

LA DECISIÓN DE LA CORTE SUPREMA DEL ESTADO DE MASSACHUSETTS EN EL CASO DE GOODRIDGE & OTHERS V. DEPARTMENT OF PUBLIC HEALTH & ANOTHER (*)

Por MANUEL FERNÁNDEZ DEL HOYO

SUMARIO

1. ANTECEDENTES.—2. EL CASO EN LA CORTE SUPREMA DEL ESTADO: 2.1. *La opinión mayoritaria*. 2.2. *El voto particular de John M. Greaney*. 2.3. *Los votos en contra*: 2.3.1. Francis X. Spina. 2.3.2. Martha B. Sosman. 2.3.3. Robert J. Cordy.

1. ANTECEDENTES

Durante los meses de marzo y abril del año 2001, cada una de las parejas que se presentan como demandantes en este procedimiento, intentó obtener de diferentes registros del Estado de Massachusetts la licencia previa (1) que se exige para acceder al matrimonio civil —siguiendo las indicaciones contenidas en la Ley General 207 de aquel Estado (2)—. En todos los casos dicha licencia les fue sucesivamente denegada. Con estos resultados, el 11 de abril de ese mismo año, aquellas parejas acudieron a la Corte Superior del

(*) Este acercamiento tiene su origen en el Curso «Eficacia y Garantía de los Derechos Fundamentales» —perteneciente al programa de doctorado en Derechos Fundamentales de la Universidad Autónoma de Madrid— y en la sugerencia e inquietud del Profesor D. Antonio López Castillo. A él todo mi agradecimiento.

(1) En el Estado de Massachusetts la celebración de un matrimonio civil exige estar en posesión de una licencia matrimonial, por lo cual el carecer de ésta, supone no estar en condiciones de acceder a aquél.

(2) Las condiciones y requisitos de expedición de la licencia matrimonial se encuentran recogidas en este corpus normativo. En adelante nos referiremos a él como G.L. 207.

Departamento (3) para —en una acción civil presentada ante el juez Thomas E. Connolly— manifestar que consideraban la prohibición del acceso a la licencia matrimonial, como una violación de las leyes estatales, incluida la Constitución (4). En una resolución del 7 de mayo del año 2002, este Tribunal daba por buenos los planteamientos de la Administración, al señalar que la interpretación de la G.L. 207 excluía la posibilidad de una concesión de tal licencia con el objeto de celebrar matrimonios entre parejas del mismo sexo, y que tal exclusión no suponía una ofensa a la libertad, la igualdad o

(3) Esta es la instancia originaria para los procedimientos civiles en los que se ventilen asuntos de cuantía superior a 25.000 dólares, o para los asuntos en los que se busque una solución basada en la equidad. También tiene competencia en algunos procedimientos laborales y autoridad exclusiva para convocar tribunales sobre prácticas médicas inadecuadas. Son de su jurisdicción los casos de asesinato en primer grado, así como una abultada cuenta de asuntos de naturaleza penal, que comparte, en concurrencia, con otras jurisdicciones del Estado. Es, finalmente, la instancia de apelación de ciertos procedimientos administrativos.

(4) Por los derechos reconocidos bajo los siguientes artículos:

Artículo 1. *«All men are born free and equal, and have certain natural, essential, and unalienable rights; among which may be reckoned the right of enjoying and defending their lives and liberties; that of acquiring, possessing, and protecting property; in fine, that of seeking and obtaining their safety and happiness. A lo que el artículo 106 de las Enmiendas añadió: Equality under the law shall not be denied or abridged because of sex, race, color, creed or national origin».*

Artículo 6. *«No man, nor corporation, or association of men, have any other title to obtain advantages, or particular and exclusive privileges, distinct from those of the community, than what arises from the consideration of services rendered to the public; and this title being in nature neither hereditary, nor transmissible to children, or descendants, or relations by blood, the idea of a man born a magistrate, lawgiver, or judge, is absurd and unnatural».*

Artículo 7. *«Government is instituted for the common good; for the protection, safety, prosperity and happiness of the people; and not for the profit, honor, or private interest of any one man, family, or class of men: Therefore the people alone have an incontestable, unalienable, and indefeasible right to institute government; and to reform, alter, or totally change the same, when their protection, safety, prosperity and happiness require it».*

Artículo 10. En lo fundamental: *«Each individual of the society has a right to be protected by it in the enjoyment of his life, liberty and property, according to standing laws».*

Artículo 12. En lo fundamental: *«No subject shall be... deprived of his property, immunities, or privileges, put out of the protection of the law... or deprived of his life, liberty, or estate, but by the judgment of his peers, or the law of the land».*

Artículo 16. En lo fundamental de lo añadido por el artículo 77 de las Enmiendas: *«The right of free speech shall not be abridged».*

Artículo 4 de la Parte Segunda de la Constitución (modificado por el artículo 112 de las Enmiendas): *«And further, full power and authority are hereby given and granted to the said general court, from time to time, to make, ordain, and establish, all manner of wholesome and reasonable orders, laws, statutes, and ordinances, directions and instructions, either with penalties or without; so as the same be not repugnant or contrary to this constitution, as they shall judge to be for the good and welfare of this Commonwealth».*

las garantías del *due process* (5) contenidas en la Constitución de Massachusetts, asegurando que esa Declaración de Derechos no garantiza el Derecho Fundamental a casarse con una persona del mismo sexo y haciendo hincapié, además, en el legítimo interés de la Administración en fomentar el matrimonio tradicional como garante de la procreación.

2. EL CASO EN LA CORTE SUPREMA DEL ESTADO (6)

Desestimadas sus pretensiones, las parejas que habían litigado en la instancia anterior, solicitaron ante la Corte Suprema del Estado que se les concediese una Revisión Directa en Apelación, a la cual se respondió afirmativamente, dándose inicio a la misma en el mes de marzo del año 2003.

En el procedimiento comparecerán, de una parte, siete parejas (7), de cinco condados del Estado de Massachusetts y, de otra, el Departamento de

(5) A lo largo de toda la Sentencia serán numerosísimas las ocasiones en las que se haga referencia a este principio del derecho norteamericano. En la mayoría de ellas, se aludirá a él desde una perspectiva sustantiva —que implicará una exhaustiva protección de los derechos y libertades individuales de los ciudadanos frente a posibles intromisiones arbitrarias de la Administración— más que desde la tradicional visión procesal del derecho a ser objeto de un proceso con las debidas garantías.

Una revisión a fondo de los extremos del *due process of law* la encontramos en J. ROLAND, PENNOCK and JOHN W. CHAPMAN (eds.): *Due Process*, New York University Press, Nueva York, 1977.

(6) La Corte Suprema del Estado de Massachusetts, cuyo nombre originalmente fue Corte Suprema de la Judicatura, fue fundada en el año 1692 y es la corte de apelaciones más antigua, en ejercicio ininterrumpido, del mundo occidental. Tras la promulgación de la Constitución de Massachusetts en 1780, su nombre se transformó en el actual y, desde entonces, permanece resolviendo cuestiones acerca de la Constitución escrita más antigua del mundo.

La Corte Suprema es la instancia de apelación más alta dentro del Estado. Está formada por un Juez Jefe y seis Jueces Asociados nombrados por el Gobernador con el consentimiento del Consejo Ejecutivo y que resuelven sobre un amplio espectro de casos civiles y penales desde el mes de septiembre hasta el de mayo. A su función de apelación hay que añadir que es la responsable de la supervisión general de la judicatura y de la abogacía, elabora normas para el funcionamiento de otras instancias y, en ciertos casos, realiza informes sobre asuntos legales previa petición del Gobernador o del Legislador. Además, conserva responsabilidades, en varios grados, sobre algunas agencias relacionadas con el mundo del derecho como son: *The Board of Bar Oversees*, *The Board of Bar Examiners*, *The Client's Security Board*, *The Comisión on Judicial Conduct*, *The Massachusetts Legal Assistance Corporation*, *The Massachusetts Mental Health Legal Advisor's Committee*, and *Correctional Legal Services*.

(7) Hillary Goodridge y Julia Goodridge, comprometidas durante trece años, viven con una hija de cinco años. Gloria Bailey y Linda Davies, comprometidas desde hace treinta años. Maureen Brodoff y Ellen Wade, en convivencia durante veinte años, viven con su hija de doce años. Gary Chalmers y Richard Linnell, comprometidos durante trece años, viven con

Salud pública del Estado (8) como encargado de velar por los intereses de la Administración, puesto que a él se le confiere, por ley, la supervisión del *Registry of Vital Records and Statistics*, instituto encargado del cumplimiento de las leyes relativas a la concesión de licencias de matrimonio, de la custodia de los expedientes matrimoniales y de la promulgación de los procedimientos para la concesión de aquéllas.

2.1. *La opinión mayoritaria*

La opinión dominante en el procedimiento seguido ante la Corte Suprema del Estado se asienta sobre los argumentos expuestos por la Juez Jefe, Margaret H. Marshall (9) y que serán compartidos, en sus mismos términos, por otros dos miembros del Tribunal, Judith A. Cowin (10) y Roderick L.

su hijo de ocho años y con la madre de Richard. Heidi Norton y Gina Smith llevan once años juntas y viven con sus hijos de cinco y un año. Michael Horgan y David Balmelli, comprometidos desde hace siete años. Por último, David Wilson y Robert Compton, llevan juntos desde hace cuatro años y han cuidado, en su casa, a la madre de David, gravemente enferma, hasta que ésta murió.

(8) El procedimiento se formula contra el Departamento y contra el *Commissioner* como jefe del mismo.

(9) La Juez Jefe Margaret H. Marshall es natural de Sudáfrica y se graduó por la Universidad Witwatersrand de Johannesburgo. En 1966 fue elegida Presidente de la Unión Nacional de Estudiantes Sudafricanos, responsabilidad en la que se mantuvo hasta 1968, año en el que llegó a los Estados Unidos para continuar sus estudios en la Universidad de Harvard, donde obtuvo su *master's degree*, y en la *Yale Law School* de la que recibió su título de *Juris Doctor*. Margaret H. Marshall estuvo, primeramente vinculada, y más tarde asociada en la sociedad jurídica *Csalar & Bok* de Boston y también en *Choate, Hall & Steward*. Antes de su entrada en la Corte Suprema fue vicepresidente del Consejo General de la Universidad de Harvard. Su primer nombramiento al más alto órgano judicial de Massachusetts fue como Juez Asociada en noviembre de 1996. Más tarde, en septiembre de 1999, sería nombrada Juez Jefe por el Gobernador Paul Cellucci, comenzando su mandato en octubre de ese mismo año al ser confirmada en su puesto por el Consejo del Gobernador. Margaret H. Marshall es la segunda mujer que llega a la Corte Suprema en sus más de 300 años de historia, y la primera que ejerce como Juez Jefe.

(10) Judith A. Cowin, Juez Asociada, nació en Boston, (Massachusetts) el 29 de abril de 1942. Graduada en el *Wellesley College*, recibió su título de *Juris Doctor* por la *Law School* de la Universidad de Harvard en 1970. Entre 1971 y 1972 fue asesora jurídica del *Massachusetts Department of Mental Health* y, más tarde, entre 1972 y 1979 ejerció el mismo cargo pero en la Oficina del Juez Jefe de la Corte del Distrito. Desde esa fecha y hasta 1991 trabajó como Ayudante del Fiscal del Distrito en el Condado de Norfolk, etapa en la que también fue supervisora en asuntos clínicos de la *Harvard Law School*. En 1991 fue nombrada Juez Asociada en la Corte Superior del Departamento y allí permaneció hasta que en octubre de 1999 el Gobernador Cellucci la reclamó para la Corte Suprema.

Ireland (11), y —aun sin participar de todas sus reflexiones— por John M. Greaney.

Antes de dar paso a los planteamientos discutidos en esta revisión, en la que el Tribunal se ocupará de la normación sobre el matrimonio desarrollada por la G.L. 207 y de su encaje constitucional, sobre el significado que ha tenido la institución matrimonial históricamente y el que debería atribuírsele hoy, sobre los límites que debe tener la potestad reguladora de la Administración y sobre la igualdad de los ciudadanos ante la ley —entre otros aspectos—, la Juez presenta ya unas breves conclusiones que no dejan duda posible sobre el pensamiento de dicha Corte.

