

EL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO. ANÁLISIS COMPARATIVO DE LOS MODELOS ESPAÑOL Y ESTADOUNIDENSE

Óscar Celador Angón

Universidad Carlos III de Madrid

RESUMEN

El artículo analiza las modificaciones operadas en el ordenamiento jurídico estadounidense y español para permitir que las parejas del mismo sexo puedan contraer matrimonio. En el caso español el legislador ha sido el responsable de los cambios normativos que permiten que las parejas del mismo sexo puedan contraer matrimonio, y la modificación se ha centrado en el pleno respeto a la autonomía de la voluntad de los cónyuges, mientras que en el caso de Estados Unidos ha sido su Tribunal Supremo el que ha liderado este proceso a través de una polémica decisión.

ABSTRACT

The article analyzes the modifications operated in the US and Spanish legal regulation to allow the same sex couples to get married. In the Spanish case the legislator has been responsible for the normative changes that allow same sex couples get married, and the modification has been centered in the full respect to the autonomy of the members of the couple. In the US context it has been the Federal Supreme Court the one that has led this process through a complex and polemic decision.

PALABRAS CLAVE

Libertad de conciencia, dignidad, autonomía personal, matrimonio, parejas del mismo sexo, adopción, divorcio, igualdad y no discriminación.

KEYWORDS

Freedom of conscience, dignity, personal autonomy, marriage, same-sex couples, adoption, divorce, equality and non-discrimination.

SUMARIO: 1. CONSIDERACIONES INICIALES. 2. EL MODELO ESPAÑOL. 2.1. Modelo matrimonial y autonomía de la voluntad de los

contrayentes. 2.2. El matrimonio entre personas del mismo sexo. 2.3. La objeción de conciencia a celebrar matrimonios entre personas del mismo sexo. 2.4. La adopción por parte de las parejas del mismo sexo. 3. MODELO ESTADOUNIDENSE. 3.1. Modelo estatal: el ejemplo de California. 3.1.1. Regulación civil del matrimonio y las parejas de hecho (*domestic partnership*). 3.1.2. La decisión del Tribunal Supremo de California: *In Marriage Cases*. 3.2. Modelo federal: la decisión del Tribunal Supremo federal en el asunto *Obergefell v. Hodges*. 4. CONSIDERACIONES FINALES.

1. CONSIDERACIONES INICIALES

El Derecho de familia, y especialmente la regulación matrimonial, ha sido objeto de una profunda revisión en nuestro país en la última década. Del modelo familiar tradicional característico de la España de finales de los 70, compuesto por una pareja heterosexual casada canónicamente y con hijos que carecía del derecho civil a divorciarse, se ha pasado en 40 años a una sociedad en la que, gracias al pluralismo a la igualdad y a la libertad de conciencia ordenadas por la Constitución del 78, conviven junto a esa realidad las familias monoparentales, las familias con hijos de diferentes razas y/o colores, las familias homosexuales con o sin hijos naturales o procedentes de la adopción o de los nuevos avances médicos, y las familias que son el resultado de la suma de varias de las secuencias apuntadas, debido a segundos o terceros matrimonios y/o separaciones.

La regulación del Derecho de familia operada en nuestro ordenamiento jurídico ha estado inspirada en todo momento por el derecho de los ciudadanos, consagrado en el art. 10.1 CE, al libre desarrollo de la personalidad, en este caso en el terreno de sus relaciones de pareja. Y es que, y lo anecdótico es tener que recordarlo, la regulación a la que a continuación nos referiremos no ordena a las parejas del mismo sexo contraer matrimonio o adoptar hijos, de la misma manera que tampoco fomenta que los matrimonios utilicen el divorcio para resolver sus crisis familiares. Por el contrario, la legislación aprobada se limita a permitir que, aquellos que libremente así lo deseen, puedan ejercer derechos sin ser discriminados por razón de su sexo u orientación sexual, y garantiza que las crisis matrimoniales se resuelvan de la forma más rápida y efectiva para los cónyuges.

A continuación vamos a analizar dos modelos matrimoniales que han reconocido a las parejas del mismo sexo el derecho a contraer matrimonio, aunque desde planteamientos y a través de vías diferentes. Tanto en

España como en Estados Unidos el reconocimiento del matrimonio entre parejas del mismo sexo ha venido precedido de un proceso legislativo, conducente en un primer momento al reconocimiento de algunos de los derechos y beneficios que el Estado reconocía en exclusiva a los matrimonios a las parejas de hecho, pero que beneficiaban principalmente a las parejas del mismo sexo ya que, a diferencia de las parejas de diferente sexo, éstas parejas no podían optar por la opción matrimonial; mientras que en una segunda fase el debate ha basculado en tono a los principios constitucionales de igualdad y no discriminación¹. Ahora bien, mientras que en el caso español el legislador ha sido el responsable de los cambios normativos que permiten que las parejas del mismo sexo puedan contraer matrimonio, en el ordenamiento jurídico estadounidense la decisión final ha sido adoptada por el Tribunal Supremo federal.

2. EL MODELO ESPAÑOL

2.1. *Modelo matrimonial y autonomía de la voluntad de los contrayentes*

La Ley 15/2005, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, modificó La Ley 30/1981, de 7 de julio, con el objeto de adaptar la institución matrimonial a las necesidades de la sociedad del siglo XXI.

La modificación del Código Civil en materia de separación y divorcio era muy necesaria, debido a que sometía a los miembros de la pareja a un proceso dilatado en el tiempo que lejos de solucionar los conflictos entre las partes los agravaba, y que en algunos casos duraba más que la relación conyugal que se pretendía disolver. El legislador fue muy consciente de esta realidad pues, tal y como señala el preámbulo de la Ley 15/2005, «el divorcio se concebía como último recurso al que podían acogerse los cónyuges y sólo cuando era evidente que, tras un dilatado período de separación, su reconciliación ya no era factible. Por ello, se exigía la demostración del cese efectivo de la convivencia conyugal, o de la violación grave o reiterada de los deberes conyugales, una suerte de pulso impropio tendido por la ley a los esposos, obligados bien a perseverar pública-

¹ Vid, NAVARRO-VALLS, R., «Estabilidad y defensa legal de la heterosexualidad», en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho eclesástico del Estado*, nº 14, mayo de 2007.

mente en su desunión, bien a renunciar a tal expresión reconciliándose. En ningún caso, el matrimonio podía disolverse como consecuencia de un acuerdo en tal sentido de los consortes».

La regulación matrimonial que ordena la Ley 15/2005 se soporta en dos premisas: el libre desarrollo de la personalidad, y el respeto a la voluntad libremente expresada de los cónyuges. De ahí que cuando uno de los cónyuges no desee continuar vinculado al otro ya no sea necesario probar que concurre una causa que justifique tal decisión, o el sometimiento de las partes a un proceso previo de separación. En otras palabras, la norma concede la máxima relevancia a la voluntad de las partes en este terreno, siendo suficiente con que uno de los esposos no desee la continuación del matrimonio para que éste pueda demandar el divorcio, y sin que el otro cónyuge pueda oponerse por motivos materiales, pues el matrimonio sólo existe mientras subsista el acuerdo favorable de ambas partes². Para que los cónyuges puedan solicitar el divorcio sólo se requiere que hayan transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio, salvo que el interés de los hijos o del cónyuge demandante justifique la suspensión o disolución de la convivencia con antelación; por ejemplo, en los casos de malos tratos, o para evitar los problemas inherentes a la convivencia obligada de dos personas que desean romper con su vínculo matrimonial.

La primacía de la voluntad de los cónyuges en el terreno matrimonial se aprecia en la desaparición de dos elementos que obstaculizaban notablemente el divorcio de las parejas, pese a que su relación fuera irreconciliable, como la necesidad de separarse durante dos años o tener que alegar una causa tasada para divorciarse. Asimismo, la capacidad de los cónyuges para adoptar decisiones en el terreno de la patria potestad de sus hijos ha sido incrementada, pues ahora pueden acordar en el convenio regulador que el ejercicio de la misma sea atribuida bien sólo a uno de ellos, bien a ambos de forma compartida; o bien que sea el propio juez él que, en interés del menor, decida conceder la custodia compartida de los hijos. Se trata de una fractura importante con el modelo de divorcio previo, donde la culpabilidad del cónyuge, al incurrir éste en uno de los

² El art. 86 del CC establece que «se decretará judicialmente el divorcio, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, a petición de uno sólo de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento del otro, cuando concurren los requisitos y circunstancias exigidos en el artículo 81».

supuestos que generaba el divorcio o la separación, justificaba que fuera alejado de su prole³. Por este motivo, no procederá la guarda conjunta, cuando uno de los padres esté incurso en un proceso por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos, o existan indicios fundados de violencia doméstica⁴.

