interpretan la historia de la civilización humana desde la óptica del relativismo cultural llegan fácilmente a la conclusión de que hay discriminación, en tanto y en cuanto se está privando a una pareja de seres humanos (en este punto no resulta relevante el sexo) del derecho a que su unión obtenga el mismo reconocimiento social y jurídico que la del resto. Desde esta perspectiva lo fundamental no es el sexo sino la condición humana: esta es la que hace iguales a las parejas homosexuales y a las heterosexuales; si a estas últimas les reconocemos el derecho a casarse y a las primeras no, al no haber diferencia entre unas y otras, estamos incurriendo en discriminación. Estoy convencido de que este es el razonamiento que está haciendo consciente o inconscientemente mucha gente en el mundo occidental y que, o bien conduce a los discriminados a reivindicar fervientemente la equiparación, o bien facilita a los no discriminados la aceptación pacífica de la equiparación.

A pesar de lo dicho, entiendo que, en el fondo, los partidarios del relativismo cultural también participan de un cierto grado de naturalismo. De hecho, si lo analizamos detenidamente nos daremos cuenta que los razonamientos a favor de la equiparación están fuertemente ligados a una concepción antropológica de las relaciones humanas. Aunque no importe el sexo de los que quieren casarse, lo que sí importa (¿todavía?) es su condición de seres humanos. En otras palabras, solo se admite el matrimonio entre personas humanas y se está dispuesto a discriminar a aquellas uniones que pretendan reivindicar el matrimonio entre humanos y animales, entre animales, entre humanos y personas jurídicas, entre personas

jurídicas y entre humanos y cosas, ya sean muebles o inmuebles. En estos supuestos parece que todavía hay consenso.

### 2.2.3. *El derecho a no ser discriminado (la igual protección legal) de las parejas homosexuales en materia matrimonial en Estados Unidos*

La desigualdad jurídica entre las parejas heterosexuales y las homosexuales se ha estudiado desde distintas perspectivas en Estados Unidos: la del Derecho tributario<sup>32</sup>, la del Derecho Comparado<sup>33</sup>, la del Derecho Penal<sup>34</sup>, la del Derecho de Familia<sup>35</sup>, la del Derecho Sanitario<sup>36</sup>, la del Derecho Natural<sup>37</sup>, la del Derecho Constitucional<sup>38</sup>, etc.

Desde la perspectiva constitucional, siguiendo el estudio de Chuck Stewart, ha destacado el tema del análisis jurisprudencial que el matrimonio de parejas del mismo sexo ha tenido bajo la “Equal Protection Clause” de la constitución norteamericana. En este sentido, hay que tener en cuenta que el Tribunal Supremo de Estados Unidos ha establecido que toda discriminación que tenga su origen en la ley y que afecte a ciertos colectivos requiere un examen riguroso (“closer scrutiny”) para poder declarar su constitucionalidad.

No hay que olvidar que a la hora de enjuiciar la constitucionalidad de la legislación que afecta a colectivos específicos, el Tribunal Supremo puede

---

<sup>32</sup> Nixon, Christopher T., “Should Congress Revise the Tax Code to Extend the Same Tax Benefits to Same- Sex Couples as are Currently Granted to Married Couples?: An Analysis in Light of Horizontal Equito”, *Southern Illinois University Law Journal*, 23, 1998, pp. 41-64.

<sup>33</sup> Ver Eskridge, William N. Jr., *Comparative Law and the Same-Sex Marriage Debate: A Step-by-Step Approach Toward State Recognition*, *McGeorge Law Review*, 31, 2000, pp. 641-672; Sanchez-Osorio, Marilyn, “The Road to Recognition and Application of the Fundamental Constitutional Right to Marry of Sexual Minorities in the United States, the Netherlands, and Hungary: A Comparative Legal Study”, *ILSA Journal of International & Comparative Law*, 8, 2001, pp. 131-150.

<sup>34</sup> Ver Collins, Mary Beth D., “Same-sex domestic violence: addressing the issues for the proper protection of victims”, *The Journal of Law in Society*, 4, 2002, pp. 99-120.

<sup>35</sup> Ver Wald, Michael S., “Same-Sex Couple Marriage: A Family Policy Perspective”, *Virginia Journal of Social Policy & the Law*, 9, 2001, pp. 291-344.