Para Margaret H. Marshall, la cuestión que aquí se trata de dilucidar es si, a luz de lo dispuesto por la Constitución del Estado de Massachusetts, es posible negar a las parejas del mismo sexo la asunción de los beneficios y obligaciones que comporta la institución del matrimonio. La Juez afirma que no, puesto que el texto constitucional reconoce la igualdad y dignidad de las personas y prohíbe la creación de «*ciudadanos de segunda clase*» y, tal exclusión, sería incompatible con los principios de respeto a la autonomía individual e igualdad ante la ley que preserva la Norma Suprema. No obstante, tampoco se deja de reconocer que una resolución, como la presente, en la cual se urge a una nueva regulación de la institución del matrimonio, supondrá un importantísimo viraje respecto a lo legislado hasta el día de hoy: «*Somos plenamente conscientes de que nuestra decisión marca un cambio en la historia de nuestras leyes sobre el matrimonio*», asegura

(11) Roderick L. Ireland fue nombrado Juez Asociado de la Corte Suprema por el Gobernador William F. Weld en 1997, siendo el primer afro-americano que conseguía alcanzar este puesto. Previamente, había ejercido como Juez Asociado en la Corte de Apelaciones durante siete años y, con idéntico cargo, en la Corte Juvenil de Boston durante casi trece años, habiendo sido nombrado, en las dos ocasiones, por el Gobernador Michael S. Dukakis. Ireland se graduó en la *Lincoln University* de Pennsylvania en 1966 y más tarde obtuvo su título de *Juris Doctor* en la *Law School* de la Universidad de Columbia en 1969, estudios que amplió durante 1975 en la Universidad de Harvard, donde también ejerció como docente. Originario de Springfield (Massachusetts) inició su carrera jurídica como abogado en los *Neighborhood Legal Services* de la ciudad de Nueva York y tras su regreso a Massachusetts desarrolló una brillante y amplísima labor jurídica, docente e investigadora que le han hecho acreedor de numerosos premios entre los que destacan el Premio Santo Tomás Moro de la Escuela de Derecho del *Boston College*, numerosos nombramientos honoríficos de Doctor en Leyes, el Premio a la Excelencia Judicial otorgado por la Asociación de Juristas de Massachusetts y el *Lawyers Weekly Newspaper* en el año 2001, el Premio —del mismo nombre— que concede la Conferencia de Jueces de Massachusetts en 1996, el prestigioso Galardón *Haskell Cohn Distinguished Judicial Service* otorgado por la Asociación de Abogados de Boston en 1990 y el Premio *Boston Covenant Peace Price* en 1982, en reconocimiento por sus esfuerzos en promoción de la justicia racial.

Marshall, pero matizando que ello es fruto, únicamente, de la aplicación de la Constitución del Estado, puesto que existen convicciones religiosas, morales y éticas tanto para limitar el derecho a contraer matrimonio, como para extenderlo, pero ninguna ofrece respuestas suficientes para la cuestión.

En primer lugar, el Tribunal no tiene inconveniente en reconocer que lo determinado por la instancia anterior, en cuanto a que la G.L. 207 no permite la concesión de licencias a parejas del mismo sexo, es una interpretación correcta de ese corpus normativo. La G.L. 207 delimita los parámetros mínimos en los que ha de concederse la licencia matrimonial, negándola para los supuestos de consanguinidad, poligamia, sífilis y minoría de edad, entre otros, a la vez que arbitra varios procedimientos para recabar información acerca de las condiciones en las que los contrayentes se disponen a celebrar el matrimonio. En todo caso, argumentan los demandantes, no hay una sola línea en tal regulación, que excluya a las parejas del mismo sexo de la posibilidad de conseguir esa licencia. Para dar solución tal extremo, el Tribunal acude al sentido que comúnmente se le otorga a la palabra «matrimonio» en el Derecho de Massachusetts (12), concluyendo que éste se entiende, por lo habitual, como la «*unión legal de un hombre y una mujer como esposo y esposa*» (13) y que tal consideración es general y procedente del *common law*, por lo que ha de entenderse que la concepción del matrimonio a la que se refiere la G.L. 207, no es otra que ésta y que, por tanto, la interpretación de la Corte Superior es adecuada ya que, seguramente, la Ley 207 no fue formulada con la intención de dar cabida a matrimonios del mismo sexo y, por tanto, es lógico que se deniegue la licencia matrimonial bajo su tenor. Como prueba evidente de la intención del Legislador, se toma lo dispuesto en cuanto a la consanguinidad, que en ciertos grados cierra la puerta al matrimonio entre hombres y mujeres, pero de la que nada se dice en lo que pueda afectar a hombres respecto a otros hombres y a mujeres respecto a otras mujeres. El silencio de la ley no puede argüirse, entonces, como fundamento de que lo que no está prohibido estará, necesariamente, permitido.

A continuación, el Tribunal se adentra en los que considera aspectos centrales de esta revisión, y así se plantea si la prohibición del matrimonio entre parejas del mismo sexo es un ejercicio legítimo de la autoridad que el Estado

(12) Con lo cual se estaría cumpliendo al mandato que pesa sobre los tribunales norteamericanos de interpretar las leyes de acuerdo con la intención que tuvo el Legislador al formularlas.

(13) Definición que puede hallarse tanto en un texto de referencia: *Black's Law Dictionary* 986 (7th ed. 1999) como en la propia jurisprudencia, por ejemplo en *Milford v. Worcester*, 7 Mass. 48, 52 (1810).

tiene para regular conductas, o si, por el contrario, esta categórica exclusión del matrimonio supone una violación de la Constitución de Massachusetts. Aquí los demandantes proponen que esto sea analizado desde dos perspectivas; tanto para saber si esta prohibición supone una trasgresión de las garantías constitucionales de igualdad ante la ley, como para averiguar si la libertad y las provisiones del *due process* —reconocidos por la Constitución de Massachusetts— aseguran el derecho de los demandantes a casarse con la pareja elegida. El Tribunal reconoce que, normalmente, en los asuntos en los que se ven implicados el matrimonio, o la familia, o la educación de los hijos, esos dos principios constitucionales se solapan y no es extraño que eso ocurra, también en este caso (14).

La Corte pone de manifiesto la tradicional concepción del matrimonio como una institución civil en el Estado de Massachusetts, y por ello reconoce que su regulación por parte de la Administración, es indiscutible (15), puesto que la pareja podrá decidir cuando pone principio y final a su matrimonio, pero sólo al Estado competereá determinar cuales serán las condiciones de partida de aquél. Este *Power Policy* o potestad reguladora del Estado, ha estar limitado, señala el Tribunal, por la libertad y la igualdad garantizadas en el texto constitucional, puesto que aquél nace de la delegación de poder que el pueblo hace en su gobierno para que legisle en beneficio de la comunidad. Caracterizado, entonces, el matrimonio como «una institución civil de la más alta importancia» se da por supuesta su articulación a través del poder conferido a la Administración.

Seguidamente, los magistrados se refieren al catálogo de amplias ventajas y beneficios que acompañan al matrimonio civil, haciendo un extenso recorrido por los atajos tributarios que lleva aparejada la institución, así como por los diversos ámbitos del derecho civil que se ven afectados por ella, tal cual son, la posibilidad de heredar al cónyuge intestado o las presunciones de legitimidad de los hijos nacidos del matrimonio —entre un larguísimo etcétera (16)—, sin olvidar aquellos aspectos que afectan a cuestiones de tras-

(14) Esta coincidencia se ilustra con varios procedimientos en los que se ha apreciado convergencia entre tales principios: *M.L.B v. S.L.J.*, 519 U.S. 102, 120 (1996), *Perez v. Sharp*, 32 Cal. 2d 711, 728 (1948), *Lawrence v. Texas* 123 Ct. 2472, 2480 (2003), *Bolling v. Sharpe*, 347 U.S. 497 (1954), *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).

(15) En este sentido el Tribunal reconoce que en todo matrimonio civil hay tres contratantes, dos que se prometen esposos y un Estado que lo aprueba.

(16) En la Sentencia se hace referencia a: la posibilidad de adherirse al impuesto sobre la renta del Estado de Massachusetts, al derecho a cobrar los salarios que se adeudan al cónyuge fallecido, a la decisión de continuar con ciertos negocios del fallecido, al derecho a compartir el seguro médico del cónyuge, al derecho a disfrutar de treinta y siete semanas de continuación en la cobertura sanitaria para el cónyuge de quien ha muerto o ha sido despedido, a la po-

condencia penal, como pudiera ser la prohibición de testificar contra el otro cónyuge basándose en conversaciones privadas. Situaciones de privilegio que afectarán, sin duda, a los hijos del matrimonio, si los hubiera, ya que, como señala el Tribunal, muchas de estas ventajas legales, fiscales y sociales tienen como fondo el establecimiento de unas mejores condiciones para la promoción de las familias.

De acuerdo con todas estas apreciaciones, la Corte concluye que, con razón, el derecho al matrimonio se ha considerado desde hace mucho tiempo como un «derecho civil», para lo cual nos remite al caso *Loving v. Virginia*, 388 U.S 1, 12 (1967) en el que se dice que «el matrimonio es un derecho civil básico del hombre, fundamental para nuestra existencia y supervivencia» (17), a lo cual añadirá lo dispuesto por la Corte Suprema de los Estados Unidos (18), cuando se refirió al derecho a contraer matrimonio como un derecho «de fundamental importancia para todos los individuos» y como «parte del fundamental "derecho a la intimidad" implícito en la cláusula del due process recogida en la Decimocuarta Enmienda (19)». Por este espacio capital que ocupa en las vidas de los individuos, el Tribunal asegura que, a menudo, las leyes de Massachusetts protegen el derecho de las personas a casarse frente a las posibles intromisiones injustificadas del Gobierno que pudieran nacer de su amplio poder regulador, el cual también comprende la antedicha facultad de conceder numerosos beneficios. Respecto a éstos, y para concluir la reflexión, el Tribunal matiza que, bien está que se prive de ellos a aquellos individuos que teniendo el derecho a casarse eligen no hacerlo, pero que, con la misma lógica, no es posible afirmar que ha de privarse de esos beneficios a quienes se casarían si les estuviese permitido hacerlo.

Tratadas las cuestiones que afectan al *Power Policy* del Estado de Massachusetts, el Tribunal pasa al análisis del encaje de esta negativa a autorizar

sibilidad de acogerse a las opciones preferentes que provee el sistema social del Estado —tanto en pensiones como en servicios sanitarios— y a las protecciones financieras que se otorgan a los cónyuges supervivientes de ciertos empleados del Estado fallecidos en acto de servicio, por citar algunos de los más importantes consignados en una prolija enumeración.

(17) En términos similares: *Skinner v. Oklahoma*, 316 U.S 535, 541 (1942), *Milford v. Worcester* 7, Mass. 48, 56 (1810), *Baehr v. Lewin*, 74 Haw. 530, 561 (1993), *Baker v. State* 170 Vt. 194, 242 (1999).

(18) En *Zablocki v. Redhail*, 434, U.S. 374, 384 (1978).

(19) Aprobada por el Congreso el 13 de junio de 1866 y ratificada el 9 de julio de 1868, dice: «All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws».

los matrimonios entre parejas del mismo sexo, con las garantías de libertad individual e igualdad ante la ley consignadas en el texto constitucional estatal. A modo de introducción, Margaret H. Marshall hace referencia al caso *Perez v. Sharp* (20), 32 Cal.2d 711, 728 (1948) y también al citado *Loving v. Virginia* (21), para afirmar que poco significará el derecho a contraer matrimonio si éste no lleva implícita la libertad de elegir con quien hacerlo y que, como en la jurisprudencia citada, se está asentando la prohibición de contraer matrimonio en un único rasgo del individuo, en este caso la orientación sexual. Así pues, se señala que la Constitución de Massachusetts protege tanto la libertad frente a las intromisiones injustificadas del Estado en la intimidad personal, como la libertad de participar de los beneficios establecidos por el Estado para el bien común, añadiendo que un aspecto central de la libertad personal y de la seguridad, es la certeza de que las leyes se aplicarán con igualdad a todas las personas que estén en similares circunstancias, por lo que el Tribunal entiende que la Constitución exige de la Administración, como mínimo indispensable, que al ejercer su potestad reguladora no sea «*ni arbitraria, ni caprichosa*», ya que, bajo el respeto a las garantías de libertad e igualdad, esa potestad ha de servir a un «*propósito legítimo de una manera racional*».

