

LA SENTENCIA DE CALIFORNIA SOBRE MATRIMONIOS DEL MISMO SEXO. ¿HITO O CONNIVENCIA?

M^a del Carmen Garcimartín Montero

Profesora Titular de Derecho Eclesiástico del Estado.

Universidade da Coruña.

RESUMEN:

La sentencia del Tribunal Supremo de California declarando inconstitucional la ley que definía el matrimonio como la unión de un hombre y una mujer se basa en razonamientos controvertidos. El análisis de sus fundamentos jurídicos permite valorar si estamos ante una modificación de una línea jurisprudencial consolidada en los Estados Unidos o ante una extralimitación de la competencia judicial en este conflicto.

Palabras clave: Matrimonio – uniones del mismo sexo.

ABSTRACT:

The California Supreme Court overturned an Statute defining marriage as the union of a man and a woman. This court's decision was controversial, because of its juridical reasonings. A deeper analysis of this case will allow to decide whether this opinion is a kind of judicial activism, or a departure from other courts opinion.

Keywords: Same – sex marriage.

La sentencia de California sobre matrimonios del mismo sexo. ¿Hito o connivencia?

Sumario: I. Introducción. II. El reconocimiento de matrimonios del mismo sexo en los Estados Unidos. III. La Sentencia *In re Marriage Cases* del Tribunal Supremo de California. III.1. *Antecedentes*. III.2. *Los parámetros de la sentencia*. III.3. *La postura del Tribunal*. III.4. *El cambio de criterio sobre el escrutinio estricto*. IV. Consecuencias de la sentencia. V. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

El 15 de mayo de 2008, el Tribunal Supremo de California dictó una sentencia declarando inconstitucional la Ley de Defensa del Matrimonio, que define el matrimonio como la unión de un hombre y una mujer¹. El proceso judicial y la publicación de la sentencia estuvieron rodeados de gran expectación y polémica en Estados Unidos. La proyección de la noticia en el exterior, por el contrario, ha sido notablemente discreta - al menos en España-, en comparación con otros casos en que se ha reconocido legal o judicialmente la posibilidad de que contraigan matrimonio personas del mismo sexo.

El impacto de esta sentencia, sin embargo, y sus consecuencias a corto y largo plazo, pueden ser de gran relevancia, no sólo por razones estrictamente jurídicas. California no es un Estado más en el conjunto del territorio de la Unión. Entre otras circunstancias, allí reside una octava parte de la población de Estados Unidos, y, además, su peculiar estructura socio-económica confiere un singular relieve a cuanto sucede en su territorio.

La sentencia citada, a primera vista, parece apartarse de la línea jurisprudencial establecida por los tribunales estatales norteamericanos que con anterioridad se habían enfrentado a litigios similares. Estaríamos ante un cambio de rumbo en la controversia relativa al reconocimiento de los matrimonios del mismo sexo², o visto desde otra perspectiva, ante un episodio más en el enfrentamiento que desde principios de la década de 1990 se produce entre legisladores y tribunales a propósito de esta cuestión. No obstante, un examen más detenido de las circunstancias en que se dictó la sentencia, y de los elementos que han intervenido en su formación, permitirá apreciar la particularidad de este caso, y puede arrojar algo de luz sobre las repercusiones que cabe esperar en el futuro.

II. EL RECONOCIMIENTO DE MATRIMONIOS DEL MISMO SEXO EN LOS ESTADOS UNIDOS

El conflicto jurídico relativo al reconocimiento del matrimonio de personas del mismo sexo alcanzó su punto álgido con la Sentencia *Goodridge v. Department of*

¹ Esta Ley se conoce también como la Proposición 22. Se incorporó al Código de Familia de California, que dice en el artículo 308.5: “Only marriage between a man and a woman is valid or recognized in California”.

² La referencia a “matrimonios del mismo sexo” entiendo que supone una *contradictio in terminis*, porque el matrimonio es, por su naturaleza, una relación entre dos personas de distinto sexo, y así se ha entendido desde siempre. Hecha esta salvedad, y por economía del lenguaje, utilizaré esta expresión que ya es habitual en el lenguaje coloquial.

Public Health, dictada en el año 2003 por el Tribunal Supremo de Massachusetts³. Esta resolución permitió por primera vez en Estados Unidos la celebración de matrimonios del mismo sexo, aunque limitando esta posibilidad a los residentes del Estado mencionado. Desde entonces, se presentaron demandas judiciales de reconocimiento de este tipo de uniones en un buen número de Estados. A excepción del de Massachusetts, ningún otro tribunal dictó sentencia favorable al reconocimiento, consolidándose, de esta manera, una doctrina jurisprudencial clara que consideraba competencia del poder legislativo, no del judicial, una modificación del concepto de matrimonio como la que se proponía⁴.

Los órganos legislativos, por su parte, no permanecieron inactivos ante este reto. Casi todos los Estados aprobaron leyes o modificaciones de la Constitución que definen el matrimonio como la unión de un hombre y una mujer, bien como respuesta a un litigio ya planteado ante los tribunales, o bien adelantándose a la eventualidad de que se planteara. Actualmente, cuarenta y cuatro de los cincuenta Estados de la Unión poseen disposiciones legales en este sentido⁵.

