

# Matrimonios del mismo sexo: Un estudio comparativo de la realidad jurídica en varios países

Prof. Dra. Elina Moustaira

## Introducción

La decisión que cada Estado toma en cuanto a la regularización o no, del matrimonio del mismo sexo, refleja los valores que cada respectiva sociedad acepte, valores que están determinados por el proceso que cada Estado establezca, es decir, por estatutos, decisiones de tribunales, o enmiendas de la Constitución.

Es interesante, pues, hacer un viaje virtual por el camino que han seguido varios países en el mundo, con sistemas legales bastante o, a veces, muy diferentes, en cuanto a la legalización del matrimonio del mismo sexo, y, al mismo tiempo, las reacciones que este proceso haya suscitado.

## Estados europeos

### i. Situación interna

En muchos países europeos no se discute – al menos por el momento - el tema del matrimonio del mismo sexo<sup>1</sup>. En Grecia tampoco se discute; y si se avanzaba ahora una tal propuesta, muy probablemente se rechazaría.

La Unión Europea no tiene ninguna sustantiva competencia legal en el terreno de los matrimonios o de las uniones civiles. No obstante, puede influir en cierto modo, en cuanto al concepto de la familia.<sup>2</sup>

Hasta ahora, dos son los Estados que permiten el matrimonio del mismo sexo, Holanda y Bélgica.

En Holanda, la ley del 21.12.2000 era la primera ley (en el mundo) a permitir el matrimonio a parejas del mismo sexo. Para que un tal matrimonio pueda contraerse, al menos una de las dos personas debe ser ciudadano o residente holandés.

En Bélgica, se ha legalizado el matrimonio del mismo sexo, por la Ley del 13.2.2003, válido desde el 1.6.2003. Durante las discusiones sobre si debía establecerse a Bélgica un tal matrimonio, los argumentos de los adversarios se centraban a los tres siguientes puntos:

1. El principio del tratamiento igual no imponía la adopción de una legislación que permitiría el matrimonio del mismo sexo.

---

<sup>1</sup> No obstante, algunos países tienen ya leyes que reglan las “uniones registradas”, institución prevista para las parejas del mismo sexo también. Algunas de estas leyes prevén que las uniones registradas tendrán consecuencias muy similares a las del matrimonio. Eso vale, por ejemplo, en el caso de la nueva ley alemana, *Gesetz zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechts*, 2004, válida desde el 1.1.2005, que ha cambiado en puntos esenciales, la Ley sobre las uniones registradas (*Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft*), v. *M. Wellenhofer*, *Das neue Recht für eingetragene Lebenspartnerschaften*, *Neue Juristische Wochenschrift* 2005, 705, 709.

<sup>2</sup> *M. Bell*, *Holding Back the Tide? Cross-Border Recognition of Same-Sex Partnerships within the European Union*, *European Review of Private Law* 2004, 613, 618.

2. La definición del matrimonio no permitiría que las parejas homosexuales se casen.
3. La adopción de una tal ley tendría como consecuencia complicaciones e inseguridad legal en el ámbito del derecho internacional privado<sup>3</sup>.

Además, un dictamen del Consejo del Estado belga, de 12.11.2001, concluía negativamente, con los siguientes argumentos:

Señalando los artículos 10 y 11 de la Constitución belga, el Consejo indicaba que una diferencia en el tratamiento podía validamente imponerse en diferentes categorías de personas, su condición que el criterio de distinción pudiera razonablemente y objetivamente justificarse.

Ninguna regla del Código Civil belga mencionaba explícitamente que el matrimonio era permitido solamente a las parejas del sexo diferente. Sin embargo, ambas jurisprudencia y teoría belgas consideraban siempre que parejas del mismo sexo no podían contraer matrimonio civil. Además, en los trabajos preparatorios del Código Civil belga, era claramente mencionado que la consecuencia principal de una unión matrimonial consistía en procrear.

En Holanda también, antes de la adopción de la respectiva ley, el *Raad van Staat* (Consejo del Estado holandés) había dado un negativo dictamen al proyecto, por miedo de que no habría aceptación internacional.

