

## **ARTÍCULOS E INFORMES**



# **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.**

**Oscar Celador Angón**

Catedrático Habilitado de Derecho Eclesiástico del Estado  
Universidad Carlos III de Madrid

**Resumen:** El artículo analiza las modificaciones operadas en el ordenamiento jurídico del Estado de California 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 California 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 State of California and Spanish legal regulation to allow the same sex couples to get married. In the Spanish case the legislator has been the responsible for the normative changes that allow the same sex couples to get married, and the modification has been centered in the full respect to the autonomy of the members of the couple, while in the case of California it has been its Supreme Court the one that has led this process through a polemic decision.

**Palabras clave:** libertad de conciencia, dignidad, autonomía personal, matrimonio homosexual, parejas de hecho, adopción, divorcio, igualdad y no discriminación por razón de sexo.

**Keywords:** freedom of conscience, dignity, personal autonomy, same sex marriage, domestic partnership, adoption, divorce, equality and non discrimination.

**Sumario:** 1. Consideraciones iniciales. 2. Modelo español. 2. 1. Modelo matrimonial y autonomía de la voluntad de los cónyuges. 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 matrimonios del mismo sexo. 3. Modelo del Estado de California. 3.1. La posición del Tribunal Supremo de California. *In Re Marriage Cases*. 3. 2. Regulación civil del matrimonio y las parejas de hecho (*domestic partnership*). 3. 3. Familia y matrimonio. 3. 4. Argumentación del tribunal. 3. 5. La crítica al activismo del poder judicial por intromisión en las competencias del poder legislativo. 3. 5. a) El Voto particular del juez Corrigan. 3. 5. b) El Voto particular del juez Baxter. 4. Consideraciones finales.

## 1. CONSIDERACIONES INICIALES.

Uno de los terrenos en los que la sociedad española ha evolucionado con mayor rapidez en la última década ha sido el de la familia. Los motivos de esta rápida transformación de los cimientos sociales han sido numerosos, y entre ellos destacan: la llegada de población procedente de países y culturas muy diferentes a la que tradicionalmente venía siendo la española, el incremento de las separaciones y divorcios matrimoniales, la consolidación de parejas que no ven en el matrimonio la fórmula familiar ideal para encauzar sus relaciones afectivas, el incremento de parejas del mismo sexo, y la construcción de núcleos familiares sobre la adopción y las nuevas técnicas de reproducción asistida.

Del modelo familiar tradicional característico de España de finales de los 70, compuesta por una pareja heterosexual casada canónicamente y con hijos que carecía del derecho civil a divorciarse, se ha pasado en 30 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

## EL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO EN EL ESTADO DE CALIFORNIA

de varias de las secuencias apuntadas, debido a segundos o terceros matrimonios y/o separaciones.

De forma paralela a la evolución que ha experimentado la familia, el matrimonio ha dejado de definirse como una institución caracterizada por la estabilidad. Baste señalar a este respecto los datos del Informe del Instituto de Política familiar de 2005, según el cual en el periodo 1996-2000 el incremento de matrimonios fue del 7% y el de divorcios del 26%, en el 2003 la cifra de rupturas matrimoniales aumentó en un 17%, y en el 2004 en un 7% alcanzando las rupturas matrimoniales la cifra 134.931<sup>1</sup>. Esta tendencia no es exclusiva de nuestro país, aunque probablemente sea más acentuada debido a nuestro profundo pasado confesional católico, sino que debe interpretarse dentro del contexto europeo donde, por ejemplo, en el año 2004 de los 4.8 millones de nacimientos un tercio de los mismos se produjo fuera del matrimonio.

La disociación entre la sociedad civil y la legislación estatal era completa en el 2004, cuando el Gobierno decidió modificar la regulación matrimonial y la ley del divorcio, que databa de 1981, para satisfacer las nuevas necesidades en el terreno de la familia que han surgido debido a la profunda transformación que ha experimentado la sociedad española en los últimos 30 años.

A grandes rasgos hay que señalar que los parámetros desde los cuales el legislador ha abordado la regulación del derecho de familia pueden reconducirse a dos:

En primer lugar, La lectura conjunta de los artículos 10.1, 32 y 39 de la Constitución indica que el matrimonio y la familia se configuran como un instrumento para la formación y realización de los individuos que la integran. El texto

---

<sup>1</sup> NAVARRO-VALLS, R., "Estabilidad y defensa legal de la heterosexualidad", en Revista General de Derecho Canónico y Derecho eclesiástico del Estado, nº 14, mayo de 2007.

constitucional admite que la familia no se funda exclusivamente en el matrimonio, sino que es suficiente la familia de hecho, con independencia de la orientación sexual de los miembros de la pareja.

Y en segundo lugar, la libertad de conciencia implica en el terreno de las relaciones afectivas el reconocimiento a los individuos de, primero, el derecho de elección a vivir o no en pareja; segundo, en cuanto una forma especialmente protegida, el elegir si la convivencia en pareja debe realizarse de forma matrimonial o no; y tercero, el poder elegir entre matrimonio religioso o matrimonio civil. Como ha señalado el Tribunal Constitucional, “la regla del art. 10.1º CE, proyectada sobre los derechos individuales, implica que la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre, constituyendo, en consecuencia, un “minimum” invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales no conlleven un menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano merece la persona”<sup>2</sup>.

Como a continuación veremos, la regulación del derecho de familia operada en nuestro ordenamiento jurídico ha estado inspirada en todo momento por el derecho de los ciudadanos,

---

<sup>2</sup> STC 120/1990, f. j. 4º. Como ha señalado Llamazares Fernández, “conciencia y libertad son los dos pilares sobre los que se fundamenta la dignidad de la persona. Justamente porque es, se siente y sabe libre, el hombre es persona. Y es que, consciente de sus posibilidades a la par que de sus límites, es capaz de otear el ideal al que tiene que tender para alcanzar su máxima realización posible como ser consciente y libre. La moral como norma directiva de nuestras conductas no es más que el conjunto de imperativos categóricos derivados de esa percepción. Es una deducción de ese triángulo: conciencia, libertad y dignidad de la persona como ideal a perseguir incondicionalmente”. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., “Libertad de conciencia, identidad sexual y moral pública”, Intervención del autor pendiente de publicación en las Jornadas sobre el derecho al matrimonio celebrada en la Universidad de Lérida (2008).

