

# IGUALDAD Y *DUE PROCESS* SUSTANTIVO EN LA RECIENTE JURISPRUDENCIA NORTEAMERICANA SOBRE MATRIMONIOS DEL MISMO SEXO

MANUEL FERNÁNDEZ DEL HOYO  
Universidad Complutense de Madrid

I. INTRODUCCIÓN.—II. MARCO TEÓRICO PARA EL ANÁLISIS. PRINCIPIOS Y ESTÁNDARES DE REVISIÓN: A) *Equal Protection Clause*. B) *Due Process of Law*.—III. *EQUAL PROTECTION* Y *DUE PROCESS* EN LA RECIENTE JURISPRUDENCIA SOBRE MATRIMONIOS DEL MISMO SEXO.—IV. EL RECURSO A LOS *LEADING CASES* DEL MATRIMONIO INTERRACIAL.—V. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES CON LA VISTA PUESTA EN ESPAÑA.—BIBLIOGRAFÍA.

## RESUMEN

La aplicación conjunta de las garantías de igualdad y *due process* que contienen las constituciones de los diferentes estados, así como la Constitución de los Estados Unidos, ha patrocinado importantes cambios en los derechos de las parejas del mismo sexo que pretenden contraer matrimonio. El modo en que ambos principios han sido puestos en práctica por la jurisprudencia constitucional estatal y federal, en particular desde la decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos en *Lawrence v. Texas*, ha provisto a la sociedad norteamericana de soluciones diversas pero, sobre todo, ha venido a promover una nueva discusión en profundidad acerca de los límites que el Legislador está autorizado a imponer sobre la autonomía del individuo.

*Palabras clave:* igualdad, *Due Process* sustantivo, matrimonios mismo sexo.

## ABSTRACT

The combined application of both equal protection and *due process* guarantees included in the constitutions of several States, as well as in that of the United States, has led to numerous changes in the rights of same-sex couples who intend to get married. The way in which both principles have been put into practice by state and federal jurisprudence, especially since the Supreme Court of the United States *Lawrence v. Texas* ruling, has provided American society with different solutions but, above all, it has given rise to a deep new discussion on the limits that the Legislator is authorised to impose on individual autonomy.

*Key words:* equal protection, substantive *Due Process*, same-sex marriage.

## I. INTRODUCCIÓN

A finales del pasado mes de octubre, con su decisión en *Lewis v. Harris* (1), la Corte Suprema del estado de New Jersey se unió a la rúbrica de tribunales constitucionales estatales norteamericanos que han tenido que pronunciarse sobre la constitucionalidad de sus respectivas legislaciones matrimoniales a causa de la heterosexualidad que se exige a los contrayentes (2). Aunque con algún precedente adelantado, en modo extraordinario, a su tiempo (3), el primer envite digno de tenerse en cuenta se produjo a principios de la década de los noventa cuando la Corte Suprema de Hawai emitió una respuesta de naturaleza constitucional, pionera, acerca de la ilicitud de la prohibición de las uniones matrimoniales entre parejas del mismo sexo (4).

---

(1) *Mark Lewis and Dennis Winslow, et al. v. Gwendolyn L. Harris, etc., et al. A-68-05 N. J. (2006)*.

(2) En este artículo nos referiremos, indistintamente, a los matrimonios que carecen de alteridad sexual entre sus contrayentes como matrimonios entre personas del mismo sexo o, también, como matrimonios homosexuales. En el segundo caso, y cuando denominemos a los matrimonios tradicionales como «heterosexuales» o «altersexuales» no repararemos sobre la orientación sexual de los contrayentes, sino en la identidad o disparidad de su sexo, atendiendo a las etimologías griegas *homoios* (lo mismo) y *heteros* (diferente) y a la latina *alter* (el otro, el contrario, el opuesto).

(3) *Baker v. Nelson 291 Minn. 310 (1971)*. Aunque sin demasiado éxito: «la *Equal Protection* de la Decimocuarta Enmienda, así como el *due process*, no son violentados por la clasificación que el Estado realiza para determinar qué personas están autorizadas a casarse» *Baker v. ... PETERSON (majority)*.

(4) *Baehr v. Lewin, 852 P. 2d 44 Ha. (1993)*, revisada por su Corte Suprema en *Baehr v. Miike, 910 P. 2d 112 Ha. (1996)* y, una vez más en *Baehr v. Miike, 994 P. 2d 566 Ha. (1999)* con la constitución del Estado ya enmendada para mantener el matrimonio en términos tradicionales.

Hubo que esperar, sin embargo, casi una década hasta que el constitucional de Massachusetts, en *Goodridge v. Department of Public Health* (5) irrumpió de manera categórica confirmando la imposibilidad del ajuste entre las provisiones de su Declaración de Derechos y las restricciones impuestas sobre las parejas del mismo sexo que pretendían contraer matrimonio (6). Para entonces, algunos tribunales canadienses ya habían abierto brecha, obligando a sus respectivos legisladores a reconsiderar los parámetros esenciales entre los que se venía determinando la institución del matrimonio (7).

