
EL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL
MISMO SEXO EN CALIFORNIA:
UN CASO DE CONTROL DE LA
CONSTITUCIONALIDAD LOCAL

MANUEL GONZÁLEZ OROPEZA
Y CARLOS BÁEZ SILVA

Resumen: En el trabajo se analizan las sentencias que diversos tribunales de California dictaron sobre litigios planteados en torno a la constitucionalidad (estatal no federal) de las disposiciones del código civil californiano que no permitían el matrimonio entre personas del mismo sexo; también se estudia la sentencia dictada por la Suprema Corte de tal estado en la que ésta analizó la constitucionalidad de la reforma a la Constitución de California, aprobada por referéndum, que no sólo no permite dicho matrimonio, sino que tampoco reconoce los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en otros estados.

Palabras clave: Matrimonio entre personas del mismo sexo, control de constitucionalidad estatal, revisión judicial de reformas a la constitución

Abstract: The essay analyzes the different cases solved by the Californian courts, specially the Supreme Court, about the prohibition given

in the family code of California about the same-sex marriages, and the final decision of the Californian Supreme Court about the judicial review of the constitutional amendment (approved by referendum) in order to put that restriction in the Constitution of the State.

Key words: Same-sex marriages, local judicial review, judicial review of the constitutional amendments.

En no pocas ocasiones, a pesar del impulso y análisis que en los últimos diez años ha recibido, la justicia constitucional en las entidades federativas sigue siendo denostada, ignorada o menospreciada. Estas actitudes se presentan incluso en las propias instituciones estatales, pues es frecuente la ausencia de normas secundarias que hagan plenamente efectivas las normas constitucionales que prescriben mecanismos de protección de la constitución estatal.

Lamentablemente, nuestra acendrada tradición centralista y la ya incuestionable disfunción del juicio de amparo en negocios judiciales o “amparo casación”, auspiciaron no sólo el olvido de las normas constitucionales estatales, sino la ausencia de mecanismos para su control y protección. Como mencionamos, en la última década se ha tratado de revertir dicha tendencia, con ayuda, curiosamente, de la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación, la que no sólo a través de sus sentencias, sino también mediante la difusión del constitucionalismo local, se ha convertido en un baluarte de su renacimiento.¹

En diversos foros y en pláticas privadas, no es de sorprender que juzgadores federales, pero sobre todo juzgadores estatales, consideren innecesario el estudio y práctica del control de la constitucionalidad local y, en ambos casos, por una misma razón: si ya existen los tribunales federales y el juicio de amparo en revisión, ¿qué caso tiene contar con tribunales de constitucionalidad estatales? Con esta lógica, el federalismo que debiera ser impulsado por los Estados queda sofocado por la inercia del centralismo, auspiciado por la pasividad y dependencia de las entidades federativas.

¹ Valga mencionar solo a manera de ejemplo que, desde 2004, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha organizado anualmente las mesas redondas sobre la justicia constitucional en las entidades federativas. De esos fructíferos encuentros se ha derivado publicaciones que recogen las diversas ponencias; véase, por una parte, Manuel González Oropeza y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coordinadores), *La justicia constitucional en las entidades federativas*, Porrúa, México, 2006; por la otra, *La justicia constitucional en las entidades federativas. Memorias de la cuarta mesa redonda*, Suprema Corte de Justicia de la Nación-Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2008, cuya versión electrónica se localiza en al página www.te.gob.mx.

El tema del federalismo, además de las cuestiones tradicionalmente abordadas en los libros de derecho constitucional (distribución de competencias, soberanía o autonomía de los Estados, entre otros) encierra una cuestión que, en estos momentos, merece ser resaltada: la del pluralismo político y cultural.

Nadie podría negar que en los años recientes en nuestro país se ha experimentado una explosión evidente de pluralismo político y cultural. Los diferentes colores con los que se pintan nuestros gobiernos municipales, estatales y federal, así como nuestros congresos, ha dejado atrás la aburrida monocromía que durante buena parte del siglo XX nos fue tan común. De la misma manera, el hecho de que nuestro artículo 2º constitucional precise que: “La Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas” no es la causa, sino la consecuencia de haber reconocido, finalmente, un hecho notorio.

La forma federal de Estado es un diseño que facilita el surgimiento y la expresión de ideas, propuestas o tendencias, tanto en lo político como en lo legislativo. Y el ámbito judicial no escapa a esta situación. La existencia de múltiples tribunales, lejos de convertirse en una amenaza a la seguridad jurídica (cuando a ésta se le da el sentido de la inmovilidad y la quietud atrofiante) es una oportunidad única para la generación de divergencias, de puntos de vista novedosos o, al menos, distintos a la opinión jurídica dominante. Claro que de la existencia de una multitud de tribunales no se sigue necesariamente la existencia de opiniones divergentes, pero sí, al menos, la probabilidad de que dicha existencia aumente.