<sup>36</sup> Ver Chen, Roderick T. y Glazier, Alexandra K., “Can Same-Sex Partners Consent to Organ Donation?”, *American Journal of Law & Medicine*, 29, 2003, pp. 31-44.

<sup>37</sup> Ver Strasser, Mark, “Natural law and same-sex marriage”, *DePaul Law Review*, 48, 1999, pp. 51-81.

<sup>38</sup> Ver Feigen, Brenda, “Same-Sex Marriage: An Issue of Constitutional Rights not Moral Opinions”, *Harvard Women's Law Journal*, 27, 2004, pp. 345-355.

emplear tres tipos de criterios analíticos: el “strict scrutiny”, el “heightened scrutiny” y el “rational basis test”. De acuerdo con el primer criterio, el Estado debe acreditar un interés restrictivo y superior para la aprobación de la legislación; el “heightened scrutiny” requiere que el Estado demuestre que la norma está relacionada de forma sustancial con un interés estatal relevante; y el “rational basis test” simplemente requiere que la norma esté razonablemente relacionada con un objetivo estatal legítimo. De momento, tan solo la religión, la raza, la etnia y el origen nacional se han considerado “suspect classes”<sup>39</sup> que requieran el “strict scrutiny”. El género y la ilegitimidad se han considerado como “quasi-suspect class”, de forma que las normas que les afecten son analizadas bajo el “heightened scrutiny”. La orientación sexual no entra dentro de las categorías “suspect classes” y “quasi-suspect class”, de modo que las normas que establecen una regulación en función de la orientación sexual son examinadas bajo el criterio del “rational basis test”<sup>40</sup>.

### 3. Los otros supuestos de extensión del derecho al matrimonio

Es conveniente, en cualquier caso, no perder de vista los riesgos a los que nos conduce una aplicación demasiado rigurosa del relativismo cultural,

---

<sup>39</sup> Según Cabanellas de las Cuevas, Guillermo y Hoague, Eleanor C., *Op. Cit.*, «Suspect classifications» son «clasificaciones o categorías, incluidas en leyes u otras normas, que crean una presunción de introducir discriminaciones ilegales por motivos de raza, religión, sexo u otras» (p. 604). Como explica Stewart, Chuck, *Op. cit.*, «Suspect classification stems from the famous footnote 4 in the 1938 Supreme Court ruling *United States v. Carolene Products Co.* ... The Court recognize that laws that single out certain groups should be carefully scrutinized for bias and prejudice» (p. 287).

<sup>40</sup> Stewart, Chuck, *Op. cit.*, «The Supreme Court has determined that legal discrimination against specific groups requires closer scrutiny to determine its constitutional validity. When determining the constitutionality of legislation aimed at specific groups, the Court uses a three-tiered analysis: (1) strict scrutiny; (2) heightened scrutiny; or (3) the rational basis test. Under strict scrutiny, the state must show a narrow and compelling interest for enacting the legislation. Heightened scrutiny requires the state to demonstrate that the statute is substantially related to an important state interest. The rational basis test simply requires that the statute be rationally related to a legitimate state goal. At this time, only religion, race ethnicity, and national origin are considered suspect classes requiring strict scrutiny. Gender and illegitimacy have merited a quasi-suspect class status and statutes impacting these people come under heightened scrutiny. Sexual orientation has not achieved a suspect or quasi-suspect class status. Laws affecting people based on sexual orientation are evaluated under the rational basis test» (p. 185).

porque, sin salir del ámbito estrictamente humano, se puede especular sobre otra serie de supuestos que en un futuro no lejano podrían dar lugar a la reivindicación de la extensión del derecho al matrimonio. Podría ser interesante analizar los siguientes: la poligamia o poliandria, el matrimonio entre personas con vínculos de consanguinidad y el matrimonio entre tres o más personas.

### **3.1. *La poligamia o poliandria***

El primer supuesto al que es más fácil conducir nuestra especulación es el de la poligamia o poliandria. Con estas denominaciones genéricas nos referimos al caso en el cual un hombre puede estar casado con dos o más mujeres que no tienen ninguna relación entre sí (poligamia) y al supuesto contrario, es decir, el que permite a una mujer estar casada con dos o más hombres (poliandria). No obstante, admitido el matrimonio entre parejas homosexuales, sería necesario acuñar un nuevo término que permitiera también contemplar los supuestos en los cuales un hombre pudiera estar casado con una (o varias) mujer (s) y al mismo tiempo con un (o varios) hombre (s), así como el de una mujer que pudiera estar casada con un (o varios) hombre (s) y al mismo tiempo con una (o varias) mujer (s).