En el derecho holandés, hay solamente dos puntos diferentes entre los matrimonios del sexo diferente y los del mismo sexo. El primer punto concierne la adopción internacional. Esa es posible solamente para un matrimonio de sexo diferente o para un individual. El segundo punto diferente concierne la presunción de paternidad, que no está extendida a las parejas casadas del mismo sexo. Ese último vale para Bélgica también.

Una diferencia entre Holanda y Bélgica es que, en Holanda la pareja casada del mismo sexo adquiere automáticamente responsabilidad parental y puede aplicar a adoptar el hijo/la hija nacido/a por su pareja<sup>4</sup>. Por el contrario, en Bélgica no es todavía posible la mencionada - segunda o conjunta – adopción.

## ii. Asuntos de derecho internacional privado

La mayoría de las leyes de países europeos, que legalizan las parejas del mismo sexo, no ha considerado adecuadamente los problemas de derecho internacional privado que puedan sumergir<sup>5</sup>. Excepción es la legislación holandesa, que se ha distanciado de las clásicas reglas de derecho internacional privado, para asegurar que el derecho holandés será el derecho aplicable en la mayoría de los litigios concernientes a parejas del mismo sexo registradas en Holanda<sup>6</sup>.

En Bélgica, al comienzo, la legislación sobre los matrimonios del mismo sexo incluía un requerido que la capacidad de una pareja del mismo

---

<sup>3</sup> A. Fiorini, New Belgium Law on Same Sex Marriage and its PIL Implications, *International and Comparative Law Quarterly* 52 (2003) 1039, 1042.

<sup>4</sup> K. Waaldijk, Others may follow: the introduction of marriage, quasi-marriage, and semi-marriage for same-sex couples in European countries, 38 *New England Law Review* 569, 576 (2004).

<sup>5</sup> K. Siehr, Family unions in private international law, *Netherlands International Law Review* 2003, 419, 422.

<sup>6</sup> Jessurun D'Oliveira, Registered partnerships, pacsés and private international law – Some reflections, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* 10 (2000) 293, 303.

sexo a casarse, esté reconocida en el país de origen de los individuales que no tenían la nacionalidad belga. En praxis, este requerido limitaba la posibilidad de matrimonio a solos los nacionales belgas y holandeses. Por eso, finalmente, el legislador belga apartó esa restricción<sup>7</sup>.

## Canadá

En ocho provincias y territorios de Canadá, sentencias de tribunales han declarado que la definición del matrimonio, como concerniendo solamente las parejas de sexo diferente, es inconstitucional, por violación explícita de las garantías de igualdad, contenidas en el *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. El Tribunal Supremo de Ontario, en 2003, concluyó que la prohibición del matrimonio del mismo sexo no era razonable ni justificada en una sociedad libre y democrática<sup>8</sup>. El Tribunal Supremo de British Columbia, en 2003, invalidó una prohibición del common law para el matrimonio del mismo sexo<sup>9</sup>. El Tribunal Supremo de Québec, en 2004, también concluyó que limitando el matrimonio a las parejas de sexo diferente se violaba el derecho a la igualdad contenido en la Carta Canadiense de Derechos y Libertades<sup>10</sup>.

El Tribunal de apelación de Ontario era el primer tribunal de apelación en el mundo a ordenar la autorización de matrimonio a parejas del mismo sexo, el 10 de junio de 2003<sup>11</sup>.

Las mencionadas provincias de Canadá son también los primeros Estados en el mundo a “ofrecer” matrimonio del mismo sexo a personas que no son ni ciudadanos ni residentes en el país. Por esa razón, es muy posible que estén estas provincias consideradas como “paraísos” para las parejas del mismo sexo que quieran contraer matrimonio<sup>12</sup>. Un proyecto de ley federal, permitiendo el matrimonio del mismo sexo es en el presente ante el Parlamento Canadiense. Ese proyecto tampoco requiere que para contraer matrimonio las personas deben ser residentes en el país.