Mientras, el estado de Vermont —tras *Baker v. State*— señalará un camino propio al promulgar una Ley de Uniones Civiles que aseguraría a los consorcios de idéntico sexo, celebrados bajo su tenor, un tratamiento legislativo idéntico al que reciben las parejas de sexos diferenciados. La regulación de Vermont no tardó en encontrar una réplica muy cercana en el catálogo legislativo aprobado en 2005 por el estado de Connecticut, donde la intervención parlamentaria se ha adelantado al fin de un proceso judicial que aún está pendiente (8). Por el camino han quedado las negativas a conceder el amparo constitucional en Oregón y Arizona, y, aún, las más recientes de Washington y Nueva York, donde las perspectivas de los litigantes parecían más alentadoras (9).

Los cambios introducidos en el derecho de familia norteamericano en sentencias como *Goodridge*, *Harris o Baker* se han manifestado en forma de extensiones de derechos —cuando no en la creación de otros nuevos— a través de la aplicación de las garantías de igualdad y *due process* que prevén

---

(5) *Goodridge v. Department of Public Health* 440 Mass. 309, 798 N.E. 2d 941 (2003).

(6) Sobre los términos en los que se sustanció el caso, detalladamente, en: FERNÁNDEZ DEL HOYO (2004): 277-309.

(7) *Halpern v. Canadá (Attorney General)*, 2003 O.J. No 2268, *Barbeau v. British Columbia (Attorney General)*, 2003 BCCA 406 y *Catholic Civil Rights League v. Hendricks* 2004 CanLII 20538.

(8) El proceso se inicia en la Corte Superior de New Haven en el verano de 2004 con *Kerrigan & Mock v. Connecticut Department of Public Health* y sigue pendiente en su Corte Suprema bajo la denominación de *Kerrigan & Mock v. Commissioner of Public Health*.

(9) *Li v. State*, 338 Or. 376, 110 P. 3d 91 Or. (2005); *Standhardt v. Superior Court of the State of Arizona* 77 P. 3d (2003) (Sp. Ct. Ar.) —decisión que la Corte Suprema de Arizona se negará a revisar—. En Washington, a través de *Andersen v. King County*, n.º 75934-1. Was. (2006) y en Nueva York por *Hernandez v. Robles*, 26 AD 3d 98 N.Y. (2006). La sentencia más reciente sobre el asunto de la que hemos tenido noticia antes de concluir esta aportación —*Varnum v. Brien*, CV6965 (2007)— procede de un tribunal federal de primera instancia del Estado de Iowa. En ella, una vez más, la legislación matrimonial vigente es considerada incompatible con las garantías de igualdad y las derivadas del *due process* que contiene su constitución estatal.

tanto los respectivos ordenamientos estatales como la propia constitución federal de los Estados Unidos. Es el propósito de este artículo sondear en qué términos se está aplicando el principio constitucional de igualdad en procesos de tal naturaleza y en qué medida el desarrollo de éste se está viendo afectado por la interacción de las garantías que nacen del difuso *due process* sustantivo, sobre todo desde la irrupción en la jurisprudencia norteamericana de *Lawrence v. Texas* (10), punto de inflexión en la aplicación concursal de ambas garantías y nueva referencia —de primer orden— a la hora de valorar los conflictos entre igualdad y autonomía.

## II. MARCO TEÓRICO PARA EL ANÁLISIS. PRINCIPIOS Y ESTÁNDARES DE REVISIÓN

Con la intención de delimitar unos parámetros fundamentales sobre los que abordar la fisonomía y el funcionamiento del principio de igualdad, acudiremos, en primer término, a la distinción entre el concepto y las concepciones del mismo (11), aceptando la idea de Dworkin —compartida por Ruiz Miguel— de que aquél debe ser uno y éstas pueden ser muchas (12). Así, el concepto operaría como una especie de *minimum*, no necesariamente tautológico o vacío, del que pueden derivarse —como de hecho sucede— las más concepciones más diversas. De este modo, el autor norteamericano considera que el concepto «es el conjunto de ideas utilizadas indiscutiblemente en todas las interpretaciones de una realidad determinada», mientras que la concepción «se identifica con la controversia latente en la abstracción del concepto» (13), de tal suerte que tal o cual concepción de la igualdad vendría a significar la aplicación de las coordenadas básicas que delimita el concepto a una realidad identificada y concreta.

Westen, partidario como Rae, de la univocidad del concepto y de la pluralidad de concepciones, realizará un notable esfuerzo en la tarea de proyectar algo de luz sobre los sombríos contornos del concepto que yace bajo el principio de igualdad; lo hará señalando dos componentes inexcusables para la fundación de tal *minimum*: el carácter relacional de cualquier idea de igualdad, de un lado, y la noción de relevancia, de otro (14).

(10) *Lawrence & Gardner v. Texas* 539 U.S. 558 (2003).

(11) Encontramos, sobre algunos aspectos, un planteamiento coincidente en REY MARTÍNEZ (1995): 39-43.

(12) RUIZ MIGUEL (2003): 32.

(13) DWORKIN (1988): 60.