El papel del juez en los procesos de separación y divorcio se limita a comprobar si existe la voluntad de una de las partes o de ambas de finalizar con la relación matrimonial, pero no puede pronunciarse ni tener en cuenta los motivos que fundamentan la ruptura matrimonial, pues estos pertenecen a la esfera íntima de la pareja. Como ha señalado Llamazares Fernández, «esta ley implica una modificación sustancial del concepto de matrimonio: la indisolubilidad desaparece como característica del matrimonio. En la concepción anterior todavía se partía de ese principio como principio general; la disolución era una excepción, más o menos generosa, pero excepción al fin. Ahora se invierte la regla general y el divorcio deja de ser una excepción. El matrimonio es disoluble, tanto si lo quieren ambos miembros de la pareja, como si lo quiere uno sólo de ellos. Sólo depende de su voluntad, sin que sobre eso tenga competencia alguna el juez que, sobre la base de esa voluntad, está obligado a decretar el divorcio. El matrimonio pierde en estabilidad pero gana en autenticidad, al eludir la posible confrontación entre amor y Derecho y la *contradictio in terminis* del amor jurídicamente debido y obligado⁵».

³ El preámbulo de la norma es preciso al exponer que «cualquier medida que imponga trabas o dificultades a la relación de un progenitor con sus descendientes debe encontrarse amparada en serios motivos, y ha de tener por justificación su protección ante un mal cierto, o la realización de su beneficio e interés».

⁴ Vid. art. 92.7 CC.

⁵ Como continúa exponiendo el autor, «se produce un gran vaciamiento del contenido jurídico del contrato, ya que las obligaciones y derechos que los arts. 66 y siguientes configuran como contenido del matrimonio carecen de sanción jurídica directa, perdiendo la que les quedaba en el estadio evolutivo anterior, como posibles causas de separación o de divorcio, y consecuentemente lo que tiene lugar es una evidente vuelta al comienzo, pasando a ser más obligaciones morales que jurídicas. En esta nueva concepción ya sólo quedan a modo de reliquias algunos rasgos, más bien accidentales, de su configuración como institución; su transformación en mero contrato moral con esa depauperación jurídica es un hecho» LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., El matrimonio homosexual, en Homenaje a Víctor Reina (Souto Paz Coord.), El Nuevo régimen legal del matrimonio en España, Comares, Granada, 2008, pág. 7.

2.2. *El matrimonio entre personas del mismo sexo*

El artículo 32 CE señala que: «El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos» El precepto constitucional deja en manos del legislador la decisión acerca de quiénes y en qué condiciones pueden contraer matrimonio, toda vez que, en palabras del Tribunal Constitucional, «la Constitución no sólo protege la familia que se constituye mediante el matrimonio, aunque a ésta se la proteja especialmente (STC 45/1998), sino también a la familia como realidad social, entendida por tal la que se constituye voluntariamente, mediante la unión de hecho, afectiva y estable, de una pareja⁶».

El legislador tenía dos opciones para conceder eficacia civil a las uniones entre personas del mismo sexo. El legislador podía haber continuado con el proceso de reconocimiento de derechos a las parejas de hecho, y en consecuencia crear una nueva categoría civil que diera a estas uniones la misma validez jurídica que a los matrimonios, de forma que la única diferencia objetiva entre los matrimonios y las uniones civiles fuera su denominación y no los derechos y obligaciones que el Estado reconoce a los integrantes de la pareja. La otra solución, que fue por la que finalmente se decantó el legislador, es ofrecer a los individuos la posibilidad de canalizar sus relaciones de pareja a través del matrimonio, con independencia de la orientación sexual o el sexo de sus integrantes⁷.

El uso de dos categorías diferenciadas para regular las relaciones de pareja (la matrimonial y la no matrimonial) fue defendido durante los debates parlamentarios por el principal partido de la posición, así como en los medios de comunicación por los sectores sociales más conversadores y la Iglesia católica. Se trata de una posición difícilmente sostenible, ya que el uso de términos diferentes supondría que dos colectivos llamados a disfrutar de los mismos derechos y obligaciones en el mismo contexto fueran segregados por razón del sexo y la orientación sexual de sus integrantes. Es más, llevando esta posición a su máxima expresión podríamos encontrarnos con la necesidad de utilizar una denominación para las

⁶ Vid. STC 47/1993, FJ 3, párr. 2, in fine 14.

⁷ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., El matrimonio homosexual, cit. págs. 3-39.

uniones de diferente sexo con hijos, otra para las uniones de diferente sexo sin hijos y otra para las uniones del mismo sexo; pues la única diferencia objetiva que existe entre los integrantes de una pareja del mismo o de diferente sexo es la posibilidad o no de reproducirse entre ellos.

El reconocimiento del derecho a contraer matrimonio por personas del mismo sexo se trasladó al plano legislativo mediante la Ley 13/2005, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, cuyo preámbulo realiza toda una declaración de intenciones al exponer que: «tampoco en forma alguna cabe al legislador ignorar lo evidente: que la sociedad evoluciona en el modo de conformar y reconocer los diversos modelos de convivencia, y que, por ello, el legislador puede, incluso debe, actuar en consecuencia, y evitar toda quiebra entre el Derechos y los valores de la sociedad cuyas relaciones ha de regular. [...] la relación de convivencia de la pareja, basada en el afecto, es expresión genuina de la naturaleza humana y constituye cauce destacado para el libre desarrollo de la personalidad [...] La convivencia como pareja entre personas del mismo sexo ha sido objeto de reconocimiento y aceptación social creciente, y ha superado arraigados prejuicios y estigmatizaciones».

La nueva redacción que la Ley 13/2005 ha dado al artículo 44 del Código Civil es coherente con el resultado que pretendió conseguir el legislador, al decir que «el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo⁸».

De esta manera, se conserva la configuración objetiva de la institución matrimonial, pero se amplían sus efectos y consecuencias jurídicas a las parejas del mismo sexo que quieran contraer el mismo.

Las referencias del Código Civil al marido y a la mujer se modifican por el término *cónyuges*, de forma que «los cónyuges son iguales en derechos y obligaciones⁹», o «los cónyuges deben respetarse y ayudarse mu-

⁸ De acuerdo con el artículo 57 del Código Civil, la competencia para autorizar el matrimonio civil en España incumbe al juez, Alcalde o funcionario correspondiente al domicilio de cualquiera de los cónyuges. Se trata de un requisito cuyo incumplimiento incide en la validez del matrimonio, y que por lo tanto lo convierte en nulo cuando se contraiga sin la intervención de las autoridades civiles mencionadas, tal y como ordena el artículo 73.3 del Código Civil.

⁹ Vid. art. 66 CC.

tuamente y actuar en interés de la familia¹⁰»; y en el título del Código Civil dedicado a las relaciones paterno-filiales los términos padre y madre se sustituyen por los de progenitor o progenitores, por ejemplo, ordenando que «los hijos no emancipados están bajo la potestad de sus progenitores¹¹». Asimismo, la Disposición Adicional primera de la Ley ordena que «las disposiciones legales y reglamentarias que contengan alguna referencia al matrimonio se entenderán aplicables con independencia del sexo de sus integrantes».

La modificación del Código Civil expuesta no afecta a los matrimonios entre personas de diferente sexo, ni modifica los derechos y obligaciones de los cónyuges, tan solo abre la puerta para que, las parejas del mismo sexo que libremente lo deseen puedan disfrutar de los mismos derechos y obligaciones que las parejas de diferente sexo en el ámbito matrimonial.

2.3. La objeción de conciencia a celebrar matrimonios entre personas del mismo sexo

De acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, la objeción de conciencia es un derecho constitucional autónomo pero no fundamental, que encuentra su fundamentación jurídica en el derecho a la libertad de ideológica o de conciencia que protege el art. 16.1 CE, pero para cuyo ejercicio es necesario la «interposición legislatoris». Dicho de otra manera, para poder ejercer el derecho a la objeción de conciencia, es necesario que el legislador prevea, expresa o tácitamente, la exención de una norma por motivos de conciencia. Asimismo, la doctrina del Tribunal Constitucional ha establecido que: «la objeción de conciencia, es decir, el derecho a ser eximido del cumplimiento de los deberes constitucionales o legales cuando su cumplimiento atente contra las propias convicciones, no está reconocido ni cabe imaginar que lo estuviera en nuestro Derecho, pues significaría la negación misma de la idea de Estado¹²».