Así, el funcionamiento de tribunales de constitucionalidad estatales promueve la posibilidad de que las normas locales puedan ser interpretadas, aún dentro de nuestra tradición jurídica, de manera novedosa, creando soluciones jurídicas diferentes a los casos tradicionales o bien a casos nuevos presentados por abogados con imaginación. De esta forma, la promoción y el funcionamiento de los tribunales de constitucionalidad local no sólo permite que los problemas estatales de constitucionalidad local se resuelvan en las propias entidades federativas, sino que,

además, permite que dichos problemas, aunque muy parecidos a los federales, puedan obtener soluciones innovadoras.

Evidentemente no toda solución innovadora, por mucha imaginación que la respalde, necesariamente debe ser o será una solución correcta. Pero es ya un gran avance el hecho mismo de que nuestros jueces comiencen a imaginar soluciones distintas a las que la tradición o el paradigma dictan. En otras palabras: lo más importante no es encontrar las soluciones más correctas, sino discutir pública y transparentemente todas las alternativas. En este sentido, los juzgadores estatales tienen mucho que aportar.

En California es posible advertir un claro ejemplo del funcionamiento de la justicia constitucional en las entidades federativas, específicamente respecto de lo que ha sucedido en los últimos nueve años en dicho Estado en torno al matrimonio entre personas del mismo sexo². Sobre esta cuestión, diferentes tribunales estatales han interpretado las normas californianas para dilucidar si en dicha entidad es correcto o no que personas del mismo sexo puedan contraer matrimonio, tal como lo pueden hacer personas de sexo distinto.

A partir de 1971, el Código Civil de California, sección 4101, subdivisión (a), prescribió que “cualquier persona soltera de 18 años o más, sin ninguna otra descalificación, es capaz de consentir y consumir matrimonio”. Ésta, al igual que otras disposiciones constitucionales y legislativas relacionadas con el matrimonio, supuso que éste se celebraba entre un hombre y una mujer.³

A mediados de los años setentas, diversas parejas del mismo sexo solicitaron a los funcionarios municipales californianos

² Para una revisión, ya antigua, pero muy completa hasta la fecha de su publicación, cfr. William N. Eskridge Jr., “A History of Same-Sex Marriage”, en *Virginia Law Review*, Vol. 79, núm. 7, oct., 1993, pp. 1419-1513.

³ *In re MARRIAGE CASES*, 183 P. 3d 384 (Cal.2008), p. 26. Esta es la sentencia dictada por la Suprema Corte de California el 15 de mayo de 2008, en virtud de la cual fue declarado inconstitucional el artículo del código civil de California que impedía el matrimonio entre personas del mismo sexo. Citado en adelante como *In re MARRIAGE CASES III*.

la expedición de licencias para contraer matrimonio, bajo el argumento de que la norma estatal no prescribía como requisito que los contrayentes fueran de sexo distinto. Este tipo de solicitudes, que se rechazaron, motivó que la *County Clerks Association of California* propusiera al Congreso de California la modificación del texto del Código Civil para evitar “confusiones”⁴.

En 1977, el referido Código se modificó para prescribir que “el matrimonio es una relación personal surgida de un contrato civil entre un hombre y una mujer, para lo cual el consentimiento de las partes capaces para celebrar contratos es necesario”; expresamente, el legislador californiano precisó que el propósito de la modificación legislativa era prohibir que personas del mismo sexo contrajeran legalmente matrimonio. En 1992, se creó el Código Familiar de California, al cual se incorporó la prescripción citada en su sección 300.

En 2000, a través de la Propuesta 22, se adicionó la Sección 308.5 al referido Código Familiar, la que prescribe que “sólo el matrimonio entre un hombre y una mujer es válido y reconocido en California”⁵. Esta adición legislativa no sólo es relevante por lo que prescribe, y el momento en que lo hace, sino por la manera en que se produjo.

La referida adición se llevó a cabo mediante una *statutory initiative* o *referéndum*, es decir, la iniciativa correspondiente fue propuesta por al menos el 5% del número de votantes en la elección de gobernador inmediatamente anterior y aprobada con un margen de 61% de los votos válidos⁶. Por regla general, una norma legislativa aprobada mediante referéndum sólo puede ser

⁴ *In re MARRIAGES CASES*, 49 Cal. Rptr. 3d 675 (Ct App. 2006), p. 13. Esta es la sentencia que dictó el 5 de octubre de 2006 la tercera sala de la Corte de Apelación del Primer Distrito de California, en la cual se consideró constitucionales las prohibición prevista en el código civil de California al matrimonio entre personas del mismo sexo. Citado en adelante como *In re MARRIAGE CASES II*.