Decimos que este sería el supuesto al que es más fácil conducir nuestra especulación por el hecho de que la poligamia y la poliandria son situaciones socio-jurídicas que la civilización humana ha admitido y admite en distintas épocas de su historia y en distintos lugares de la geografía donde se ha implantado. De hecho, como es sabido, la religión y el Estado islámicos admiten la poligamia desde hace muchos siglos.

Si lo pensamos con detenimiento, que la sociedad occidental (basada, en buena medida, en los valores y en la tradición del cristianismo) admita esta clase de matrimonio podría ser, incluso, más fácil que la admisión del matrimonio entre parejas del mismo sexo. Al fin y al cabo, de los primeros ha habido y hay antecedentes en nuestra común civilización humana, cosa que no ocurre con los matrimonios de parejas homosexuales.

#### **3.1.1. *Los argumentos a favor de la extensión del derecho al matrimonio a las uniones poligámicas o poliandricas***

La reivindicación de la extensión del derecho al matrimonio a aquellos/as hombres/mujeres que desearan unirse en matrimonio a varios/as hombres/mujeres simultáneamente sin que los diferentes conyuges tuvieran

relación jurídica alguna con el contrayente principal, se puede fundamentar en razones análogas a las de aquellas en las que se basa la reivindicación del derecho a casarse con una persona del mismo sexo. En otras palabras, la existencia de este tipo de uniones matrimoniales se podría sostener sobre los mismos argumentos que ahora plantean los que están a favor de la extensión del derecho al matrimonio a parejas del mismo sexo. Dichos argumentos pueden ser los siguientes: la neutralidad del Estado, el consentimiento de los contrayentes, la ausencia de perjuicios a terceros y la discriminación.

La neutralidad del Estado. El Estado no puede prejuzgar como positivas o negativas las relaciones que un/a hombre/mujer desea mantener con otra persona del mismo sexo, puesto que esas relaciones forman parte de la capacidad del sujeto para decidir libremente sobre su vida, su afectividad y su sexualidad. Este mismo argumento se puede aplicar a la poligamia o poliandria: si una persona desea mantener varias relaciones de carácter personal con personas distintas (del mismo o distinto sexo), puede hacerlo como una manifestación más de su capacidad para gobernar su vida, su afectividad y su sexualidad como lo crea conveniente. Estas situaciones se dan en la vida real y, aunque pueden suscitar juicios de moralidad negativos, no constituye ningún delito, falta o infracción administrativa el que una persona mantenga simultáneamente relaciones afectivo-sexuales con dos o más personas (del mismo o distinto sexo). En otras palabras, si ahora se exige al Estado que mantenga una posición ética neutra ante el fenómeno de las relaciones homosexuales (porque se argumenta que el ciudadano tiene libertad para desarrollar las relaciones sexuales y afectivas que considere oportuno), la misma neutralidad se puede exigir para las relaciones poligámicas o poliandricas.

El consentimiento de los contrayentes. Como consecuencia de lo anterior, el Estado no puede limitar el derecho de un/a hombre/mujer a contraer matrimonio con otra persona del mismo sexo, cuando dicha unión se fundamenta en el consentimiento libremente emitido de los contrayentes. Lo mismo puede decirse de las uniones poligámicas o poliandricas, para las que resultaría imprescindible que todas las partes tuvieran conocimiento de la situación matrimonial respectiva. En otras palabras, si se acepta que una pareja de individuos del mismo sexo que mantienen relaciones afectivo-sexuales pueda formalizar su unión por medio del matrimonio, ya sea para beneficiarse mutuamente de los derechos que el Estado reconoce a los conyuges (y asumir los deberes inherentes a esa condición), ya sea para proporcionar a la posible descendencia un entorno jurídico y familiar

estable, puede igualmente ser aceptado que, con los mismos o analogos objetivos, un/a hombre/mujer pueda formalizar su union por medio del matrimonio con dos o mas personas (no necesariamente de sexo distinto).

La ausencia de perjuicios a terceros. El Estado debe extender el derecho al matrimonio a parejas del mismo sexo porque con ello no se hace daño a nadie; por el contrario, se producen grandes beneficios sociales, como los que se reportarian a aquellos niños que necesitan una familia adoptiva y que podrian potencialmente ser acogidos en el hogar de una pareja homosexual dispuesta a colmar sus necesidades afectivas y materiales<sup>41</sup>. Un argumento analogo se puede plantear para los matrimonios poligamicos o poliandricos: la formalizacion mediante el matrimonio de tales uniones no supone un perjuicio para nadie.