La posibilidad de reconocer la objeción de conciencia a la celebración de matrimonios entre personas del mismo sexo fue debatida en el proceso de redacción y aprobación de la Ley 13/2005. La propuesta fue presen-

¹⁰ Vid. art. 67 CC.

¹¹ Vid. art. 154 CC.

¹² Vid. STC 160/1987, de 27 de octubre, Fj. 3º.

tada en el Senado por el Partido Popular, solicitando el reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia a las autoridades o funcionarios civiles que, por razón de su cargo o función, deban participar en la gestión del expediente matrimonial. Sin embargo, el texto de la ley no contiene ninguna referencia directa o indirecta al derecho a la objeción de conciencia de los funcionarios o cargos públicos responsables de la gestión del expediente matrimonial²³.

El papel de los Alcaldes y concejales en la celebración de los matrimonios se regula en el art. 51.1 del Código Civil, de acuerdo con la Instrucción de 26 de enero de 1995 de la Dirección General de los Registros sobre autorización del matrimonio civil por parte de los alcaldes, y prevé la intervención de los Alcaldes cuando en el término municipal no haya un juez encargado del Registro Civil, o cuando lo soliciten expresamente los contrayentes. La normativa aludida prevé la posibilidad de que los Alcaldes deleguen sus funciones en materia matrimonial a los concejales, pero no porque puedan objetar en conciencia a la celebración del matrimonio entre personas del mismo sexo, sino porque la norma así lo prevé con carácter general en su punto segundo cuando dice que «el acto solemne de celebración requiere la autorización por el Alcalde o por el concejal en que haya delegado». A este respecto, es suficiente con que la delegación de los Alcaldes en los concejales esté documentada, y que en el acta de autorización matrimonial se haga constar que el concejal ha actuado por delegación del Alcalde²⁴.

Por lo que respecta a los jueces encargados del Registro Civil, nada más aprobarse la Ley 13/2005 dos jueces presentaron sendas cuestiones de constitucionalidad, al entender que el matrimonio entre personas del mismo sexo vulneraba el artículo 32 CE. El Tribunal Constitucional se pronunció sobre este particular a través de dos autos el 18 de diciembre de 2005 estableciendo que los jueces del Registro Civil carecen de función

²³ Vid. CAÑAMARES ARRIBAS, S., «El reconocimiento del matrimonio homosexual: un debate todavía abierto», en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho eclesiástico del Estado*, nº 14, mayo de 2007.

²⁴ MARTÍNEZ-TORRÓN, J., «Las objeciones de conciencia de los católicos», en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho eclesiástico del Estado*, nº 9, septiembre de 2005. NAVARRO-VALLS, R., «La objeción de conciencia a los matrimonios entre personas del mismo sexo», en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho eclesiástico del Estado*, nº 9, septiembre de 2005.

jurisdiccional en sentido estricto, pues su labor no es la de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, y en su actividad están sometidos a la Dirección General de Registros y del Notariado²⁵.

En la misma línea se pronunció el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en su acuerdo de 22 de noviembre de 2006 al entender que los jueces encargados del Registro Civil no pueden plantear una objeción de conciencia a la celebración de matrimonios entre personas del mismo sexo, pues: «es claro que el estricto sometimiento del Juez al Principio de Legalidad, cualquiera que sea su específico cometido profesional, siempre que el mismo sea realizado, precisamente, por y en su condición de Juez impide considerar como conforme a Derecho la objeción de conciencia planteada por el recurrente, en la medida en que la admisión de su ejercicio supondría dar carta de naturaleza a la inaplicación; por su parte (y con base en razones religiosas), de una norma legal que, en su cualidad de miembro del Poder Judicial, está llamado a aplicar, sin que, por lo demás, exista norma constitucional o legal que ampare o posibilite una tal posibilidad en el concreto caso examinado. [...] Nuestra tradición jurídica y los principios inspiradores del orden constitucional han venido erigiendo al Juez en sinónimo de certeza y garante de la Seguridad Jurídica, por lo que aceptar una excepción de la aplicación de la norma

²⁵ De acuerdo con el Auto del Tribunal Constitucional, «el Magistrado-Juez encargado del Registro Civil [...] ni en el desempeño de dicha actividad actúa en el ejercicio de una función jurisdiccional, al integrarse en la estructura administrativa del Registro Civil, bajo la dependencia funcional, que no orgánica, del Ministerio de Justicia, a través de la Dirección General de los Registros y del Notariado, ni puede obviamente calificarse de jurisdiccional la decisión, pese a su denominación de Auto, que ha de adoptar en el expediente matrimonial, aprobando o denegando la celebración del matrimonio, al ser susceptible de recurso y revisión ante un órgano administrativo, por lo que tampoco en modo alguno dicha decisión puede merecer la consideración, (ni aun en la flexible interpretación que este Tribunal ha hecho del término «fallo» de los arts. 163 CE EDL 1978/3879 y 35.1 LOTC EDL 1979/3888), de «pronunciamiento decisivo o imperativo de una resolución judicial» (STC 76/1982, de 14 de diciembre, FJ 1 EDJ 1982/76). FJ 8: «Así pues, ha de concluirse que el Magistrado-Juez encargado del Registro Civil de Telde no está facultado ex arts. 163 CE EDL 1978/3879 y 35 LOTC EDL 1979/3888 para promover la presente cuestión de inconstitucionalidad, en atención al carácter no jurisdiccional del expediente en el que se plantea; o, en otras palabras, ateniéndonos al propio tenor de los citados preceptos, por no suscitarse la cuestión de inconstitucionalidad por un órgano judicial en un proceso en el que el fallo que ha de dictar dependa de la validez de la norma legal cuestionada» (ATC 508/2005, de 13 de diciembre, FFJJ 7 y 8. FJ 7).

legal, no amparada jurídicamente, basada en concepciones y valoraciones puramente subjetivas, contribuye poco a la permanencia de esa consideración, pudiendo tornarse —y esto es lo más grave— en un factor de inseguridad jurídica de consecuencias impredecibles¹⁶».

En definitiva, el reconocimiento de la objeción de conciencia a los funcionarios y/o cargos públicos no es factible por diversos motivos, entre los que destacan los siguientes. Primero, la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo han establecido en reiteradas ocasiones, que el reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia exige que previamente el legislador así lo prevea expresamente en la norma a la que se pretende objetar; lo que no ocurre en este caso. Segundo, el reconocimiento de la objeción de conciencia en este terreno sería equivalente a permitir que, por ejemplo, los jueces de lo penal objeten a dictar sentencias porque la privación de libertad de los individuos atenta contra su libertad de conciencia, o porque su conciencia no está de acuerdo con el Código Penal. Tercero, la objeción se presenta frente al derecho al matrimonio que establece el artículo 32 del texto constitucional, por lo que su reconocimiento supondría una vulneración evidente del Estado de derecho que propugna el artículo 1.1. CE, y la negación de los derechos que el artículo 24 CE reconoce a los administrados. Y cuarto, el reconocimiento indiscriminado por parte del legislador del derecho a la objeción de conciencia a sus ciudadanos, supondría la imposibilidad de aplicar la mayoría de las normas que protegen intereses públicos, así como el reconocimiento de una auténtica tiranía de la conciencia de los individuos sobre el interés general.

2.4. La adopción por parte de las parejas del mismo sexo

El artículo 175.3 del Código Civil limita la adopción a los matrimonios o a los miembros de las parejas de hecho a título individual, al ordenar que: «fuera de la adopción por ambos cónyuges, nadie puede ser adoptado por más de una persona». En el caso de las parejas de hecho esto supone que la adopción sólo puede realizarse por parte de uno de los miembros de la pareja, lo cual impide la existencia de vínculos legales entre el adop-

¹⁶ Vid. Por LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., «El matrimonio homosexual, cit. págs. 3-39.

tado y el otro miembro de la pareja¹⁷. Esta situación legal contrasta con la campaña que los sectores más conservadores de la sociedad española lideraron contra la posibilidad de que las parejas del mismo sexo pudieran adoptar, ya que estos ya podían hacerlo pero a título individual, es decir sin que la relación jurídica pudiera ampliarse al otro miembro de la pareja.