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 su orientación sexual, y garantiza que las crisis matrimoniales se resuelvan de la forma más rápida y efectiva para los cónyuges.

A continuación nos referiremos a 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 el Estado de California el reconocimiento del matrimonio entre parejas del mismo sexo ha venido precedido de un proceso legislativo, conducente 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<sup>3</sup>. 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

---

<sup>3</sup> La posición en el terreno matrimonial de las parejas heterosexuales y la homosexuales es muy diferente. Las parejas heterosexuales pueden optar entre contraer matrimonio o no, de ahí que, una vez que la pareja ha decidido que no quiere canalizar su relación a través del matrimonio, puedan ser excluidas de determinados derechos previstos para los matrimonios. En el caso de las parejas homosexuales la realidad es bien diferente ya que, al no tener reconocido el derecho a contraer matrimonio, su única opción era convivir como pareja de hecho; de ahí que sus reivindicaciones en el terreno matrimonial sean más coherentes que las de las parejas de hecho heterosexuales.

contraer matrimonio, en el caso de California ha sido su Tribunal Supremo el que ha liderado este proceso.

## **2. MODELO ESPAÑOL.**

### **2. 1. MODELO MATRIMONIAL Y AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LOS CÓNYUGES.**

La Ley 15/2005, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, también conocida como la ley del divorcio express, modificó la ley del divorcio, que databa de 1981, con el objeto de adaptar la institución matrimonial a las nuevas necesidades de demanda la sociedad del siglo XXI.

La modificación del código civil en materia de separación y el 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 mas que la relación conyugal que se pretendía disolver. El legislador fue muy consciente de esta realidad pues, tal y como señaló 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 públicamente 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 partes<sup>4</sup>. 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. ¿Qué sentido tenía que una pareja tuviese que alegar un motivo para divorciarse cuando no se le pedía ninguno para casarse?, o ¿Por qué un matrimonio que hacía infeliz a los miembros de la pareja debía separarse durante dos años como condición para romper de forma definitiva la relación de la pareja?

---

<sup>4</sup> 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*”.

En esta misma línea, refrendadora de la autonomía de la voluntad de las partes, se deja a la voluntad de los cónyuges las decisiones sobre la patria potestad de sus hijos, pues ahora estos 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 supuestos que generaba el divorcio o la separación, justificaba que fuera alejado de su prole. 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”. 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 doméstica<sup>5</sup>.

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

---

<sup>5</sup> Vid. art. 92.7 CC.

EL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO EN EL ESTADO  
DE CALIFORNIA

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 obligado”<sup>6</sup>.

La reforma del modelo matrimonial se ha traducido en un incremento notable de los divorcios y en un descenso de las separaciones. En el 2006 los divorcios aumentaron casi un 75% mientras que las separaciones cayeron un 70%. Esto ha propiciado que la ley sea interpretada en algunos foros como una norma que promueve que las parejas se divorcien, por lo que la Iglesia católica y algunas organizaciones sociales, como el Instituto de Política Familiar, ha exigido la retirada de la ley del divorcio Express.

Se trata de argumentos que sólo pueden entenderse en el marco de un Estado paternalista que desconfía de sus ciudadanos, por lo que les obliga a permanecer casados con independencia de la calidad de su relación, o de los deseos de las partes. Estas posiciones son idénticas a las esgrimidas en los 80, cuando se aprobó la primera ley del divorcio de la democracia, y las estadísticas apuntaron rápidamente hacia el incremento de las

---

<sup>6</sup> 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 Libro Homenaje a Víctor Reina (Souto Paz Coord.), El Nuevo régimen legal del matrimonio en España, Comares, Granada, 2008, pág. 7.

rupturas matrimoniales. Ahora bien, las estadísticas señaladas deben interpretarse en el sentido contrario, es decir, las estadísticas indican que los españoles no comenzaron a divorciarse hasta los años 80 porque antes no lo podían hacer, y que desde el 2006 se ha incrementado el número de divorcios porque las parejas sólo tienen que esperar 3 meses para divorciarse, sin tener que pasar por un proceso previo de separación.

## **2.2. EL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO.**

Históricamente el matrimonio ha venido configurándose como una institución civil de carácter heterosexual. La cuestión que se plantea es si la realidad y las necesidades sociales pueden legitimar la modificación de la institución matrimonial, especialmente teniendo en cuenta que, tal y como ordena el Código Civil, la interpretación de las normas habrá de realizarse atendiendo a la realidad social del tiempo al que las normas han de ser aplicadas<sup>7</sup>. De forma complementaria, hay que tener en cuenta que, en palabras del Tribunal Constitucional, “la Constitución no sólo, protege la familia que se constituye mediante el matrimonio, aunque a esta 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 pareja”<sup>8</sup>. Esto supone que la familia comprende tanto aquellas derivadas de las uniones matrimoniales, como de los matrimonios de hecho, e incluso las constituidas por parejas de homosexuales<sup>9</sup>.

El legislador tenía dos opciones para conceder eficacia civil a las uniones entre personas del mismo sexo. El legislador podía

---

<sup>7</sup> Vid. 3. 1. CC.

<sup>8</sup> Vid. STC 47/1993, FJ 3, pár. 2, in fine 14.

<sup>9</sup> LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., El matrimonio homosexual, cit. pág. 3-39.

## EL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO EN EL ESTADO DE CALIFORNIA

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, era la de ofrecer la posibilidad de canalizar sus relaciones de pareja a través del matrimonio a cualquier pareja, con independencia de la orientación sexual o el sexo de sus integrantes.