La discriminación. Se afirma que la no extensión del derecho al matrimonio a parejas del mismo sexo supone una discriminación del derecho a la igualdad ante la ley porque se esta impidiendo a dos seres humanos que se beneficien de la condicion juridica que entraña el ser el conyuge de otro. Para poder adquirir tal condicion ya no es relevante tener un sexo distinto al del otro conyuge porque se considera que tal requisito es una convencion social susceptible de ser modificada o suprimida. Lo mismo se puede decir de la no extensión del derecho al matrimonio a personas casadas. La existencia de un vinculo matrimonial no disuelto no debe considerarse un impedimento para que las personas casadas puedan contraer nuevo matrimonio. Si el sexo, que viene (en principio) dado por la naturaleza, no es ya un referente valido para determinar quien puede y quien no puede contraer matrimonio, menos aun lo debe ser una situación sobrevvenida y ajena a la naturaleza como puede serlo el estar casado. Condicion esta que, ademas, se puede alterar con mas facilidad y frecuencia que el sexo de una persona.

### ***3.2. El matrimonio entre personas con vínculos de consanguinidad: el matrimonio parental***

---

<sup>41</sup> En este sentido podemos hacer referencia al articulo de Chris A. Milne publicado en el numero 20 de la revista *Boston Law Tribune* con el siguiente titular: "Children lose when parents are denied benefits marriage". Se hacen afirmaciones como esta: «Innocent children whose gay or lesbian parents sep the benefits of marriage for their offspring and those children in foster care in need of adoptive families who potentially may be placed with same-sex parents are being unfairly penalize by the Commonwealth's failure to recognize same-sex marriages» (p. 25).

Otra extensión del derecho al matrimonio que se podría reivindicar, siguiendo con la lógica del relativismo cultural, es la que afecta a personas con vínculos de consanguinidad, dando lugar a lo que podríamos denominar matrimonio parental.

Somos conscientes de que al abordar esta cuestión nos estamos enfrentando a la posibilidad de alterar sustancialmente uno de los elementos estructurales de la sociedad occidental y de su mentalidad, pero, puestos a remover cimientos y a buscar nuevos convencionalismos, también podemos hacer un esfuerzo por plantear y razonar sobre esta reivindicación.

Decimos que estamos ante un elemento estructural de nuestra sociedad, porque los vínculos de consanguinidad han sido esenciales desde tiempos inmemoriales para ordenar la sociedad partiendo de su núcleo más elemental: la familia. Tales vínculos han sido los que han permitido a una persona determinar sus antecedentes genealógicos, así como condicionar su propia planificación familiar, de la que estaban excluidos sus ascendientes, descendientes, hermanos y otros parientes hasta diversos grados de consanguinidad. Dicha limitación ha descansado en un principio eugenésico obvio que la religión se ha ocupado de impregnar de una fuerte carga moral: positiva cuando era respetado y muy, muy negativa cuando era transgredido.

A pesar de la importancia que tiene este principio en la ordenación de nuestros esquemas mentales en torno a la familia, la alteración de esos fundamentos no es tan difícil, incluso, podemos afirmar que ya ha empezado el cambio. Se trata, en efecto, de un proceso en marcha porque el modelo clásico de familia se ha visto sacudido por el reconocimiento fáctico del derecho a procrear a parejas del mismo sexo. Aunque no haya todavía un reconocimiento oficial generalizado, la realidad social nos sitúa frente a hijos que crecen con dos madres o dos padres. ¿Acaso no representa esta situación una sustancial alteración de lo que hasta hace unas décadas se consideraba convencionalmente como “familia”?