Esta referencia a la «racionalidad» da pie al Tribunal para determinar cual será el estándar constitucional de revisión (22) que procederá en este

(20) En este caso la Corte Suprema de California consideró que la prohibición de matrimonios interraciales vulneraba las garantías de igualdad y las protegidas por el *due process* que se contienen en la Decimocuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos.

(21) Aquí fue la Corte Suprema de los Estados Unidos quien hizo idéntica consideración.

(22) La aplicación de la cláusula *equal protection*, incluida, como se ha señalado, en la Decimocuarta Enmienda de Constitución Norteamericana, se funda en la existencia de distintos niveles de intensidad en los «escrutinios» o «test» de igualdad (estrictos, intermedios o débiles). Se trata de una escala de intensidades para la aplicación del principio de igualdad que genera los siguientes elementos:

Un escrutinio débil.—Llamado también *rational basis test*. Representa la fórmula más tradicional para la aplicación del principio de igualdad en el Derecho Norteamericano. En su aplicación para que un acto jurídico sea declarado constitucional basta que el trato diferente que se enjuicia sea una medida potencialmente adecuada para alcanzar un propósito que no esté prohibido por el ordenamiento jurídico.

Un escrutinio estricto.—El escrutinio estricto es el elemento más importante de la llamada «nueva» jurisprudencia norteamericana sobre el principio de igualdad, que comenzó a gestarse a partir del final de los años sesenta. El surgimiento de este segundo escrutinio respondió a la constatación de que el *rational basis test* no era un instrumento adecuado para enjuiciar las medidas de diferenciación que afectaban a grupos o intereses que habían sido discriminados tradicionalmente y que, por tal causa, merecían recibir una protección especial por parte del Estado. Por esta razón, este segundo escrutinio debe aplicarse cuando una diferenciación se

caso, tanto para evaluar una posible violación de la garantía de igualdad, como para determinar un ataque al *due process*. La Corte asegura que una utilización del estándar más severo (*strict judicial scrutiny*), procederá para la revisión de aquellos textos legislativos que se refieran a derechos fundamentales o que se funden en «clasificaciones sospechosas»; para el resto de las leyes el criterio que debe seguirse es uno de menor exigencia (*rational basis test*), con lo cual, un análisis de la violación del *due process* bajo este criterio exigirá que la ley desafiada «*presente una relación real y sustancial con la salud pública, la seguridad, la moralidad o cualquier otro aspecto del bienestar general*», mientras que si lo que se evalúa es el principio de igualdad, la ley, para soportar este análisis, debería satisfacer a «*un Legislador imparcial que pudiese, lógicamente, creer que la clasificación serviría a un legítimo propósito público que trasciende al daño generado a los miembros de la clase desaventajada*». Puesto que, para la opinión mayoritaria del Tribunal, esta ley no supera los mínimos requeridos por un análisis basado en la racionalidad, la procedencia de su examen bajo los parámetros de otro escrutinio más severo queda fuera de toda discusión.

Determinado, entonces, el criterio que procede aplicar, la Corte presenta los fundamentos que han sido propuestos por el Departamento de Salud Pública, con la finalidad de justificar, de una parte, la prohibición de acceso al matrimonio civil de las parejas del mismo sexo y, de otra, la racionalidad de la ley. Son los siguientes: prever un escenario favorable para la procreación, asegurar un ambiente óptimo para la crianza de los hijos y, por último, preservar los escasos recursos financieros tanto públicos como privados.

Respecto a la primera consideración, el Tribunal afirma que ésta sólo sería cierta si se considerara que el fundamento principal del matrimonio es la procreación; sin embargo, el propio Tribunal señala que ese pretendido fundamento no existe en realidad. Para ello acude a la G.L. 207 en busca de normas que obliguen a las parejas de distinto sexo a acreditar su intención de te-

fundamente en criterios «sospechosos» como la raza o —de acuerdo con la tendencia jurisprudencial expansiva que se conoció en Estados Unidos durante la década de los setenta— la condición social, la orientación sexual, la edad o la minusvalía.

Un *escrutinio intermedio*.—El último de los escrutinios, desarrollado por el Tribunal Supremo norteamericano desde mediados de los años setenta, es el escrutinio intermedio. Este último tipo pretende ser una categoría que se sitúa entre el escrutinio estricto y el débil, y que se aplica para los casos en que el Estado aplica diferencias fundadas en los criterios sospechosos, pero no para discriminar a los grupos o individuos tradicionalmente desfavorecidos, sino todo lo contrario: para intentar favorecerlos y así alcanzar la igualdad real. Se trata de los casos de *afirmativ action*.

Sobre el enjuiciamiento de igualdad en los Estados Unidos, véase: LAWRENCE H. TRIBE, *American Constitutional Law*, Mínerola, Fondation Press, Nueva York, 1978, capítulo 16.

ner hijos o, más aún, a dar fe de su fertilidad para que les sea concedida la licencia matrimonial. La Corte no las encuentra y señala, entonces, que la esencia del matrimonio no se concentra entorno a la progenie, sino más bien sobre el exclusivo compromiso que contraen las partes entre sí, asegurando que esa visión asentada en la procreación, tiene una estrechez de miras ampliamente manifestada desde la jurisprudencia.

El segundo de los pilares argumentativos del Departamento de Salud Pública descansa en que, limitando el matrimonio a las parejas de sexo opuesto, se asegura que los hijos estarán creciendo en un escenario óptimo, señalando que la protección del bienestar del menor es una política de la mayor importancia para el Estado. A tal afirmación, el Tribunal responde que, sucesivamente, ha despreciado el poder del Estado para proporcionar diferentes niveles de protección a los menores basados en las circunstancias de su nacimiento (23), de modo que los intereses del niño, según el órgano judicial, no pueden estar a merced de la orientación sexual de los padres (24). No hay entonces, concluye la Corte, ninguna relación entre la prohibición del matrimonio a las parejas del mismo sexo y una posible mejora de las condiciones para el óptimo desarrollo de los menores, más bien al contrario, excluir a las parejas del mismo sexo de la posibilidad de contraer matrimonio civil, no genera espontáneamente que los matrimonios tradicionales sean más seguros, pero sí priva a los hijos de parejas del mismo sexo de disfrutar de las cuantiosas ventajas que acarrea la seguridad de una «*estructura familiar estable donde los hijos serán criados, educados y socializados*». Tomando la opinión de uno de los magistrados que votará en contra de la resolución alcanzada (25), la magistrada Marshall señala que, el tratamiento privilegiado del matrimonio civil, revela la visión que el legislativo tiene de éste como el mejor lugar para la educación de los hijos, puesto que anima a los padres a permanecer unidos entre sí y respecto a sus hijos mientras crecen. Es por ello que, denegar el matrimonio a estas parejas, supone penalizar a los descendientes de numerosas protecciones sólo por la orientación sexual de sus padres, y esto es considerado por la Corte como una consecuencia totalmente irracional que no puede ser amparada por las Leyes.

Por último, el Tribunal también rechaza el argumento que sostenía que, limitando el matrimonio a las parejas de sexo opuesto, se aseguraría mejor la bonanza económica del Estado, ya que, al ser las parejas del mismo sexo, más independientes econonómicamente, no sería deseable que se les aplicasen los

(23) Por ejemplo en *Powers v. wilkinson*, 399 Mass. 774, 782 (1999).

(24) Para lo cual se remite al caso *Doe vs. Massachusetts*. App. Ct. 499, 503 (1983), en el que la orientación sexual de uno de los padres es insuficiente para denegarle la custodia del hijo.

(25) Robert J. Cordy.

mismos beneficios fiscales que a las parejas que pueden contraer matrimonio. La Corte se opone señalando que esta posición descansa en una generalización de las circunstancias de algunas parejas del mismo sexo, que, en ningún caso, puede ser tenida por verdadera, puesto que la realidad de los demandantes demuestra lo contrario, además de que, según las leyes de Massachusetts, no se exige demostrar mayor o menor dependencia económica del cónyuge para que la pareja casada opte a beneficios financieros o tributarios.

Despreciados los razonamientos de la Administración, el Tribunal pasa a considerar otros inconvenientes que se han manifestado respecto al caso. Así afirma que su intención al dar una nueva orientación al matrimonio, no es la de destruir la institución, ni la de perturbar su valor fundamental en la sociedad, como tampoco está en el ánimo de los demandantes atacar dicha institución, ni hacer que, reconociéndoles el derecho al matrimonio, el de las parejas de distinto sexo se degrade, más bien al contrario, la Corte afirma que *«las parejas del mismo sexo, abrazando las solemnes obligaciones del matrimonio, de exclusividad, apoyo mutuo y compromiso de uno para con el otro, darán un testimonio que contribuirá al reforzamiento de la institución tanto en la sociedad como en la ley»*.

Por lo que respecta a las críticas recibidas en cuanto a que debe ser el legislativo quien señale los límites del derecho a contraer matrimonio, la Corte afirma que no ve en ello inconveniente alguno, pero también señala que la Constitución exige que las leyes encuentren criterios ciertos y que no se excedan ciertos límites, y es aquí donde entran a jugar los órganos jurisdiccionales. De este modo, se rechaza la opinión del magistrado Robert J. Cordy de que la Corte está usurpando funciones al Poder Legislativo, afirmando que es una tarea tradicional de la Corte decidir sobre asuntos de constitucionalidad. A su vez el Tribunal descarta que esta decisión pueda suponer un conflicto entre la Administración Federal y el Estado, puesto que la esencia del Sistema Federal está en que cada Estado de la Unión interprete sus normas conforme a sus propias tradiciones, siempre que se guarden los requisitos mínimos establecidos por la Decimocuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos.

En definitiva, la Corte dispone que la prohibición discutida se asienta en una prejuiciosa concepción sobre las personas homosexuales, puesto que el Tribunal no encuentra nexo razonable alguno entre la descalificación de las parejas del mismo sexo como candidatas al matrimonio, y la protección del bienestar público. Se asegura, entonces, que la Constitución no puede controlar esos prejuicios, pero tampoco puede tolerarlos, de modo que considera tal prohibición como una violación de la libertad individual y de la igualdad ante la ley protegidas por aquél texto legal.

Considerando que esta violación ha de ser subsanada, se propone una solución como la adoptada recientemente por la Corte de Apelaciones de Onta-

rio (Canadá), en el procedimiento *Halpern v. Toronto (City)* 172 O.A.C 276 (2003) (26), redefiniendo el concepto tradicional del *common-law* sobre el matrimonio para hacerlo acorde con las exigencias libertad e igualdad proclamadas por la Constitución, puesto que tal remedio es perfectamente acorde con los principios establecidos por la jurisprudencia norteamericana, que facultan a los tribunales para matizar un principio del *common law* en consonancia con la evolución de los principios constitucionales (27). Así pues, se considerará al matrimonio como la «*unión voluntaria de dos personas como esposos, con la exclusión de todos los demás*».

Puesto que lo solicitado por los dos demandantes fue únicamente la declaración de inconstitucionalidad de la prohibición de contraer matrimonio a las parejas del mismo sexo, el Tribunal afirma que dicha negación de los beneficios, protecciones y obligaciones del matrimonio por el sólo hecho de

(26) Entre los días 23 y 25 de abril del año 2003 una sección de la Corte de Apelaciones de Ontario (Canadá), compuesta por el Juez Jefe McMurtry los Jueces MacPherson y Gillesc, se ocupó de resolver sobre un desafío a la definición constitucional del matrimonio. Ésta, fundada únicamente sobre el *Common-law*, exige que matrimonio lo sea «*entre un hombre y una mujer*». Este requerimiento de sexos distintos fue puesto en entredicho por siete parejas (formadas por personas del mismo sexo) que consideraron ofendido su derecho a la igualdad, garantizado por la sección 15 (1) de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades, por una razón de orientación sexual. Esta misma exigencia de parejas sexo opuesto fue también cuestionada por la *Metropolitan Community Church of Toronto* (MCCT), en tanto que podría suponer una violación de su derecho a la libertad religiosa reconocido en la sección 2 (a) del mismo texto y también una agresión a su derecho a la igualdad, por una razón basada en la religión.