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. ¿Qué sentido tiene conceder a las parejas del mismo sexo los mismos derechos que a los matrimonios pero denominarlos de forma diferente? Es más, llevando esta posición a su máxima expresión podríamos encontrarnos con la necesidad de utilizar una denominación para las 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 sexo”. Respecto a la autoridad competente para celebrar el matrimonio, el artículo 57 del Código Civil establece que 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 por lo tanto lo convierte en nulo, cuando el mismo se contraiga sin la intervención de las autoridades civiles mencionadas, tal y como ordena el artículo 73.3 del código civil.

La Ley 13/2005 conserva la configuración objetiva de la institución matrimonial, pero amplía sus efectos y consecuencias jurídicas a las personas 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 obligaciones”<sup>10</sup>, o “los cónyuges deben respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en interés de la

---

<sup>10</sup> Vid. art. 66 CC.

familia”<sup>11</sup>; 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 progenitores”<sup>12</sup>. Finalmente, 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 heterosexuales, 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.

La modificación el código civil en materia del derecho a contraer matrimonio fue aprobada en julio del 2005 con el respaldo mayoritario del Parlamento, por 183 votos a favor y 136 en contra. Sin embargo, el reconocimiento del derecho al matrimonio a las parejas del mismo sexo no fue bien acogido por el principal partido político de la oposición, los sectores más conservadores de la sociedad española, y en especial por la Iglesia católica, la cual lideró manifestaciones públicas en defensa de la familia, al entender que la inclusión del matrimonio entre personas del mismo sexo dentro del matrimonio civil supone una afrenta contra los matrimonios entre personas de diferente sexo, y que dicho reconocimiento legal supondría que las parejas del mismo sexo pudieran adoptar niños, y educarlos en un contexto familiar lesivo para su libertad de conciencia<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> Vid. art. 67 CC.

<sup>12</sup> Vid. art. 154 CC.

<sup>13</sup> La Nota ejecutiva de la Conferencia Episcopal Española de julio del 2004 ilustra esta posición, al exponer que: “tenemos el deber de recordar también algo tan obvio y natural como que el matrimonio no puede ser contraído más que por

Sin embargo, las estadísticas indican que los sectores contrarios al reconocimiento del derecho al matrimonio a las parejas del mismo sexo son una minoría, pues de acuerdo con una encuesta recientemente realizada por El Mundo-Sigma Dos, la mayoría de los españoles entiende que las uniones entre personas del mismo sexo deben denominarse matrimonio (frente al 47.3%); el 55,3% cree que los matrimonio homosexuales deben tener los mismos derechos que los heterosexuales para adoptar niños (frente al 38,3%); y el 47,7 considera positivo que España se haya adelantado a casi toda Europa en la regulación de los matrimonios homosexuales (frente al 30,3)<sup>14</sup>.

---

personas de diverso sexo: una mujer y un varón. A dos personas del mismo sexo no les asiste ningún derecho a contraer matrimonio entre ellas. El Estado, por su parte, no puede reconocer este derecho inexistente, a no ser actuando de un modo arbitrario que excede sus capacidades y que dañara, sin duda, muy seriamente, el bien común [...] las relaciones homosexuales, al no expresar el valor antropológico de la diferencia sexual, no realizan la complementariedad de los sexos, ni pueden engendrar nuevos hijos. [...] El bien superior de los niños exige, por supuesto, que no sean encargados en laboratorios, pero tampoco adoptados por uniones de personas del mismo sexo [...] No es justo que dos personas del mismo sexo puedan casarse. Que las leyes lo impidan no supone discriminación alguna [...] ¿Será posible seguir sosteniendo la verdad del matrimonio, y educando a los hijos de acuerdo con ella, sin que padres y educadores vean conculcado su derecho a hacerlo así por un nuevo sistema legal contrario a la razón?”. Por este motivo, “invitamos, pues, a todos, en especial a los católicos, a hacer todo lo que legítimamente se encuentre en sus manos en nuestro sistema democrático para que las leyes de nuestro País resulten favorables al único verdadero matrimonio. En particular, ante la situación en la que nos encontramos, el parlamentario católico tiene e deber moral de expresar clara y públicamente su desacuerdo y votar contra el proyecto de ley que pretenda legalizar las uniones homosexuales” (A favor del Verdadero Matrimonio. Nota ejecutiva de la Conferencia Episcopal Española, Madrid, 15 de julio de 2004).

<sup>14</sup> Diario el Mundo, jueves 7 de agosto de 2008.

### **2. 3. LA OBJECCIÓN 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 “interpositio 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 “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 Estado”<sup>15</sup>.

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 presentada 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, la opción por la que se decantó el legislador fue la contraria, pues la redacción 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 matrimonial.

---

<sup>15</sup>. Vid. STC 160/1987, de 27 de octubre, Fj. 3º.

Pese a esto, un sector de la doctrina jurídica<sup>16</sup> y la Conferencia Episcopal han alentado a la sociedad civil a objetar en conciencia a la celebración de matrimonios entre personas del mismo sexo. Las propuestas a este respecto carecen de coherencia jurídica, y se soportan exclusivamente en afirmaciones soportadas en la ideología católica, y en los informes del Consejo de Estado (diciembre 2004) y del Consejo General del Poder Judicial (enero de 2005) sobre este particular.

Las declaraciones del Cardenal Trujillo al periódico *Corriere de la Sera* el 22 de abril de 2005, y de Cardenal Ratzinger -hoy Benedicto XVI-, en nombre de la Congregación de la Doctrina para la Fe son expresivas, al exponer que “ante el reconocimiento legal de las uniones homosexuales, o la equiparación legal de éstas al matrimonio con acceso a los derechos propios del mismo, es necesario oponerse en forma clara e incisiva. Hay que abstenerse de cualquier tipo de cooperación formal a la promulgación o la aplicación de las leyes tan gravemente injustas, y asimismo, en cuanto sea posible, de la cooperación material en el plano aplicativo. En esta materia cada cual puede reivindicar el derecho a la objeción de conciencia”<sup>17</sup>. La Conferencia Episcopal defendió y trasladó esta posición a sus fieles mediante una Nota de su comité ejecutivo de 5 de mayo de 2005.