Estas consideraciones nos sitúan frente a un problema diferente aunque estrechamente relacionado con el que estamos tratando en este artículo: el derecho a procrear o el derecho a ser padres de parejas del mismo sexo. La relación es evidente, porque, entre otros motivos, se argumenta que hay que extender el derecho al matrimonio a las parejas del mismo sexo para que sus hijos tengan la posibilidad de crecer en un entorno familiar estable y

análogo al de las parejas heterosexuales<sup>42</sup>. El resultado final es el de permitir a parejas del mismo sexo fundar una familia y beneficiarse de las mismas condiciones que el Estado y el Derecho reconoce a las parejas heterosexuales<sup>43</sup>, pero con un matiz importante: la familia que se funda ya no responde al criterio convencional o natural de familia, sino que responde a un nuevo criterio que poco o nada tiene que ver con la naturaleza. Es el criterio que autónomamente las conciencias de los sujetos del mismo sexo que forman la pareja han decidido que debe ser tenido en cuenta para determinar que debe entenderse por familia; se trata, en suma, de que se reconozca el derecho de estas parejas a establecer su concepto de familia. Si la sociedad lo ha admitido (o lo ha tolerado) y el Estado lo reconoce por medio de una serie de medidas de carácter jurídico (entre las que encontramos el derecho a contraer matrimonio, el derecho a la adopción de menores, el derecho a someterse a técnicas de reproducción asistida, etc.), entonces podemos llegar fácilmente a la conclusión de que la familia ya no responde al un criterio condicionado o determinado por la naturaleza (según el cual el origen de la familia se hallaba en la unión estable de un hombre y una mujer). Por el contrario, la familia responde a un criterio que viene determinado de modo principal por la conciencia individual y, consiguientemente, por criterios relativistas.

Si esta concepción en torno a la familia es la que parece que tiene que prevalecer, entonces no tiene por que haber ningún obstáculo en admitir las uniones matrimoniales entre personas con vínculos de consanguinidad. De hecho, siendo coherentes con esta concepción de la familia y con la lógica relativista, si admitimos que puede haber una familia integrada por dos madres o dos padres y los hijos de estos (ya sean biológicos de al menos un

---

<sup>42</sup> En este sentido, podemos tener en cuenta lo que argumenta Milne, Chris A., *Op. cit.*: «The benefits at stake for these innocent children are profound. Family leave following birth or adoption will be denied. Access to health care and the right to seek child support for the basic necessities of food and shelter also will be withheld from them. In addition, they will never know the sense of affirmation and normality that comes from knowing one's parents are married and considered legally to heterosexual married couples» (p. 25).

<sup>43</sup> Milne, Chris A., *Op. cit.*: «On the other hand, allowing same-sex parents to marry would increase the stability and commitment in their family unit, thereby creating a more consistent and permanent environment for the child. They would enjoy the economic advantage of having rights to both parents' financial resources, as opposed to just one or the other. Allowing the same-sex marriages would provide the security and rights of probate and family law in case of divorce. And in the tragic circumstance of death, survivor's benefits, whether from Social Security, military service, intestate laws or the wrongful death statute, would provide financial security for the child» (p. 25).

progenitor, o adoptivos), también deberíamos admitir que se puedan formar familias cuyo núcleo originario sea la unión (matrimonial o no) de un padre con su hija, de una madre con su hijo, de dos hermanos/as, de un tío/a con su sobrina/o, etc., etc. O, ¿acaso estas personas no tienen también derecho a poder fundar una familia sobre la base de lo que ellos puedan entender que puede ser una familia?

A estos argumentos podemos añadir otro de cierta relevancia, que tiene que ver con la capacidad del Estado para cambiar aspectos del individuo que aparentemente vienen establecidos por la naturaleza<sup>44</sup>. En efecto, si el Estado puede cambiar la identidad sexual de las personas, ¿por qué no concederle también la potestad de alterar la relación de parentesco que une a dos hermanos o a una tía y a un sobrino o, incluso, a un padre y a una hija para que puedan casarse?

Por lo demás, entiendo que para la reivindicación de la extensión del derecho al matrimonio a esta clase de uniones también podrían coadyuvar los mismos argumentos antes expuestos para las uniones poligámicas o poliandricas: la neutralidad del Estado, el consentimiento de los contrayentes, la ausencia de perjuicios a terceros y la discriminación.

### ***3.3. El matrimonio entre tres o más personas: el matrimonio multilateral o grupal***

El último de los supuestos de extensión del derecho al matrimonio con el que también podemos especular es el que afectaría a las uniones entre tres o más personas. Es un caso distinto al de la poligamia o poliandria, porque aquí nos estamos refiriendo a la posibilidad de que tres o más personas decidan contraer matrimonio entre sí, dando lugar a lo que se podría conceptualizar con la expresión matrimonio multilateral o grupal.