Uno de los argumentos esgrimidos por el legislador para modificar la institución de la adopción, fue que la regulación española distaba de la de los países miembros de la Unión Europea, y de las recomendaciones del Parlamento Europeo en este terreno. La Resolución del Parlamento Europeo de 4 de septiembre de 2003 sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea, y la Resolución del Parlamento Europeo de 8 de febrero de 1994 sobre la igualdad de los derechos de los gays y las lesbianas en la Comunidad Europea, instó a los Estados de la Comunidad Europea a velar por la aplicación del principio de igualdad de trato, con independencia de la orientación sexual de las personas interesadas¹⁸. Ahora bien, conviene señalar que se trata de resoluciones que, en cuanto tales, inspiran la legislación de los Estados miembros pero no se trata de normas de obligado cumplimiento por parte de los Estados miembros¹⁹.

¹⁷ El modelo de adopción previsto fue ordenado por la Ley 21/1987, de modificación de determinados artículos del Código Civil y de la ley de enjuiciamiento civil en materia de adopción. De acuerdo con el preámbulo de la norma «la adopción no será ya un simple negocio privado entre el adoptante y los progenitores por naturaleza, sino que se procura la adecuada selección de aquel de modo objetivo, con lo que también se contribuirá a la supresión de intermediarios poco fiables, bien o mal intencionados». Con este objetivo, la norma se inspiraba en dos principios: la configuración de la adopción como un instrumento de integración familiar para que los adoptados pudieran disfrutar de lo que la norma denominaba «vida familiar normal»; y el proceso de adopción se supeditaba al interés del menor, lo que explicaba, por ejemplo, que exigiese su consentimiento en el proceso de adopción si tenía más de doce años de edad.

¹⁸ Vid. MURILLO MUÑOZ, M., Matrimonio y convivencia en pareja en el ámbito de la Unión Europea. Hacia un nuevo modelo de matrimonio, Cátedra de Laicidad y Libertades Públicas Fernando de los Ríos del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2006, págs. 410-414.

¹⁹ En el marco de las Resoluciones mencionadas algunos países de la Unión Europea han ido acomodando sus legislaciones a esta Recomendación, de forma que en el 2005 la adopción conjunta por parte de las parejas de hecho, con independencia del sexo de los integrantes de la pareja, era una realidad en Holanda, Suecia e Inglaterra. Por su parte, Dinamarca, Islandia y Noruega, permitían en el 2005 dicha adopción por

El reconocimiento del derecho a adoptar a las parejas, con independencia de su orientación sexual, fue operado a través de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, al permitir a las parejas del mismo sexo poder contraer matrimonio y en consecuencia poder adoptar conjuntamente, toda vez que la adopción a título individual en el caso de las parejas que opten por no contraer matrimonio sigue siendo factible.

De acuerdo con la nueva redacción del artículo 44 Código Civil «el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contratantes sean del mismo o de diferente sexo. El legislador no modificó el Código Civil con el propósito de que las parejas del mismo sexo pudieran adoptar, sino que se limitó a permitir que, una vez abierta la puerta a las parejas del mismo sexo a contraer matrimonio, éstas pudieran —al igual que ocurre con las de diferente sexo— decidir si quieren adoptar o no. En el supuesto de que una pareja del mismo sexo decida no contraer matrimonio, ésta no podrá adoptar, pero no por su concreta orientación sexual, sino porque nuestro ordenamiento jurídico sólo permite la adopción a título individual fuera del matrimonio.

De esta manera, la adopción continúa estando vinculada a la institución matrimonial, pues: «Nadie puede ser adoptado por más de una persona, salvo que la adopción se realice conjunta o sucesivamente por ambos cónyuges. El matrimonio celebrado con posterioridad a la adopción permite al cónyuge la adopción de los hijos de su consorte²⁰». Para facilitar la adopción por parte de dos personas del mismo sexo, ha sido modificada la terminología utilizada para formular las relaciones paterno-filiales, sustituyendo los términos padre y madre por los de progenitor o progenitores. En cualquier caso se protegen los derechos de las parejas de diferente sexo, pues las menciones relativas a los progenitores y a los cónyuges que constan en el Registro Civil son *campos variables*, de forma que las menciones se ofrecen a las parejas como opciones alternativas, y se permite conservar los términos de marido y mujer o los de padre y madre para los supuestos de matrimonios o progenitores de sexo diferente, o alternativamente emplear las menciones de cónyuge A y cónyuge B o

parte de los miembros de la pareja de hecho, cuando la misma se circunscribía a los hijos del conviviente. Vid. Murillo Muñoz, M., Matrimonio y convivencia en pareja, cit. pág. 419.

²⁰ Art. 175 apartado 4 del Código Civil.

las de progenitor/a A y progenitor/a B para los casos de matrimonios o progenitores del mismo sexo.

En paralelo a la legislación nacional, la Ley catalana 3/2005, siguiendo la estela de las leyes autonómicas de Navarra, País Vasco, Aragón, ha modificado su Código de familia permitiendo de forma expresa que las parejas del mismo sexo puedan adoptar, ya sea a título individual o como pareja. En la ley catalana la adopción de las parejas de hecho, con independencia del sexo de sus integrantes, se subordina a los mismos límites que existen en el caso de la adopción por parte de los matrimonios, de forma que, por ejemplo, para adoptar es necesario que el cónyuge del adoptante o aquel con el que convive en relación de pareja de carácter estable preste su consentimiento²¹. Respecto a la denominación de los adoptantes cuando estos tengan el mismo sexo, ambos se denominan madres si son mujeres o padres si son hombres²².

En resumen, la Ley 13/2005 concedió cobertura jurídica a la situación de hecho que se producía cuando el adoptando convivía con una pareja de hecho, pero sólo uno de los miembros de la pareja podía ser el adoptante, lo que impedía la existencia de vínculos jurídicos entre el miembro de la pareja que no podía adoptar y el adoptado por su pareja. La modificación del Código Civil permite reconocer el vínculo que de hecho existe entre el miembro de la pareja y el adoptado por su pareja, y al mismo tiempo sirve para dar seguridad jurídica a las relaciones entre las partes, reconociendo derechos y obligaciones, y permite que los potenciales conflictos que puedan surgir se resuelvan en el marco del Derecho de familia. Y es que no hay que olvidar que la adopción no es un cheque en blanco a favor de los adoptantes, sino una institución jurídica que conlleva una serie de obligaciones jurídicas para el adoptante, entre las que destaca, por ejemplo, el deber de asistencia de todo orden a los hijos naturales o adoptados durante su minoría de edad.

3. MODELO ESTADOUNIDENSE

La posibilidad de que las parejas del mismo sexo puedan contraer matrimonio es un tema de enorme actualidad en Norteamérica pues, por una parte, para apoyar esta posibilidad se han creado diferentes *lobbies*

²¹ En la nueva redacción del art. 122 Ley catalana 9/1998 del código de familia.

²² En la nueva redacción del art. 132 Ley catalana 9/1998 del código de familia.

muy activos, especialmente en los denominados Estados refugio debido a la persecución social que tradicionalmente ha acompañado a las parejas del mismo sexo; y por la otra, la sociedad estadounidense se ha movilizado creando otros *lobbies*, igual o más activos que los partidarios del reconocimiento del derecho al matrimonio a las parejas del mismo sexo, partidarios de la conservación del término matrimonio exclusivamente para las parejas de diferente sexo.

La sección segunda de la Ley de Defensa del Matrimonio de 1996 establece que ningún Estado está obligado a reconocer una relación entre personas del mismo sexo como válida, con independencia de que la pareja se case en otro Estado o jurisdicción donde sea legal el matrimonio entre personas del mismo sexo. Este contexto ha propiciado que, hasta la decisión del Tribunal Supremo en el en el asunto Obergefell v. Hodges, los Estados regulasen de forma dispar esta temática. Hasta el 2015, el matrimonio entre parejas del mismo sexo era factible en 37 Estados, en 26 de ellos por decisión judicial²³, en 8 porque así lo prevé la legislación expresamente²⁴ y en 3 Estados la decisión se adoptó mediante referéndum²⁵; de forma opuesta, 13 Estados prohibían expresamente en sus respectivos textos constitucionales la celebración de matrimonios entre parejas del mismo sexo, y en 12 de estos se prohibía adicionalmente en su regulación matrimonial²⁶.