De todos modos, se necesita mencionar que el derecho canadiense de matrimonio en general no requiere que una persona sea ciudadano o residente en el país para poder casarse en Canadá<sup>13</sup>.

Es interesante lo que una carta abierta, enviada por el Ministro Canadiense de Justicia, y concerniendo alternativas al matrimonio que el gobierno podría examinar, para las parejas del mismo sexo, dice<sup>14</sup>:

---

<sup>7</sup> Circulaire remplaçant la circulaire du 8 mai 2003 relative à la loi du 13 février 2003 ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil (27.1.2004)/

<sup>8</sup> Halpern v. Attorney Gen. Of Canada, [2003] 65 O.R.3d 161, 196.

<sup>9</sup> EGALE Can. Inc. v. Attorney Gen. Of Can., [2003] 225 D.L.R.4<sup>th</sup> 472, 480 (B.C.).

<sup>10</sup> Hendricks c. Quebec, [2004] R.J.Q. 851 (Que. C.A.).

<sup>11</sup> R. Wintemute, The Massachusetts Same-Sex Marriage Case: Could Decisions from Canada, Europe, and South Africa help the SJC?, 348 *New England Law Review* 505, 510 (2004).

<sup>12</sup> L. Silberman, Same-Sex Marriage: Refining the Conflict of Laws Analysis, 153 *University of Pennsylvania Law Review* 2203 (2005).

<sup>13</sup> R.D. Elliot, The Canadian Earthquake: Same-Sex Marriage in Canada, 38 *New England Law Review* 591 (2004).

<sup>14</sup> Act respecting certain aspects of legal capacity for marriage for civil purposes, Bill C-38, <http://canada.justice.gc.ca/en/fs/ssm/>.

Una opción sería de preservar la palabra “matrimonio” para las parejas de sexo diferente y establecer algo otro, paralelo, con otro nombre, para las parejas del mismo sexo que deseen algo parecido al matrimonio; por ejemplo, “unión civil”. Sin embargo, y aunque muchos están a favor de una tal solución, el gobierno cree que un tal esquema no es posible aun, en el sistema constitucional y legal de Canadá. El hecho que hay ya bastantes sentencias de tribunales a favor del matrimonio del mismo sexo, tendría como consecuencia que, para preservar la definición del matrimonio para las parejas de sexo diferente, esas sentencias deberían estar anuladas, algo que es posible en casos muy excepcionales, y utilizando la *notwithstanding clause*.

Una segunda opción - según esta carta abierta - sería que ambos gobiernos, federal y provincial, dejen el asunto del matrimonio exclusivamente a las autoridades religiosas<sup>15</sup> y que haya “uniones civiles” para ambas parejas, de sexo diferente o del mismo sexo. Según esta opción, las parejas que desearían estar conocidas como casadas, y no solamente como uniones civiles, podrían elegir a ir a su iglesia respectiva, o sinagoga o mosca, y casarse con una ceremonia religiosa. En este caso, las autoridades religiosas controlarían todos requisitos del matrimonio religioso y decidirían si la pareja que lo demandaba podría ser casada. El matrimonio este sería válido en cuanto a los requisitos de la religión eventual, pero no habría ningún efecto legal.

Esa opción fu rechazada, primeramente, por todas las religiones mayores, cuando fu propuesta por el Comité que elaboraba las varias opciones. Ninguno de los representantes de las religiones querría que sus matrimonios religiosos no tengan consecuencias legales. Además, el sistema federal de Canadá tiene como consecuencia que el gobierno federal puede legislar solamente sobre los aspectos sustantivos del matrimonio, es decir, la capacidad de casarse. Los aspectos de proceso o de solemnizo del matrimonio o de las uniones civiles quedan en la competencia exclusiva de las provincias. Así, para reemplazar el vigente matrimonio civil con otro régimen, se necesitaría una “decisión” coordinada por todas (13) provincias y territorios del país. Y, además, un régimen parecido sería el único en el mundo y podría, por otra parte, considerarse como una respuesta extrema al asunto de la igualdad: Denegarían el matrimonio civil a todas las parejas de sexo diferente, para no denegarlo a unas parejas del mismo sexo.