En el caso de la poligamia o poliandria, defendimos que se reconociera el derecho a contraer matrimonio a personas ya casadas, de modo que fuera lícita desde el punto de vista legal la bigamia, trigamia, etc. En estos casos, cada conyuge lo es respecto de una sola persona, aunque pueda mantener vínculos matrimoniales con una pluralidad de ellas. Lo fundamental es que

---

<sup>44</sup> A modo de ejemplo, en el artículo del *abc.es* cuya referencia incluimos en la nota 5, se dice también que «El titular de Justicia indicó que también en septiembre el Congreso de los Diputados debatirá la agilización de los trámites de divorcio, una ley de Parejas de Hecho y una Ley de Identidad Sexual para que en el carné de identidad figure el nombre que deseen los transexuales».

entre los/as diversos/as esposos/as del bigamo/a (trigamo/a, etc.) no se establece ninguna relacion juridica.

Lo que proponemos en este apartado es diferente porque el matrimonio multilateral supondría el establecimiento de vinculos matrimoniales (y, por tanto, tambien de naturaleza juridica) entre mas de dos personas simultáneamente en el mismo matrimonio. En otras palabras, aquí defendemos que se pueda extender el derecho al matrimonio a grupos de cómo minimo tres personas que al casarse asumirian multilateralmente la condicion de esposo/a de cada uno de los miembros del grupo matrimonial: por ejemplo, en el supuesto de que un hombre quisiera contraer matrimonio en el mismo acto con dos mujeres, el varon seria simultáneamente esposo de las dos mujeres, cada una de las mujeres seria esposa del varon y, al mismo tiempo, seria esposa de la otra mujer. En estos casos tampoco veo inconveniente en admitir la posibilidad de que se pudiera/n incorporar sucesivamente al matrimonio ya constituido un/os nuevo/s conyuge/s que, por supuesto, tuviera los mismos derechos que los demas. La/s disolución/es parcial/es de esta clase de matrimonio se deberia reconocer, claro esta, como un derecho basico de cualquiera de los conyuges.

En este supuesto nos enfrentamos al reto de cambiar el esquema mental que tradicionalmente ha identificado el matrimonio con la union de dos personas. A partir del momento en que se reconociera esta clase de matrimonios, habria que admitir tambien dentro del matrimonio los casos de uniones de mas de dos personas. Se podria empezar por reconocer matrimonios de tres personas y gradualmente extender la posibilidad a grupos mas numerosos.

Se me ocurre que muchos se opondrian a esta posibilidad blandiendo el argumento de que tradicionalmente el matrimonio ha sido cosa de dos. Ante tal afirmación, la replica que enseguida me viene a la cabeza es bien sencilla: tambien tradicionalmente el matrimonio se ha considerado cosa de un hombre y una mujer y ahora, sin embargo, hemos decidido alterar dicho esquema. Si la concepción en torno al matrimonio se puede alterar en este sentido, ¿por qué no en el que proponemos? ¿Acaso no seria legitimo el deseo de tres o mas personas de enriquecer sus relaciones afectivo-sexuales con uniones multilaterales de estas características que, ademas, pudieran beneficiarse de todo lo que conlleva el estatuto juridico del matrimonio?

Finalmente, considero que a favor de extender el derecho al matrimonio a esta clase de uniones le son igualmente aplicables los criterios expuestos para la poligamia o poliandria y para el matrimonio parental: una vez mas,

Algunas consideraciones en torno a la extensión del derecho a contraer matrimonio...

• 23

la neutralidad del Estado, el consentimiento de los contrayentes, la ausencia de perjuicios a terceros y la discriminación.

#### **4. Recapitulación: clasificación de las distintas uniones a las que se podría extender el derecho al matrimonio**

Para finalizar y a modo de recapitulación, puede resultar clarificadora la exposición de una clasificación de uniones a las que se podría extender el derecho al matrimonio:

##### A. Uniones de parejas del mismo sexo:

- Matrimonio de un hombre con un hombre.
- Matrimonio de una mujer con una mujer.

##### B. Uniones poligámicas o poliandricas:

- Matrimonios de un hombre con varias mujeres.
- Matrimonios de una mujer con varios hombres.
- Matrimonios de un hombre con varias/os mujeres/hombres.
- Matrimonios de una mujer con varios/as hombres/mujeres.