⁵ *In re MARRIAGE CASES III*, p. 28.

⁶ Lois A. Weithorn, “Can a Subsequent Change in Law Void a Marriage that Was Valid at Its Inception? Considering the Legal Effect of proposition 8 on California’s Existing Same-Sex Marriages”, en *Hastings Law Journal*, May (2009), 60, p. 1076.

modificada o eliminada mediante el mismo mecanismo, por lo que el Congreso de California no puede, por sí mismo, modificar o abrogar tal norma⁷.

El 10 de febrero de 2004, el alcalde de San Francisco ordenó a los funcionarios municipales encargados de expedir las licencias matrimoniales que no las negaran por razón del género de los contrayentes⁸, puesto que las prescripciones del código familiar violaban las cláusulas de la Constitución de California de la igualdad en la aplicación de la ley y el debido proceso en la privación de un derecho. Puesto que los funcionarios municipales, al momento de tomar posesión de su cargo, juraron respetar y hacer respetar la norma suprema californiana, tales funcionarios debían aplicar la Constitución por encima de las disposiciones legislativas que la violaran⁹.

En las cuatro semanas subsecuentes fueron expedidas cerca de cuatro mil licencias matrimoniales y se celebraron también miles de matrimonios entre personas del mismo sexo en San Francisco. La actuación de las autoridades municipales fue cuestionada tanto por diversas asociaciones como por el procurador del Estado; las primeras sostenían la inconstitucionalidad del proceder del alcalde en razón de que las normas del código familiar no violaban la Constitución estatal, por lo que solicitaban la anulación de todos los matrimonios celebrados entre personas del mismo sexo a partir de la actuación inconstitucional del alcalde; por su parte, el procurador del Estado, antes que discutir sobre la cuestión de fondo, planteó lo indebido del proceder del alcalde, en razón de que si bien las autoridades administrativas pueden inaplicar una norma en razón de su inconstitucionalidad

⁷ California es un Estado que abrazó los postulados del *Progressive Movement* a finales del siglo XIX. Desde 1899, John Hayes impulsó las formas directas de democracia a nivel de gobiernos locales (Los Angeles), como mecanismo para lograr que el pueblo aprobara medidas sociales que, de otra manera no podrían lograrse, por estar los representantes cooptados por las grandes empresas e intereses económicos.

⁸ “Recent case: State Constitutional Law – California Supreme Court declares Prohibition of Same-Sex Marriages Unconstitutional. – In Re Marriage Cases, 183 P. 3d 384 (Cal. 2008)”, en *Harvard Law Review*, March (2009), 122, p. 1557.

⁹ *Lockyer v. City and county of San Francisco* (2004) 33 cal. 4th 1055 (*Lockyer*), pp. 6-7.

dad, para que ello proceda, dicha inconstitucionalidad debió haber sido declarada, en un asunto específico, por los tribunales del Estado.¹⁰

Las demandas presentadas fueron aprovechadas por la alcaldía de San Francisco para, a su vez, plantear a los tribunales californianos la inconstitucionalidad de las disposiciones del código familiar de tal Estado que restringían la posibilidad de que el matrimonio pudiera ser contraído por personas del mismo sexo. En todas las demandas se solicitó la intervención directa de la Suprema Corte de California, en razón de la importancia y trascendencia del caso; sin embargo, ésta decidió conocer sólo de la demanda planteada por el Procurador y esperar a que, en procedimientos ordinarios, las diferentes instancias conocieran el caso y se manifestaran en torno a la cuestión de constitucionalidad local.

La Suprema Corte de California sólo se pronunció, inicialmente, en torno a la indebida actuación del alcalde de San Francisco, anuló los miles de matrimonios celebrados antes de su fallo y le ordenó a la autoridad municipal que notificara a las parejas de dicha anulación.¹¹ Dicho tribunal precisó expresamente en su sentencia que esta decisión en modo alguno podía presuponer o adelantar solución o criterio alguno en torno a la cuestión de si las normas del código familiar contrariaban o no la constitución local.

En abril de 2005, un juez de primera instancia del Condado de San Francisco decidió que el Código Familiar, en su sección 300 (el matrimonio es la unión entre una hombre y una mujer) y en su sección 308.5 (sólo el matrimonio entre un hombre y una mujer es válido y reconocido en California), violaba la Constitución de California¹². Según el juez Kramer, el hecho de que tradicionalmente se hubiera asumido que el matrimonio es la unión de un hombre con una mujer no era un fundamento racional suficiente para limitar el derecho de las personas a contraer matri

¹⁰ *Lockyer*, p. 9.