²³ Alabama (2015), Alaska (2014), Arizona (2014), California (2013), Colorado (2014), Connecticut (2008), Florida (2015), Idaho (2014), Indiana (2014), Iowa (2009), Kansas (2014), Massachusetts (2004), Montana (2014), Nevada (2014), New Jersey (2013), New México (2013), North Carolina (2014), Oklahoma (2014), Oregón (2014), Pennsylvania (2014), South Carolina (2014), Utah (2014), Virginia (2014), West Virginia (2014), Wisconsin (2014), Wyoming (2014). Un excelente compendio de información estadística en este terreno puede encontrarse en <http://gaymarriage.procon.org/view.resource.php?resourceID=004857>.

²⁴ Delaware (2013), Hawaii (Dic. 2, 2013), Illinois (2014), Minnesota (2013), New Hampshire (2010), New York (2011), Rhode Island (2013), Vermont (2009).

²⁵ Maine (2012), Maryland (2013), Washington (2012).

²⁶ Arkansas (2004, 1997), Georgia (2004, 1996), Kentucky (2004, 1998), Louisiana (2004, 1999), Michigan (2004, 1996), Mississippi (2004, 1997), Missouri (2004, 1996), North Dakota (2004, 1997), Ohio (2004, 2004), South Dakota (2006, 1996), Tennessee (2006, 1996), Texas (2005, 1997). En el caso de Nebraska (2000) sólo se prohibía a nivel constitucional.

3.1. Modelo estatal: el ejemplo de California

El proceso conducente al reconocimiento del derecho al matrimonio a las parejas del mismo sexo protagonizado por el Estado de California ilustra la complejidad del ordenamiento jurídico estadounidense en este terreno.

En el año 2000 los ciudadanos californianos aprobaron en referéndum por una mayoría del 61% de los votantes la denominada Proposición 22, según la cual el único matrimonio con eficacia civil en el Estado de California era el contraído entre un hombre y una mujer. Cuatro años después, el Alcalde de San Francisco modificó la normativa municipal para permitir que el Ayuntamiento emitiera licencias para que las parejas del mismo sexo pudieran contraer matrimonio. Finalmente, en el año 2005 el Congreso de California aprobó una ley que permitía a las parejas del mismo sexo contraer matrimonio, pero la ejecución de la medida fue vetada por el Gobernador del Estado, para así respetar el contenido de la Proposición 22 mencionada.

El 10 de febrero de 2004 el Alcalde de la Ciudad de San Francisco solicitó a las autoridades administrativas de su municipio que realizaran las modificaciones administrativas necesarias, tanto en la documentación como en los formularios, para que las licencias que dicho ayuntamiento emite para autorizar la celebración de matrimonios pudieran ser utilizadas por cualquier pareja, con independencia del sexo o la orientación sexual de sus integrantes. Dos días después la ciudad comenzó a tramitar dichas licencias, y dicha actividad fue denunciada ante los tribunales por el Fiscal General del Estado de California, así como por diversos *lobbies* contrarios al reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo. En paralelo a estas acciones, el Ayuntamiento de San Francisco presentó una demanda ante el mismo tribunal, solicitando que la legislación relativa al Derecho de familia del Estado de California, que pudiera interpretarse que prohibía el matrimonio entre personas del mismo sexo, fuera declarada inconstitucional.

En el intervalo de tiempo que fue desde la aprobación de la normativa municipal referida hasta la decisión del Tribunal Supremo del Estado de California, se celebraron numerosos matrimonios entre personas del mismo sexo. Varias asociaciones favorables al reconocimiento del derecho al matrimonio a las parejas del mismo sexo recurrieron la normativa municipal ante el Tribunal Supremo de California, alegando que, si bien

ésta permitía a las parejas del mismo sexo contraer matrimonio, dichos matrimonios no tenían validez fuera del Estado de California.

El Tribunal Supremo del Estado de California se pronunció acerca de la legalidad del proceso descrito en la sentencia que resolvió el asunto *Lockyer v. City of County of San Francisco*²⁷, estableciendo que los funcionarios públicos de la Ciudad de San Francisco actuaron ilegalmente cuando concedieron licencias matrimoniales a parejas del mismo sexo, debido a la ausencia de una sentencia judicial que ordenara que el matrimonio pudiera ser celebrado exclusivamente por un hombre y una mujer. En consecuencia, el Tribunal Supremo anuló los aproximadamente 4.000 matrimonios entre parejas del mismo sexo que se celebraron en este breve periodo de tiempo, pero no se pronunció sobre la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo, debido a que esta cuestión no fue planteada en el *petitum* de la demanda.

La cadena legislativa y jurisprudencial descrita culminó en el asunto *In Marriage Cases*²⁸, donde el Tribunal Supremo del Estado de California se pronunció sobre seis apelaciones a decisiones judiciales relacionadas con la regulación matrimonial de dicho Estado, y la cuestión de constitucionalidad planteada por el Ayuntamiento de San Francisco relativa a la posibilidad de que las parejas del mismo sexo disfrutasen del mismo régimen jurídico que las parejas de diferente sexo en el contexto del Derecho de familia.

3.1.1. Regulación civil del matrimonio y las parejas de hecho (*domestic partnership*)

El derecho al matrimonio no se recoge de forma expresa en la Constitución de California, pero la jurisprudencia ha elaborado una construcción que interpreta que éste derecho es una manifestación del derecho a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad que, de acuerdo con el artículo I de la Constitución de California, sirve de base y fundamento

²⁷ 33 Cal. 4th 1005 (2004).

²⁸ *In re Marriage Cases*, 43 Cal.4th 757 (2008) Los seis supuestos fueron *City and County of San Francisco v. State of California*; *Tyler v. State of California*; *Woo v. Lockyer*; *Clinton v. State of California*; *proposition 22 Legal Defense and Education Fund v. City and County of San Francisco*; *Campaign for California Families v. Newsom*; *Ct. App. 1/3 Nos. A110449, A110450, A110451, A110463, A110651, A110652*.

a los derechos y libertades fundamentales. El derecho a la intimidad y a la privacidad se conforma como un mecanismo de protección de los individuos frente a las potenciales injerencias de los poderes públicos en su vida privada, lo que llevó a la jurisprudencia estatal a definir inicialmente el matrimonio como el derecho a fundar un hogar y criar a los hijos²⁹.

Por su parte, el Código Civil de 1872 definía el matrimonio como «una relación personal que se materializa en un contrato civil cuando exista el consentimiento de las partes»; en 1890 el Código Civil fue enmendado para definir al matrimonio como «una relación civil a través de la cual un hombre y una mujer deciden voluntariamente compartir sus vidas, y compartir los derechos y las obligaciones que el derecho impone al marido y a la esposa³⁰». En 1977, después de un largo proceso de debate social y político, el matrimonio se definió como «una relación personal canalizada a través de un contrato civil en el cual un hombre y una mujer expresan su consentimiento». De forma complementaria, en marzo de 2000 un referéndum decidió que el matrimonio se restringiese a las parejas de diferente sexo.

En paralelo al proceso descrito, el Estado de California ha aprobado numerosa regulación jurídica conducente a equiparar en derechos y obligaciones a las parejas de hecho del mismo y de diferente sexo. En este sentido, hay que destacar el papel del *California Domestic Partner Rights and Responsibilities Act* (DPA), aprobado en 2003, pues supuso el reconocimiento a las parejas de hecho residentes en California de los derechos que el ordenamiento jurídico del Estado de California reconocía en exclusiva para los matrimonios³¹.

Pese a la aprobación del DPA, las parejas de hecho continuaban siendo discriminados respecto a los matrimonios en el terreno fiscal, ya que las parejas de hecho no podían tributar de forma conjunta en California; para solucionar este problema, en 2006 el Congreso californiano modificó la regulación tributaria permitiendo a las parejas de hecho inscritas optar entre realizar su tributación de forma individual o conjunta. Esto no quiere decir que la equiparación entre las parejas de hecho y los ma-

²⁹ Vid. *Conservator ship of Valerie* (1985) 40 Cal. 3d 143, 161 (Valerie N.)

³⁰ Sobre la interpretación jurisprudencial operada sobre el Código de familia de 1872 Vid. *Kilburn v. Kilburn* (1891) 89 Cal. 46, 50.