##### C. Uniones parentales:

- Matrimonio de un/a padre/madre con un/a hijo/a.
- Matrimonio de un/a abuelo/a con un/a nieto/a.
- Matrimonio de un/a hermano/a con un/a hermano/a.
- Matrimonio de un/a tío/a con un/a sobrino/a.
- Etc.

##### D. Uniones multilaterales o grupales

- Matrimonio entre dos hombres y una mujer.
- Matrimonio entre dos mujeres y un hombre.
- Matrimonio entre tres hombres.
- Matrimonio entre tres mujeres.
- Matrimonio entre dos hombres y dos mujeres.

- Matrimonio entre cuatro hombres.
- Matrimonio entre cuatro mujeres.
- Etc.

Se podrá argumentar que algunos de los supuestos incluidos en esta clasificación responden más a la elucubración gratuita de un ocioso investigador que a la realidad de los hechos y a lo que presumiblemente nos deparará el futuro de nuestra sociedad. Sin embargo, espero, una vez más, que se me permita discrepar porque es el relativismo cultural en el que nos hemos instalado el que no nos da la posibilidad de tener ninguna certeza acerca de lo que nos puede deparar el futuro; en definitiva, no tenemos ninguna certeza acerca de lo que las gentes de la sociedad humana puedan llegar a considerar como una unión susceptible de ser formalizada mediante el matrimonio.

Para comprender esta última afirmación basta con repasar cuál era la concepción imperante en el mundo occidental en torno al matrimonio hace cuarenta o cincuenta años. Si en aquel tiempo muy pocos o nadie podían imaginar que se podría llegar a extender el derecho al matrimonio a parejas del mismo sexo, nadie nos puede garantizar que dentro de seis o siete décadas no se vaya a reivindicar (con la misma intensidad y con argumentos análogos a los expuestos para los matrimonios de personas del mismo sexo) la poligamia/poliandria, el matrimonio parental o el matrimonio multilateral o grupal.

### **Bibliografía citada**

- AA.VV. (THE ASSOCIATION OF THE BAR OF THE CITY OF NEW YORK COMMITTEE ON LESBIAN AND GAY RIGHTS, COMMITTEE ON SEX AND LAW, AND COMMITTEE ON CIVIL RIGHTS), (2004), "Report on Marriage Rights for Same-Sex Couples in New York", *Columbia Journal of Gender and Law*, 13, 2004, pp. 70-99.
- BAILEY, Martha (1998), "How will Canada respond to same-sex marriages", *Creighton Law Review*, 32, pp. 105-118.
- (1998), "Hawaii's Same-sex Marriage Initiatives: Implications for Canada", *Canadian Journal of Family Law*, 15, pp. 153-181.

- BROWN, Jennifer Gerardo (1996), "Extraterritorial Recognition of Same-Sex Marriage: When Theory Confronts Praxis", *Quinnipiac Law Review*, 16, pp. 1-11.
- BURNETTE, W. Brian (1999), "Hawaii's reciprocal beneficiaries act: an effective step in resolving the controversy surrounding same sex marriage", *Brandeis Law Journal*, 37, pp. 81-95.
- CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo y HOAGUE, Eleanor C. (1991), *Diccionario Jurídico Español/Ingles, Vol. 1*, Butterworths Legal Publishers, pp. 673, Austin, Tex.
- CHEN, Roderick T. y GLAZIER, Alexandra K. (2003), "Can Same-Sex Partners Consent to Organ Donation?", *American Journal of Law & Medicine*, 29, pp. 31-44.
- COLLINS, Mary Beth D. (2002), "Same-sex domestic violence: addressing the issues for the proper protection of victims", *The Journal of Law in Society*, 4, pp. 99-120.
- EMOND, Robert (2004), "Does the equal protection analysis in lawrence make bans on same-sex marriage unconstitutional?", *Thomas Jefferson Law Review*, 26, pp. 447-475.
- ESKRIDGE, William N. Jr. (2000), Comparative Law and the Same-Sex Marriage Debate: A Step-by-Step Approach Toward State Recognition, *McGeorge Law Review*, 31, pp. 641-672.
- FEIGEN, Brenda (2004), "Same-Sex Marriage: An Issue of Constitutional Rights not Moral Opinions", *Harvard Women's Law Journal*, 27, pp. 345-355.
- GREEN, Jill R. (1999), "Will the marriage of Dick and Jane evolve into the marriage of Jane and Jane? Same-sex marriage: a viable union in the 21st century", *Loyola Law Review*, 45, pp. 313-343.
- GUSHIKEN, Brad K. (2000), "The Fine Line Between Love and the Law: Hawaii's Attempt to Resolve the Same-Sex Marriage Issue", *Hawaii Law Review*, 22, pp. 149-184.
- HULL, Kathleen E. (2003), "The Cultural Power of Law and the Cultural Enactment of Legality: The Case of Same-Sex Marriage, Law and Social Inquiry", 28, pp. 629-657.
- IDES, Allan y MAY, Christopher N. (1998), *Constitutional Law. Individual rights. Examples and explanations*, Aspen Law & Business, pp. xxi, 404, New York.
- KRISTEN, Elizabeth (1999), "The Struggle for Same-Sex Marriage Continues", *Berkeley Women's Law Journal*, 14, pp. 104-115.