¹¹ *Lockyer*, p. 80; *Weithorn*, *op. cit.*, p. 1079.

¹² *MARRIAGE CASES*, 2005 WL 583129, citado en adelante como *MARRIAGE CASES I*.

monio con quien mejor les plazca, puesto que no existe ningún interés legítimo del Estado de California para interponerse en una decisión personal (*rational basis test*).¹³ En otras palabras, del hecho de que nunca se hubiera permitido el matrimonio entre personas del mismo sexo, no se seguía que ello fuera correcto.

Es más, para el juez Kramer del hecho de que California sea uno de los Estados que cuente con mejor legislación en torno a los derechos de las parejas que se unen civilmente sin estar casadas (*marriage-like rights without marriage*) se sigue más bien un interés del Estado por acercar a dichas parejas del mismo sexo a un *status* de igualdad plena¹⁴. Pretender lo contrario implicaría el regreso de un concepto chocante: “iguales, pero separados”¹⁵. Pero el juez de primera instancia no estuvo satisfecho con verificar que las normas de derecho familiar de California no superaron el *rational basis test*, sino que, a diferencia de la Corte Suprema de Massachusetts, las sometió al *strict scrutiny test*, el que es aplicado cuando una norma legislativa priva o restringe un derecho fundamental a alguna minoría o clase “sospechosa”¹⁶.

Para el juez Kramer, la restricción impuesta por las normas de derecho familiar discriminan por razón de género: “si una persona, masculina o femenina, desea contraer matrimonio, entonces el o ella puede hacerlo en tanto el pretendido contrayente sea de un género distinto. Es el género del pretendido contrayente el único factor determinante [...] Las leyes sobre el matrimonio establecen clasificaciones (mismo género *vs.* género opuesto) y discriminan con base en dichas clasificaciones”¹⁷, por

¹³ *MARRIAGE CASES I*, p. 6.

¹⁴ *MARRIAGE CASES I*, p. 9.

¹⁵ Frase utilizada en una ley de Louisiana de 1890 que fue declarada constitucional por la Suprema Corte de los Estados Unidos en el caso *Plessy v. Ferguson 163 US 537 (1896)* que consolidó la discriminación racial. En 1954 este precedente fue eliminado por el famoso caso *Brown v. Board of Education 347 US 483*.

¹⁶ Refiriéndose a minorías que son objeto de discriminación. Para abundar en el interesante tema del doble estándar de constitucionalidad, véase, Erwin Chemerinsky, *Constitutional Law*, Aspen Publishers (2006), pp. 539 y ss; véase también Stephen A. Siegel “The Origin of the Compelling State Interest Test and Strict Scrutiny”, en *The American Journal of Legal History*, Vol. 48, núm. 4 (Oct., 2006), pp. 355-407.

¹⁷ *MARRIAGE CASES I*, p. 17.

lo tanto, el esquema legislativo crea una clasificación fundada en el género, la cual, por el hecho de fundarse en el género, es “sospechosa”. Por lo tanto se debe proceder a un escrutinio estricto de la constitucionalidad de las normas a examen.

No se trata, según Kramer, de que cualquier persona sea enteramente libre para casar con quien mejor le parezca: su padre, su hermana, un incapaz, un niño o un animal. Sino de que el derecho a contraer matrimonio se limite sólo cuando el Estado tenga una razón legítima para ello.¹⁸

¿Qué razón legítima puede tener el Estado para restringir el derecho de las personas a casarse con personas de su mismo sexo? Si la procreación fuera esa razón, las personas que fisiológicamente no pudieran tener hijos o las que no desearan tenerlos, no podrían casarse. Y puesto que es la principal razón que tradicionalmente ha sostenido al matrimonio heterosexual, no hay una razón legítima que autorice la restricción a las parejas del mismo sexo. Por lo tanto, se consideró que el Código Familiar, en su sección 300 (el matrimonio es la unión entre una hombre y una mujer) y en su sección 308.5 (sólo el matrimonio entre un hombre y una mujer es válido y reconocido en California), violaba la Constitución de California.¹⁹ Esta sentencia fue apelada posteriormente.

En 2005, mientras tanto, el Congreso de California pretendió modificar el Código Familiar en las disposiciones relacionadas con el matrimonio, eliminando la expresiones de género y asumiendo una redacción neutral, tal como se propuso para la sección 300 (a): “El matrimonio es una relación personal que surge de un contrato civil entre dos personas, para el cual el consentimiento de las partes capaces de celebrar contratos es necesario [...]”. El propósito manifiesto de esta reforma legislativa fue terminar con la discriminación matrimonial y no pretendió alterar la sección 308.5 del Código Familiar (que había sido aprobada mediante referéndum).