Aunque la regulación del matrimonio y sus incidentes es una competencia de cada Estado, los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en Massachusetts y en California plantean un problema de alcance general en todo el territorio de Estados Unidos. Por imperativo de la *Full Faith and Credit Clause* de la Constitución federal, los actos, documentos y resoluciones judiciales aprobados en un Estado serán plenamente eficaces en todos los demás⁶. De acuerdo con esta cláusula, un matrimonio válidamente celebrado en una jurisdicción tendría que ser reconocido en las demás. Para evitar este efecto, una disposición federal, la *Defense of Marriage Act* de 1996⁷, introdujo una excepción a esta norma, al considerar no obligatorio el reconocimiento de una resolución judicial basada en una disposición estatal que admita el matrimonio entre personas del mismo sexo⁸.

Sin embargo, esta ley federal no va a ser un obstáculo insuperable para quienes pretendan el reconocimiento en otro Estado de la Unión de los matrimonios entre per-

3 798 N.E.2d 941 (Mass. 2003). Pocas semanas después de dictarse esta Sentencia se presentó en la Cámara legislativa una propuesta de modificación de la Constitución que reserva el matrimonio a personas de distinto sexo. La propuesta está aún pendiente de decisión.

4 Esta tendencia jurisprudencial se mantuvo hasta la Sentencia de California. Las últimas resoluciones dictadas fueron *Hernández v. Robles*, 7 N.Y.3d 338, 821 N.Y.S.2d 770, 855 N.E.2d 1, Nueva York, 7 de julio de 2006; *Perdue v. O'Kelley*, 280 Ga. 732, 632 S.E.2d 110, 06 FCDR 2181, Georgia, de la misma fecha; *Andersen v. King County*, 158 Wash.2d 1, 138 P.3d 963, Washington, 21 de julio de 2006; *Lewis v. Harris*, 188 N.J. 415, 908 A.2d 196, New Jersey, 25 de octubre de 2006; *Conaway v. Deane*, 401 Md. 219, 932 A.2d 571, Maryland, 19 de septiembre de 2007 y *Chambers v. Ormiston*, 935 A.2d 956, Rhode Island, 7 de diciembre de 2007.

5 De los 44 Estados, tres recogen esta definición sólo en el texto constitucional, 24 sólo en leyes ordinarias y 17 en ambos. Cfr. <http://www.ncsl.org/programs/cyf/samesex.htm>.

6 U.S. Constitution, artículo IV, sección 1ª: "Full faith and credit shall be given in each State to the public Acts, Records and judicial Proceedings of every other State. And the Congress may by general Laws prescribe the manner in which such Acts, Records and Proceedings shall be proved, and the effect thereof".

7 28 U.S.C.A. § 1738): "No State, territory, or possession of the United States, or Indian tribe, shall be required to give effect to any public act, record, or judicial proceeding of any other State, territory, possession, or tribe respecting a relationship between persons of the same sex that is treated as a marriage under the laws of such other State, territory, possession, or tribe, or a right or claim arising from such relationship".

8 Este mismo problema se plantea, en el ámbito del Derecho internacional privado, principalmente respecto de los matrimonios celebrados en Canadá, a donde fácilmente pueden acudir para contraer matrimonio los residentes en Estados limítrofes. Como se recordará, desde el año 2005 (cfr. Bill C-38, de 19 de julio), Ontario y British Columbia permiten los matrimonios del mismo sexo, sin restricciones en cuanto a la nacionalidad de los contrayentes.

sonas del mismo sexo celebrados en California, como han puesto de manifiesto diversas reacciones producidas tras el pronunciamiento de la sentencia comentada. La *Defense of Marriage Act*, en efecto, no *obliga* al reconocimiento, pero sí lo permite. No pasará mucho tiempo sin que personas del mismo sexo que hayan contraído matrimonio en California soliciten en sus Estados de origen el reconocimiento de su unión matrimonial⁹. En este sentido, conviene tener en cuenta que no todos los Estados que han aprobado leyes definiendo el matrimonio como la unión de un hombre y una mujer prohíben expresamente el reconocimiento de los matrimonios del mismo sexo celebrados en otros Estados. Ante la falta de una prohibición legal explícita, sería posible solicitar el reconocimiento, acudiendo a la vía judicial si fuera preciso; y es muy probable que así suceda en la práctica¹⁰.

III. LA SENTENCIA *IN RE MARRIAGE CASES* DEL TRIBUNAL SUPREMO DE CALIFORNIA

III.1. Antecedentes

La controversia sobre el reconocimiento de matrimonios de personas del mismo sexo en el Estado de California ha seguido pautas jurídicas similares a las de otros Estados, aunque ha sido especialmente larga y conflictiva. El activismo de los distintos colectivos también es digno de mención.