En este contexto debe interpretarse el Dictamen que sobre este particular emitió la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, según el cual “desde el punto de vista jurídico – concluye la Academia en su informe- no puede decirse que el

---

<sup>16</sup>. 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.

<sup>17</sup> Cit. Por NAVARRO-VALLS, R., “La objeción de conciencia a los matrimonios, cit. Pág. 2.

matrimonio sea un instrumento para dar cauce a la afectividad de las personas, ya que lo que se garantiza a través de él es el compromiso de vida en común que es independiente de las relaciones de afectividad, porque estas pertenecen al terreno de la intimidad”<sup>18</sup>. La posición de la Academia, por una parte, desliga a la relación matrimonial de las relaciones afectivas, y entiende que por el hecho de dos que personas tengan una relación afectiva no por ello cabe deducir que tengan un derecho nato al matrimonio; y por la otra, el elemento central que define al matrimonio es el compromiso de vida en común. Se trata de una argumentación cuando menos peculiar, ya que ese compromiso de vida en común lo pueden tener dos personas con independencia de su orientación sexual, o dos personas que compartan una vivienda pero no tengan una relación afectiva común.

La laguna que plantean argumentaciones de este tipo reside en el intento de definir el matrimonio desde una óptica netamente confesional, y excesivamente desligada de la realidad social actual. En el siglo XXI el matrimonio no puede definirse exclusivamente como la unión heterosexual indisoluble con el objeto de engendrar hijos, ya que si por algo se caracteriza actualmente la sociedad española es por la crisis de la institución matrimonial, y el consecuente divorcio de las parejas, por la proliferación de familias monoparentales, o por parejas sin hijos. Piénsese que España es uno de los países con menores índices de natalidad mundial.

El error interesado en que incurren los sectores críticos referidos está en pretender encajar el matrimonio homosexual dentro del esquema del modelo matrimonial precedente, cuando lo que hizo el legislador a través de la Ley 13/2005, y desde el

---

<sup>18</sup> 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.

respeto al derecho de los creyentes a contraer matrimonio de acuerdo con sus principios religiosos, es reconocer eficacia civil a una realidad social. El texto constitucional no define lo que es el matrimonio, y su interpretación en clave constitucional no está supeditada al concepto de matrimonio que en su momento tuvieron en mente los constituyentes ya que, como establece el artículo 3.1 del código civil, “la normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativo y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas”.

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 Alcalde.

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 homosexual 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

## EL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO EN EL ESTADO DE CALIFORNIA

Registro Civil carecen de función 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 Notariado<sup>19</sup>. 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 homosexuales<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup>. 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).

<sup>20</sup> La respuesta del Consejo General del Poder Judicial fue precisa, al entender que “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

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 es que no hay que olvidar que la administración de justicia también es un servicio público, al igual que la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos.

Y cuarto, el reconocimiento indiscriminado por parte del legislador del derecho a la objeción de conciencia a sus

---

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 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 impredecibles” Por LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., “El matrimonio homosexual, cit. pág. 3-39.

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 MATRIMONIOS DEL MISMO SEXO.**

Uno de los elementos que más relevancia tuvo en los debates políticos y sociales durante el proceso de aprobación de la Ley 13/2005 fue la posibilidad de que las parejas del mismo sexo pudieran adoptar. El obstáculo que impedía la adopción por parte de las parejas de hecho era el artículo 175.3 del Código Civil, el cual 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 suponía que la adopción sólo podía realizarse por parte de uno de los miembros de la pareja, lo cual impedía la existencia de vínculos legales adoptivos entre el adoptado y el otro miembro de la pareja<sup>21</sup>. Esta situación legal contrasta con la campaña que los sectores más conservadores de la sociedad española lideraron contra la posibilidad de que las parejas

---

<sup>21</sup> El modelo de adopción previo 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: por una parte, 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 por la otra, 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 mas de doce años de edad.

homosexuales 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 interesadas<sup>22</sup>. Ahora bien, conviene señalar que se trata de una Resolución, y en cuanto tal es jurídicamente relevante al inspirar la legislación de los Estados miembros, pero no se trata de una norma de obligado cumplimiento por parte de los Estados miembros.

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, homosexuales o heterosexuales, era una realidad en Holanda, Suecia e Inglaterra. Por su parte, Dinamarca, Islandia y Noruega, permitían en el 2005 dicha adopción por parte de los miembros

---

<sup>22</sup> 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.

de la pareja de hecho, cuando la misma se circunscribía a los hijos del conviviente<sup>23</sup>.

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 contrayentes 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 por que la legislación 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 consorte”<sup>24</sup>. Para facilitar la adopción por parte de dos

---

<sup>23</sup> Vid. MURILLO MUÑOZ, M., Matrimonio y convivencia en pareja..., pág. 419.

<sup>24</sup> Art. 175 apartado 4 del Código Civil.

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 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 homosexuales puedan adoptar, ya sea a título individual o como pareja. En la ley catalana la adopción de las parejas de hecho, homosexuales o heterosexuales, 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 consentimiento<sup>25</sup>. Respecto a la denominación de los adoptantes cuando estos tengan el mismo sexo, ambos se denominan madres si son mujeres o padres si son hombres<sup>26</sup>.

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

---

<sup>25</sup>. En la nueva redacción del art. 122 Ley catalana 9/1998 del código de familia.

<sup>26</sup>. En la nueva redacción del art. 132 Ley catalana 9/1998 del código de familia.

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 DEL ESTADO DE CALIFORNIA.**

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* muy activos, especialmente en los Estados conocidos como Estados refugio debido a la persecución social que tradicionalmente ha acompañado a las parejas homosexuales; 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; y por último, los movimientos referidos han entrado de lleno en el debate político, al apoyar incondicionalmente a un sector político o a su rival en función de su posición en la materia.