(14) WESTEN (1982): 592.

El primero de ellos es fácilmente comprensible desde el momento en que la idea de igualdad, para cobrar sentido, debe predicarse —al menos— acerca de dos personas, situaciones o cosas. En segundo término —y a diferencia de lo que sucede en el lenguaje matemático— el vínculo que formula esa relación, difícilmente, puede considerarse —por entero— como coincidente con la identidad. Es decir, que la exactitud que encontramos en la relación expresada por:  $16 = 4 \times 4$ , o por  $8 + 8 = 12 + 4$ , no sería atribuible aun ni a dos objetos aparentemente idénticos, siquiera sea porque no ocupan el mismo lugar el espacio. Será, precisamente, esta idea de la exclusión entre identidad completa e igualdad descriptiva (15) la que le conduzca a considerar que la igualdad entre las personas, los objetos o las situaciones se construye a través de una relación que se funda en la semejanza. Cuestionarse, entonces, acerca del concepto de igualdad no se convertirá en la formulación de una pregunta en términos absolutos, si no que, más bien, consistirá en una investigación acerca de la relación existente entre los objetos de la comparación, que —por definición— han de compartir, algunas características semejantes. Esta «convalidación» de igualdad por semejanza debería, por tanto, conducirnos a pensar que la segunda puede constituirse tanto por una vía que tiende hacia la apreciación *cuasi* identitaria de los de diferentes términos sobre los que se está sustanciando la comparación, o discurrir por otra en la cual quedarían patentes las diferencias, más o menos notorias, que de esos mismos términos pudiesen extraerse. Más claramente, como Ruiz Miguel atribuye a Westen que «las cosas que son iguales, siendo distintas, son necesariamente diferentes, y sin embargo, al ser iguales, son también las mismas» (16), de modo que el concepto mismo de igualdad, a través del catalizador de la semejanza, terminará por darse la mano con alguna suerte de diferencia.

Qué supone, entonces, que los objetos sobre los que se establece la relación de igualdad puedan ser considerados más o menos semejantes; quizá, ni más ni menos, que la relevancia que se otorga a algunos de sus caracteres sobre otros en el momento de establecer la comparación. En este sentido, dos términos —en principio— semejantes, lo serán, en mayor o menor grado, dependiendo de lo que se haya considerado relevante al confrontarlos, es decir, que el propio concepto de igualdad terminará siempre por remitir al punto de vista desde el que se realizan las comparaciones (17), o, en palabras de Ruiz Miguel, a la naturaleza evaluativa que yace tras cualquier criterio de relevancia.

---

(15) WESTEN (1990): 51 y 119.

(16) RUIZ MIGUEL (2003): 45.

(17) MARTÍNEZ (1991): 541-549.

Habida cuenta del estrecho margen de contenido que, nos tememos, se desprende de la naturaleza mínima del concepto de igualdad, cualquier aplicación práctica del mismo implicará un ejercicio valorativo que irá contorneando aquellas ramas que, aun naciendo de un tronco común, dan paso a las múltiples concepciones del principio de igualdad que encontramos en un determinado tiempo y lugar, de tal modo que la aplicación práctica del principio de igualdad vendría a consistir en la respuesta que cada sistema jurídico otorga a la pregunta de qué desigualdades son tolerables bajo qué circunstancias. Es decir, que la formulación clásica en la que el concepto de igualdad se mueve en estos parámetros: «... parece que la justicia es igualdad, y así es, pero no para todos, sino para los iguales. Y la desigualdad parece ser justa, y lo es, en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales» (18) proyecta la dificultad de materializarse en la práctica a través de la determinación —nacimiento de las concepciones— de qué debe considerarse igual —o similar— y qué no.

El profesor Lawrence Tribe, por su parte, tratando de explicar las diversas dimensiones en las que se desarrolla el principio de igualdad, ha identificado un núcleo muy sustancial del mismo que ha venido denominando como *antisubjugation principle* y que operaría contra la posibilidad de que se estableciesen diferentes niveles de dignidad entre los individuos, de tal manera que, dicho principio tendría como objetivo principal evitar cualquier creación o uso del derecho que condujese a la consideración de algunos sujetos como ciudadanos de segunda clase (19); imagen que encontramos reproducida fielmente en la opinión mayoritaria de *Goodridge*, y que —al menos en apariencia— no es nueva en la jurisprudencia norteamericana, puesto que las ideas avanzadas por el profesor de Harvard ya se habían materializado en la práctica de la Corte Suprema de los Estados Unidos cuando en *City of Cleburne v. Cleburne Living Center, inc.*, 473 U.S. 432 (1982) algunos de los miembros de la Corte advirtieron sobre una manifestación de la desigualdad que opera «cuando la sociedad organizada trata a alguien como un inferior, como parte de una casta dependiente o como a un no-participante» (20).

Más recientemente y de la mano de lo decidido por la propia Corte Suprema en *Lawrence v. Texas* (21), Tribe ha profundizado en las relaciones

---

(18) ARISTÓTELES (1988): 174

(19) TRIBE (1988): 1514 y ss.