En 1996, Pete Knight, congresista del Estado -y más tarde senador- presentó una propuesta de ley que definía el matrimonio como una unión exclusivamente de personas de distinto sexo. La proposición fue rechazada en el Congreso, y un año más tarde, una proposición similar del ya entonces senador siguió la misma suerte. Knight comenzó una campaña de recogida de firmas de los ciudadanos solicitando que la proposición -conocida como la *Proposition 22*- fuera sometida a referéndum popular. Alcanzado el número de firmas suficientes, en el año 2000 se celebró el referéndum: la proposición fue aprobada por un 61'4 % de los votantes y la Ley de Defensa del Matrimonio se incorporó al Código de Familia de California.

En el año 2003, unos días antes de que concluyera su mandato, el gobernador Gray Davis firmó una ley (*Assembly Bill 205*) que reconocía los efectos del matrimonio a las uniones civiles de personas del mismo sexo. Esta disposición fue inmediatamente recurrida por el senador Knight, alegando que vulneraba la Ley de Defensa del Matrimonio. El juez desestimó la pretensión, fundamentando su decisión en que esta última norma limitaba el *nombre* del matrimonio a la unión de un hombre y una mujer, pero no su *status* legal. La cuestión llegó hasta el Tribunal Supremo de California, que declinó la revisión del asunto. La *Assembly Bill 205*, por tanto, continúa vigente.

En febrero de 2004, el alcalde de San Francisco, Gavin Newson, desafiando abiertamente la ley, autorizó la expedición de licencias matrimoniales a parejas del

⁹ En el caso de Massachusetts este problema no fue tan relevante porque sus leyes sólo permiten contraer matrimonio allí a residentes del propio Estado. Aún así, ha habido cuestiones controvertidas, como la solicitud de divorcio presentada en Rhode Island por dos personas del mismo sexo, residentes en Massachusetts, donde habían contraído matrimonio. La solicitud fue denegada (cfr. *Chambers v. Ormiston*, cit.).

¹⁰ La verdadera dimensión del problema se percibe si se tienen en cuenta todas las cuestiones implicadas en el reconocimiento: custodia de los hijos en caso de separación o divorcio, distribución de la titularidad de los bienes de los cónyuges, sucesiones hereditarias, etc.

mismo sexo. El número estimado llegó a 4.000¹¹. El Tribunal Supremo de California, a petición del Fiscal General del Estado, prohibió al alcalde expedir licencias, pero precisando que no prejuzgaba la constitucionalidad de la ley, dejando la puerta abierta a una posible impugnación. Se presentaron entonces diversas demandas impugnando la Ley de Defensa del Matrimonio por considerarla contraria a la Constitución. Las acciones judiciales fueron posteriormente acumuladas bajo la denominación *the Marriage Cases*. El recurso llegó hasta el Tribunal Supremo, que lo aceptó a trámite.

En el año 2005, comenzaron los intentos de aprobar una Ley que legalizara los matrimonios de personas del mismo sexo. La *Assembly Bill 19*, introducida por el congresista Mark Leno, fue rechazada por el Congreso. No obstante, otra proposición análoga fue aprobada por las dos cámaras legislativas ese mismo año, pero fue vetada por el gobernador, Arnold Schwarzenegger, quien manifestó públicamente que vetaría cualquier otra ley de reconocimiento de matrimonios del mismo sexo. Mientras tanto, distintos grupos comenzaron a recoger firmas para proponer una modificación de la Constitución que incluyera la definición del matrimonio como una unión de un hombre y una mujer.

El año 2006 estuvo inicialmente marcado por las elecciones estatales. No hubo ninguna nueva propuesta legislativa, a la espera de un posible cambio de gobernador. Tampoco en ese año dictó la esperada sentencia el Tribunal Supremo. Celebradas las elecciones, que volvió a ganar A. Schwarzenegger, las distintas posiciones se tornaron de nuevo beligerantes. En el mes de diciembre se presentó otra proposición para legalizar el matrimonio de personas del mismo sexo -*Assembly Bill 43*-, igualmente vetada por el Gobernador tras la aprobación en las cámaras.

Hubo que esperar a 2008 para registrar nuevos acontecimientos de relevancia jurídica en este ámbito, que no son sino un paso más de un proceso inconcluso. En abril se presentaron más de un millón de firmas solicitando, por iniciativa popular, el referéndum sobre la enmienda constitucional. La iniciativa fue admitida a trámite, y el referéndum se celebrará coincidiendo con las elecciones presidenciales del mes de noviembre. El 15 de mayo, el Tribunal Supremo dictó la Sentencia *In Re Marriage Cases*¹².

III.2. Los parámetros de la sentencia

El interés que suscitó el proceso de California sobre la admisibilidad del matrimonio entre personas del mismo sexo fue considerable. Así lo atestiguan, entre otras cosas, las diez páginas finales de la larguísima Sentencia que recogen los nombres de quienes concurren como abogados o *Amici Curiae* de la apelación o la defensa.

Otros datos resultan también significativos. Casi dos años antes, el Tribunal de Apelaciones de Nueva York había dictado una Sentencia, no recurrible, que afirmaba que la decisión sobre el reconocimiento o no del matrimonio de personas del mismo sexo correspondía al poder legislativo del Estado, y no al poder judicial. Este pronunciamiento fue recibido con cierta sorpresa, porque en Nueva York opera un número elevado de colectivos de homosexuales, y el más alto Tribunal del Estado está integrado por una mayoría de magistrados también activistas en este campo. Aunque en California también es muy activo el movimiento en defensa del matrimonio de personas del mismo sexo, el Tribunal Supremo está integrado por seis magistrados nombrados por gobernadores republicanos, y sólo uno nombrado por un gobernador demócrata. Ciertamente, el dato no es definitivo en relación con el contenido de la sentencia; pero tampoco puede

11 Estos matrimonios fueron declarados nulos por *Lockyer v. City and County of San Francisco*, S122923, 33 Cal.4th, 12 de agosto de 2004.