En la actualidad, de los 50 Estados que conforman el modelo federal estadounidense 45 han prohibido de forma expresa en su legislación que las parejas del mismo sexo puedan contraer matrimonio, y de éstos 26 Estados han enmendado sus

textos constitucionales para definir el matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer. En el otro lado de la balanza los Estados de Vermont, New Jersey, New Hampshire y Connecticut, si bien no permiten el matrimonio entre parejas del mismo sexo, han modificado su legislación para reconocer cierta eficacia civil a estas uniones; otros Estados, como Oregon, Maine, Hawai y Washington, han aprobado legislación conducente a la equiparación entre las parejas de hecho, con independencia de la orientación sexual de sus integrantes, y el matrimonio; y otros Estados como Massachussets desde el 2004 y California han legalizado recientemente el matrimonio entre personas del mismo sexo<sup>27</sup>.

La sentencia del Tribunal Supremo de California debe interpretarse en este contexto. El fallo del tribunal es el resultado de una larga cadena de tomas de posición del poder legislativo, ejecutivo y ahora judicial. 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 que podía celebrarse civilmente 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.

Las consecuencias de esta disparidad en la regulación matrimonial de los Estados todavía no son claras ya que, por ejemplo, en California no es necesario ser residente para poder

---

<sup>27</sup> Vid. *Conaway v. deane* (Md. 2007) 932 A. 2d 571; *Morrison v. Sadler* (Ind. Ct. App. 2005) 821 N.E. 2d 15; *Andersen v. King County* (Wn. 2006) 138 P. 3d 963.

contraer matrimonio, y puede producirse el consecuente efecto llamada pues todavía no está claro que validez civil darán los demás Estados a los matrimonios que son validos en Massachussets y California. La posibilidad de reconocer validez civil a los matrimonios entre personas del mismo sexo es competencia exclusiva de los Estados, tal y como estableció la *Ley para la defensa del matrimonio* aprobada por el Gobierno federal en 1996, según la cual “Ningún Estado, territorio, posesión de los Estados Unidos o tribu india, estará obligado a ejecutar en su territorio ninguna disposición, documento o sentencia judicial de otro Estado, territorio, posesión de los Estados Unidos o tribu india, concerniente a una relación entre personas del mismo sexo, que sea considera como matrimonial según las leyes de ese Estado, territorio, posesión de los Estados Unidos o tribu india”.

Asimismo, el sector contrario al reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo ha iniciado una campaña de presión de cara a las elecciones presidenciales de noviembre del 2008, para que, tal y como ocurre en 26 Estados, la Constitución federal sea enmendada prohibiendo que los matrimonios entre personas del mismo sexo tengan validez civil.

### **3. 1. LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO DE CALIFORNIA. *IN RE MARRIAGE CASES*.**

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 de diferente 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 pertinente decisión del Tribunal Supremo del Estado de California, se celebraron numerosos matrimonios entre personas del mismo sexo. Asimismo, diversas asociaciones recurrieron ante el Tribunal Supremo de California denunciando que estos matrimonios, si bien eran válidos en California, no tenían validez legal fuera de dicho Estado por lo que el ejercicio del derecho al matrimonio no era pleno.

En la sentencia que resolvió el caso *Lockyer v. City of County of San Francisco*<sup>28</sup> el Tribunal Supremo del Estado de California estableció 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 personas del mismo sexo que se celebraron en este breve periodo de tiempo. Sin embargo, el tribunal no se pronunció sobre la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo, porque esta cuestión no fue planteada en el *petitum* de la demanda.

---

<sup>28</sup> (2004) 33 Cal. 4th 1005.

EL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO EN EL ESTADO  
DE CALIFORNIA

*In Re Marriage Cases*<sup>29</sup> el Tribunal Supremo del Estado de California se pronunció sobre seis apelaciones a decisiones judiciales relacionadas con la regulación matrimonial de dicho Estado, así como la cuestión de constitucionalidad planteada por el Ayuntamiento de San Francisco relativa a la posibilidad de que las personas del mismo sexo pudieran contraer matrimonio.

La relevancia de la sentencia objeto de nuestro estudio se aprecia en las siguientes palabras del tribunal, “nuestra misión no es entrometernos en una materia política, sino determinar si las relaciones entre personas del mismo sexo deben denominarse matrimonios en vez de *domestic partnership*, por lo que simplemente nos ceñiremos a la determinación de cuándo el uso de denominaciones diferentes para regular las relaciones de pareja viola la Constitución de California. Somos plenamente conscientes de que existen fuertes diferencias de opinión ente aquellos que defienden la inclusión de las uniones homosexuales dentro del término matrimonio, y de que es negativo para los intereses fiscales del Estado reservar la institución matrimonial en exclusiva para las uniones heterosexuales; de la misma manera que para otros es de vital importancia reservar el término matrimonio exclusivamente para las parejas de diferente sexo, pese a que la legislación del Estado equipare en derechos y obligaciones a ambos tipos de uniones. Por este motivo, somos conscientes, en cuanto jueces y en cuanto tribunal, de nuestra responsabilidad”.

La cuestión a la que respondió el tribunal es en qué medida el hecho de que las parejas del mismo sexo disfruten de una regulación específica, de acuerdo con la categoría de *domestic partnership*, y de que no disfruten del mismo derecho a fundar

---

<sup>29</sup> 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.

una familia y a regular sus relaciones de pareja mediante la institución matrimonial, vulnera la Constitución de California.

### **3. 2. 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 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 hijos<sup>30</sup>.

Por su parte, 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<sup>31</sup>. 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 entablar relaciones familiares consensuadas”.

---

<sup>30</sup> Vid. *Conservator ship of Valerie* (1985) 40 Cal. 3d 143, 161 (Valerie N.)

<sup>31</sup> Vid. *Meyer v. Nebraska* (1923) 262 US 390, 399; *Griswold v. Connecticut* (1965) 381 US 479.