Anteriormente, en julio del año 2002, la Corte Divisionaria había aceptado unánimemente que la exigencia indicada suponía una infracción de la igualdad de derechos de las parejas demandantes bajo los preceptos constitucionales y que no podría ser defendido como un límite justificable en una sociedad libre y democrática, teniendo en cuenta lo prescrito por la sección 1 de la Constitución. En este mismo procedimiento, la Corte también fue unánime al determinar que el derecho a libertad religiosa de la MCCT, como una institución religiosa, no había sido vulnerado. En lo que sí se dividió la Corte fue en la aplicación de las soluciones. El fallo de la Corte declaró que la definición del *common law* era inoperativa pero su ejecución fue suspendida durante dos años para permitir que el Parlamento proporcionase una solución apropiada. Si el Parlamento no lo hacía durante esos dos años, entonces la definición del *common law* sería automáticamente reformulada, cambiando la expresión «*un hombre y una mujer*» por «*dos personas*».

Cuando el caso llegó a la Corte de Apelaciones ésta, también por unanimidad, resolvió en los mismos términos en los que lo había hecho la instancia anterior, con la salvedad de que fijó una nueva definición en los siguientes términos «*la unión voluntaria, de por vida, de dos personas con la exclusión de todas los demás*», declarando la invalidez de la anterior y ordenando la inmediata efectividad de la presente.

(27) *Powers v. Wilkinson*, 339 Mass. 650, 661-662 (1987) revisa el concepto existente en el *common law* sobre «*solución*». *Lewis v. Lewis*, 370 Mass. 619, 629 (1976) anula la norma de «*cierta inmunidad interconyugal*».

desear casarse con una persona del mismo sexo, constituye una violación de la Constitución, por lo cual otorga al legislativo un plazo de 180 días para que realice las reformas legales necesarias que permitan interpretar la ley a la luz de lo establecido por el Tribunal.

2.2. *El voto particular de John M. Greaney*

El Juez John M. Greaney (28) —aun declarando su adhesión al remedio alcanzado por la Corte y a buena parte de los razonamientos propuestos por ella— realiza una exposición separada, resuelta en dos apartados, en la que plantea sus matizaciones personales sobre el asunto. En el primero de aquéllos, manifiesta su certeza de que el caso se resolvería más frontalmente acudiendo al análisis tradicional de la protección de la igualdad que se deriva del artículo 1 de la Declaración de Derechos de Massachusetts (29). Tras esto, realiza un análisis de la legislación civil sobre el matrimonio, que le lleva a concluir que tal regulación está asentada sobre una clasificación basada en el género de las personas y que, además, viola un derecho fundamental de los individuos. En el segundo de sus incisos, el Juez Greaney incluye una especie de «desiderátum» y algunas reflexiones particulares acerca de la perspectiva social que debiera engendrar la decisión adoptada.

(28) John M. Greaney, Juez Asociado, nació en Westfield (Massachusetts) el 8 de abril de 1939. Se graduó, con honores, por el *College of the Holy Cross* y más tarde obtendría su *Juris Doctor* en la *School of Law* de la Universidad de Nueva York. En una primera etapa, Greaney trabajó para el *104th Tactical Fighter Group of the Massachusetts Air National Guard*, pero después volvería a la práctica jurídica de la mano de una sociedad de Massachusetts, *Ely & King*, para la que trabajaría durante 10 años. Desde 1974 ha escrito y ha impartido clases sobre los programas legales y judiciales de educación; en ese mismo año fue nombrado Juez Presidente de la *Housing Court* del Condado de Hampden y, dos años más tarde, Juez Asociado de la Corte Superior. En 1978 fue elegido, también como Juez Asociado, para trabajar en la Corte de Apelaciones de Massachusetts, Tribunal del llegaría a ser Juez Jefe en 1984. A la Corte Suprema del Estado llegó en septiembre de 1989 de la mano del Gobernador Dukakis. Greaney además, ha sido presidente de la Conferencia de Jueces de Apelación de la Asociación Americana de Juristas y, actualmente, es Copresidente del *Supreme Judicial Court Judiciary/Media Committee* y Presidente y Decano del Instituto Judicial Flaschner.

(29) Como hemos visto anteriormente, en su versión original, el artículo 1 rezaba lo siguiente: «*All men are born free and equal, and have certain natural, essential, and unalienable rights; among which may be reckoned the right of enjoying and defending their lives and liberties; that of acquiring, possessing, and protecting property; in fine, that of seeking and obtaining their safety and happiness*».

Tras ser modificado por el artículo 106 de las Enmiendas a la Constitución introducidas en 1976 se completa así: «*Equality under the law shall not be denied or abridged because of sex, race, color, creed or national origin*».

Comencemos por lo primero. Greaney argumenta que aun incluso antes de ser enmendado en 1976, el artículo 1 de la Constitución del Estado, ya garantizaba el disfrute de cualquier derecho —considerado como fundamental— por todos los ciudadanos de Massachusetts. Por ello, la prohibición del acceso al matrimonio civil a las parejas del mismo sexo, basada únicamente en una razón de género, es considerada por este Juez como una «*restricción categórica de un derecho fundamental*» que produce una clara discriminación entre: los ciudadanos que pueden disfrutar de los beneficios de participar en una institución de tanta relevancia, y aquellos otros —y sus familias— a quienes no se les permite el disfrute. Greaney dice, textualmente, que esta situación es «*impermissible bajo el artículo 1*».

A través de lo expresado por la Jurisprudencia Norteamericana (30), el juez pretende demostrar que el derecho a contraer matrimonio, lejos de ser un privilegio concedido por el Estado, es más bien, un derecho fundamental que ha ser protegido contra las posibles injerencias, no justificadas, del Gobierno. De aquí, se dirigirá a investigar la concepción de matrimonio que descansa bajo la regulación ofrecida por la G.L. 207. Sin dudar, concluye que tal concepción se corresponde con un matrimonio entendido, solamente, como la unión de un hombre y una mujer, con lo cual se está creando una clasificación legal entre individuos basada en el sexo de quienes desean casarse, de modo que, la denegación de la licencia matrimonial se hará descansar —cuando sea solicitada por parejas del mismo sexo— en una cuestión de géneros. Greaney afirma que una clasificación de este tipo sería aceptable siempre que los beneficios y las cargas que les pudiesen ser impuestos a los individuos fuesen «*uniformemente*» aplicados a cada segmento de la clasificación, pero desde el momento en que una de esas clasificaciones, fundamenta la no concesión de la licencia, viola decididamente lo dispuesto por el artículo 1.

Ya que para Greaney queda demostrado que se ha erigido una clasificación de individuos basada en el género y que, además, se ha vulnerado un derecho fundamental, para que el Tribunal considere que la G.L. 207 no es inconstitucional, el Estado debería demostrar que a través de las restricciones impuestas por aquella ley se está defendiendo un poderoso interés estatal que no puede ser satisfecho de otra manera (31), lo cual, bajo su punto de vista, no ha quedado, en absoluto demostrado, a lo largo del procedimiento.

(30) De *Zablocki v. Redhail*, 434 U.S. 374, 384 (1978), *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1, 12 (1967), *Skinner v. Oklahoma*, 316 U.S. 535, 541 (1942), *Turner v. Safley*, 482 U.S. 78, 95-96 (1987), recoge el juez varias afirmaciones acerca de la naturaleza de «*fundamental*», «*vital*», o «*básica*» del derecho a contraer matrimonio.

(31) *Blixt v. Blixt*, 437 Mass. 649, 655-656 (2002) cert. Denied, 537 U.S. 1189 (2003), *Lowell v. Kowalski*, 380 Mass. 663, 667-669 (1980).

Lanzando una mirada al ya tratado asunto de los menores, Greaney muestra su extrañeza al observar que, a pesar de existir un amplio consenso social sobre el derecho de las parejas homosexuales a adoptar o a tener hijos, el Estado se empeña en desarrollar una legislación que, al no permitir a aquéllas el acceso a los beneficios derivados del matrimonio, crea un sistema de castas que diferencia entre los hijos de quienes tienen derecho a todo y los hijos de quienes tienen sólo derecho a una parte. Para él, esto es irreconciliable con el supremo interés que para la Administración debe constituir la consecución del máximo bienestar de todos los menores, y así concluye, que el amplio poder regulador concedido al Estado no debe ser empleado para construir «*irritantes distinciones entre clases de ciudadanos*».

Por último, el juez intenta centrar el asunto en discusión sobre lo siguiente: la inconveniencia de intentar definir la naturaleza del matrimonio atendiendo a las características que han tenido históricamente las personas a quienes se ha autorizado el acceso al mismo, para intentar justificar la exclusión de aquellas otras a quien sistemáticamente se les ha negado. Esta definición, para Greaney, supone evitar la esencia sobre la que el Tribunal debe discutir, esto es, sobre las suposiciones que se han vertido históricamente acerca de los papeles del hombre y la mujer en la institución matrimonial, lo cual implica, dice el juez, que hayan de examinarse esos roles a la luz de lo expresado por la Declaración de Derechos de Massachusetts en su artículo 1. Así, y tras realizar una exposición de la importancia que corresponde a la Constitución como Norma Fundamental del Estado y como definidora de los derechos, libertades y obligaciones de los ciudadanos (32), John Greaney acepta la evidencia de que existen profundas creencias morales y religiosas que consideran inaceptable este cambio en los papeles tradicionales del matrimonio, pero en tanto en cuanto, se trata de un asunto de legalidad constitucional, aquéllas no pueden ser razón suficiente para «*perpetuar jerarquías*» en las cuales las parejas del mismo sexo y sus familias son menos valiosas que otras. Pensamiento que resume en una frase extraída del caso *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833, 850 (1992) en la que se señala: «*nuestra obligación es definir la libertad de todos, no imponer nuestro propio código moral*».

En un segundo apartado, como señalamos anteriormente, Greaney expresa su esperanza de que quienes hoy no son partidarios de aceptar la nueva situación, terminarán por comprenderla. En este sentido, hace un breve bosquejo de las parejas que han acudido al proceso para presentarlas desde una perspectiva que incide en su absoluta normalidad y que les caracteriza como

(32) Importancia que pone de manifiesto a través de lo que se señaló en el caso *Loring v. Young*, 239 Mass. 349, 376-377 (1921).

ciudadanos ejemplares, completamente integrados y comprometidos con la sociedad en la que les ha tocado vivir y con quienes, dice el Juez «*compartimos la condición humana y con quienes participamos juntos en el contrato social que supone la fundación de nuestra Commonwealth*». Por ello concluye que «*los simples principios de la decencia*» harán que finalmente esta aceptación sea generalizada y que así debería ser porque eso es lo correcto.

En una última reflexión Greaney señala los valores esenciales que comporta la institución matrimonial, tanto considerando lo estipulado por la G.L. 207, como por la Jurisprudencia a través del caso *Griswold v Connecticut*, 381 U.S 479, 486 (1965) para reafirmarse en su tesis de que bajo el tenor del artículo 1 de la Constitución del Estado de Massachusetts, es inconcebible precluir, a las parejas del mismo sexo, el acceso a tal institución.

2.3. Los votos en contra

2.3.1. Francis X. Spina

Llega el turno, ahora, del sector del Tribunal que manifiesta su desacuerdo con los resultados alcanzados por la opinión dominante. Lo inicia el Juez Francis X. Spina (33) en una exposición articulada en tres apartados en los que intenta argumentar su postura analizando, en primer lugar, cuanto pueda afectar a la protección de la igualdad, para continuar, en un segundo inciso, con una evaluación del respeto a las garantías procesales, y con un tercero en el que despliega su opinión sobre la solución alcanzada por la Corte.