¹⁸ *MARRIAGE CASES I*, p. 21.

¹⁹ *MARRIAGE CASES I*, p. 23.

En septiembre de 2005 el gobernador Arnold Schwarzenegger vetó la *Assembly Bill 849* denominada *Religious Freedom and Civil Marriage Protection Act*. La razón del veto estribó en que, en opinión del gobernador, la reforma legislativa revertía lo prescrito por la sección 308.5 del Código Familiar, la cual había sido aprobada mediante referéndum, por lo que, en su caso, debía someterse al mismo procedimiento la reforma vetada. Sin embargo, el gobernador le pidió al Congreso esperara hasta que los tribunales estatales dijeran la última palabra, puesto que si la prohibición al matrimonio entre personas del mismo sexo era declarada inconstitucional, la ley se tornaba inútil; en tanto que si los tribunales sostenían la constitucionalidad de la prohibición, la ley resultaba inefectiva.²⁰

En efecto, la propuesta de reforma legislativa tal como se describió arriba, planteó una interpretación provocativa, aunque disfuncional, de la sección 308.5 del Código Familiar; se asumió que dicha prescripción sólo se refería a los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en otros Estados de la Unión distintos a California. En otras palabras, el texto de dicha disposición (*Only marriage between a man and a woman is valid or recognized in California*) sólo resultaba aplicable a los matrimonios celebrados *fuera* de California, pero no a los matrimonios celebrados en dicho Estado.

Evidentemente tal interpretación chocaría con la *full faith and credit clause*, contenida en el artículo IV, sección 1, de la constitución de los Estados Unidos de América, que prescribe que en cada Estado se dará entera fe y crédito a los actos públicos, documentos y procedimientos judiciales de los otros Estados, y seguramente podría ser bastante cuestionada su constitucionalidad a la luz de la prescripción de la enmienda decimocuarta en torno a que ningún estado aprobará o hará cumplir ninguna ley que restrinja los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos. Ello sin mencionar su cuestionamiento por

²⁰ El documento se puede consultar en http://leginfo.ca.gov/pub/05-06/bill/asm/ab_0801-0850/ab_849_vt_20050929.html. Igualmente, cfr. *MARRIAGE CASES II*, p. 20.

violentar el derecho a la igualdad en la protección de las leyes. Si bien la mencionada reforma fue vetada y no es ley vigente, es importante destacar el sentido que se le quiso dar a la sección 308.5 del Código Familiar, puesto que en el debate judicial será nuevamente sostenido por las partes.

En octubre de 2006, la tercera sala de la Corte de Apelación del Primer Distrito de California resolvió en torno a la apelación de la sentencia dictada por el juez Kramer. Por una votación mayoritaria, la sentencia de éste fue revocada, pues se consideró que las disposiciones examinadas del Código Familiar eran plenamente constitucionales.

La corte de apelación comenzó su análisis afirmando que en California las secciones 300 y 308.5 del Código Familiar limitan clara y consistentemente la institución del matrimonio a las uniones entre personas de diferente sexo, y que la discusión estriba en determinar si tal limitación es o no constitucional. Tras esta afirmación, la referida corte analizó el tipo o nivel de escrutinio de constitucionalidad que le correspondía al caso (*rational basis* vs. *strict scrutiny*).

Esta definición metodológica es importante, puesto que la aplicación del primer nivel de análisis conlleva una presunción de constitucionalidad y la carga demostrativa de la inconstitucionalidad recae en quien la afirma; en tanto que cuando los jueces aplican un “escrutinio estricto” la constitucionalidad de la ley o del acto no se presume y la carga demostrativa de dicha constitucionalidad recae en los órganos del Estado. En la práctica, la aplicación del *rational basis test* conlleva, por lo regular, la confirmación de la constitucionalidad de la ley o acto impugnado, en tanto que la aplicación del *strict scrutiny* deriva, casi siempre, en la inconstitucionalidad de la norma o acto impugnado.²¹ Por ello es que la selección del *test* o grado de escrutinio resulta determinante, si bien, como ya se anotó, al juez de primera instancia la aplicación de la prueba de la

²¹ Erwin Chemerinsky, *Constitutional Law* (2006), Aspen Publishers, pp. 539 y ss. En *MARRIAGE CASES II*, pp. 21 y ss. también se precisan los confines teóricos de estos dos estándares de revisión de la constitucionalidad.

base racional le dio por resultado la inconstitucionalidad de la norma.