(20) *City of Cleburne v. Cleburne Living Center, inc.*, 473 U.S. 432 (1982) MARSHALL, BRENNAN & BLACKMUN (concurring in part and dissenting in part).

(21) «[...] Equality of treatment and the due process right to demand respect for conduct protected by the substantive guarantee of liberty are linked in important respects, and a decision on the latter point advances both interests [...]» *Lawrence v. Texas* KENNEDY (majority).

entre las cláusulas de protección de la igualdad y la esfera del *due process*, avanzando en una línea en la que se hace —no ya deseable— sino necesario que ambas garantías cooperen de forma simultánea en favor de la mejora de la dignidad personal de cada ciudadano (22). Sin embargo, ya antes del pronunciamiento de la Corte Suprema sobre el catálogo de Tejas, William Eskridge había puesto de manifiesto que en determinados ámbitos del «*right of privacy*», la acción no coordinada de tales garantías solía arrojar resultados decepcionantes a causa, principalmente, de la limitada potencia con que contaban los enjuiciamientos realizados bajo el principio de igualdad, de ahí la llamada a un «*due process* desestabilizador» y a una «protección de la igualdad evolutiva» (23). Poco después, Pamela Karlan avanzaba en una línea similar analizando el voto afirmativo de Jackson en *Railway Express Agency v. New York*, 336 U.S. 106 (1949) y proponiendo, a partir las posiciones iniciales del juez, una visión «estereoscópica» de los derechos de los ciudadanos a través de la interacción de las dos cláusulas, perspectiva que —a su juicio— sería imposible alcanzar si tales derechos fueren contemplados desde una posición de aislamiento entre cada una (24). Esta postura, sin duda, incidirá —de modo fundamental— en la práctica jurisdiccional de los tribunales desde el momento en que la manera de aplicar los estándares de igualdad y *due process* debería discurrir, no ya por caminos paralelos, sino convergentes. Nosotros no somos tan optimistas y al no compartir la opinión de quienes han visto en *Lawrence* el inicio de una nueva línea jurisprudencial que inauguraría una especie de «*right of liberty*» (25) nos sumamos al catálogo de quienes han contemplado en *Lawrence* un programa lo suficien-

---

riety). Esta es la idea de «construcción conjunta» de igualdad y *due process* que avanzó *Lawrence*, y en la que, para nosotros, se encierran —a la vez— tantas posibilidades y tantos peligros.

(22) «[...] *A narrative in which due process and equal protection, far from having separate missions and entailing different inquiries, are profoundly interlocked in a legal double helix... (representing) a single, unfolding tale of equal liberty and increasingly universal dignity*[...]» TRIBE (2004): 1893, 1897-98.

(23) ESKRIDGE (2000): 1183, 1188.

(24) KARLAN (2002): 473-492. Profundizando en esa perspectiva, Karlan analiza las interacciones de igualdad y *due process* a través *Lovig v. Virginia* y *Lawrence*, concluyendo que si la primera es un caso de igualdad con trascendencia máxima en la jurisprudencia sobre libertad, *Lawrence* lo será de libertad pero con un reflejo nitidísimo en la jurisprudencia de igualdad, hasta el punto de que ambas garantías parezcan más entrelazadas en esta última que en la primera. KARLAN (2004): 1447 y ss.

(25) Citando a R. E. BARNETT en *Justice Kennedy's Libertarian Revolution: Lawrence v. Texas*. BACKER (2006): 756-757.

temente ambiguo como para que cada Corte, estatal o federal, pueda tener algún resorte donde conectar sus razonamientos (26).

#### A) *Equal Protection Clause*

Por cuanto respecta a la evolución del modelo de examen jurisdiccional del principio de igualdad, ha de observarse que —en la historia constitucional de los Estados Unidos— la incorporación de una garantía que asegure la igualdad de los ciudadanos ante la Ley no es fruto del ideario liberal de los Fundadores; más bien al contrario, éstos y en particular Madison, habían manifestado —en no pocas ocasiones— que las desigualdades de riqueza y bienestar eran el resultado de la evidente desigualdad natural en el reparto de las capacidades que cada individuo poseía (27), de ahí que la inserción de una garantía constitucional que permitiese corregir esa situación de partida hubo de esperar al final de la Guerra Civil. Tras la incorporación al texto de la Decimocuarta Enmienda, la cláusula de protección de la igualdad ha servido para edificar un resorte de la más alta jerarquía normativa desde el que poder reclamar, sucesivamente, la igualdad en el contenido de las normas, la igualdad de oportunidades, y, finalmente, la igualdad de resultados.

La aplicación jurisprudencial de esta garantía se ha desarrollado a través de la doctrina de las clasificaciones, es decir, examinando las divisiones que el Legislador genera entre los ciudadanos al realizar su función normativa (28), con lo que —de manera general— las cauciones de la cláusula de

---

(26) «*The opinion created various technologies that allow courts—including Supreme Court itself—to expand or contract the interests that Lawrence implicated. [...] Lawrence allows courts to select their outputs based on political policy choices.*» NOTE (2005): 2878-79.