Para Francis X. Spina lo que se presenta ante el Tribunal, no es un caso de tratamiento desigual entre los ciudadanos, ni, mucho menos, una cuestión de derechos individuales vulnerados indebidamente por la Administración, para él lo que verdaderamente está en juego, es si en este procedimiento se está respetando el poder que la Constitución de Massachusetts (34) confiere

(33) Francis X. Spina, Juez Asociado, nació en Pittsfield (Massachusetts) el 13 de noviembre de 1946, se graduó por el *Amherst College* y obtuvo su *Juris Doctor* por la *Law School* del *Boston College*. Entre 1972 y 1974 trabajó con los Servicios Legales de Massachusetts Occidental. De 1975 a 1977 ejerció como ayudante del *City Solicitor* del Departamento Jurídico de la ciudad de Pittsfield. Más tarde, entre 1979 y 1983, fue segundo ayudante del Fiscal del Distrito en su Oficina del Condado de Berkshire. Desde 1983 hasta 1987 fue socio del gabinete jurídico *Reder, Whalen & Spina* y de *Katz, Lapointe & Spina* desde 1987 hasta 1993. Francis X. Spina ha formado parte de la Corte Superior del Departamento entre los años 1993 y 1997 y de la Corte de Apelaciones de Massachusetts desde 1997 hasta 1999, año en el que pasó a formar parte de la Corte Suprema.

(34) A través de su artículo 30, la Norma Fundamental de Massachusetts consagra los

al Legislativo del Estado para que efectúe cambios en la sociedad sin interferencia del Poder Judicial.

En sus reflexiones sobre un posible ataque a la igualdad de trato, el juez afirma que para que exista una discriminación basada en el género de los individuos, ha de suponerse que se está aventajando a uno sobre el otro, y nada de eso ocurre, dice, en lo estipulado por la G.L 207, puesto que tanto al hombre como a la mujer se les aplican los mismos criterios para poder acceder a la institución del matrimonio, siempre que éste se contraiga con un individuo del sexo contrario (35). Tampoco observa Spina discriminación legal alguna basada en la orientación sexual de los contrayentes puesto que la ley no descalifica a ningún individuo en razón de aquélla para casarse.

Sobre lo concluido en la valoración principal, acerca del carácter inconstitucional de la G.L 207 por suponer ésta una negación del derecho a elegir la pareja con la que uno desea casarse, este miembro del Tribunal opina que interpretando erróneamente lo explicitado en el procedimiento *Loving v. Virginia*, se está convirtiendo a la «elección» en un elemento esencial de la institución del matrimonio, lo cual es del todo improcedente, puesto que aquél caso trataba sobre la constitucionalidad de una ley del Estado de Virginia que prohibía los matrimonios entre personas de raza caucásica y no-caucásica, y sobre el que la Corte Suprema de los Estados Unidos determinó que la «elección de casarse» no podía encontrar una limitación basada en aquellos términos, ya que no puede reconocerse un legítimo interés del Estado en limitar estas uniones por motivos de línea racial, a lo que Spina añade que esto no implica que la Corte Suprema quisiera decir que exista un derecho a contraer matrimonio con una persona del mismo sexo (36). Por tanto, concluye que la legislación del Estado de Massachusetts, no comporta la creación de obstáculo alguno en la asunción de los derechos y deberes derivados del matrimonio fundamentada en algún tipo de propósito discriminatorio (37), puesto que dentro de los límites de la institución, cualquier persona

cimientos básicos del clásico principio de separación de poderes de esta manera: «*In the government of this commonwealth, the legislative department shall never exercise the executive and judicial powers, or either of them: the executive shall never exercise the legislative and judicial powers, or either of them: the judicial shall never exercise the legislative and executive powers, or either of them: to the end it may be a government of laws and not of men.*»

(35) Para ilustrar esta idea, Spina acude al caso de la *Commonwealth v. King*, 374 Mass. 5, 15-22 (1977), en el que se consideró que la legislación sobre la prostitución no generaba una discriminación basada en el género de las personas puesto que su aplicación afectaba por igual a hombres y a mujeres.

(36) Spina señala que lo mismo que se ha considerado sobre *Loving v. Virginia*, en cuanto a lo equivocado de su interpretación, es extensivo a lo extraído de *Pérez v. Sharp* ante. cit.

(37) Contrariamente a lo que sucede en los casos citados en la nota anterior.

puede acceder a ella libremente, de lo que resultará, entonces, que ante la inexistencia de dicho propósito, la G.L. 207 no vulnera el principio de protección de la igualdad.

Respecto a las exigencias que supone la garantía del *due process*, que se encuentra explícita en la Decimocuarta Enmienda de la Constitución Federal e implícita en el artículo 10 de la Norma Suprema de Massachusetts (38), lo primero que hace Francis Spina es determinar lo que supone esa garantía entendida desde un sentido sustantivo, es decir como la protección a la que deben estar sujetos los derechos individuales de las personas frente a intromisiones indebidas por parte de la Administración (39). En cuanto a la amplitud garantizadora, queda para este juez claro, que la protección desplegada por la Constitución del Estado a través de su artículo 10 es mucho mayor que la recogida por la Constitución Federal, lo cual no significa que la Corte haya ofrecido con su resolución una protección más elevada de los derechos individuales de los ciudadanos fundada en un *due process* más exigente, si no que lo que ha hecho el Tribunal ha sido, bajo la rúbrica de tal garantía, redefinir la institución del matrimonio.

Para analizar el posible gravamen al derecho fundamental defendido, Francis Spina se propone realizar una revisión de los contornos de tal derecho, en primer lugar para determinar si ha sido violado con el fin de asegurar algún valiosísimo interés del Estado —como ya se indicó anteriormente—, y, en segundo lugar, para observar si tal derecho puede ser considerado como fundamental, en cuyo caso se requeriría que estuviese «*de un modo objetivo, profundamente enraizado en la tradición e historia de esta Nación*» (40), de tal manera que «*si fuese sacrificado no podría existir libertad o justicia alguna*» (41), afirmaciones que ilustra con lo dispuesto en el caso *Three Juveniles v. Commonwealth*, 390 Mass. 357, 367 (1983) donde se dijo que no podía considerarse que el derecho al suicidio asistido formase parte del dere-

(38) El tenor completo del artículo dice: «*Each individual of the society has a right to be protected by it in the enjoyment of his life, liberty and property, according to standing laws. He is obliged, consequently, to contribute his share to the expense of this protection; to give his personal service, or an equivalent, when necessary: but no part of the property of any individual can, with justice, be taken from him, or applied to public uses, without his own consent, or that of the representative body of the people. In fine, the people of this Commonwealth are not controllable by any other laws than those to which their constitutional representative body have given their consent. And whenever the public exigencies require that the property of any individual should be appropriated to public uses, he shall receive a reasonable compensation therefor.*»

(39) Esta vertiente del *due process* fue perfectamente definida en el caso *Roe v. Wade*, 410 US 113 (1973), como se puede ver en R. SÉROUSSI, *Introducción al Derecho Inglés y Norteamericano*, Ariel, Barcelona, 1998, pág. 99.

(40) Tomado de *Moore v. East Cleveland*, 431 U.S. 494, 503 (1977).

(41) Extraído de *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702, 720-721 (1997).

cho fundamental a rehusar un tratamiento médico, porque tal derecho era de nuevo cuño y no estaba sustentado por la tradición. Más categóricamente, Spina afirma que con anterioridad a cualquier nivel de análisis constitucional, debería haber algún derecho, previamente reconocido, en juego y, por lo que respecta al derecho a contraer matrimonio con una pareja del mismo sexo o al derecho a casarse con la persona que uno elija, ninguno de ellos forma parte del derecho fundamental al matrimonio puesto que no están «*profundamente enraizados en la historia de la Nación*», de modo que no puede decirse que existan ni como derechos fundamentales, ni como derechos de otra naturaleza. En un último intento de sostener la inexistencia de tales derechos, Spina acude a la legislación ordinaria para mostrar como en la voluntad del Legislador se ha manifestado, expresamente, la intención de no reconocer la posibilidad de que dos individuos del mismo sexo contrai-gan matrimonio (42).

En el último de sus incisos, donde consigna su pensamiento sobre la solución alcanzada por la Corte, el Juez Spina concluye que tal solución excede lo dispuesto por el artículo 30 de la Constitución del Estado, por cuanto bajo su espíritu sólo se permite que la Corte aplique los principios de protección de la igualdad y que se cambie la letra de la ley, si esto se hace respetando la intención del Legislador. Cuando no sea posible, es decir, en el caso de que para aplicar el principio de igualdad haya que rescribir la ley, obviando la intención del Poder Legislativo, Spina —apoyándose en dos sentencias (43)— afirma que tal reescritura no debe producirse. En el caso presente, la modificación sí altera la inequívoca voluntad del Legislador de conservar los derechos maritales del hombre y de la mujer, lo cual genera un cambio social tan brusco que, para este miembro del Tribunal, sólo puede ser llevado a cabo por el pueblo, a través del proceso democrático.

Por ello Spina permanece en la idea de que la Corte, en este caso, está extendiendo su jurisdicción más allá de donde la Constitución le permite, ya

(42) Para ello acude a las enmiendas introducidas en la G.L c. 151B, que prohíbe la discriminación en el lugar de trabajo por razones de orientación sexual, en las que se señala que «*nada en esta ley será entendido como legitimador o validante del matrimonio homosexual*».

(43) En la primera de ellas *Dalli v. Board of Education*, 358 Mass. 753 (1971), el Tribunal concluyó que efectuar una determinada extensión en los términos de una ley que se estaba tratando, supondría llevar aquéllos más lejos de lo que permite la propia función judicial, señalando que dicho Tribunal había mostrado, tradicionalmente, su negativa a considerar asuntos que sólo al Legislador competen, en virtud lo estipulado por la separación de poderes del Estado que consagra el artículo 30 de la Constitución Estatal.

En otra más reciente *Connors v. Boston* 430, Mass. 31 (1999), el Tribunal rechazó extender la cobertura de la asistencia sanitaria para incluir a los compañeros sentimentales, porque se consideró que tal decisión sólo podía ser competencia del Legislador.

que, examinando decisiones anteriores emanadas del propio Tribunal, observa que éstas han nacido bajo la premisa de no exceder lo mandado por el artículo 30, aun cuando esto haya supuesto negar la protección del *due process* a derechos tradicionalmente no protegidos por él, pero de los que se ha reconocido ampliamente su relevancia social (44). «*Los Tribunales (concluye) tienen autoridad para reconocer derechos que tienen su base en la Constitución y en la Historia, pero el poder de crear nuevos derechos está reservado al pueblo a través de los procesos democrático y legislativo*».

En sus reflexiones finales Spina señala que el Tribunal ha distorsionado el significado y el propósito mismo de las garantías que supone el contenido sustantivo del *due process* puesto que de sus principios se ha terminado por extraer un nuevo derecho y esa no es su misión, ya que el *due process* sustantivo tiene por finalidad defender derechos existentes, no generar unos nuevos. Este principio, correctamente utilizado, debe servir para evitar intromisiones del Gobierno tanto sobre derechos fundamentales, como sobre la intimidad o privacidad de las personas, esto es, no permitir que el Estado regule sobre «*lo que hay más allá de las puertas de los dormitorios*» de las parejas. En todo caso, esta garantía no debería desplegarse sobre la G.L 207 puesto que su articulado no aborda cuestiones íntimas, sino solamente la regulación formal de la concesión de licencias de matrimonio. Con lo cual, se lamenta Spina, al extender las leyes del matrimonio a las parejas del mismo sexo, el Tribunal tergiversa el sentido el *due process* sustantivo y lo utiliza para entrometer al Gobierno en la vida de los demandantes.