Para decidir el grado de escrutinio judicial aplicable, el tribunal de apelación sostuvo que lo sometido a examen no era propiamente y, en términos generales, el derecho al matrimonio, sino específicamente el derecho a que dos personas del mismo sexo contraigan matrimonio. Esto se consideró así en virtud de que *tradicionalmente* el matrimonio ha sido asumido como la unión entre personas de diferente sexo, por lo que el término “matrimonio” en la expresión “derecho al matrimonio” debía ser entendido de la manera tradicional: “derecho de una persona a unirse con otra del sexo opuesto”, por lo que la identidad sexual de los contrayentes no podía ser ignorada.

En los términos precisados, el “derecho al matrimonio” es irrelevante para gays y lesbianas, y, por lo tanto, no pueden ser privados de derecho alguno que les resulte irrelevante. La corte de apelación se cuida al precisar que si bien, aún con su peso, la tradición puede estar equivocada, la definición normativa de “matrimonio” no le corresponde a los jueces, sino al legislador, el cual es el único que puede hacerlo, dentro de los límites constitucionales: “aunque el matrimonio entre personas del mismo sexo puede ser la regla en el futuro, eso sucederá porque el pueblo así lo declara, no porque los miembros de la corte así lo dicten”²².

Así, el primer requisito para la aplicación del escrutinio estricto no se satisfizo, puesto que no se estaba en presencia de un asunto en el que se discutiera algún derecho fundamental. Por lo que hace al segundo de los requisitos, el de la discriminación “sospechosa” fundada en el género, la corte de apelación tampoco lo considero satisfecho, puesto que la prohibición de contraer matrimonio con persona del mismo sexo resultaba igualmente aplicable tanto a hombres como a mujeres y a ninguno de tales grupos trataba de manera diferente.

Por lo que toca a la discriminación fundada en la preferencia sexual, que no en el género, la referida corte de apelación sostuvo que dicha discriminación no es “sospechosa”, puesto que no exis

²² *MARRIAGE CASES II*, pp. 25 y ss.

te un “trato inmutable” a las personas que prefieran sexualmente a personas de su mismo género, sino al contrario, las cosas están cambiado y ello se debe manifestar en los procesos político-electorales. Finalmente, la corte de apelación analizó si se estaba en discusión algún otro derecho fundamental, como el de la asociación privada o íntima (sobre la base del cual la Suprema Corte de los Estados Unidos había decidido *Lawrence v. Texas* 539 US 558 (2003)), a lo que respondió en forma negativa. Por lo tanto, se concluyó que se debía aplicar el *rational basis test*.²³

En dicho examen se debe demostrar si el Estado tiene o persigue algún interés legítimo (es decir, dentro de lo constitucionalmente permisible) y si la restricción impuesta a la conducta de los individuos sirve justificadamente a dicho interés²⁴. El procurador de California sostuvo que dicho Estado tenía un interés legítimo en mantener la definición tradicional del matrimonio y al mismo tiempo ampliar los derechos, beneficios y protecciones de las parejas conformadas por personas del mismo sexo.²⁵

La corte de apelación consideró que bajo el estándar de revisión altamente deferente que aplicó, era racional para el legislador de California preservar la definición tradicional de matrimonio, que había existido a lo largo de la historia y que continuaba representando el significado común de “matrimonio” en mucho otros países y Estados de la Unión, y al mismo tiempo proveer iguales derechos y beneficios a la parejas de personas del mismo sexo a través de un comprensivo sistema de *compañerismo doméstico*. El Estado podía legítimamente sostener estas instituciones paralelas y al mismo tiempo reconocer sus diferencias. A diferencia de la legislación discriminatoria en virtud de la raza vigente hasta los años sesentas, las normas californianas relacionadas con la *compañía doméstica* no pretendían perpetuar la discriminación, sino remediarla.²⁶

²³ *MARRIAGE CASES II*, p. 41.

²⁴ *MARRIAGE CASES II*, p. 51.

²⁵ *MARRIAGE CASES II*, p. 52.

²⁶ *MARRIAGE CASES II*, p. 57.

Tras el dictado de esta sentencia, se le solicitó a la Suprema Corte de California que escuchara de nueva cuenta el caso, en razón de la importancia constitucional del tema en discusión, a lo cual accedió dicha corte. Ésta indicó que el debate consistía en precisar si el hecho de que se negara de manera oficial el título de matrimonio a parejas del mismo sexo violaba o no la Constitución californiana²⁷.