12 43 Cal.4th 757, 183 P.3d 384, California 2008.

olvidarse que una de las razones que han hecho disminuir el interés, por parte de quienes defienden la modificación del concepto de matrimonio, en plantear la cuestión ante el Tribunal Supremo de la Nación es que la mayoría de magistrados han sido nombrados por presidentes republicanos, lo que hace suponer que se inclinaría por rechazar el reconocimiento del matrimonio de personas del mismo sexo.

Desde otra perspectiva, para comprender bien el problema originado por la sentencia de California es necesario tener clara cuál era la pretensión que se deducía en las acciones judiciales acumuladas en este caso. No se trataba de decidir si se reconocían a las parejas del mismo sexo beneficios análogos a los de la unión matrimonial. Lo que se pedía en este caso era que el Tribunal Supremo decidiera si la negativa a designar como matrimonio a las uniones de personas del mismo sexo vulneraba la Constitución de California, lo que pone de manifiesto la profunda carga ideológica de la pretensión¹³.

Este hecho le confiere una especial significación a la sentencia. En California, las parejas de personas del mismo sexo disfrutaban ya de derechos y beneficios análogos a los que correspondían a los matrimonios celebrados en el Estado, gracias a la *Assembly Bill 205*¹⁴. El estatuto legal de unas y otras uniones era prácticamente el mismo, y la diferencia que había entre ambos tipos persiste, invariada, tras la sentencia: sólo la unión de un hombre y una mujer puede ser considerada matrimonio a efectos de las leyes federales, según la *Defense of Marriage Act* de 1996¹⁵. Sería necesaria una modificación de esta disposición federal para que las uniones de personas del mismo sexo disfrutaran también a este nivel de todos los beneficios reconocidos a los matrimonios.

La sentencia *In re Marriage Cases* desarrolla los principales argumentos que han fundamentado la discusión sobre la admisibilidad o no del matrimonio de personas del mismo sexo. No vamos a analizar estos razonamientos, porque sería entrar en el debate relativo a la modificación del concepto de matrimonio, cuestión que excede ampliamente el objetivo de este comentario. En cambio, requieren más atención aquellos pronunciamientos de la Sentencia que, por las circunstancias del caso, o por su contenido, resultan de cierta singularidad.

Además del fallo, es preciso tener en cuenta también los votos particulares de la sentencia. Ésta fue adoptada por cuatro votos a favor y tres en contra. El ponente fue el Magistrado Jefe, George M. Ronald; los otros tres votos favorables fueron de Joyce L. Kennard –quien formuló un voto concurrente–, Kathryn M. Werdegar y Carlos R. Moreno. Los votos negativos fueron de Carol A. Corrigan, Marvin R. Baxter y Ming W. Chin. Estos dos últimos firmaron un voto disidente, y J. Corrigan emitió otro voto disconforme con el fallo.

III.3. La postura del Tribunal

Si hubiera que destacar algún aspecto de la sentencia *In re Marriage Cases*, sin duda sería la singular función que asume el Tribunal Supremo en la dinámica del funcionamiento político y jurídico de las instituciones.

13 Precisa el Tribunal que “nuestra función en este proceso no es decidir si creemos, desde la perspectiva política, si la relación de parejas del mismo sexo oficialmente reconocida debería ser denominada matrimonio en vez de unión civil (o de cualquier otra forma), sino que, por el contrario, se trata de determinar únicamente si la diferencia de denominación legal de ambas relaciones vulnera la Constitución de California” (cfr. p. 4; cursivas en el original). Desafortunadamente, la función del Tribunal en este caso, como veremos, excede esos límites que inicialmente parece tener claros.

14 La sentencia identifica, tras una exhaustiva investigación, nueve diferencias entre el régimen jurídico estatal del matrimonio y el de las uniones civiles (cfr. *In re Marriage Cases*, pp. 42-43, nota 27).

15 1 U.S.C.A. § 7: “The word ‘marriage’ means only a legal union between one man and one woman as husband and wife, and the word ‘spouse’ refers only to a person of the opposite sex who is a husband or a wife”.

Como ya se ha puesto de manifiesto, la sentencia no pretendía -y así lo reconoce expresamente- corregir ninguna desigualdad o injusticia en el tratamiento legal de las uniones civiles de personas del mismo sexo. Dejando al margen la conveniencia o no de reconocerles un determinado estatuto a estas uniones, hay que insistir en que éste había alcanzado el máximo posible en la normativa estatal, es decir, una equiparación prácticamente total al matrimonio. Por tanto, la pretensión deducida se refiere a la modificación del concepto mismo de matrimonio¹⁶.