2.3.2. *Martha B. Sosman*

El siguiente voto en contra de la opinión dominante lo formula Martha B. Sosman (45). A través de él, la Juez asienta su convencimiento en que, a

(44) *Tobin's Case*, 424 Mass. 250, 252-253 (1997), en la que se declara no fundamental el derecho que tienen los trabajadores a recibir beneficios de compensación. *Doe v. Superintendent of Schs. of Worcester*, 421 Mass. 117, 129 (1995) en la que se determina el carácter de no fundamental del derecho a la educación. *Williams v. Secretary of the Executive Office of Human Servs.*, 414 Mass. 551, 565 (1993) en la que no se considera fundamental el derecho a recibir asistencia sobre salud mental; *Matter of Tocci*, 413 Mass. 542, 548 n. 4 (1992) donde se señala que ejercicio de la profesión jurídica no es un derecho fundamental; *Commonwealth v. Henry's Drywall Co.*, 366 Mass. 539, 542 (1974) en la que se afirma que no existe un derecho fundamental a conseguir un negocio propio.

(45) Martha Browning Sosman, Juez Asociada, nació en Boston, Massachusetts, el 20 de octubre de 1950. Se graduó en el *Middlebury College* y obtuvo su título de *Juris Doctor* en la *Law School* de la Universidad de Michigan. Entre 1979 y 1984 formó parte del gabinete jurídico *Foley, Hoag & Eliot* en Boston, tras lo cual ejerció como Ayudante del Fiscal General

causa de la fabulosa presión social y mediática que se ha centrado sobre el Tribunal, y de la ingente carga emocional que se desprende del asunto, se ha producido una inadecuada aplicación de los criterios de análisis que el sistema judicial norteamericano dispone para casos de esta naturaleza.

De la aplicación de un estándar de «base racional», como requiere el asunto, debería, solamente, desprenderse si la legislación satisface un mínimo test de racionalidad —centrado en si las restricciones que genera están justificadas— y no cuestionarse si el fundamento que sustenta tal legislación es de agrado para el Tribunal. Obviando este procedimiento, la Corte, convencida de que no existen razones para pensar que las parejas del mismo sexo y las de sexo opuesto puedan ser tratadas de diferente manera por la ley, afirma que no existe una «base racional» con la que se pueda sustentar la actual denegación de acceso al matrimonio. Para Sosman, sin embargo, el hecho de que familias de distinto patrón al tradicional, hayan procurado un adecuado desarrollo de sus hijos y que éstos, por la naturaleza propia de sus familias, se hayan visto privados de parte de los beneficios que supondría el matrimonio de sus padres, no significa que la Administración esté obligada a igualar los apoyos que presta al variopinto mosaico de estructuras que una sociedad libre permite, equiparándolas las matrimonio.

Si el Tribunal centra su análisis en la observación de que lo realmente importante para el desarrollo de un niño, no son ni la orientación sexual de los padres, ni su género, ni siquiera su número, sino que lo verdaderamente relevante es que se le proporcione un ambiente estable y seguro donde pueda desarrollarse, entonces será obvio que la articulación tradicional del matrimonio resulte, para la Corte, obsoleto y limitado. Nada de esto es válido para Sosman. Los estudios científicos, asegura, que sobre el desarrollo de los niños en estas familias, se han realizado hasta la fecha, arrojan diferencias con respecto a los que lo han hecho bajo la estructura de familias tradicionales, pero estas diferencias han sido interpretadas, positiva o negativamente, de acuerdo con las creencias de aquellos bajo cuyos auspicios se han realizado las investigaciones, digamos, en sus propias palabras, que la rigurosidad del método científico ha cedido ante la pasión de los propios pensamientos. No obstante, la Juez considera que, aunque éstos se hubiesen abstraído hasta la deseada neutralidad, la premura en las investigaciones sobre un fenómeno tan reciente no puede arrojar resultados dignos de confianza. Por tanto, el Legislador podría, o no, compartir su creencia de que la igualdad de desarro-

de los Estados Unidos y como Jefe de la División Civil de la Oficina del Fiscal General en Boston. De 1989 a 1993 formó parte del gabinete *Kern, Sosman, Hagerty, Roach & Carpenter, P.C.*, del que fue socio fundador. Llegó a la Corte Superior en ese mismo 1993 y a la Corte Suprema, con el nombramiento del Gobernador Paul Cellucci, en septiembre del año 2000.

llo en ambos modelos no está sino fundada en el apasionamiento y que, además, no se haya suficientemente contrastada, pero sí sería deseable que recogiese todas las evidencias posibles antes de realizar cambios en una institución tan importante.

Con todo, la preocupación fundamental de la Juez Sosman radica en demostrar que, aunque el Tribunal asegura estar aplicando un análisis de constitucionalidad basado en la racionalidad, la solución adoptada no puede ser sino fruto de la utilización de un criterio analítico más estricto, ya que —a pesar de que la Corte evita cualquier expresión que pueda hacer referencia a un escrutinio constitucional severo— antes de demostrar que la legislación matrimonial desafiada carece de la «base racional» requerida, ya ha sido examinada bajo otros parámetros más rigurosos (46). Si en el caso no se ventilasen asuntos que comportasen tanta carga emocional (47), asegura la Juez, la aplicación de los estándares constitucionales no habría generado ningún problema y se habrían extraído conclusiones diferentes, por ejemplo, de la que se señala que no es racional que el Legislador conceda una serie de beneficios a un tipo de estructura familiar cuyo éxito está demostrado, mientras se los niega a otro tipo de estructura alternativa cuya fortuna no está contrastada. Con la misma retórica de exaltación emocional que ha llevado al Tribunal a elevar, subrepticamente, el criterio de evaluación constitucional, también podría justificarse la existencia de un mayor celo del Legislador en lo que afecte a este asunto, puesto que, dada la importancia social de la institución sobre la que se está tratando cualquier decisión precipitada podría acarrear consecuencias indeseadas. Por ello Sosman concluye que *«ante la ausencia un consenso sobre el asunto (el cual obviamente no existe) y ante la no unanimidad entre los científicos que estudian el caso (la cual tampoco existe) y ante un período insuficientemente largo para la observación de este nuevo tipo de estructura familiar (que todavía no ha sido posible), sería razonable que el Legislador pospusiese cualquier redefinición del matrimonio, que incluya a las parejas del mismo sexo, hasta el momento en que se tenga certeza de que tal redefinición no tendrá consecuencias no pretendidas o indeseables»* y, aun reconociendo, que considerado el caso como un asunto de historia social, el cambio podría proporcionar una sociedad más justa, desde la perspectiva de una cuestión de constitucionalidad, el caso

(46) La Juez sostiene esta tesis apoyándose en una extensa relación de argumentos aportados por la Corte en los que se hace referencia a la violación de un derecho fundamental y a una discriminación fundada en el género o en la consideración de gays y lesbianas como *suspect classification*.

(47) En este punto la Juez propone un brillante ejemplo sobre cómo se hubiese aplicado el estándar de racionalidad a una legislación que afectase a la eficiencia energética y cómo se aplica en este caso.

asienta «una aberración» puesto que para llegar a los términos finales la Corte ha «torturado» el estándar de análisis basado en la racionalidad hasta hacerlo irreconocible, lo cual le lleva a apreciar, dice sin tapujos, «la fuerza de la tentación (que tendría el Tribunal) de encontrar esta ley inconstitucional». Para Sosman la gran presión, a la que sin duda ha estado sometida la Corte, ha tenido un efecto diferente al que cabría suponerse, ya que aquélla debería haber compelido al Tribunal a observar, más escrupulosamente que nunca, la racionalidad de la ley desafiada y, sin embargo, el efecto ha sido el de trascender la naturaleza del análisis.

2.3.3. *Robert J. Cordy*

En último lugar, el Juez Robert J. Cordy (48), expone su opinión discordante con las razones que motivan la posición de la opinión mayoritaria. Lo hace a través de un extenso razonamiento que se prolonga tanto como la propia resolución del Tribunal y que se articula en torno a tres apartados que nacen del siguiente planteamiento: el caso que se presenta ante el Tribunal ha de someterse a un examen de constitucionalidad basado en un criterio de «base racional» puesto que sólo en el caso de que un derecho fundamental haya sido vulnerado o cuando se haya asentado una discriminación sobre la creación de una «clasificación sospechosa», procederá analizar la legislación desafiada con un estándar más severo. De aquí que el juez, en su primer inciso, se ocupe de demostrar que la limitación del matrimonio a la unión entre un hombre y una mujer no grava el ejercicio de derecho fundamental alguno; en su segundo de que la legislación matrimonial, al limitar la institución a las parejas de distinto sexo, no está asentado una discriminación basada en el sexo que pueda considerarse como una trasgresión de la cláusula de

(48) Robert J. Cordy, Juez Asociado, nació en Manchester (Connecticut) el 18 de mayo de 1949. Se graduó con la calificación de cum laude en el *Dartmouth College* en 1971 y obtuvo su título de *Juris Doctor* en la *Law School* de la Universidad de Harvard en 1974. Cordy inició su carrera jurídica, ese mismo año, como abogado defensor del *Massachusetts Defenders Committee*. Durante 1978 y 1979 trabajó en el Departamento de Renta, donde ejerció como Ayudante Especial del Fiscal General. Entre 1979 y 1982 fue Consejero General Asociado en la Comisión Estatal de Ética, para seguir entre 1982 y 1978 como Fiscal Federal bajo el mandato del entonces Fiscal General de los Estados Unidos William F. Weld. Mientras ocupaba este puesto fue nombrado Jefe de la Unidad de Corrupción Pública. Fue socio del gabinete jurídico *Burns & Levinson*, de Boston, entre 1987 y 1991. De ese año y hasta 1993 fue Consejero Jefe para asuntos legales del Gobernador Weld. En 1993 se une a la firma *McDermott, Will & Emery*. Además, Robert J. Cordy fue profesor entre 1987 y 1996 en la *Law School* de Harvard. Fue nombrado Juez de la Corte Suprema en el año 2001.

igualdad que contiene la Constitución de Massachusetts, y por último, de que la cuestionada G.L 207 satisface los exámenes de racionalidad que se le exigen. No obstante, y en consonancia con lo ya expresado anteriormente por Spina, Cordy señala que aunque un cambio en la institución fuese deseable, éste no correspondería realizarse por vía judicial, sino que habría de ser el Poder Legislativo quien se ocupase de tal asunto.

Vayamos por partes. Cordy inicia el primero de sus razonamientos con una indagación sobre el origen de la institución del matrimonio civil en Massachusetts, en la que reconoce su derivación del common law inglés y en la cual afirma su carácter intrínsecamente civil, nacido de su único servicio a intereses públicos y desligado de cualquier concepción religiosa; una institución cuyo núcleo se asienta sobre la «*unión legal de un hombre y una mujer como esposo y esposa*». Tras este breve punto de partida, al que en seguida encontraremos sentido, el Juez comienza su refutación de lo concluido por el Tribunal.

La Corte asegura que se ha vulnerado el derecho fundamental que todo individuo tiene a decidir si se casa, o no, porque considera que dentro de éste va implícito el derecho de elegir la persona con la cual se lleva a cabo tal acto, este resultado, dice Cordy, sólo es posible bajo la aceptación de que la definición misma del matrimonio incluye la posibilidad de que dos personas del mismo sexo puedan contraer matrimonio. Sin embargo todas las Sentencias (49) emanadas de otras Cortes Supremas, y que se han traído al procedimiento para ilustrar el carácter de «fundamental» del derecho que se discute, no hacen sino fundar la importancia de tal derecho sobre una concepción tradicional del matrimonio y no sobre la redefinición que se pretende adoptar. En ellas se asienta esa altísima valoración del derecho a contraer matrimonio en su inequívoca conexión con la procreación (50) y, puesto que en la naturaleza misma de las parejas del mismo sexo está la imposibilidad de procrear, cualquier derecho a contraer matrimonio, del que pudiesen gozar, no

(49) *Turner v. Safley*, 482 U.S. 78 (1987); *Zablocki v. Redhail*, 434 U.S. 374 (1978); *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967); *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965); *Skinner v. Oklahoma*, 316 U.S. 535 (1942).