Reconociendo una nueva construcción combinada de autonomía e igualdad —a pesar de la ambigüedad de la misma: «*The Supreme Court's decision in Lawrence v. Texas is easy to read, but difficult to pin down [...] liberty and equality combine to keep the government out of private lives and ensure equal opportunity for all. The exact contours of this paradigm have yet to be discovered; they will be created by the courts, scholars, and practitioners who are now living with Lawrence.*» HUNTER (2004): 1103.

(27) MASON & STEPHENSON (1996): 597.

(28) «*That the legislatures of the states may, in the exercise of the police power, regulate a lawful business, is too well settled to require more than a reference to some of the cases in this court in which that right has been sustained as against objections under the 14th Amendment. [...] The equal protection of the laws requires laws of like application to all similarly situated; but in selecting some classes and leaving out others the legislature, while it keeps within this principle, is, and may be, allowed wide discretion.*» *Barrett v. State of Indiana*, 229 U.S. 26 (1913) DAY (majority).

igualdad se consideran circunscritas a la actividad de los poderes públicos (*state action*) con todas las dificultades que tal delimitación conlleva (29). Así pues, el ajuste a las exigencias constitucionales de igualdad se revisará, inicialmente, presumiendo que cualquier clasificación trazada por una ley determinada será constitucional siempre que su relación con los fines que intenta promover el legislador sea, cuando menos, racional o razonable (*rational basis scrutiny*) (30). Este modelo de análisis, aplicado, comúnmente, a la regulación socio-económica ha supuesto, salvo contadas excepciones (31) que la legislación desafiada haya superado la exigencia de constitucionalidad sin demasiada dificultad. Un problema de ulterior aparición ha sido que la Corte Suprema, lejos de unificar criterios sobre el contenido o el ámbito de aplicación del test de base racional, ha demostrado en sus intervenciones, la elasticidad de su potencial evaluativo, sobre el que descansan, como veremos, no pocos de los escollos que presenta el enjuiciamiento de la igualdad (32).

---

(29) Una detallada visión de estos extremos se encuentra en BILBAO UBILLOS (1997): 1-21.

(30) En realidad este estándar procede de una doble fuente jurisprudencial, lo cual ha motivado su utilización de manera dispar y no unívoca hasta nuestros días. Una primera línea se abre en *Lindsley v. Natural Carbonic Gas, Co*, 220 U.S. 61 (1911) en la que la Corte Suprema detalla los parámetros sobre los que una clasificación podría convivir con las garantías prometidas por la Decimocuarta Enmienda: a) siempre que tenga una fundamentación razonable y no arbitraria, b) a pesar de que su precisión no sea «matemática» y pueda generar algún tipo de desigualdad, c) examinando la ley con predisposición favorable a los argumentos del legislativo y d) haciendo descansar la demostración de irracionalidad en aquel que desafía la norma. Pocos años más tarde, el alto tribunal dibujará un estándar de naturaleza similar, pero ligeramente más exigente, en *F.S. Royster Guano Co. v. Virginia*, 253 U.S. 412 (1920) indicando que «la clasificación debería ser razonable, no arbitraria, y descansar sobre alguna razón o diferencia que mantenga una relación sustancial y justa con el objetivo de la legislación, de modo que todas las personas en similares circunstancias fuesen tratadas de un modo similar». KILLIAN, COSTELLO & THOMAS (2004): 1907 y 1908.

(31) Bajo el modelo de *Lindsley* en *Morey v. Doud*, 354 U.S. 457 (1957) y *Katzenbach v. Morgan*, 384 U.S. 641 (1966). Con el proporcionado por *Royster Guano: Stewart Dry Goods Co. v. Lewis*, 550 U.S. (1935) y *Mayflower Farms v. Ten Eyck*, 297 U.S. 266 (1936).

(32) Para los criterios de contenido vide nota 30. En cuanto a su ámbito aplicación, ceñido generalmente, a la legislación económica y social, tampoco ha contado con un escrupuloso despliegue, y de hecho, a través de este estándar se han declarado inconstitucionales normas que deberían haber requerido una mayor deferencia hacia el Legislador como las discutidas en *Lindsey v. Normet*, 405 U.S. 56 (1972), *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438 (1972), *James v. Strange*, 407 U.S. 128 (1972), *United States Department of Agriculture v. Moreno*, 413 U.S. 528 (1973), *Jimenez v. Winberger*, 417 U.S. 628 (1974) y *City of Cleburne v. Cleburne Living Center*, 473 U.S. 432 (1985)

Será, sin embargo, la revisión judicial del *due process* sustantivo la que provea de un modelo de examen mucho más riguroso para algunos sectores del ordenamiento cuya relevancia se aparecía, de entrada, muy superior respecto a las regulaciones de contenido económico. El heraldo de este nuevo tipo de evaluación, considerablemente más exigente con determinados tipos de clasificaciones —origen en definitiva de la doctrina de la clasificación sospechosa— será la célebre nota al pie número cuatro que el juez Stone incluyó en su opinión en *United States v. Carolene Products*, 304 U.S. 144 (1938). En ella, Stone sugería que sería necesario considerar un enjuiciamiento reforzado de las normas que pareciesen enfrentarse directamente con algún contenido de la Constitución o de la Declaración de Derechos, que fuesen restrictivos de determinados derechos políticos de los ciudadanos (esencialmente el de voto), o que se dirigiesen contra una minoría religiosa, nacional o racial en concreto (33).