## **Sudáfrica**

En Sudáfrica, donde también el reconocimiento de las relaciones del mismo sexo está conseguido a través de las decisiones de tribunales<sup>16</sup>, el 1998, en *Nat'l Coalition for Gay & Lesbian Equal. v. Minister of Justice*, el Corte Constitucional del país ha declarado que la Ley de 1957 sobre Ofensas Sexuales, es decir la Ley que criminalizaba sodomía, era inconstitucional, porque no respetaba la igualdad, la dignidad, y lo privado.

---

<sup>15</sup> Según una opinión, es importante distinguir el matrimonio civil del matrimonio religioso, v. *G. Busek*, Civil marriage for same-sex couples, 38 *New England Law Review* 495 (2004).

<sup>16</sup> *J. Sloth-Nielsen/B. Van Heerden*, The Constitutional Family: Developments in South African Family Law Jurisprudence Under the 1996 Constitution, *International Journal of Law, Policy and the Family* 17 (2003) 121.

El gobierno sudafricano examina si debiera reformar el modelo vigente del matrimonio y permitir por Ley que se casen parejas del mismo sexo. El art. 9(1) del Bill of Rights de la Constitución de la República de Sudáfrica del 1996, establece el derecho al tratamiento igual, mientras que el art. 9(3) prohíbe que haya discriminación, en base de la orientación sexual.

Una solución sería a insertar un artículo en la Ley del Matrimonio del 1961, con el efecto de que un matrimonio pudiera contraerse entre dos personas ya sea de sexo diferente o del mismo sexo. Se han avanzado muchos argumentos, tanto a favor, como en contra de una tal solución. La situación no se ha todavía aclarado.

## Estados Unidos de América

### i. *Situación interna*

El “proceso necesario” para la legalización del matrimonio del mismo sexo en los Estados Unidos de América es diferente de lo modelo europeo, en tres puntos clave:

- 1) La estructura federal de los Estados Unidos es la razón por las existentes diferencias entre los Estados, en cuanto a los derechos de matrimonio. Los asuntos del derecho de familia los regla cada Estado en acuerdo con propias normas<sup>17</sup>. Por el contrario, en los países de Europa que han legalizado las uniones del mismo sexo, los centralizados sistemas de gobierno han asegurado la uniformidad de reglamentos en cada uno.
- 2) En los Estados Unidos, los jueces han jugado un rol mucho más significativo en comparación con los jueces en Europa, a ese proceso. Quizás esto pueda explicar el descontento del pueblo de los Estados (Hawaii, Alaska) en los cuales las decisiones de tribunales han “legalizado” el matrimonio del mismo sexo. En los Estados europeos que han legalizado las uniones del mismo sexo por legislación, no se observó hasta ahora un tal descontento.
- 3) En los Estados Unidos, las parejas del mismo sexo están “reconocidas” tácitamente en varias formas, es decir tienen ya muchos de los asociados con el matrimonio privilegios y cargas, el derecho de adoptar niños incluido. Un tal reconocimiento “funcional” podría considerarse como un camino alternativo para la legalización del matrimonio. El reconocimiento de familias del mismo sexo facilita el reconocimiento de las parejas-matrimonios del mismo sexo<sup>18</sup>.

El sistema federal de USA tiene como consecuencia, entre otras, que hasta que el Tribunal Supremo declara que prohibir el matrimonio del mismo sexo es inconstitucional o no, cada Estado es libre a determinar a voluntad la situación de las parejas del mismo sexo que quieran formalizar su relación y a decidir si vaya a proporcionarles unos derechos – y cuales – o no<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> A.C. Dailey, Federalism and Families, 143 *University of Pennsylvania Law Review* 1787 (1995).

<sup>18</sup> “The Law of Marriage and Family”, 116 *Harvard Law Review* 1996, 2012-2013 (2003).

<sup>19</sup> L. Silberman, [n. 12], 153 *University of Pennsylvania Law Review* 2196 (2005).