(50) En *Skinner v. Oklahoma* se derogó la legislación sobre esterilización, porque tanto «el matrimonio como la procreación son fundamentales para la existencia de la especie». En *Loving v. Virginia*, como ya hemos anteriormente la Corte derogó la legislación antimestizaje, relacionando implícitamente, matrimonio con procreación. En *Zablocki v. Redhail* se relaciona expresamente el derecho a procrear con el derecho a contraer matrimonio. En *Turner v. Safley* la Corte incluye entre las más esenciales características del matrimonio la expectativa de que sea completamente consumado. Por fin en *Milford v. Worcester*, 7 Mass. 48, 52 (1810) se afirma que el propósito del matrimonio es «regular... las relaciones entre los sexos; y multiplicar (y) preservar... las especies».

podría estar asentado sobre esa base, que ha sido la que las Cortes Supremas han tenido en cuenta para considerarlo fundamental.

También ataca Cordy el cobijo que los demandantes pretender encontrar bajo el derecho a la intimidad que se protege en algunas otras resoluciones de la jurisprudencia (51), advirtiendo de que en aquellos casos la intimidad que se está protegiendo es la que se encuentra «*tras puertas de las alcobas de los individuos*», y que, en nada afecta aquello, al asunto que está tratando, puesto que la legislación de Massachusetts, que únicamente regula el acceso a la licencia matrimonial, no trata cuestiones de «privacidad» tal como han sido entendidas y protegidas, tanto por la legislación Federal como por la del Estado, ya que la concesión, o no, de la licencia no afecta a la intimidad de las relaciones de los demandantes. Aún más, en algunos de los casos en los que se trata sobre «intimidad» se llega a hablar, incluso de «autonomía personal», extensión a la que Cordy responde apoyándose en el caso *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702, 727 (1997) en el que la Corte Suprema de los Estados Unidos afirma que la circunstancia de que muchos derechos y libertades estén protegidos por las garantías del *due process* asentadas sobre la autonomía personal de los individuos, no puede llevar a concluir, sin más, que cualquier decisión, por ser íntima y personal, ha de ser protegida. Esta protección, abundando en lo ya anteriormente apuntado por Spina —quien se apoya en la misma sentencia—, tendrá que venir rubricada por el «arraigo» que tal derecho o libertad tenga en la sociedad. De ese «arraigo» del que sí gozan los papeles tradicionales del matrimonio y las relaciones paterno-filiales y familiares y de la necesidad de su protección puede, naturalmente, derivar que el derecho a «*asociarse libremente*» para mantener ciertas relaciones humanas íntimas, sea limitado, y no por ello vulnerado, con lo dispuesto por la G.L. 207. En un último ataque a los argumentos de la Corte, Cordy señala que se ha considerado al apoyo emocional y al apoyo mutuo como fundamentos principales de la institución matrimonial, pero éstos, para él, no pueden ser considerados, por sí solos como fuente de la que surja un derecho fundamental a contraer matrimonio entre individuos del mismo sexo (52).

Convencido, por todo lo anterior, de que no existe derecho fundamental alguno que proteja el matrimonio entre parejas del mismo sexo, el Juez inicia un nuevo tipo de disertación que pretende aclarar, de la mano de la prác-

(51) En *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973) la Corte derogó la ley de penalización del aborto y en la citada *Griswold v. Connecticut*, eliminó la legislación que prohibía el uso de anticonceptivos.

(52) En un sentido similar se pronuncia la Corte Suprema de los Estados Unidos cuando en *Paul v. Davis*, 424 U.S. 693, 701 (1976) afirmó que de un mero ataque a la reputación no puede desprenderse una negación de la libertad.

tica judicial americana, cuándo debe ser reconocido un derecho fundamental y por quién.

Volviendo sobre la ya citada *Moore v. East Cleveland*, 431 U.S. 494, 498-499, 503 (1977) (53), Cordy sostiene que tanto a nivel Federal como Estatal, los derechos reconocidos como fundamentales serán aquellos que «estén, de un modo objetivo, arraigados profundamente en la historia y tradición de esta Nación», como ya ha venido haciendo a lo largo de su razonamiento, pero añadiendo que, en lo que a relaciones familiares se refiere esa misma Sentencia señala que «la Constitución protege la santidad de la familia, precisamente, porque la institución familiar está profundamente arraigada». De modo que, en aplicación de estos criterios, tanto la Corte Suprema de los Estados Unidos como la Corte Suprema de Massachusetts, en varios casos (54) en los que se ha exigido una amplia revisión de la doctrina y práctica legal asentadas durante años, no ha tenido inconveniente en devolverlos a la discusión pública hasta que se haya alcanzado un consenso general sobre el asunto.

¿Significa esta protección, basada en lo históricamente aceptado, que una ley sobre la que pesa la sospecha de irracionalidad deba ser aceptada sólo en razón de su arraigo? Cordy, contesta que no, pero que debería actuar-se con extraordinaria pulcritud antes de derogarla. En cualquier caso, el Juez no tiene inconveniente en reconocer la obviedad de que la actitud social ante el fenómeno de las parejas del mismo sexo está cambiando, pero también consigna su seguridad en que ese hecho no implica que tal fenómeno esté enraizado en la vida social del Estado tal como lo puede estar el matrimonio tradicional. No obstante, propone que para observar más objetivamente la situación de los valores asentados en la sociedad, a día de hoy, quizá debiera acudir-se a lo legislado por otros Estados (55). La perspectiva es clara: no existe ninguna legislación estatal que permita el matrimonio y una amplia mayoría de Estados, a los que hay que sumar el Congreso de los Estados Unidos, ha prohibido el reconocimiento de tal tipo de matrimonio bajo cualquier propósito (56). Si tomamos, entonces, los resultados legislativos,

(53) Que, a su vez se apoya en lo resuelto en el caso *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319, 325 (1937).

(54) Como supuso la denegación del carácter de fundamental al derecho de asistencia al suicidio en *Washington v. Glucksberg ante cit.* o la recomendación de una necesaria espera como la que se sugirió para el reconocimiento del derecho de los familiares de enfermos terminales a rechazar ciertos tratamientos de conservación de la vida, en el procedimiento *Superintendent of Belchertown State Sh. v. Sikewicz*, 373 Mass. 728-737 (1977).

(55) Argumento que toma de *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304, 312 (2002) quien a su vez está citando a *Penry v. Lynaugh*, 492 U.S. 302, 331 (1989).

(56) El informe de la Conferencia Nacional de Legislativos Estatales, en referencia a las

como producto de lo deseado por los ciudadanos que intervienen en el proceso democrático como electores, parece claro que el derecho a contraer matrimonio, esgrimido por las parejas del mismo sexo, no está fuertemente enraizado en la sociedad norteamericana (57).

Cordy propone que la regulación sobre el matrimonio de parejas del mismo sexo se realice a través de procedimientos legislativos, sujetos a criterios de racionalidad, ya que la Corte podría estar, a través de la invocación de las garantías del *due process* y de la defensa de la libertad, forzando a aplicar su visión de la política social más adecuada, y esto afectaría gravemente a la separación de poderes que se consagra en el artículo 30 de la Constitución de Massachusetts.

Al segundo de los incisos establecidos por este miembro del Tribunal en su exposición le corresponde averiguar si la G.L 207 supone una violación del principio de igualdad que contiene la Constitución Estatal de Massachusetts. De la calificación que hace de las conclusiones alcanzadas anteriormente por Greaney como «no razonadas e inconsistentes», a la luz del procedimiento que originó tal garantía, es fácil suponer que Robert J. Cordy no apreciará vulneración alguna de ella. El propósito, afirma, de la cláusula de igualdad que contiene la Declaración de Derechos de Massachusetts es evitar que una ley, cualquiera que sea, pueda generar el nacimiento de tratamientos ventajosos de un sexo respecto del otro, pero no el de prohibir regulaciones que provean de un tratamiento igual ambos sexos, y lo que hace la G.L 207 es, precisamente, disponer idénticas prohibiciones y permitir idénticas conductas tanto a hombres como a mujeres (58). Acudiendo al ya habi-

leyes estatales que afectan a gays y lesbianas, elaborado entre abril y mayo del 2001 señala en ese mes, treinta y seis Estados habían elaborado legislaciones en «defensa del matrimonio».

(57) Con la excepción de lo determinado por la Corte Superior de Alaska en el procedimiento *Brause v. Bureau of Vital Statistics, No. 3 AN-95-6562CJ (Alaska Super. Ct. Feb, 27, 1998)*. En todo caso en noviembre de ese mismo año se produjo una Enmienda a la Constitución de Alaska por la cual se prescribe que todo matrimonio ha de ser entre hombre y mujer. Ya en 1993 la Corte Suprema de Hawai había afirmado que prohibir el matrimonio entre parejas del mismo sexo podría violar la Constitución del Estado por una cuestión de discriminación sexista y que sólo una poderosísima razón del legislador justificaría tal estado de cosas. En 1996, un juzgado se pronunció en un sentido similar y la decisión fue apelada ante la Corte Suprema, pero antes de que ésta pudiera pronunciarse, la Constitución de Hawai fue enmendada para permitir al Legislador que restringiese la institución matrimonial a la unión entre hombres y mujeres. Más tarde, en diciembre de 1999, la Corte Suprema de Vermont determinó que las parejas del mismo sexo tenían derecho, bajo la Constitución del Estado, a todas protecciones y beneficios que comporta el matrimonio. En el año 2000 una ley creó las uniones civiles para parejas del mismo sexo, otorgándoseles, por medio de ella, los mismos derechos y beneficios que aparea el matrimonio civil.

(58) Se apoya en varias sentencias que han asentado el contenido del principio de igual-

tual *Loving v. Virginia*, Cordy pretende explicar por qué la legislación desafiada en aquel procedimiento sí contenía unos claros presupuestos discriminatorios, y sin embargo, tal suceso no se da en el presente caso. Mientras que el propósito inequívoco de la Ley del Estado de Virginia era sobreproteger a la raza blanca, a través de una discriminación efectuada sobre los individuos de raza negra basada únicamente en un criterio racial, no existe evidencia alguna de que la Legislación de Massachusetts sobre el matrimonio, que limita éste a las parejas de sexos opuestos, esté fundada en un propósito general de discriminación en razón del sexo, ni en deseo alguno de dar origen a desventajas entre hombres y mujeres. No puede afirmarse, entonces, que se haya vulnerado el principio de igualdad.

Empeñado en su visión histórica, Cordy acude a las discusiones previas a la introducción del artículo 106 de las Enmiendas a la Constitución que, como ya hemos visto anteriormente, modifica su artículo 1 para reforzar el principio de igualdad. Con tal motivo, durante el año anterior —en 1975—, tanto el Legislativo del Estado como su Gobernador acordaron elaborar un estudio sobre las Leyes Generales que podrían verse afectadas por la prohibición expresa de cualquier tipo de discriminación por razones de sexo. Uno de los apartados del informe, titulado «Áreas no afectadas por la Enmienda de Igualdad de Derechos», afirmaba que una de esas áreas sería el matrimonio homosexual (59).

De modo que, aunque la Corte no debe sentirse ligada, en su evaluación de cuestiones de constitucionalidad, a los estudios que hayan podido realizarse o al debate que públicamente se suscite sobre tales cuestiones, tampoco debería perderse de vista cuál ha sido la intención, al fin y al cabo reciente, del electorado al invocar esos cambios en el artículo 1.

En su último inciso, Cordy aporta, antes que todo, una clarificadora visión de cómo entiende la aplicación del criterio de análisis de constitucionalidad basado en la racionalidad de lo legislado. Para él, demostrar que una

dad en esos términos: *Attorney Gen. v. Massachusetts Interscholastic Athletic Ass'n*, 378 Mass. 342, 357 (1979), *Baker v. State*, 170 Vt. 194, 215 n. 13 (1999) *Commonwealth v. King*, 374, Mass. 5 16 (1977) *Personnel Adm'r of Mass. V. Feeney*, 442 U.S 256, 274, 275 (1979), *Lowell v. Kowalski*, 380 Mass. 663 (1980).