Evidentemente, no estamos ante una cuestión nominalística, aspecto sobre el que hay acuerdo general, como también lo hay respecto del carácter heterosexual de la relación matrimonial según las leyes de California. La propia sentencia afirma que desde los mismos comienzos de dicho Estado, la institución legal del matrimonio se ha referido a la unión de un hombre y una mujer¹⁷. Este concepto fue asumido por toda la legislación civil del Estado, y ha permanecido inalterado tras los profundos cambios experimentados en la regulación del matrimonio y las relaciones familiares desde finales del siglo XIX¹⁸. En 1977, ante los primeros intentos de personas del mismo sexo de obtener licencia para contraer matrimonio entre sí, el Código de Familia fue modificado con el fin de despejar cualquier duda al respecto; se introdujo una cláusula que aclara que las leyes de California autorizan el matrimonio únicamente entre un hombre y una mujer¹⁹. La Ley de Defensa del Matrimonio del año 2000 ratificó el carácter esencial de la heterosexualidad, como ya se ha expuesto.

No hay, por tanto, ambigüedad alguna respecto de la voluntad popular sobre qué ha de entenderse por matrimonio. Ciertamente, ni la voluntad del pueblo ni la de los gobernantes pueden cambiar la naturaleza intrínseca de una institución, pero no es ese el aspecto que ahora nos interesa. En el caso comentado, el poder legislativo, en decisión ratificada por la voluntad popular expresada en un referéndum, había confirmado repetidamente que el concepto de matrimonio no debe extenderse a otras uniones que no reúnan los elementos esenciales de éste²⁰.

La cuestión es tan obvia que no podía ser soslayada por el Tribunal. El razonamiento empleado para ignorar la voluntad popular, aunque fundamentado en una aparente lógica jurídica, quiebra al forzar la articulación de los poderes. La afirmación de

16 J. Corrigan, en su voto disidente, manifiesta su desconcierto ante el planteamiento de la opinión mayoritaria: "Lo que es único en este caso es que los demandantes quieren contraer un genuino matrimonio y al mismo tiempo alterar su definición. La opinión mayoritaria del Tribunal sostiene que los demandantes no pretenden que sea alterada la institución matrimonial. Esta idea es inconciliable con el reconocimiento, por parte del propio Tribunal, de que desde el comienzo del Estado de California, la institución civil del matrimonio se ha entendido referida a la unión de un hombre y una mujer. El pueblo está legitimado para preservar esta forma de concebir el matrimonio, reconociendo que las uniones de personas del mismo sexo son diferentes a las de personas de distinto sexo. Lo que no están autorizados es a otorgarles un tratamiento legal diferente" (Cfr. p. 157).

17 Así se deduce del artículo XI, sección 12, de la Constitución de California de 1849, que se refiere a los bienes propiedad de la *esposa*, y más claramente del artículo 140, § 2, p. 424 de las Leyes de California, según la redacción de 1850.

18 Cfr. secciones 55 y 56 del Código Civil de 1872, que en 1969 pasaron a ser las secciones 4100 y 4101 del Código de Familia. La sentencia comentada cita otras disposiciones del Derecho civil de las que asimismo se deduce el carácter necesariamente heterosexual de la relación matrimonial (cfr. p. 23 de la sentencia).

19 Cfr. *Statutes 1977*, ch. 339, § 1, p. 1295, introducida como *Assembly Bill No. 607* (1977-1978 Regular Session). La modificación del Código de Familia de 1992 dejó intacto este aspecto de la regulación del matrimonio.

20 Por consiguiente, en el caso de California no cabe apelar a la analogía con el precedente de *Goodridge* (el caso de Massachusetts). Con independencia de que se consiga el mismo efecto, autorizar en los respectivos Estados los matrimonios de personas del mismo sexo, en Massachusetts no existía ninguna disposición, ni legal ni constitucional, que estableciera expresamente que el matrimonio debía ser reservado a parejas de distinto sexo.

que la resolución judicial no respeta la voluntad popular, afirma la Sentencia, “no tiene en cuenta un punto básico, y es que la Constitución de California es la última expresión de la voluntad popular, y que los derechos fundamentales contenidos en la Constitución para la protección de todas las personas constituyen un límite que el pueblo mismo ha impuesto a las leyes que puedan ser adoptadas, bien por los representantes electos o bien por los votantes a través de la iniciativa popular”.

Sin embargo, el derecho de las personas del mismo sexo a contraer matrimonio no está recogido en la Constitución, por lo que difícilmente puede considerarse un límite a la legislación que pueda aprobar el poder legislativo. Y, además, la voluntad popular sobre el reconocimiento o no del matrimonio de personas del mismo sexo estaba clara, como bien se deduce del resultado del referéndum. De ahí que el Tribunal haya creado *ex novo* un supuesto derecho a “establecer una familia oficialmente reconocida y protegida”, acreedora de “la misma dignidad y respeto que la unión matrimonial tradicional”²¹.

No hay, por consiguiente, una base firme en que apoyar la postura mayoritaria de los miembros del Tribunal Supremo²². A partir de ahí, los razonamientos jurídicos pueden llevarse tan lejos como se quiera, puesto que se trata de una interpretación desvinculada de la estricta realidad jurídica.