- LEONARD, Arthur S. (2002), "Ten Propositions About Legal Recognition of Same-Sex Partners", *Capital University Law Review*, 30, pp. 343-362.
- MANDELL, Michael (1997), "Same sex marriages: Arizona Reacts to a Perceived Threat to Traditional Marriages", *Arizona State Law Journal*, 29, pp. 623-638.
- MILNE, Chris A (2002), "Children lose when parents are denied benefits marriage", *Boston Law Tribune*, vol. 2, num. 9, p. 25.
- NIXON, Christopher T. (1998), "Should Congress Revise the Tax Code to Extend the Same Tax Benefits to Same- Sex Couples as are Currently Granted to Married Couples?: An Analysis in Light of Horizontal Equito", *Southern Illinois University Law Journal*, 23, pp. 41-64.
- PAIGE, Rebecca S. (1997), "Wagging the dog - if the state of hawaii accepts same-sex marriage will other states have to?: an examination of conflict of laws and escape devices", *The American University Law Review*, 47, pp. 165-185.
- PATTERSON, Nicholas J. (2001), "The Repercussions in the European Union of the Netherlands' Same-Sex Marriage Law", *Chicago Journal of International Law*, 2, pp. 301-307.
- SANCHEZ-OSORIO, Marilyn (2001), "The Road to Recognition and Application of the Fundamental Constitutional Right to Marry of Sexual Minorities in the United States, the Netherlands, and Hungary: A Comparative Legal Study", *ILSA Journal of International & Comparative Law*, 8, pp. 131-150.
- SCHOWENGERDT, Dale M. (2001/2002), "Defending Marriage: A Litigation Strategy to Oppose Same-Sex "Marriage", *Regent University Law Review*, 14, pp. 487-511.
- STEWART, Chuck (2001), *Homosexuality and the law: a dictionary*, ABC-CLIO, pp. xii, 429, Santa Barbara.
- STRASSER, Mark (2004), "Lawrence, same-sex marriage and the constitution: what is protected and why?", *New England Law Review*, 38, pp. 667-681.
- (1999), "Natural law and same-sex marriage", *DePaul Law Review*, 48, pp. 51-81.
- SUFFREDINI, Kara S. y FINDLEY, Madeleine V. (2004), "Speak Now: Progressive Considerations on the Advent of Civil Marriage for Same-Sex Couples", *Boston College Law Review*, 45, pp. 595-618.

WAALDIJK, Kees (2004), "Others may follow: the introduction of marriage, quasi-marriage, and semi-marriage for same-sex couples in european countries", *New England Law Review*, 38, pp. 569-589.

WALD, Michael S. (2001), "Same-Sex Couple Marriage: A Family Policy Perspective", *Virginia Journal of Social Policy & the Law*, 9, pp. 291-344.

WARDLE, Lynn D. (1998), "Legal Claims for Same-Sex Marriage: Efforts to Legitimate a Retreat from Marriage by Redefining Marriage", *South Texas Law Review*, 39, pp. 735-768.

### **Jurisprudencia citada**

*United States v. Carolene Products Co.* 1938. 304 U.S. 144.

*Loving v. Virginia.* 1967. 388 U.S. 1.

*Zablocki v. Redhail.* 1978. 434 U.S. 374.

*Goodridge v. Department of Public Health.* 2003.  
440 Mass. 309.

*Lawrence v. Texas.* 2003. 539 U.S. 558.

### **Paginas WEB citadas**

<http://www.estrelladigital.es>.

<http://www1.dekamer.be>.

<http://www.abc.es>.

<http://www.georgetown.edu>.

<http://www.law.cornell.edu>.