(59) «An equal rights amendment will have no effect upon the allowance or denial of homosexual marriages. The equal rights amendment is not concerned with the relationship of two persons of the same sex; it only addresses those laws or public-related actions which treat persons of opposite sexes differently. The Washington Court of Appeals has already stated that the equal rights amendment to its state constitution did not afford a basis for validating homosexual marriages. In Colorado, the attorney general has likewise issued an opinion that the state equal rights amendment did not validate homosexual marriage. There are no cases which have used a state equal rights amendment to either validate or require the allowance of homosexual marriages».

ley no supera el estándar corresponde al demandante, mientras que la Corte debe suponer la validez de la legislación desafiada y hacer cuando pueda por apelar a su racionalidad (60). Asimismo hace hincapié en definir cuáles han de ser las funciones que deben prestarse desde el Poder Judicial y cuáles corresponden en exclusiva al Legislativo desde una, bien entendida, separación de poderes; para ello cita lo dispuesto en el caso *Commonwealth v. Lewis*, 355 Mass. 189, 202 (1969) en el que la Corte afirma que «no será función de los Tribunales realizar indagaciones para resolver un debate que haya sido, prácticamente, resuelto por el legislativo... es obligación de los jueces dar efecto a la voluntad del pueblo en tanto que se encuentra expresada en las leyes a través de lo realizado por sus representantes».

Asentados, cristalínamente, sus planteamientos de base, inicia Cordy un análisis minucioso de la aplicación del estándar de «base racional», observando primero, la naturaleza de la *clasificación* que se contiene en la G.L. 207. Demostrado que la obtención de la licencia de matrimonio no está limitada a los hombres ni a las mujeres, ni a los homosexuales ni a los heterosexuales, parece claro que la clasificación se dibuja en torno a las parejas del mismo sexo y a las parejas de sexos opuestos.

En segundo lugar corresponde investigar los *propósitos del Estado* a los que sirve la legislación matrimonial. Cordy, en un bosquejo inicial asentado en estudios de doctrina científica (61), traza las líneas básicas del matrimonio como un mecanismo institucional que ha reconocido un cierto tipo de estructura familiar como uno de los pilares básicos de la organización de las sociedades humanas y que sirve para articular importantísimas funciones de naturaleza política, económica, social, educativa, natalicia y personal.

A todo ello, el Juez añade que sobre el matrimonio se ha cernido, desde siempre, una consideración de heterosexualidad, nacida de la necesidad de procreación y del mantenimiento y enculturación de los hijos (62), de modo

(60) Cómo se señala en *Paro v. Longwood Hospital*, 373 Mass. 645, 650 (1977).

(61) C. N. DEGLER: *The Emergence of the Modern American Family*, in *The American Family in Social-Historical Perspective*, 61, 3.^a ed., 1983; A. J. HAWKINS: *Introduction*, in *Revitalizing the Institution of Marriage for the Twenty-First Century: An Agenda for Strengthening Marriage* xiv, 2002; C. LASCH: *Social Pathologists and the Socialization of Reproduction*, in *The American Family in Social-Historical Perspective*; W. J. O'DONNELL y D. A. JONES: *Marriage and Marital Alternatives*, 1, 1982; L. SAXTON: *The Individual, Marriage, and the Family*, 229-230, 260, 1968; M. A. SCHWARTZ y B. M. SCOTT: *Marriages and Families: Diversity and Change*, 4, 1994; WARDLE: «Multiply and Replenish»: *Considering Same-Sex Marriage in Light of State Interests in Marital Procreation*, 24 Harv. J. L. & Pub. Pol'y 771, 777-780, 2001; J. Q. WILSON: *The Marriage Problem: How Our Culture Has Weakened Families*, 28, 40, 66-67, 2002.

(62) Jurisprudencialmente de *Milford v. Worcester*, 7 Mass. 48, 52 (1810) y doctrinal-

que la propia institución ha servido para tender numerosos lazos desde el comportamiento heterosexual hasta las responsabilidades familiares. Centrando su visión en la paternidad, observa cómo la relación materno-filial está establecida y asegurada por el proceso biológico que supone el embarazo, pero sin embargo, aquella otra ha de ser reforzada por las presunciones de paternidad que aparea el matrimonio, así como por las numerosas obligaciones del padre-esposo respecto a la esposa y el hijo, que despliega la formalización legal de la relación. Entonces, argumenta Cordy, puesto que corresponde a los padres criar, educar y socializar a sus hijos, el matrimonio fomentará que aquéllos permanezcan unidos mientras éstos crecen, lo cual, en el ámbito de toda la sociedad, contribuirá al asentamiento de una estructura social más estabilizada e interdependiente. No es, por tanto, extraño que numerosos Tribunales hayan reconocido su paladina importancia como un principio organizativo de la sociedad y el comprensible interés del Estado por regularlo (63).

Como ya ha hecho con anterioridad, Cordy no deja de reconocer los abundantes cambios que, como resultado de los avances económicos, políticos y sociales, están afectando a algunos aspectos del matrimonio tradicional, lo cual no obsta para que la institución, tal como se ha entendido históricamente, continúe siendo la piedra angular de la organización social donde la mayoría de los menores son criados y educados (64), de lo que concluye que *«es difícil imaginar un propósito para el Estado, más importante y legitimador, que el de asegurar, promocionar y sustentar una óptima estructura social dentro de la cual mantener y criar a los hijos. Como mínimo, la legislación matrimonial continúa sirviendo a este importante propósito estatal»*.

En último lugar, Cordy plantea la cuestión central del *estándar de revisión*: ¿Existe una base racional aceptable sobre la que se pueda afirmar que limitando la institución matrimonial —a los términos en los que se conoce— se fomenta el legítimo propósito del Estado que se ha expuesto anteriormente?

mente de los citados en la nota anterior más G. DOUGLAS: *Marriage, Cohabitation, and Parenthood from Contract to Status?*, in *Cross Currents: Family Law and Policy in the United States an England*, 223, 2000.

(63) Ambos aspectos confirmados tanto por la Jurisprudencia estatal como por la federal en: *French v. McAnarney*, 290 Mass. 544, 546 (1935), *Milford v. Worcester*, 7 Mass. 48, 52 (1810), *Maynard v. Hill*, 125 U.S. 190, 211 (1888) *Murphy v. Ramsey* 114 U.S. 15, 45 (1885) y en *Reynolds v. United States*, 98 U.S. 145, 165 (1865).

(64) Basado en la opinión científica del estudio *«Children's Living Arrangements and Characteristics: March 2002, United States Census Bureau Current Population Reports»* (junio 2003), en el que se señala que en 2002, el 69 por 100 de los hijos vivían con sus padres casados, el 23 por 100 vivían solos con su madre, el 5 por 100 solos con su padre y un 4 por 100 en hogares en los que ninguno de los padres estaba presente.

Antes de nada, el Juez considera que la Corte debería ser muy respetuosa con las razones que llevan al Legislador a alcanzar las conclusiones que se discuten (65), tales como la certeza de que el matrimonio ha proporcionado una exitosa estructura de relaciones personales durante siglos, o la consideración de acierto de aquellos estudios que advierten sobre las consecuencias negativas que supone para los menores nacer fuera de un matrimonio —o criarse en un ambiente distinto al que supone las figuras del padre y la madre—, o incluso el hecho de que el Legislador sea extremadamente cauto en la consideración de determinados estudios comparativos por estar realizados sobre muestras no representativas o sobre períodos de tiempo muy limitados (66).

Al subyacer estas consideraciones bajo el pensamiento del Legislador, parece razonable que éste concluya que la familia formada por padres de sexo opuesto sea el lugar óptimo para el desarrollo de los hijos y que la unión formada por padres del mismo sexo no suponga, aún, una estructura alternativa que haya demostrado ser fuente de un éxito similar. En tanto que autorizando el matrimonio en estos términos, la cantidad de menores que podrían verse afectados por la nueva regulación se incrementaría, no parece descabellado que el Legislador espere a realizar cualquier cambio hasta despejar todas sus dudas al respecto. En estricta relación con lo anterior, Cordy matiza que, el hecho de que la Administración permita, habitualmente, adoptar a parejas del mismo sexo, no supone un reto a la racionalidad de los argumentos que se acaban de expresar. Cuando se nos presenta un caso de adopción, dice, nos encontramos ante una situación donde, al menos, uno de los padres biológicos es incapaz o no está dispuesto a participar en el mantenimiento y educación de su hijo; perdido entonces, el ambiente óptimo de desarrollo infantil, lo más prioritario será defender «*los mejores intereses del menor*», lo cual puede derivar en que se produzca una adopción en los términos anteriormente citados, pero de aquí no puede considerarse irracional que el Legislador haya decidido la no-equiparación entre ambos tipos de estructura familiar. «*Que el Estado acepte diferentes tipos de familias no significa que todas ellas sean igualmente óptimas o igualmente merecedoras del apoyo del Estado*», o lo que es lo mismo, que el desarrollo de los menores pueda

(65) Esta exigencia de respeto, que se funda en una presunción, a prueba de lo contrario, de que el legislador dispone de evidencias razonables que le llevan a regular en un sentido determinado, se asienta sobre: *Shell Oil Co. v. Revere*, 383 Mass. 682, 688 (1981), *Slome v. Chief of Police of Fitchburg*, 304 Mass. 187, 189 (1939) y sobre *Mutual Loan Co. v. Martell*, 200 Mass. 482, 487 (1909), *afforded*, 222 U.S. 225 (1911).

(66) Apoyado en los estudios: R. LERNER y A. K. NAGAI: *Non Basis: What the Studies don't tell us about same-sex parenting, marriage law protect*, enero 2001, y en STACEY: *How does the sexual orientation of parents matter*, 66 *Am. Soc. Rev.* 159, 159-166 (2001) que alertan sobre la discutible rigurosidad de otras investigaciones.

producirse en un «*ambiente aceptable*», fuera de su familia de padres biológicos, no significa que deba realizarse una identificación absoluta entre este modelo y todos los demás posibles.

En conclusión, el Legislador podría pensar que, redefiniendo la institución matrimonial por la ampliación de su espectro, podría gravarse el interés del Estado en promover y apoyar el matrimonio heterosexual como la institución social que mejor ha establecido la relación entre actos de procreación y crianza de los hijos. Limitando el matrimonio a las parejas que, teóricamente, pueden procrear, se trasmite a los ciudadanos la ligazón que existe entre el matrimonio y la procreación, puesto que al Legislador le cabría pensar que, extendiendo su radio de acción, podría darse una disminución en la capacidad que la sociedad tiene para gobernar sus actos de procreación y para criar a los hijos en el mejor ambiente posible. La cuestión que se plantea, por tanto, no es determinar si algunas parejas del mismo sexo pueden ser capaces de ser buenos padres, sino que lo que se discute es si cambiar una estructura social cuyo éxito está demostrado por otra cuyos efectos no están probados, por ello no extraña que el Legislador posponga cualquier decisión hasta que «*haya unánimes evidencias científicas, o consenso popular, o ambos*».

Tras un repaso por los profundos cambios que han afectado a la consideración y trato de los homosexuales y que, por vía legislativa, se han realizado durante las últimas décadas, Cordy no ve inconvenientes en que esa evolución siga produciéndose y señala, precisamente, al Legislativo como el Poder adecuado para responder, constitucionalmente y en la práctica, a los cambios que se requieran.

En su opinión, la G.L 207 supera, sin mayor problema, los requerimientos del estándar de «base racional», en la línea de lo que han determinado otros Tribunales Estatales en Arizona, Minnesota y Washington (67). El caso, afirma Robert J. Cordy en su conclusión, no trata del derecho de las parejas homosexuales a elegir vivir juntos o a criar hijos conjuntamente, sino que, más bien trata de si el Estado debe apoyar y mantener esas elecciones a través de un cambio en la institución matrimonial, lo cual supone un profundo cambio en cuestiones de política social que, corresponde ser tratado por los órganos legislativos y no por los judiciales.

(67) En *Standhardt v. Superior Court*, 77 P.3d 451 (Ariz. Ct. App. 2003), *Baker v. Nelson*, 291 Minn. 310, 313 (1971) y *Singer v. Hara*, 11 Wash. App. 247, 262-263 (1974).