En la Corte Suprema de los Estados Unidos el caso inaugural acerca de una «clasificación sospechosa» que requiere un enjuiciamiento de igualdad será *Korematsu v. United States*, decisión notoria no sólo por ser una de las primeras que exigía al legislador la demostración de un interés de la máxima relevancia que no podría ser satisfecho más que a través de las medidas impuestas (*strict scrutiny*), si no también por ser uno de los pocos casos en los que tal interés se consideró como suficiente para superar las dificultades que se acababan de imponer (34). La práctica jurisprudencial de la Corte Suprema ha asentado, posteriormente, como revisables bajo escrutinio estricto las clasificaciones basadas en la raza, la religión y la nacionalidad (35), así como aquellas otras en las que puedan verse afectados «derechos fundamentales», una categoría que parece haber abierto un contenido sustantivo de la *Equal Protection Clause*, similar al que veremos respecto al *Due Process of Law* y cuyo enjuiciamiento de origen fue *Skinner v. Oklahoma* (36). En cual-

---

(33) BALL (2002): 19.

(34) «[...] *Compulsory exclusion of large groups of citizens from their homes, except under circumstances of direct emergency and peril, is inconsistent with our basic governmental institutions. But when under conditions of modern warfare our shores are threatened by hostile forces, the power to protect must be commensurate with the threatened danger [...]*» *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944) BLACK (majority).

(35) Con mayor o menor extensión se han declarado, o al menos discutido, en *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967), *Korematsu v. ...*, *City of New Orleans v. Duke*, 427 U.S. 297 (1976) y *Burlington N.R.R. v. Ford*, 504 U.S. 648 (1992). Sin embargo el estándar aplicable a los casos de discriminación positiva asentados sobre un criterio racial permanece en una cierta ambigüedad, oscilando, en cualquier caso de un estándar reforzado a uno estricto. KILLIAN, COSTELLO & THOMAS (2004): 1911.

(36) En el que la Corte Suprema invalidó una ley que autorizaba la esterilización euge-

quier caso, ni las clasificaciones sospechosas han de considerarse como un catálogo cerrado (37), ni la Corte ha precisado con exactitud cuáles son los «derechos fundamentales» y en qué se diferencian de otros (38), ateniéndose, simplemente, a la indagación de si tal o cual de ellos puede estar —explícita o implícitamente— garantizado por el texto constitucional (39).

Hasta principios de los setenta éste fue el modelo desarrollado por el alto tribunal: un escrutinio benévolo aplicado bajo diferentes formas sobre la legislación de contenido socio-económico y un escrutinio estricto con el que examinar las clasificaciones consideradas «sospechosas» y los derechos considerados «fundamentales». Sin embargo, esta visión (*two-tier approach*) recién confirmada por Powell (40) no tardaría en admitir otro procedimiento con el que examinar la adecuación legislativa al principio de igualdad. Coqueteando con el modelo de análisis utilizado en *F.S. Royster Guano v. Virginia* (41), *Reed v. Reed* había dado ya algunas pistas sobre la necesidad de elevar las barreras impuestas por el test de base racional cuando los tribunales habían de enfrentarse a según qué tipo de clasificaciones (42), pero será *Craig v. Boren* la que señale, definitivamente, que el legislador —cuando lo que se pretenda sea establecer líneas divisorias tomando como referencia el sexo de los individuos— precisa, como poco, demostrar que el catálogo discutido «sirve a importantes objetivos gubernamentales y que está *sustancialmente* [la cursiva es nuestra] relacionado con la consecución de tales

---

nésica de ciertos tipos de delincuentes habituales. Al examinar el texto bajo la Decimocuarta Enmienda, el juez Douglas encontró que si la clasificación que establecía la ley incumbía a derechos como el de tener descendencia o el de contraer matrimonio, ésta debería ser examinada bajo un escrutinio estricto por ser aquellos «derechos civiles básicos [...] y fundamentales» *Skinner v. Oklahoma*, 316 U.S. 535 (1942) DOUGLAS (*majority*).

(37) STRASSER (1997): 27.

(38) En general se han reconocido como «fundamentales», por esta, vía el derecho a acceder a la justicia —*Griffin v. Illinois*, 351 U.S. 12 (1956)— el derecho al voto —*Harper v. Virginia Board of Elections*, 383 U.S. 663 (1966)— el derecho a viajar libremente por los estados en *Shapiro v. Thompson*, 394 U.S. 618 (1969) y el de verse libre de distinciones de fortuna en un proceso penal en *Tate v. Short*, 401 U.S. 395 (1971). Sin embargo, a efectos del análisis de igualdad, la Corte no consideró la educación como un «derecho fundamental» en *San Antonio Independent School District v. Rodríguez*, 441 U.S. 1 (1973).