Resulta sorprendente, por tanto, que después de un prolijo y detallado examen de la legislación estatal, el Tribunal Supremo se arrogue una función que no le corresponde: ampliar la definición de matrimonio para incluir otro tipo de uniones que de modo expreso el poder competente ha querido excluir. El Tribunal parece plenamente consciente de su extralimitación competencial, pero por si hubiera alguna duda, el voto particular de J. Corrigan despeja cualquier sospecha sobre el particular: “Desde mi punto de vista -señala la magistrada-, el Estado de California debería permitir a los homosexuales denominar matrimonio a su unión. Pero yo, y este Tribunal, debemos reconocer que la mayoría de los habitantes de California piensan de otra manera, y han manifestado explícitamente su voluntad mediante el voto. Este Tribunal puede anular el voto de la gente sólo si la Constitución impusiera una actuación de esta índole. Y, en este caso, la Constitución no lo autoriza. Por tanto, debo disentir”²³.

III.4. El cambio de criterio sobre el escrutinio estricto

Las sentencias estatales que resolvieron sobre pretensiones de reconocimiento de matrimonios entre personas del mismo sexo tuvieron que decidir, con frecuencia, si procedía o no aplicar los parámetros del escrutinio estricto. Según la doctrina del Tribunal Supremo de la Nación, cuando una ley establece distinciones entre personas atendiendo a su origen, sexo o raza, está utilizando lo que se denomina una “clasificación sospechosa”. En este caso, si la ley es impugnada, se aplica el escrutinio estricto, que conlleva una inversión de la carga de la prueba; es el Estado el que ha de demostrar que la distinción establecida es imprescindible para conseguir el fin perseguido, y que no existe otro medio para obtenerlo²⁴.

21 *In re Marriage Cases*, p. 6. El Tribunal entiende, frente a la opinión sostenida por el Fiscal General del Estado, que es el nombre de matrimonio, y no su *substancia*, es decir, su contenido jurídico, lo que confiere a las uniones la “dignidad” y “respeto” que reiteradamente se mencionan en la sentencia (cfr. p. 9).

22 Vid., con más amplitud, el voto disidente de J. Baxter, pp. 134 y ss.

23 Cfr. *In re Marriage Cases*, cit., p. 154.

24 Cfr. *Cleburne v. Cleburne Living Center*, 473 U.S. 432 (1985); *Padula v. Webster*, 822 F.2d 97 (D.C. Cir. 1987); *Woodward v. United States*, 871 F.2d 1068 (Fed. Cir. 1989); *Wilson v. Ake*, 354 F. Supp.2d 1298, M.D. Fla. Jan. 19 (2005).

En algunos casos relativos a matrimonios del mismo sexo, los tribunales aplicaron el escrutinio estricto, entendiendo, de manera errónea, que la negativa a expedir la licencia matrimonial a parejas del mismo sexo entrañaba una discriminación por razón de sexo²⁵. Sin embargo, no existe tal discriminación porque la negativa a expedir licencias matrimoniales afectaba por igual a cualquier persona de uno u otro sexo.

La sentencia de California no incurre en este error, pero introduce otro elemento discutible en esta materia: junto a la raza, sexo y origen, considera la orientación sexual un criterio clasificatorio sospechoso, y en consecuencia, susceptible de fundamentar el escrutinio estricto de la ley. Se aparta así de otros precedentes judiciales, que no habían reconocido la tendencia sexual como equiparable a la raza, sexo y origen²⁶. Es la primera vez que un Tribunal Supremo considera la orientación sexual como un criterio clasificatorio sospechoso²⁷.

Esta postura del Tribunal es difícilmente sostenible. La homosexualidad se considera un comportamiento o actividad conductual, y por tanto no es equiparable a rasgos inmutables como la raza, el sexo y el origen. Y desde un punto de vista práctico, no sería fácil identificar el criterio de pertenencia al colectivo de homosexuales: ¿incluiría sólo a quienes mantienen una relación homosexual estable, o también a quienes tienen una relación esporádica? ¿Sería suficiente la propia declaración, sin tener un comportamiento acorde con ella?.

En consecuencia, aplicando el escrutinio estricto, el Tribunal concluye, como era previsible, que no existe una razón suficiente que justifique la diferencia de trato legal - en cuanto a la denominación, no se olvide-, entre matrimonios y uniones del mismo sexo.

IV. Consecuencias de la sentencia

Los efectos que pueda tener *In re Marriage Cases* en el conjunto del debate sobre la admisibilidad de matrimonios del mismo sexo sólo se conocerán pasado el tiempo. Pero indudablemente pueden preverse algunas repercusiones de diversa índole en el futuro inmediato.

Una de las primeras consecuencias que derivarán de esta Sentencia será la reactivación del debate sobre la conveniencia o no de modificar la Constitución, incluyendo la definición del matrimonio como relación heterosexual. Aunque ya se había admitido a trámite esta iniciativa popular, la resolución del Tribunal Supremo podría tener una influencia importante en el resultado del referéndum, inclinándolo los votos hacia el rechazo de la enmienda. En la percepción social, la situación es distinta si la enmienda tiene ahora como efecto colateral “perjudicar” al colectivo homosexual, o “privarles de derechos” que el Tribunal les había reconocido. Y, previsiblemente, estos argumentos serán utilizados para influir en la opinión pública y orientar la intención de voto.