³¹ El texto completo de la norma puede encontrarse en ftp://www.leginfo.ca.gov/pub/03-04/bill/asm/ab_0201-0250/ab_205_bill_20030922_chaptered.html.

rimonios sea completa en el terreno fiscal, ya que existen determinados beneficios de carácter federal como, por ejemplo, ayudas de la seguridad social y para el acceso a la vivienda, cupones de comida, programas militares y de empleo, de las que sólo pueden beneficiarse los matrimonios, pues la regulación federal define al matrimonio como: «la unión legal entre un hombre y una mujer³²». En otras palabras, con independencia de lo permisiva que pueda ser la legislación estatal, la equiparación absoluta entre las parejas heterosexuales y homosexuales solo será factible en el supuesto de que se modifique la legislación federal.

3.1.2. La decisión del Tribunal Supremo de California: *In Marriage Cases*

En la sentencia que resolvió el asunto *In Marriage Cases*³³ el Tribunal Supremo de California se pronunció sobre la potencial discriminación inherente al hecho de que las parejas del mismo sexo disfrutasen de un régimen jurídico al de las parejas de diferente sexo en el contexto del Derecho de familia.

El Tribunal Supremo de California tradicionalmente ha utilizado el denominado *strict scrutiny standard*³⁴ para determinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la legislación estatal, el cual implica que: por una parte, para que una norma que trata de forma desigual a la ciudadanía no sea declarada inconstitucional, es necesario que el objetivo que persigue el Estado con su aprobación y ejecución sea legítimo y salvaguarde un interés público de naturaleza superior; y por otra, el trato discriminatorio debe ser la única solución por la que pueda optar el Estado para salvaguardar el interés de naturaleza superior.

El tribunal llegó a la conclusión de que permitir exclusivamente a las parejas de diferente sexo contraer matrimonio supone una vulneración de principio de igualdad, que no se justifica en la existencia de un interés preponderante, por los siguientes motivos. En primer lugar, la exclusión de las parejas del mismo sexo de la institución matrimonial no tiene por objeto necesariamente la protección de derechos de los que disfrutan

³² 1 U.S. Code, section 7.

³³ *In re Marriage Cases*, 43 Cal.4th 757 (2008).

³⁴ *Vid. Pérez v. Sharp* 32 Cal. 2d 711 (1948).

las parejas de diferente sexo, ya que el acceso de las parejas del mismo sexo al matrimonio no supone que los derechos de las parejas de diferente sexo sean restringidos. En segundo lugar, la imposibilidad de que las parejas del mismo sexo puedan denominar a sus uniones matrimonio implica que existen dos tipos de familia, y que las familias compuestas por parejas del mismo sexo no tienen la misma dignidad y legitimidad jurídica que las familias de diferente sexo. Y en tercer lugar, el uso de la denominación matrimonial exclusivamente por las parejas de diferente sexo implica que «los homosexuales y las parejas del mismo sexo son ciudadanos de segunda clase, que por lo tanto pueden ser tratados de forma diferente por la ley en comparación con los heterosexuales y las parejas de diferente sexo».

Según el tribunal, la solución más coherente con el marco constitucional no es buscar una denominación nueva que sirva para calificar a las uniones de parejas del mismo sexo, sino cobijar bajo el paraguas del término matrimonio a las parejas que así lo soliciten, con independencia del sexo o de la orientación sexual de sus miembros. En consecuencia, el tribunal estimó que las secciones 300 y 308.5 del Código Civil de California eran inconstitucionales, al reservar la denominación de matrimonio exclusivamente para las parejas de diferente sexo. Por último, una vez establecida la discriminación y la inconstitucionalidad del modelo matrimonial, el tribunal señaló que la concesión de licencias matrimoniales a parejas del mismo sexo era legal.

La decisión del tribunal se adoptó por una ajustada mayoría, destacando en este sentido los votos particulares de los jueces Corrigan y Baxter³⁵, que fueron especialmente críticos al entender que el voto de la mayoría suponía una intromisión del poder judicial en las competencias del poder legislativo.

En opinión de Corrigan, las uniones entre las personas del mismo sexo deberían poder materializarse a través del matrimonio, pero los ciudadanos expresaron mediante un referéndum convocado en este sentido su deseo de no reconocer el derecho al matrimonio a las parejas del mismo sexo, por lo que el voto de la mayoría ha establecido que la decisión democrática y mayoritaria de los californianos es inconstitucional. En pala-

³⁵ El texto completo de los votos particulares los jueces Corrigan y Baxter se encuentra en: <http://scocal.stanford.edu/opinion/re-marriage-cases-33178>.

bras de Corrigan, en este caso: «una decisión judicial se entromete en el proceso democrático, y rompe un equilibrio que solo puede ser alterado en la arena política [...] si tiene que haber una nueva interpretación del significado de la institución matrimonial en el Estado de California, ésta debe ser decidida por los ciudadanos de este Estado y ser definida a través de las urnas».

En esta línea, en palabras de Baxter: «el voto de la mayoría no solo es erróneo, sino que además viola el principio de separación de poderes [...] Nada en nuestra Constitución, ni directa ni indirectamente, autoriza al voto de la mayoría a llegar a la conclusión de que la configuración del matrimonio, recientemente confirmada por el poder legislativo a través de la aprobación de una iniciativa de ley, es inválida [...] Si debe modificarse la configuración del matrimonio debido a la evolución que ha experimentado la sociedad californiana, dicha modificación debe realizarse a través de mecanismos democráticos. El voto mayoritario ha ignorado este principio, y al hacerlo ha perdido su propia legitimidad, pues ha permitido que el poder legislativo ejerza indirectamente un poder del que carece, es decir, el enmendar la Constitución y rechazar un iniciativa de ley».

3.2. Modelo federal: la decisión del Tribunal Supremo federal en el asunto *Obergefell v. Hodges*

Tradicionalmente, la jurisprudencia del Tribunal Supremo federal en este terreno se ha caracterizado por garantizar y ampliar el ejercicio del derecho al matrimonio a colectivos que en determinados momentos históricos se han visto privados del mismo. Por ejemplo, en el asunto *Loving v. Virginia*³⁶ el tribunal estableció que la prohibición de celebrar matrimonios interraciales, contenida en los ordenamientos jurídicos de algunos Estados, era contraria a la Constitución federal³⁷. En las decisiones señaladas, el Tribunal Supremo ha venido definiendo el matrimonio como la

³⁶ 388 U.S. 1 (1967).

³⁷ La jurisprudencia federal ha venido protegiendo el derecho al matrimonio en el marco de los derechos a la libertad e igualdad genéricos, contenidos en la decimocuarta enmienda a la Constitución federal. Por este motivo, si bien el fundamento original del derecho al matrimonio en la jurisprudencia de California es el derecho a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad, la aplicación de la jurisprudencia federal en el ámbito estatal se ha traducido en la definición del matrimonio como «la libertad para establecer relaciones familiares consensuadas». Vid. *Meyer v. Nebraska* 262

unión entre un hombre y una mujer, e incluso en el asunto *Baker v. Nelson* el Tribunal Supremo no entró a valorar una decisión del Tribunal Supremo del Estado de Minnesota, que reconducía el matrimonio a las parejas de diferente sexo, al entender que esta competencia no era federal³⁸.

La primera vez que el Tribunal Supremo federal se pronunció de forma expresa sobre la legalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo, fue con ocasión del recurso presentado contra el Acta en Defensa del Matrimonio, aprobada durante la administración Clinton en 1996. El tribunal estimó en el asunto *United States v. Windsor*³⁹ que la sección tercera de la ley, que definía el matrimonio en el ámbito federal como una unión legal entre un hombre y una mujer, era discriminatoria y contraria al derecho al debido proceso legal garantizado en la quinta enmienda a la Constitución federal.

En junio de 2015, con ocasión del asunto *Obergefell et al. v. Hodges, Director, Ohio Department of Health*⁴⁰, el Tribunal Supremo federal ha tenido que responder a dos interrogantes capitales en este terreno: ¿es discriminatorio que las parejas del mismo sexo no puedan contraer matrimonio civil en igualdad de condiciones que las parejas de diferente sexo?, y, dado que, al menos a priori, la regulación matrimonial es una competencia de los Estados ¿qué papel debe tener el Tribunal Supremo federal en este contexto?

El supuesto de hecho fue el siguiente. Los ordenamientos jurídicos de los Estados de Michigan, Kentucky, Ohio y Tennessee, definían el matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer. Antes estos hechos, 14 parejas del mismo sexo y 2 varones cuyas parejas del mismo sexo habían fallecido denunciaron que la regulación mencionada lesionaba su derecho al debido proceso garantizado en las enmiendas quinta y decimocuarta a la Constitución federal, pues no les permitía contraer matri-

US 390, 399 (1923); *Griswold v. Connecticut* 381 US 479 (1965). *Turner v. Safley*, 482 U.S. 78 (1987).