La Constitución de los Estados Unidos de América no se refiere al matrimonio. Recientemente, se ha propuesto una enmienda, en acuerdo con la cual el matrimonio estaría permitido solamente entre un hombre y una mujer – como está previsto en la legislación de la mayoría de los 50 Estados. Pero, para que esta enmienda sea aceptada por el Congreso y que esté sometida a los Estados a ratificar, necesitaba una mayoría de 2/3, algo que no sucedió.

En analogía con lo ya mencionado, se sostiene que los Estados puedan prohibir el matrimonio del mismo sexo, porque la Constitución no protege el derecho de estar en una relación del mismo sexo. Según otra, contraria opinión, este razonamiento está perforado.

Los opositores al matrimonio del mismo sexo soportan que el derecho una pareja del mismo sexo a casarse, no está contenido en el concepto de libertad ni está enraizado en la historia o tradición de USA. Los que están a favor de tal derecho, oponen que en el pasado se decía lo mismo sobre los matrimonios interraciales, o los matrimonios con indígenas, o los matrimonios de prisión, que, no obstante, están ya considerados como constitucionalmente protegidos<sup>20</sup>. No persuade este último argumento. Los mencionados matrimonios conciernen una particularidad racial o un estado de prisionero, y no una particularidad sexual. No hay una analogía entre estos ejemplos.

En 2003, el Tribunal Supremo del Estado de Massachussets a declarado que la exclusión de los homosexuales y de los transexuales de una institución pública, como la del matrimonio, es inconstitucional<sup>21</sup>. En la sentencia del Tribunal, se mencionó que podrían casarse en Massachussets, solamente los residentes en el Estado.

El 2003 también, en *Lawrence v. Texas*, el Corte Supremo de los Estados Unidos ha declarado que las leyes de los Estados, que castigaban la sodomía eran inconstitucionales<sup>22</sup>. Para resolver cualquiera confusión sobre sí la decisión se ha basado en el respecto de lo privado, de la libertad o de la igualdad, el juez Kennedy aclara en la decisión que la base es la libertad de la persona. Algo muy interesante, y que se basa en una particularidad de la lengua inglesa, es que, como ha explicado Kennedy, esa libertad a la cual se refiere la decisión, es en cierto modo un elemento constitutivo de la más amplia noción de *freedom*<sup>23</sup>.

Según la distinta opinión del juez Scalia, esta sentencia señala el fin de la legislación de la moralidad. Por el contrario, los defensores de los derechos de los homosexuales consideran esta sentencia como la prueba de una jurisprudencia de tolerancia<sup>24</sup> o como un documento cultural que ilustre un nuevo principio de “igual libertad”<sup>25</sup>.

---

<sup>20</sup> M. Strasser, *Lawrence*, Same-Sex Marriage and the Constitution: What is Protected and Why, 38 *New England Law Review* 667, 676 (2004).

<sup>21</sup> *Goodridge v. Dep't of Pub. Health*, 798 N.E.2d 941 (Mass. 2003).

<sup>22</sup> Una sentencia que constituye un hito en USA, v. *D.B. Zucco*, Introduction, 88 *Minnesota Law Review* 1017 (2004).

<sup>23</sup> K.M. Franke, The Domesticated Liberty of *Lawrence v. Texas*, 104 *Columbia Law Review* 1399, 1401 n. 12 (2004).

<sup>24</sup> W.N. Eskridge, Jr. *Lawrence's* Jurisprudence of Tolerance: Judicial Review to Lower the Stakes Identity Politics, 88 *Minnesota Law Review* 1021 (2004).

<sup>25</sup> N.D. Hunter, Living with *Lawrence*, 88 *Minnesota Law Review* 1103 (2004).

En los países de *common law*, como son los Estados Unidos de América y el Canadá, o los países con sistemas legales mixtos, es decir, influidos por ambos, *civil law* y *common law*, como es la Sudáfrica<sup>26</sup>, la influencia de la jurisprudencia al involucramiento del derecho es inmensa. Sin embargo, en cuanto a un asunto tan delicado y provocando tantos desacuerdos entre los miembros de la sociedad, como es el asunto del matrimonio del mismo sexo, parece a veces bastante exagerado el hecho de que los jueces se pronuncien sobre la naturaleza constitucional de los argumentos a favor o en contra del matrimonio del mismo sexo<sup>27</sup>.