(39) SHAMAN (2000): 246.

(40) Negando, también en *San Antonio Independent School District v. Rodríguez*, la posibilidad de un examen intermedio.

(41) Vide nota 30.

(42) *Reed v. Reed*, 404 U.S. 71 (1971). Le siguen en la apertura de una nueva etapa para una evaluación más exigente de las clasificaciones por razón de sexo: *Frontiero v. Richardson* 411 U.S. 677 (1973), *Weinberger v. Wiesenfeld* 420 U.S. 636 (1975) y *Stanton v. Stanton* 421 U.S. 7 (1975).

objetivos» (43), un análisis que se extenderá, también, a determinadas regulaciones sobre extranjería (44) y sobre algunos asuntos de desigualdad entre los hijos por razón de ilegitimidad, aunque no de manera pacífica (45). Sin contribuir en nada a la clarificación de este sistema de enjuiciamiento (*three-tier*) la Corte Suprema ha sido reacia a admitir nuevos huéspedes en el género de clasificaciones que no requieren una escrupulosidad del grado de la raza o la religión (46), y ha mantenido la etiqueta de «*quasi suspect*» —aunque sin demasiada fijeza— sobre los rasgos que acabamos de señalar anteriormente.

Más aún, cuando el modelo en tres niveles parecía estar asentado, la Corte Suprema, de manera ocasional, ha vuelto la vista sobre la aplicación *sui generis* del estándar de base racional que ella misma promovió a principios de los 70 en *U.S. Department of Agriculture v. Moreno* y en el que las exigencias de dicho exámen se elevaron para detener una actuación arbitraria del legislador que sólo se fundaba en la impopularidad del grupo social frente al que se dirigía (47). Esta herramienta ha servido, con gran éxito, a la Corte para enjuiciar normas en las que las clasificaciones se han ceñido sobre características de los individuos que generan un gran estigma social, como la discapacidad mental en *Cleburne v. Cleburne Living Center* o la orientación sexual en *Romer v. Evans* (48) pero que no son consideradas, aún hoy, como una clase delimitada que precise de una especial protección (49).

(43) *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190 (1976) BRENNAN (majority)

(44) En *Takahashi v. Fish and Game Comm'm*, 334 U.S. 410 (1948) la Corte parece dejar claro el asunto de la extranjería; sin embargo, treinta años después en *Foley v. Connelie*, 435 U.S. 219 (1978) el mismo tribunal señala que no todas las limitaciones impuestas sobre los extranjeros deberían ser juzgadas bajo la condición de sospecha. En *Plyler v. Doe*, 457 U.S. 202 (1982) la inconstitucionalidad de la denegación del derecho a la educación para los hijos de los inmigrantes ilegales se declara bajo un examen de carácter intermedio.

(45) SUAY RINCÓN (1985): 119.

(46) «*We conclude for several reasons that the Court of Appeals erred in holding mental retardation a quasi-suspect classification calling for a more exacting standard of judicial review than is normally accorded economic and social legislation [...] if the large and amorphous class of the mentally retarded were deemed quasi-suspect [...] it would be difficult to find a principled way to distinguish a variety of other groups who have perhaps immutable disabilities [...] We declined to do so [...]*» *City of Cleburne v. Cleburne Living Center*, 473 U.S. 432 (1985) WHITE (majority).

(47) *U.S. Department of Agriculture v. Moreno*, 413 U.S. 528 (1973) BRENNAN (majority).

(48) «*The Court's entire novel theory rests upon the proposition that there is something special—something that cannot be justified by normal "rational basis" analysis—in making a disadvantaged group (or a nonpreferred group) resort to a higher decisionmaking level. That proposition finds no support in law or logic*» *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620 (1996) SCALIA (dissenting).

(49) Algunos autores han identificado la práctica seguida en *Romer* y *Cleburne*, como la

Un sector de la doctrina norteamericana entiende que esto ha generado una aplicación doble y diferenciada del test de base racional, es decir, que se reconoce la existencia práctica de un *rational basis test* y un *rational basis test «with bite»* y así lo ha expresado Kelley al señalar que tanto lo concluido en *Cleburne*, como en *Romer*, habría sido muy diferente «si la Corte hubiera aplicado consistentemente el respetuoso estándar de revisión de la racionalidad» (50). Sin embargo la Corte Suprema no ha reconocido de manera clara la progenie y aun una parte de la discusión en *Lawrence v. Texas* se centró en la intensidad del estándar de debería aplicarse. O'Connor defendió la doble extensión del test de base racional explicando que su naturaleza reforzada, en casos como los citados, procede de la ilegitimidad del Estado para promover un daño sobre una determinada minoría (51); en sentido contrario Scalia apunta, primero, que ninguno de los casos citados por su colega reconoce estar aplicando otra cosa que no sea el estándar de racionalidad, y segundo, que la propia O'Connor tampoco detalla el modo en que ese otro examen debería aplicarse (52).