## EL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO EN EL ESTADO DE CALIFORNIA

La regulación civil del derecho al matrimonio tiene su primer precedente en el Código Civil de 1872, que definió 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 definió el 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 esposa”<sup>32</sup>.

La contienda social y política que tuvo lugar en California en el último tercio del siglo XX, cuando los colectivos partidarios del reconocimiento del matrimonio a las parejas del mismo sexo iniciaron una serie de movimientos sociales, se zanjó con la modificación de la legislación de California en 1977 con el objeto de precisar el carácter heterosexual del matrimonio, de forma que “marriage is a personal relation arising out of a civil contract between a man and a woman, to which the consent of the parties capable of making that contract is necessary”. De forma complementaria, un grupo de ciudadanos solicitó la aprobación de la *Proposition 22 legal Defense Fund and the Campaign* para que el Estado de California no reconociera efectos civiles a los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en otros Estados, lo que finalmente ocurrió en marzo del 2000.

Probablemente el Estado de California ha sido el Estado de América del Norte más liberal en la regulación de las parejas de hecho, tanto heterosexuales como homosexuales. La equiparación entre las parejas de hecho y de derecho se gestó a través del *California Domestic Partner Rights and Responsibilities Act* (DPA), aprobado en 2003, y supuso el reconocimiento a las parejas de hecho residentes en California de los derechos que el ordenamiento jurídico del Estado de California reconocía en

---

<sup>32</sup> Sobre la interpretación jurisprudencial operada sobre el Código de familia de 1872 Vid. Kilburn v. Kilburn (1891) 89 Cal. 46, 50.

exclusiva para los matrimonios<sup>33</sup>. El preámbulo de la norma es expresivo, al exponer que su objetivo es la promoción del concepto de familia, las relaciones entre sus miembros, dar soluciones a las crisis entre los miembros de la pareja, y eliminar cualquier discriminación que pueda generarse en el terreno de la familia, debido al sexo o a la orientación sexual de los miembros de la pareja.

La única laguna que el DPA no resolvió fue la equiparación entre las parejas de hecho y los matrimonios en el terreno fiscal pues, a diferencia de los matrimonios, las parejas de hecho no podían realizar su tributación de forma conjunta ya que el ordenamiento jurídico tributario no reconocía el carácter comunal a los ingresos de la pareja. Para solucionar este problema, en 2006 el Congreso de California aprobó una norma que permite a las parejas de hecho inscritas optar entre realizar su tributación de forma individual o conjunta.

Esto no quiere decir que la equiparación sea completa entre las uniones de hecho y los matrimonios en el terreno fiscal, ya que existen determinados beneficios fiscales 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, que sólo pueden disfrutar los matrimonios de acuerdo con su concepción en la legislación federal, que define al matrimonio “la unión legal entre un hombre y una mujer”<sup>34</sup>. 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 caso de que se modifique la legislación federal.

---

<sup>33</sup> Así viene reconociendolo la jurisprudencia del Estado de California desde la sentencia que resolvió el caso *Koebke v. Bernardo Heights Country Club* (2005) 36 Cal. 4th 824, 839.

<sup>34</sup> 1 U.S. Code, section 7.

De acuerdo con estos parámetros, el ordenamiento jurídico de California prevé la existencia de dos modelos de familia. Por una parte, las parejas del mismo sexo pueden optar entre contraer matrimonio o configurarse como parejas de hecho reconocidas por el Estado. Y por la otra, las parejas del mismo sexo sólo pueden obtener el reconocimiento civil de su relación mediante su inscripción en el pertinente registro, lo que supone que, si bien disfrutaban de la mayoría de los beneficios previstos para los matrimonios, no tienen la denominación de tales.

### **3.3. FAMILIA Y MATRIMONIO.**

En la sentencia *Pérez v. Sharp*<sup>35</sup> el Tribunal Supremo de California estimó que la prohibición de celebrar matrimonios interraciales vulneraba el derecho al matrimonio, y definió el matrimonio como “el derecho de carácter individual a crear, con aquella persona con la que los individuos deciden compartir su vida, lo que viene denominándose oficialmente como una familia, para compartir derechos y obligaciones”.

La definición de la familia ha evolucionado desde la sentencia *Pérez*, debido al impulso del legislador y de la judicatura. En la actualidad el Estado de California reconoce a sus residentes en cuanto una manifestación del derecho a la familia la capacidad para establecer relaciones sujetas a término con otras personas, así como tener hijos en común, con independencia de la orientación sexual de los integrantes de la familia.

El principal problema que presenta esta situación reside en que, si bien el término familia incluye las relaciones de pareja con independencia de la orientación sexual de sus miembros, la atribución de una denominación diferente cuando los miembros de la familia tienen una determinada orientación sexual, o si se

---

<sup>35</sup> (1948) 32 cal. 2d 711.

prefiere la exclusión de las parejas del mismo sexo del término matrimonio supone, en palabras del tribunal, “que la legislación pone en peligro la dignidad y el respeto de un tipo de relación familiar. De forma que, pese a que la legislación de parejas de hecho concede a las parejas del mismo sexo los principales elementos que se atribuyen al matrimonio, la legislación vigente en el Estado de California puede lesionar, aunque sea potencialmente, el derecho al matrimonio”.

La institución matrimonial sirve a la sociedad civil de diferentes maneras, y especialmente como el cauce más apropiado para que los individuos eduquen a sus hijos, y los preparen para su plena integración en la sociedad. En otras palabras, la familia es una institución con un valor social, político y cultural incalculable para la vida en sociedad.

Los individuos puedan crear familias sin contraer matrimonio, ya que el matrimonio es el reconocimiento desde los poderes públicos de las relaciones de pareja que voluntariamente desean dicho reconocimiento. Desde esta óptica, señala el tribunal “parece razonable que, dada la relevancia que el matrimonio presenta para los fines del Estado, así como la vinculación del matrimonio con la dignidad, la privacidad y el libre desarrollo de la personalidad, la Constitución de California sólo puede ser interpretada de forma que se garantice este derecho civil de las personas y las parejas, con independencia de su orientación sexual”.