³⁸ *Richard John Baker v. Gerald R. Nelson*, 291 Minn. 310, 191 N.W.2d 185 (1971), 409 U.S. 810 (1972).

³⁹ *United States v. Windsor*, 570 U.S. - (2013). El texto de la sentencia puede obtener en la página web del Tribunal Supremo federal, http://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/12-307_6j37.pdf.

⁴⁰ El texto de la sentencia puede obtener en la página web del Tribunal Supremo federal, http://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf.

monio con sus respectivas parejas, e impedía reconocer validez jurídica a los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en otros Estados.

El derecho al debido proceso está protegido en la quinta enmienda de forma que «nadie puede ser forzado a declarar contra sí mismo en ningún juicio criminal; ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal». Por su parte, la sección primera de la decimocuarta enmienda, señala que: «[...] Ningún Estado podrá crear o implementar leyes que limiten los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá ningún Estado privar a una persona de su vida, libertad o propiedad, sin un debido proceso legal; ni negar a persona alguna dentro de su jurisdicción la protección igual de las leyes⁴²». La competencia para conceder licencias matrimoniales es exclusiva de los Estados, con independencia del sexo o la orientación sexual de los contrayentes. Desde esta perspectiva, cuando un Estado no concede a una pareja del mismo sexo una licencia matrimonial está impidiendo que los miembros de la pareja puedan ejercer el derecho al matrimonio de acuerdo con su orientación sexual y, según los demandantes lesionando su derecho al debido proceso.

El Tribunal estableció que el matrimonio entre personas del mismo sexo es un derecho garantizado por las enmiendas quinta y decimocuarta, y que por lo tanto las leyes estatales que impidan o prohíban el ejercicio de este derecho son inconstitucionales.

El tribunal soportó su decisión en los siguientes argumentos:

En primer lugar, el tribunal estimó que el derecho de las personas a desarrollar su personalidad en el contexto de las relaciones de pareja se deriva de su derecho a la autonomía individual. En concreto, el tribunal

⁴² Esta enmienda fue aprobada después de la Guerra civil estadounidense, y ha sido utilizada tradicionalmente por el Tribunal Supremo federal para exigir a los Estados miembros el cumplimiento y garantía de los derechos contenidos en las ocho primeras enmiendas a la Constitución federal. Vid. PALOMINO LOZANO, R., *Las objeciones de Conciencia*, Montecorvo, Madrid, 1994, pág. 28. CHOPER, J., «The Free Exercise Clause: A Structural Overview and an Appraisal of Recent Developments», en *William and Mary Law Review*, Vol. 27 (1986), págs. 943-61. LAYCOCK, D., WAE-LBROECK, S. E., «Academic Freedom and Free Exercise of Religion», en *Texas Law Review*, Vol. 66, (1988), págs. 1455-75. PEPPER, S., «Taking the Free Exercise Clause Seriously», en *Brigham Young University Law Review*, Vol. 1986, (1986) págs. 299-336.

recordó su posición en el asunto Loving⁴², donde anuló las legislaciones de los Estados que prohibían el matrimonio entre personas de diferente raza al amparo del principio de libertad contenido en la decimocuarta enmienda, y estableció que los Estados no pueden aprobar normas que limiten arbitrariamente la libertad de las personas, toda vez que la decisión sobre con quién contraer matrimonio es una de las decisiones más personales e íntimas que existen.

El segundo argumento utilizado por el tribunal fue la configuración del derecho al matrimonio como un derecho «inherente a la libertad del ser humano⁴³», por lo que el Estado debe respetar y garantizar una decisión íntima y personalísima de dos individuos que está llamada a tener un papel central en el libre desarrollo de su personalidad. La conceptualización del derecho al matrimonio como un derecho fundamental ha sido una constante en la jurisprudencia del tribunal, y esto ha permitido reconocer en una primera fase derechos a las parejas de diferente sexo, y posteriormente ampliar dicho reconocimiento a las parejas del mismo sexo. En este sentido, destacan las decisiones del tribunal en el asunto Griswold v. Connecticut, donde estableció que la constitución garantiza el derecho de las parejas casadas a utilizar medios anticonceptivos⁴⁴; y en el asunto Lawrence v. Texas, donde estableció que el alcance y contenido del derecho a la intimidad y a no ser objeto de persecución penal por razón de la orientación sexual debe ser el mismo para las parejas del mismo sexo que para las parejas de diferente sexo⁴⁵. Por este motivo, según el tribunal, cuando un Estado impide expresa o tácitamente que un colectivo pueda ejercer el derecho al matrimonio, o cuando no reconoce efectos jurídicos a los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados válidamente en otros Estados, está vulnerando la decimocuarta enmienda⁴⁶.

⁴² 388 U.S. 1 (1967).

⁴³ Syllabus, pág. 4. En este sentido Vid. CELADOR ANGÓN, O., «El matrimonio entre personas del mismo sexo en el estado de California, o de cómo el activismo judicial puede suplantar el papel del legislador. Análisis comparativo con el modelo matrimonial español», en *Laicidad y libertades: escritos jurídicos*, N.º. 8, 2008, págs. 8-52

⁴⁴ Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965).

⁴⁵ Lawrence v. Texas 539 U.S. 567 (2003).

⁴⁶ En palabras del tribunal, «The Fourteenth Amendment requires States to recognize same-sex marriages validly performed out of State. Since same-sex couples may now exercise the fundamental right to marry in all States, there is no lawful basis

En tercer lugar, el tribunal estimó que el reconocimiento del derecho al matrimonio a las parejas del mismo sexo permite mejorar la protección de los menores que en muchos supuestos conviven con estas parejas, y evita que los menores puedan ser discriminados, ya sea por interpretar que sus relaciones de parentesco y familiares son de peor calidad que las que tienen los menores que conviven con matrimonios, ya sea porque jurídicamente se equipara en derechos y obligaciones a los miembros de la unidad familiar. Asimismo, se mantiene la línea jurisprudencial del tribunal de disociar matrimonio y procreación, en el sentido de que las parejas no pueden ser tratadas de forma diferente atendiendo a su capacidad para tener hijos.

El cuarto argumento utilizado por el tribunal fue la contribución de la institución matrimonial al mantenimiento del orden social, con independencia de que los titulares del derecho al matrimonio sean las parejas del mismo o de diferente sexo. Según el tribunal, «el hecho de que el ordenamiento jurídico pueda denegar a las parejas del mismo sexo los beneficios previstos para los matrimonios es algo simplemente intolerable. Sería degradante sacar a las parejas del mismo sexo de una institución tan relevante para la sociedad [...] la limitación del derecho al matrimonio a las parejas del mismo sexo podía parecer algo natural y justo hace algunos años, pero en la actualidad es incongruente con el contenido del derecho fundamental al matrimonio⁴⁷».

Por último, pero de forma central en su argumentación, el tribunal analizó el problema desde la perspectiva del principio, contenido en la decimocuarta enmienda, de que el Estado no puede «negar a persona alguna dentro de su jurisdicción la protección igual de las leyes». La legislación de los Estados de Michigan, Kentucky, Ohio y Tennessee, preveía la concesión de una serie de beneficios exclusivamente para los matrimonios, lo cual suponía una doble discriminación para las parejas del mismo sexo pues, primero la legislación de los Estados mencionados les impedía ejercer un derecho debido a la orientación sexual de los integrantes de la pareja, y después, pero consecuencia de lo anterior, las parejas del mis-

for a State to refuse to recognize a lawful same-sex marriage performed in another State on the ground of its same-sex character» (págs. 27-28).

⁴⁷ Pág. 17 del voto mayoritario.

mo sexo no podían disfrutar de los mismos beneficios que las parejas de diferente sexo.

Por lo que respecta al derecho de libertad religiosa, el tribunal fue consciente de que para numerosos grupos religiosos el matrimonio solo puede celebrarse entre un hombre y una mujer. Sin embargo, el tribunal interpretó que su decisión no afecta a la libertad religiosa de aquellos que quieran celebrar su matrimonio de acuerdo con sus creencias o convicciones, pues se limita a reconocer un derecho a un colectivo históricamente excluido de esta realidad sin mermar los derechos de otros colectivos. Desde esta perspectiva, el derecho a la libertad religiosa permite a las confesiones religiosas explicar a sus fieles cuál es la opción matrimonial acorde con sus principios religiosos, pero este derecho debe armonizarse con el de las parejas del mismo sexo a contraer matrimonio y a no ser discriminados en ese contexto⁴⁸.