## ii. Derecho interestatal / internacional privado

Hasta ahora la jurisprudencia de los tribunales de USA, concerniente problemas de derecho interestatal – internacional privado<sup>28</sup> creados por matrimonios del mismo sexo es escasa o, quizás inexistente. Sin embargo, es muy posible que tales problemas van a aparecer en el futuro inmediato: matrimonios del mismo sexo pueden por ejemplo trasladarse en otro Estado y hacer allí su casa o residencia. Ese Estado de su nueva residencia deberá decidir cuáles serán los derechos y las obligaciones de las personas de una unión la cual probablemente él (el Estado) ha ya prohibido<sup>29</sup>.

En acuerdo con la “moderna” análisis del conflicto de leyes en USA, para comprender una ley que autorice el matrimonio del mismo sexo, debemos considerarlo como un juicio social, moral y político, que afecte los miembros de una cierta comunidad<sup>30</sup>. Es decir, la ley aplicable en una situación de conflicto de leyes, se determina por el “interés” (*interest*) de un Estado a que su ley se aplique.

Más específicamente, en cuanto al reconocimiento interestatal de tales matrimonios, se observa que, en analogía con lo que sucedía con los matrimonios interraciales, 4 categorías de matrimonios del mismo sexo probablemente vendrán ante los tribunales de los Estados.

- 1) Matrimonios “evasivos”: En este caso, las personas se van del Estado de su residencia con el propósito de evitar la prohibición de un tal matrimonio por este Estado, y regresan inmediatamente después de estar casados. Estos matrimonios serán inválidos, en el caso de que estén considerados como contrarios al orden público del Estado de residencia de la pareja. Esto sucederá sin duda ninguna en los 40

---

<sup>26</sup> Sobre los sistemas legales mixtos, v. *E. Moustaira, Estaciones en el camino del derecho comparado. Tesis y antítesis*, Atenas – Komotini 2003, 113-121. Sobre el sistema de Sudáfrica, v. *E. Moustaira, Derecho comparado. Cursos universitarios*, Atenas – Komotini 2004, 84-89.

<sup>27</sup> *D. Avila, To Wed & Let Wed? The Intrusive Impact on Dissenting Religious Belief & Practices Created by Same-Sex Marriages*, 38 *New England Law Review* 505, 507-508 (2004).

<sup>28</sup> En los Estados Unidos de América, el derecho internacional privado pertenece a la competencia de cada Estado y es análogo del derecho interestatal privado, es decir, los mismos principios y las mismas reglas valen para ambos, v. *E.N. Moustaira, La evolución del derecho internacional privado en los Estados Unidos de América. Tradición – Revolución – Contra-revolución*, Atenas 1996, 2 n. 6.

<sup>29</sup> *A. Koppelman, Same-Sex Marriage, Choice of Law, and Public Policy*, 76 *Rexas Law Review* 921 (1998), *L. Kramer, Same-Sex Marriage, Conflict of Laws, and the Unconstitutional Public Policy Exception*, 106 *Yale Law Journal* 1965 (1997).

<sup>30</sup> *L. Silberman*, [n.12], 153 *University of Pennsylvania Law Review* 2198-2199 (2005).

Estados, en la legislación de los cuales está previsto que matrimonios extranjeros del mismo sexo no serán reconocidos. En los otros casos, el resultado será incierto y dependerá de los detalles de la legislación del Estado.