Respecto a la relación entre el matrimonio y la procreación, el tribunal entendió que se trata de dos derechos que están relacionados y pueden ejercerse al mismo tiempo por los mismos sujetos de derecho, pero que son realidades autónomas cuyo ejercicio es inherente al libre desarrollo de la personalidad humana. De otra manera, aquellas parejas heterosexuales que no pueden tener hijos deberían ser excluidas de la institución matrimonial, lo cual carece de sentido, al igual que ocurre con las parejas del mismo sexo, porque la incapacidad física para tener hijos puede ser suplida a través de las técnicas de reproducción

asistida, o la adopción. En sus palabras “este tribunal entiende que el Estado pueda tener un interés especial en promover la *procreación responsable* de sus ciudadanos, y por ello conceder los beneficios de los matrimonios a las parejas de hecho heterosexuales con el objeto de que la relación familiar sea lo más estable posible, pero no que niegue la misma cobertura jurídica a las parejas que no puedan concebir hijos de forma autónoma”.

### 3.4. ARGUMENTACIÓN DEL TRIBUNAL.

La jurisprudencia estatal en el terreno de los derechos y libertades fundamentales utiliza el denominado *strict scrutiny standard* para determinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la legislación estatal de acuerdo con dos parámetros. En primer lugar, para que una norma que trata de forma desigual a los ciudadanos no sea inconstitucional, es necesario que el objetivo del Estado con su aprobación sea legítimo y proteja un interés superior. Y en segundo lugar, la discriminación debe ser razonable y la única vía que le quede al Estado para salvaguardar el interés superior.

Para el tribunal el uso de la denominación de matrimonio exclusivamente para las parejas del mismo sexo 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 disfrutaban 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, pues “las parejas del mismo sexo que decidan casarse se regularán por los mismos derechos y obligaciones que el ordenamiento jurídico prevé para las parejas de diferente sexo”.

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 diferentes, que las familias compuestas por parejas del mismo sexo no tienen la misma dignidad y legitimidad jurídica que las familias de diferente sexo, y que los poderes públicos interpretan que su relación se somete a un estatuto diferente y de menor calidad que el de las parejas 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 en algunos terrenos 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 denominar las relaciones de pareja, del mismo sexo que así lo deseen, sino cobijar bajo el paraguas del término matrimonio a las uniones, con independencia del sexo o de la orientación sexual de sus miembros.

Por los motivos aludidos, el Tribunal Supremo de California 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. A diferencia de la sentencia Lockyer, donde el tribunal estimó que las autoridades administrativas no podían emitir licencias para que personas del mismo sexo pudieran contraer matrimonio, en este caso el tribunal entendió que la concesión de licencias matrimoniales a parejas homosexuales era legal, pero porque previamente estableció que el modelo matrimonial discriminaba a las parejas homosexuales por razón de su orientación sexual, y en consecuencia era inconstitucional.

### **3.5. LA CRÍTICA AL ACTIVISMO DEL PODER JUDICIAL POR INTROMISIÓN EN LAS COMPETENCIAS DEL PODER LEGISLATIVO.**

#### **3.5. A) EL VOTO PARTICULAR DEL JUEZ CORRIGAN.**

El juez Corrigan emitió un voto particular contrario al voto de la mayoría especialmente interesante pues, por una parte, reflexionó sobre el papel de la judicatura en los casos relacionados con los derechos y libertades fundamentales; y por la otra, justificó su posición en la obligación de los jueces de cumplir y hacer cumplir la ley, que en este caso, si bien no permitía el matrimonio entre personas del mismo sexo, equiparaba en derechos a los matrimonios y a las parejas de hecho, con independencia de la orientación sexual de sus integrantes.

En opinión de Corrigan las uniones entre las personas del mismo sexo deberían poder materializarse a través del matrimonio, pero ésta no es la opinión que los ciudadanos expresaron a través del referéndum convocado a tal efecto, por lo que un tribunal sólo puede ignorar o actuar contra la opinión mayoritaria del pueblo expresada a través de su voto en el caso de que la Constitución así lo permita, lo cual no ocurre en este caso. Y es que, como se ha señalado anteriormente, el Código de Familia del Estado de California fue enmendado en el año 2000 a través de la Proposición de Ley 22<sup>36</sup>, y en referéndum la mayoría de los votantes expresaron su deseo de que el matrimonio se configurase exclusivamente como la unión entre hombre y mujer. Por lo tanto, la sentencia del Tribunal Supremo ha establecido que la decisión de la mayoría de los californianos de conservar la definición tradicional de matrimonio es inconstitucional.

---

<sup>36</sup> Vid. Family Code, Sección 308.5.

El modelo matrimonial de California puede definirse como un modelo de paridad, en el cual existen dos tipos de uniones, que si bien son diferentes por razón de la orientación sexual de los miembros de la pareja, son tratadas de igual manera por parte del ordenamiento jurídico. Pero esto no significa, según Corrigan, que el modelo matrimonial del Estado de California soportado en el modelo de matrimonio tradicional sea inconstitucional.

El voto de la mayoría justificó su decisión en la jurisprudencia creada para eliminar la discriminación racial, que durante tantos años estuvo presente en el ordenamiento jurídico estadounidense. Ahora bien, a diferencia de este supuesto, los casos de discriminación racial se decidieron aplicando la decimocuarta enmienda a la Constitución federal estadounidense, la cual prohíbe la discriminación racial<sup>37</sup>.