Para determinar el nivel de escrutinio a emplear en el caso, al Suprema Corte precisó que el tema no sólo se relacionaba con el derecho al matrimonio, sino con el derecho a la igualdad en la protección del derecho; además dicho órgano consideró que se surtían los dos requisitos para aplicar el estándar de estricto escrutinio, esto es:

a) La norma cuestionada debía ser entendida como discriminatoria, pues la clasificación establecida se fundaba en la orientación sexual de las personas, y dicha clasificación o discriminación se tornaba “sospechosa” por generar un tratamiento diferenciado;

b) La diferencia o discriminación en el trato entre las parejas heterosexuales y las homosexuales, afectaba el interés de éstas, consistente en construir una relación familiar tan respetada y digna como la de las parejas heterosexuales²⁸.

Finalmente la Suprema Corte determinó que a las normas regulatorias del matrimonio en California no se les podía identificar ningún interés legítimo del Estado, ni menos que dichas normas sirvieran necesariamente a dicho interés o finalidad.

En primer lugar, permitirles a las parejas del mismo sexo que recibieran el título de “matrimonio” no les privaba a las parejas heterosexuales de ningún derecho ni se alteraba el marco jurídico de dicha institución, puesto que las personas del mismo sexo que contrajeran matrimonio adquirirían los mismos derechos y las mismas obligaciones que las parejas de sexo diferente;

²⁷ *MARRIAGE CASES III*, p. 4.

²⁸ *MARRIAGE CASES III*, p. 11.

en segundo término, mantener la definición tradicional de matrimonio para parejas heterosexuales, en términos pragmáticos, inflingiría a las parejas del mismo sexo y a sus hijos un perjuicio, en virtud de la duda generada en torno a la dignidad de la relación.

En tercer lugar, en razón del callado menosprecio que las parejas del mismo sexo han enfrentado históricamente, reservar el título de matrimonio a las parejas heterosexuales reflejaría ya una visión oficial de que su relación tiene un estatus menor que la de las parejas de sexo distinto; finalmente, mantener la restricción de nombrar “matrimonio” sólo a las relaciones heterosexuales perpetuaría la idea de que los gays y las lesbianas son, en algunos aspectos, “ciudadanos de segunda clase”.

En virtud de las razones anteriores, el 15 de mayo de 2008, la Suprema Corte de California declaró inconstitucionales las secciones 300 y 308.5 del Código Familiar de dicho Estado, por una votación dividida de 4 a 3. El Presidente de la Suprema Corte de California, en la redacción de la opinión de la mayoría, precisó que las referidas normas eran inconstitucionales en tres distintos y separados grados: por lo que se refiere al derecho fundamental al matrimonio, éste se puede contraer con la persona que se desee, sea o no del sexo opuesto; por lo que se refiere al derecho a la igualdad en la aplicación del derecho, se concluía que, en el caso, la clasificación basa en el género se tornaba sospechosa. Finalmente, por lo que se refiere la inconstitucionalidad también se basó en que las normas legales violaban el derecho fundamental a la privacidad, en razón de que la clasificación establecida obligaba a las personas a develar su orientación sexual.²⁹

Un mes después, la propia corte precisó las acciones que las autoridades californianas debían implementar para dar cabal cumplimiento a la sentencia: dejar de aplicar las normas inconstitucionales, interpretar las otras normas reguladoras del matrimonio en términos neutrales en torno al género y modificar los formatos de solicitud y las licencias matrimoniales para adecuarlas a la sentencia.

²⁹ “Recent case ...”, *op. cit.*, p. 1559.

Al poco tiempo comenzó la tramitación de una propuesta de reforma a la Constitución de California que debía ser sometida a referéndum, dentro del espíritu del *Progressive Movement*, pero inverso, ya que en realidad era un *Regressive Movement*. La propuesta consistía en precisar en la norma suprema de dicho Estado que sólo el matrimonio entre un hombre y una mujer es válido o reconocido en California. En junio de 2008 se aprobó la inclusión de la famosa propuesta 8 en las boletas electorales para la jornada del 4 de noviembre siguiente.

Lo anterior fue impugnado ante la propia Suprema Corte californiana, en virtud de que se alegó que la propuesta no había seguido el procedimiento adecuado para reformar la Constitución. Dicha corte denegó la impugnación, al igual que la presentada con la redacción que propuso el Procurador del Estado de la modificación constitucional sometida a referéndum. La propuesta 8 fue aprobada por más del 52% de la votación. La reforma constitucional entró en vigor al día siguiente, es decir, el 5 de noviembre de 2008³⁰.