La decisión del tribunal se adoptó por una ajustada mayoría de 5 votos contra 4, en la que Kennedy, Ginsburg, Breyer, Sotomayor y Kagan representaron a la mayoría. Roberts, Scalia, Thomas y Alito votaron en contra de la decisión y firmaron votos particulares a los que a continuación vamos a referimos.

El juez Roberts criticó el hecho de que fuera el activismo judicial del tribunal, y no un proceso democrático en el que los ciudadanos de los Estados se pronunciasen al respecto, el que ha permitido adoptar una decisión tan relevante para la sociedad estadounidense. De hecho, la decisión del tribunal era contraria a lo que habían decidido los ciudadanos de varios Estados a través de los cauces democráticos tradicionales, bien directa y expresamente vía referéndum manifestando su opinión contraria a que las parejas del mismo sexo pudieran contraer matrimonio, o bien indirectamente en los procesos electorales estatales⁴⁹. Por los motivos

⁴⁸ Pág. 27 del voto mayoritario.

⁴⁹ En palabras de Roberts «Federal courts are blunt instruments when it comes to creating rights. They have constitutional power only to resolve concrete cases or controversies; they do not have the flexibility of legislatures to address concerns of parties not before the court or to anticipate problems that may arise from the exercise of a new right [...] That view is more modest and restrained. It is more skeptical that the legal abilities of judges also reflect insight into moral and philosophical issues. It is more sensitive to the fact that judges are unelected and unaccountable, and that the legitimacy of their power depends on confining it to the exercise of legal judgment. It is more attuned to the lessons of history, and what it has meant for the country and

señalados, Roberts estimó que la mayoría del tribunal había creado un derecho en contra de la tradición histórica, el sentir y la opinión de la mayoría de la población estadounidense.

En esta línea, el juez Scalia calificó al voto de la mayoría como una «amenaza al modelo democrático americano», en la medida en la que supone que «la mayoría de los nueve miembros del Tribunal Supremo se conviertan en el legislador de 320 millones de americanos [...] La revisión constitucional realizada por un comité que no ha sido elegido directamente por el pueblo compuesto por nueve personas, siempre acompañado por alabanzas extravagantes a la libertad, ha robado al Pueblo la libertad más importante que ganó en la Revolución de 1776 y que garantizó la Declaración de la Independencia: la libertad de autogobernarse⁵⁰».

El Juez Alito señaló en su voto particular que la Constitución federal no establece nada en el terreno matrimonial, con el objeto de que sean los Estados los que regulen esta materia tal y como establece la décima enmienda, según la cual «Los poderes no delegados a los Estados Unidos por la Constitución, ni prohibidos por ella a los estados, están reservados a los estados o al pueblo». La incorporación de derechos al ámbito federal a través de la decimocuarta enmienda es factible cuando se trata de libertades públicas «fuertemente enraizadas en la historia y la tradición norteamericana», lo cual no es el caso de la libertad individual para contraer matrimonio entre personas del mismo sexo, pues el debate judicial es relativamente novedoso al comenzar en 2003 cuando el Tribunal Supremo del Estado de Massachusetts se pronunció favorablemente en ese sentido⁵¹. En otras palabras, según Alito, la mayoría de los miembros del tribunal decidieron configurar el derecho de las parejas del mismo sexo a contraer matrimonio como un derecho protegido por la Constitución federal debido a su carácter de fundamental, pero distorsionando el alcance y contenido de la decimocuarta enmienda.

Court when Justices have exceeded their proper bounds. And it is less pretentious than to suppose that while people around the world have viewed an institution in a particular way for thousands of years, the present generation and the present Court are the ones chosen to burst the bonds of that history and tradition» (págs. 27, 29).

⁵⁰ Pág. 1. del voto particular.

⁵¹ Pág. 2 del voto particular, en referencia al asunto *Washington v. Glucksberg*, 521 U. S. 701, 720-721 (1997).

El juez Thomas también denunció que el voto mayoritario realizó una interpretación atípica de la decimocuarta enmienda, al ordenar a los Estados que emitan licencias matrimoniales para las parejas del mismo sexo que lo soliciten, y reconozcan validez y eficacia jurídica a los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en otros Estados. En palabras de Thomas: «los demandantes han solicitado algo anti democrático. Han pedido a los nueve jueces que componen este tribunal que adopten una definición de matrimonio en el contexto federal, y que impongan la misma a toda la nación ignorando los procesos democráticos de toma de decisiones. El hecho de que la mayoría de los miembros de este tribunal pueda acceder a la petición mencionada, eliminando con un golpe de teclado los resultados de los procesos democráticos desarrollados en más de 30 Estados, ilustra lo peligrosa que es dicha cláusula constitucional⁵²».

4. CONSIDERACIONES FINALES

La reforma operada por el legislador sobre el modelo matrimonial español, a través de las Leyes 13 y 15/2005, ha tenido por objeto la puesta al servicio de los ciudadanos de los mecanismos necesarios para que éstos articulen libremente sus relaciones de pareja, ya sea eliminando cualquier discriminación por razón del sexo de la persona elegida para contraer matrimonio, ya sea anulando aquellos elementos que obstaculizaban la solución de las crisis familiares mediante la separación o el divorcio. Esta regulación es coherente con los derechos de libertad de conciencia y al libre desarrollo de la personalidad, pues permite que los individuos opten libremente y en régimen de igualdad entre canalizar sus relaciones personales a través de una unión de hecho o del matrimonio, con la persona del sexo o la orientación sexual que deseen.

Las modificaciones del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, la separación y el divorcio, son autónomas pero complementarias, y han modificado las bases del modelo matrimonial desde una triple óptica: por una parte, el contenido jurídico del contrato matrimonial ha experimentado un enorme vaciamiento; por la otra, el matrimonio se conforma como una institución disoluble en función de los deseos individuales o colectivos de la pareja, siendo la misión de los poderes públicos respaldar la autonomía de la voluntad de los individuos en este

⁵² Pág. 3 del voto particular.

contexto; y por último, en la línea señalada de pleno respeto a la voluntad de los individuos, éstos pueden contraer matrimonio con la persona que deseen, con independencia de su sexo, de forma que el matrimonio se desliga completamente de la procreación.

El proceso legislativo y judicial desarrollado en California ilustra en qué medida la igualdad u no discriminación exige no se consigue exclusivamente con la equiparación en derechos y obligaciones de las uniones civiles y los matrimonios; también es discriminatorio utilizar una denominación diferente cuando se trata de calificar jurídicamente una relación de pareja, y especialmente cuando la denominación depende del sexo de los integrantes de la pareja.

La posición del Tribunal Supremo federal, si bien coincide en su resultado con la del Tribunal Supremo de California, utiliza una fundamentación diferente, ya que centró su argumentación: por una parte, en el derecho a la autonomía personal, que no puede ser limitado de forma arbitraria por el Estado y exclusivamente en la medida en la que se salvaguarde un interés público de naturaleza superior; por otra, en la configuración del derecho matrimonio como un derecho «inherente a la libertad del ser humano» cuyo ejercicio no puede supeditarse en función de la orientación sexual de los individuos; y por último, la exclusión de las parejas del mismo sexo del matrimonio supone que éstas parejas no puedan ejercer derechos o disfrutar de determinados beneficios que el ordenamiento jurídico estadounidense prevé exclusivamente para los matrimonios.

El resultado final al que ha llegado el ordenamiento jurídico estadounidense es idéntico al español, en el sentido de que ambos han modificado sus modelos matrimoniales para permitir a las parejas del mismo sexo contraer matrimonio. Ahora bien, el método utilizado para alcanzar el resultado descrito ha sido muy diferente, pues en el caso español han sido los partidos políticos los que abrieron el debate en campaña electoral, y después del pertinente proceso legislativo las parejas del mismo sexo han accedido al derecho al matrimonio; mientras que en el caso estadounidense, tanto a nivel federal como en el ejemplo utilizado para explicar la realidad estatal, ha sido el órgano encargado de interpretar el texto constitucional (federal y estatal) el que ha liderado el proceso, e incluso en el caso de California de forma claramente contrapuesta al deseo de la

mayoría de la ciudadanía expresado en un referéndum convocado a estos efectos.