25 Cfr. *Baehr v. Lewin*, 74 Hawaii 530, 852 P.2d 44 (1993). Aparece también en los votos concurrentes o disidentes de algunas sentencias que resolvieron demandas de reconocimiento de matrimonios del mismo sexo (p. ej., *Conaway v. Deane*, cit., dis. opn. of Battaglia, J.; *Goodridge v. Dept. of Pub. Health*, 798 N.E.2d 941, 971-972, conc. opn. of Greaney, J.; *Hernandez v. Robles*, cit., dis. opn. of Kaye, C.J.; *Baker v. State*, 744 A.2d 864, 904-912, conc. & dis. opn. of Johnson, J.; *Andersen v. King County*, cit., dis. opn. of Bridge, J.).

26 Cfr. *High Tech Gays v. Defense Indus. Sec. Clearance Office*, 895 F.2d 563 (9th Cir. 1990); *Dean v. District of Columbia*, 653 A.2d 307 (1995).

27 La sentencia cita varios precedentes en que la tendencia sexual es considerada una clasificación sospechosa a efectos de aplicar el escrutinio estricto, pero son de una importancia muy relativa: se trata de una resolución de un tribunal de instancia de Oregon (*Tanner v. OHSU*, Or.Ct.App. 1998) 971 P.2d 435, 446-447), dos votos disidentes de otras Sentencias (*Hernandez v. Robles*, cit., dis.opn. of Kaye, C.J.; *Andersen v. King County*, cit., conc. opn. of Bridge, J.); y una Sentencia de Canadá (*Egan v. Canada*, Can. 1995, 2 S.C.R. 513, 528-529, & 536).

Desde otra perspectiva, los candidatos a las elecciones presidenciales de noviembre no podrán eludir pronunciarse sobre este tema en su campaña electoral. Podrían también, a la vista de la sentencia, matizar la postura que más o menos explícitamente han mantenido al respecto²⁸, e incluso redefinir la estrategia sobre la regulación de las uniones civiles. No en vano precisa el Magistrado Jefe, en un determinado punto de la Sentencia, que el fallo podría haber sido otro si los legisladores no hubieran equiparado plenamente el estatuto legal del matrimonio y el de las uniones civiles²⁹.

Limitándonos al terreno jurídico, la sentencia de California podría constituir un precedente que tuvieran en cuenta otros Estados. Es el caso, por ejemplo, de Connecticut, donde se ha iniciado un proceso en que la pretensión deducida es similar a la de *In re Marriage Cases*. El proceso lleva pendiente más de un año, pero los límites temporales para dictar sentencia no son tan estrictos en este Estado como en California. No parece por eso irrazonable pensar que el Tribunal Supremo de Connecticut estuviera esperando la decisión de California, tal vez para citarla como precedente y evitar desviarse de una línea jurisprudencial que, hasta ahora, parecía consolidada.

Por otra parte, al decidir sobre esta materia estando pendiente una iniciativa popular de reforma de la Constitución, el Tribunal Supremo asume un riesgo no sólo político sino también jurídico. En el supuesto de que el referéndum fuera favorable a introducir la enmienda constitucional, ¿qué ocurriría con los matrimonios de personas del mismo sexo celebrados en este íterin? ¿Serían nulos de pleno derecho?. A nadie se le ocultan las graves dificultades que esta situación puede plantear. Es significativo, a este respecto, el documento que enviaron al Tribunal Supremo de California los Fiscales Generales de diez Estados, solicitando una moratoria en la aplicación de la sentencia hasta conocer el resultado del referéndum³⁰. El Tribunal Supremo de California denegó la petición, de manera que la posibilidad de que se produzca este conflicto jurídico permanece.

Otras repercusiones jurídicas podrían parecer menos probables, pero en absoluto pueden minimizarse. Una de ellas la menciona J. Baxter en su voto disidente. Señala este magistrado que el fallo abre la puerta a “una ulterior extensión judicial de este supuesto derecho constitucional, llevándolo a un terreno peligroso. ¿Quién sabe si en diez, quince o veinte años, un tribunal activista no podría sostener, apoyándose en la opinión mayoritaria, y sobre la base de una pretendida evolución de los valores sociales, que las leyes que prohíben la poligamia o el incesto no tienen justificación constitucional?”³¹.

Esta objeción ya había sido prevista por el ponente de la sentencia, que afirma, enfáticamente, que el reconocimiento del derecho a contraer matrimonio a parejas del mismo sexo no significa que este mismo derecho haya de extenderse a relaciones poligámicas o incestuosas; es más, sería impropio interpretarlo así puesto que este tipo de relaciones han sido rechazadas por los tribunales debido a sus efectos negativos sobre un ambiente familiar sano³². Las razones que alega el Tribunal pierden toda su credibilidad porque serían perfectamente aplicables para negar el reconocimiento del matrimonio de personas del mismo sexo. O, si se admiten los argumentos para reconocerlo, decir que no son razones aplicables a la poligamia o el incesto es simple demagogia jurídica. En efecto, afirma la sentencia que la prohibición de la poligamia y el incesto están

28 El candidato republicano, John McCain, se ha pronunciado en contra de la enmienda de la Constitución federal, pero ha precisado que podría llegar a apoyarla si la estrategia estatal fuera insuficiente para defender la institución matrimonial.