La diferencia entre la jurisprudencia aludida y este caso reside en que el Tribunal Supremo, al permitir que las parejas del mismo sexo puedan contraer matrimonio, está alterando el elemento central de la institución matrimonial. En palabras de Corrigan, el legislador tiene la obligación de no discriminar entre las uniones por razón de la orientación sexual de sus miembros, y en consecuencia debe someterlos a la misma ley, pero lo que ha decidido en este caso el tribunal es una materia que corresponde decidir a los ciudadanos a través de su voto. Sin embargo, 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

---

<sup>37</sup> Esta norma fue aprobada por el Congreso federal y posteriormente ratificada por los Estados. La aplicación de la decimocuarta enmienda al terreno matrimonial supuso, por ejemplo, que las leyes que prohibían los matrimonios interraciales fueran derogadas pues “el derecho al matrimonio es el derecho a compartir la institución matrimonial con la persona que cada uno elija” Vid. *Perez v. Sharp* (1948) 32 Cal. 2d 711.

Estado de California, ésta debe ser decidida por los ciudadanos de este Estado y ser definida a través de las urnas”.

### **3.5. B) EL VOTO PARTICULAR DEL JUEZ BAXTER.**

El juez Baxter fue muy crítico con la posición del voto mayoritario, que estableció que la determinación del alcance y contenido de un derecho fundamental forma parte de las competencias del Tribunal Supremo, de forma autónoma e independiente a la opinión de la ciudadanía sobre una determinada materia. 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, ya sea directa o 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 tenga indirectamente el poder que directamente no tiene, es decir, el enmendar la Constitución y rechazar un iniciativa de ley”.

Pese a que la legislación de California es la más liberal y pionera de Norteamérica en esta materia, y fue ratificada por un contundente voto popular, dicha normativa reserva el término matrimonio exclusivamente para las parejas de diferente sexo. Se trata de una de las peculiaridades del ordenamiento jurídico de California, pues, por una parte, como consecuencia del resultado del referéndum sobre la regulación matrimonial, el Congreso de California no puede aprobar una norma que permita el matrimonio entre personas del mismo sexo; pero por la otra, la aprobación de un cuerpo normativo conducente a la equiparación

entre los matrimonios y las parejas de hecho puede ser interpretado por el Tribunal Supremo como una lesión del marco constitucional, y para remediar dicha situación el tribunal ha ordenado que el término matrimonio sea interpretado permitiendo que puedan contraer el mismo las parejas del mismo sexo. En palabras de Baxter “en una suerte de *jujitsu* legal, el tribunal ordena que el peso del poder legislativo sea usado contra el mismo, para crear un derecho constitucional contrario a los deseos de la ciudadanía, al anular una norma que de otra manera sería inmune a los deseos del legislador”.

Asimismo, el juez Baxter votó en contra del reconocimiento del derecho al matrimonio a las parejas homosexuales por tres motivos, a saber:

En primer lugar, el término matrimonio tiene un carácter neutral, pues permite a las personas, con independencia de su orientación sexual, que puedan contraer matrimonio, y no prohíbe que dicha unión pueda realizarse cuando uno de los contrayentes sea homosexual. La parte del Código de Familia que regula el derecho al matrimonio sólo sería inconstitucional si existieran evidencias, de que la intención del legislador al aprobar esta legislación fue discriminar a las parejas del mismo sexo, lo que no ocurre en este caso.

En segundo lugar, el poder legislativo es el único poder con la competencia para reconocer derechos a las parejas del mismo sexo sin tener que denominar a las mismas matrimonios, especialmente cuando la iniciativa legislativa conducente a este resultado fue refrendada por el 61,4 del voto popular, y su principal propósito fue limitar el uso del término matrimonio a las parejas de diferente sexo.

Y en tercer lugar, la legislación federal concede determinados beneficios a los matrimonios que son tales de acuerdo con la concepción matrimonial federal, que limita el matrimonio a las parejas de diferente sexo, por lo que el Estado de California está obligado a diferenciar entre las parejas

heterosexuales y homosexuales para administrar dichos programas federales.

#### **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 o la orientación sexual 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.

Las modificaciones del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, la separación y el divorcio, son, si bien independientes y autónomas, claramente complementarias pues 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, pues las obligaciones y derechos que el Código Civil prevé para los contrayentes carecen de sanción jurídica directa en caso de incumplimiento; 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 cónyuges; y por último, en la línea señalada de pleno respeto a la voluntad de los individuos, estos pueden contraer matrimonio con la persona que deseen, con independencia de su sexo, de forma que el matrimonio se desliga completamente de la procreación.

La nueva 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.

El Estado de California ha adoptado la misma solución que nuestro ordenamiento jurídico, aunque utilizando una argumentación diferente. El punto de partida del modelo de California es la equiparación casi completa entre las uniones civiles y los matrimonios, que permitía a las parejas del mismo sexo disfrutar de la mayoría de los derechos que el ordenamiento jurídico venía reconociendo en exclusiva a los matrimonios. Para el voto mayoritario de los jueces Tribunal Supremo de California, la igualdad no se puede conseguir por esa vía, con independencia de que la única diferencia objetiva entre ambas instituciones sea su denominación, pues el uso de la denominación matrimonial exclusivamente por las parejas de diferente sexo implica que “los homosexuales y las parejas del mismo sexo son en algunos terrenos 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”.

Por este motivo, el Tribunal Supremo del Estado de California llegó a la conclusión de que la solución más coherente con los principios de igualdad, dignidad y libre desarrollo de la personalidad, no es buscar una denominación nueva que sirva para denominar las relaciones de pareja, en función de que éstas sean del mismo o de diferente sexo, sino cobijar bajo el paraguas del término matrimonio a las uniones, con independencia del sexo o de la orientación sexual de sus miembros. El mismo reproche se realiza desde la perspectiva de la familia, pues 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 legitimidad para los poderes públicos que las familias compuestas por personas de diferente sexo.

El nexo común de ambos modelos está en que la moral pública, ni directa ni indirectamente, se ha presentado en los debates (parlamentario uno y judicial el otro) como un límite al

EL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO EN EL ESTADO  
DE CALIFORNIA

reconocimiento del derecho al matrimonio a las parejas del mismo sexo, y el matrimonio en cuanto institución civil se define como una institución que tiene por objeto satisfacer las necesidades de los ciudadanos, y no obstaculizar que éstos puedan desarrollarse libremente como personas en el terreno de sus relaciones afectivas.