Inmediatamente, diversas organizaciones, autoridades y personas promovieron medios de impugnación ante la Suprema Corte californiana con dos fines claros:

- Impedir la aplicación inmediata de la reforma constitucional, y
- solicitarle a la Suprema Corte una definición en torno a tres cuestiones importantes:
 - ¿Es válida la reforma surgida de la propuesta 8, puesto que constituye más una revisión que una enmienda constitucional?
 - De acuerdo con la Constitución de California, ¿la propuesta 8 viola la separación de poderes?
 - Si la propuesta 8 no es inconstitucional, ¿qué efecto tendría sobre los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados antes de la aprobación de dicha propuesta?

³⁰ *Strauss v. Horton* 46 Cal.4th 364, p. 2.

La referida Suprema Corte se negó a impedir la aplicación inmediata de la reforma constitucional y programó el perfeccionamiento de las demandas, así como la presentación de los argumentos orales, para el primer trimestre de 2009. La audiencia finalmente se llevó a cabo el 5 de marzo de 2009. Finalmente, el 26 de mayo de dicho año, la Suprema Corte de California decidió que la propuesta 8 constituyó una enmienda constitucional, y no una revisión constitucional, por lo que estaba permitida. Igualmente, se pronunció en el sentido de que la referida enmienda no era inválida bajo la teoría de los derechos inalienables y de que no debía ser aplicada retroactivamente, por lo que los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados antes de la entrada en vigor de tal enmienda resultaban válidos.³¹

Finalmente, la referida Corte precisó que, en caso de que hubiera un cambio a la norma constitucional que impide el matrimonio entre personas del mismo sexo, tal cambio debe “encontrar su expresión en las urnas electorales”.

El máximo tribunal constitucional californiano ha dicho la “última palabra” en los casos de los que conoció; sin embargo, el capítulo no ha sido cerrado pues se ha planteado que en las elecciones de 2010 se volverá a insistir en un nuevo referéndum y se proyecta que descenderá los votantes contrarios al matrimonio entre personas del mismo sexo (47%) y aumentarán los que sostendrían esta unión (48%).

Cabe mencionar que el caso del matrimonio entre personas del mismo sexo nos muestra las estrategias que se han seguido en los Estados Unidos para ampliar el espectro de derechos humanos. Este asunto reciente reproduce otras búsquedas para consolidar derechos, tales como el relativo al sufragio femenino que comenzó en ese país desde julio de 1848, con la Convención de Seneca Falls, Nueva York. A partir de dicha convención se delinearon dos estrategias para obtener el reconocimiento del derecho de las mujeres a votar: la estrategia de Susan B. Anthony para demandar ante tribunales federales la aplicación de

³¹ *Strauss v. Horton* 46 Cal.4th 364.

la enmienda XIV de la Constitución federal, después de la Guerra Civil, con argumentos de igualdad ante la ley, y además la estrategia de Lucy Stone, quien promovió la reforma constitucional en los Estados para lograr su objetivo. Desde finales del siglo XIX, las constituciones estatales han abrigado esperanzas para nuevos derechos humanos que resultan de difícil obtención en la Constitución federal.

Por el momento, Estados distintos a California ya han aceptado legislativamente esta unión (Connecticut, Iowa, Vermont, Massachusetts y New Hampshire, entre otros), al igual que el distrito de Washington. Este ejemplo de un derecho reconocido a nivel estatal, aunque a nivel federal se hubiese clausurado su discusión en *Baker v. Nelson* 409 U.S. 810 (1972), muestra la riqueza y preponderancia de los Estados en una Unión Federal, en la discusión y tutela de los derechos humanos.

Como puede advertirse, la existencia de un fuerte pluralismo aunado al hecho del funcionamiento de tribunales estatales de constitucionalidad ha generado en Estados Unidos un profundo e informado debate, además de que, por diversos procedimientos, diversos Estados han adoptado diversas medidas legislativas en torno a un tema fundamental.

En nuestro país sería deseable que tópicos como el de los matrimonios entre personas del mismo sexo se debatieran seria e informadamente en las cortes de constitucionalidad estatales, con el objetivo de provocar la búsqueda de soluciones novedosas a nuevos problemas, y no esperar a que un órgano federal se pronuncie y a partir de ese pronunciamiento construir la opinión dominante.

Al margen de lo acertado o no del reconocimiento de los matrimonios entre personas del mismo sexo, lo relevante del caso californiano estriba en que el litigio, que envolvió a los tres órganos tradicionales del Estado (ejecutivo, legislativo y judicial) se decidió finalmente en las urnas, no sin antes haber existido un pronunciamiento del máximo tribunal del Estado. Sería altamente deseable que en nuestro Estados también se plantearan estos temas de constitucionalidad, y que los respectivos

tribunales pudieran definirlos en sus ámbitos de competencia, sin que necesariamente los tribunales federales tengan la última palabra.

Recibido: 24-11-2009

Aprobado: 28-04-2010