29 Cfr. *In re Marriage Cases*, p. 48, nota 27.

30 Cfr. *Letter Brief Suggesting Modification of the Opinion on the Court's Own Motion*, May 30th, 2008.

31 *In re Marriage Cases*, cit., p. 144.

32 *In re Marriage Cases*, cit., p. 79, nota 57.

profundamente enraizadas en la conciencia social; sin embargo, la misma sentencia declara inconstitucional una ley que reafirma la idea, también profundamente enraizada en la sociedad, de que el matrimonio es una unión de carácter heterosexual³³.

Este tipo de razonamiento, además, resulta desautorizado por el propio Tribunal. Si retrocedemos unos años, en 2003 el Tribunal Supremo de la Nación dictó una sentencia, *Lawrence v. Texas*³⁴, que establecía que las relaciones homosexuales consentidas entre adultos no pueden ser perseguidas legalmente. La resolución tenía la cautela de precisar que el pronunciamiento no afectaba, ni estaba en ningún modo relacionado, con la institución matrimonial. En un voto concurrente, la magistrada O'Connor insistía en que "la sentencia claramente indica que el Estado puede reservar el matrimonio legalmente a parejas de distinto sexo"³⁵. Este voto particular, sin embargo, era puramente desiderativo. Nadie dudó de la trascendencia que tendría esta sentencia en las futuras decisiones sobre reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo, y de que constituiría un precedente relevante. Y así sucede, irónicamente, en *In re Marriage Cases*: en la opinión mayoritaria de la sentencia de California, el Tribunal cita *Lawrence v. Texas* hasta seis veces. No habría que extrañarse, por tanto, si en un futuro no muy lejano *In re Marriage Cases* fuera el precedente en que se fundamentara el reconocimiento de uniones de cierto -o incierto- arraigo social.

No es posible, lógicamente, indagar de manera exhaustiva todas las consecuencias que podría llegar a tener esta sentencia. No está de más, sin embargo, advertir de las repercusiones que podría tener este tipo de decisiones sobre otros derechos, esta vez sí, claramente establecidos en la Constitución federal, como la libertad religiosa o la libertad de expresión. Por ejemplo, en Massachusetts, diversas instituciones de la Iglesia católica se han retirado de los programas de adopción, ante la eventualidad de ser obligadas a facilitar también la adopción por parte de matrimonios del mismo sexo³⁶. Pero no será este el único problema. ¿Podrá prohibirse a los ministros religiosos predicar ideas contrarias a las sostenidas por la Sentencia? ¿Perderán el derecho a los beneficios fiscales las confesiones cuyos ministros se nieguen a celebrar matrimonios entre personas del mismo sexo?³⁷.

V. CONCLUSIÓN

Con independencia de sus repercusiones, la sentencia *In re Marriage Cases* constituye un hito en la evolución del conflicto sobre la modificación del concepto de matrimonio en Estados Unidos. El motivo, sin embargo, no es el desarrollo de los argu-

33 Vid., sobre estos argumentos, el voto disidente de Baxter, *In re Marriage Cases*, cit., p.144.

34 539 U.S. 558 (2003).

35 *Idem*, at 579-85.

36 Vid. más ampliamente DIGUGLIELMO, J., *Answering tough questions raised by Calif. Ruling*, Washington Blade (ed. online), 30 de mayo de 2008.

37 En los últimos meses han aparecido en los medios de comunicación varias noticias en este sentido, con el agravante de que tuvieron lugar en Estados en que no está reconocido el matrimonio entre personas del mismo sexo. Entre otras, en Nueva Jersey, una organización metodista perdió parte de las exenciones fiscales por negarse a facilitar sus locales para formalizar una unión civil de dos mujeres; en Nuevo Mexico, una fotógrafa fue acusada de discriminación ante la Comisión de Derechos Humanos del Estado por rechazar la realización de un reportaje gráfico en la ceremonia de compromiso de una pareja del mismo sexo. Vid. otros casos recogidos en la página web de la National Public Radio: www.npr.org, *Gay Rights Law Faces Legal, Religious Challenges* y *When Gay Rights and Religious Liberties Clash*, "Talk of the Nation", June 16, 2008.

mentos jurídicos del debate sino el hecho de que el Tribunal, en este caso, haya asumido el papel de árbitro del debate político y no el que le corresponde: ser intérprete de la ley y de la voluntad popular.

Este hecho resulta perturbador. El conflicto, que enfrenta a amplios sectores de la sociedad norteamericana, debe resolverse por medios legítimos, sin alterar las reglas de la discusión jurídica. Cualquier otra opción conlleva el riesgo de abandonar la decisión de un asunto tan importante a la voluntad de quienes, por designación política, y no por elección de la mayoría, tienen como misión la interpretación, no la creación, de las leyes que gobiernan los Estados.