- 2) Matrimonios “migratorios”: En este caso, las personas no tenían el propósito de evitar la ley de ningún Estado, en el momento en que se casaron. Su matrimonio era válido allí donde vivían, pero después se trasladaron a un Estado donde su matrimonio era prohibido. Estos son los más duros casos. Si no hay una ley prohibiendo el matrimonio del mismo sexo, el orden público del Estado no será bastante claro para justificar una decisión negativa a la demanda de reconocimiento de un tal matrimonio. En el caso mismo de que exista una tal ley, la fuerza del orden público que esta ley supuestamente refleje, dependerá del incidente concreto del matrimonio por el cual esté demandado el reconocimiento.
- 3) Matrimonios de “visitante”: En este caso, una pareja o un miembro de la pareja está por un tiempo presente en un Estado que no reconozca su matrimonio. Según una opinión, un matrimonio del mismo sexo en una tal circunstancia debería siempre estar reconocido, para cualquiera meta. Según esta opinión, cualquier otro resultado sería inconsistente con el derecho constitucional de los ciudadanos a viajar.
- 4) Casos “extraterritoriales”: Se trata de los casos en los cuales las personas nunca han vivido en el Estado, pero el matrimonio es relevante a un litigio ante los tribunales de este Estado<sup>31</sup>.

Se observa que en el conjunto de los casos sobre matrimonios interraciales, relaciones incestuosas, matrimonios con menores de edad, que en el pasado habían venido ante los tribunales de los Estados de USA, estos tribunales, para denegar efecto a matrimonios que habían estado validamente celebrados en otros Estados, se han basado en dos primeras racionales:

- a. el deseo a excluir absolutamente de su territorio ciertas relaciones sexuales o románticas;
- b. el deseo a expresar el desapruebo moral, por la parte del Estado, de esas relaciones.

Algunos tribunales han utilizado también una tercera racional, que una en cierto modo las dos primeras:

- el deseo a disuadir parejas de tales desaprobadas relaciones, a emigrar en el Estado del tribunal juzgando<sup>32</sup>.

### **¿Derecho al matrimonio? ¿Derecho a definir el término “matrimonio”?**

Se acentúa, con razón, que el derecho a casarse es algo que existe como parte de los derechos implícitos en el concepto de libertad ordenada. Sin embargo, no vale necesariamente lo mismo para el derecho a definir el término “casarse”. El matrimonio, como institución pública, no es un asunto

<sup>31</sup> A. Koppelman, *Interstate Recognition of Same-Sex Marriages and Civil Unions: A Handbook for Judges*, 153 *University of Pennsylvania Law Review* 2143, 2144-2145 (2005).

<sup>32</sup> T. Barrington Wolff, *Interest Analysis in Interjurisdictional Marriage Disputes*, 153 *University of Pennsylvania Law Review* 2215, 2216 (2005).



de escogimiento personal, en el sentido de que no pueda ponerse restricciones en cuanto a las parejas “permisibles”<sup>33</sup>. “Matrimonio” es un término, la definición de cual es más pública que privada, menos un asunto de pluralismo y más un asunto de consenso de la comunidad<sup>34</sup>.

Según otra opinión, más o menos similar a la anterior, no debemos comprender la lucha para los matrimonios del mismo sexo, como una lucha por libertad sexual, o por libertad a concluir relaciones. El derecho al matrimonio no es una libertad, sino un poder atribuido por el Estado – como son los derechos a votar o a heredar. Uno tiene el poder, no la libertad, a casarse, a votar, a heredar propiedad<sup>35</sup>.

La denegación a las parejas del mismo sexo del derecho al matrimonio, no debería considerarse como una discriminación. Cada sistema legal toma una decisión sobre las condiciones que deban cumplirse para que las personas puedan casarse. Esto no significa que las personas que no cumplen esas condiciones sufren indebidamente alguna discriminación.

---

<sup>33</sup> Como cree, por ejemplo, *R.F. Moran*, Love with a Proper Stranger: GAT Anti-Miscegenation Laws Can Tell Us About the Meaning of Race, Sex, and Marriage, 32 *Hofstra Law Review* 1663 (2003).

<sup>34</sup> *J. Michaelson*, On Listening to the *Kulturkampf*, or, How America Overruled *Bowers v. Hardwick*, even though *Romer v. Evans* Didn't, 49 *Duke Law Journal* 1559, 1612 (2000).

<sup>35</sup> *K.M. Franke*, [n. ....] 104 *Columbia Law Review* 1413-1414 (2004).