A pesar de este intrincado panorama, el conjunto de los tribunales del país comparte una idea aproximada de cómo emplear los criterios de evaluación (53), lo cual no obsta para que en casos de revisión complicada o de amplio impacto social —como el que nos ocupa— muchas cortes subordinadas hayan encontrado en la flexibilidad-indefinición del test de base racional una buena herramienta con la que alcanzar la conclusión a la que se haya pretendido llegar sin necesidad de violentar el *stare decisis* de la Corte Suprema (54).

---

aplicación de un «*Pariah Principle*» que impediría al legislador crear catálogos normativos diferenciados sobre la base de una minusvaloración previa de las personas afectadas. A. R. AMAR (1996): 203, 208-210.

(50) KELLEY (1998): 161 y ss. En una línea similar: PAULSEN (1998): 397 y ss.; STRASSER (2000): 935-936; MASON & STEPHENSON (1996): 606. SHAMAN (2000): 88.

«[...] Court does not label its handiwork heightened scrutiny, and perhaps the method employed must hereafter be called “second order” rational-basis review rather than “heightened scrutiny”. But however labeled, the rational-basis test invoked today is most assuredly not the rational-basis test of *Williamson v. Lee Optical of Oklahoma*.» *Cleburne v. ...* MARSHALL, BRENNAN & BLACKMUN (*concurring and dissenting in part*).

(51) «When a law exhibits such a desire to harm a politically unpopular group, we have applied a more searching form of rational basis review to strike down such laws under the Equal Protection Clause» *Lawrence v. ...* O'CONNOR (*concurring*).

(52) *Id.* SCALIA (*dissenting*).

(53) FRIEDMAN (2004): 280.

(54) «The traditional rational-basis test allows this sort of searching inquiry creates precedent for this Court and lower courts to subject economic and commercial classifications to similar and searching “ordinary” rational-basis review — a small and regrettable step back

B) *Due Process of Law*

A diferencia de lo que sucede con la garantía de igualdad —constitucionalmente positivada sólo a través de la Decimocuarta Enmienda— la protección del *Due Process of Law* encuentra un acogimiento originario en la Quinta; aun así, y a pesar de los tres cuartos de siglo transcurridos entre una y otra, la elaboración jurisprudencial de ambas ha promovido su edificación conjunta y sistemática, cuando no unívoca. Ausente una garantía positiva de igualdad hasta 1865 para los Estados, y hasta hoy a nivel federal, la interpretación del *due process* de la Quinta Enmienda ha dado cabida a la protección de la igualdad de la Decimocuarta como fuente para la defensa de la igualdad en la legislación federal (55). De modo paralelo, y a pesar de sus fundamentos no similares, la aplicación de las garantías propias del *Due Process of Law* han terminado por resolverse de un modo, en la práctica, idéntico sea cual sea el texto que se reivindique (56).

Largamente enraizada en el sistema jurídico del *common law* (57) la garantía del *due process* cobra fuerza —de manera muy rápida— en la teoría

---

*toward the days of Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905). Moreover, by failing to articulate the factors that justify today's "second order" rational-basis review, the Court provides no principled foundation for determining when more searching inquiry is to be invoked. Lower courts are thus left in the dark on this important question, and this Court remains unaccountable for its decisions employing, or refusing to employ, particularly searching scrutiny. Cleburne v.... MARSHALL, BRENNAN & BLACKMUN (concurring and dissenting in part).*

(55) «The "equal protection of the laws" is a more explicit safeguard of prohibited unfairness than "due process of law", and, therefore, we do not imply that the two are always interchangeable phrases. But, as this Court has recognized, discrimination may be so unjustifiable as to be violative of due process.» *Bolling v. Sharpe, 347 U.S. 497 (1954) WARREN (majority).*

«Equal protection analysis in the Fifth Amendment area, is the same as that under the Fourteenth Amendment» *Buckey v. Valeo, 424 U.S. 1 (1976) PER CURIAM. También en Weinberger v. Wiesenfeld, 420 U.S. 636 (1975) y en Ararand Constructors, Inc. v. Pena, 515 U.S. 200 (1995).*

(56) «[...] The two clauses are not the same thing, but insofar as they do impose such implicit requirements or fair trials, fair hearings, and the like, which exist separately from, thought they are informed with, express constitutional guarantees, the interpretation of the two clauses is substantially if not wholly the same.» KILLIAN, COSTELLO & THOMAS (2004): 1438.

(57) En su redacción originaria (*legem terrae* — *law of the land*) del capítulo 39 de la Carta Magna de 1215, el *due process* pretendía otorgar un ámbito de protección sobre los barones normandos frente a las actuaciones arbitrarias que pudiesen tener su origen en el poder real encarnado por el rey «Juan sin Tierra». Acerca de sus precedentes y desarrollo en el derecho inglés y norteamericano: GARCÍA LEAL (2003): 106-108 y más profundamente en McILWAIN (1914): 27 y ss.

política y en la práctica jurisdiccional de los Estados Unidos, al acoger constitucionalmente el espíritu de la teoría de los derechos naturales de Locke que había informado la Declaración de Independencia. Es decir, la ley positiva de mayor jerarquía garantiza frente al Estado los derechos que cada ciudadano posee de manera inmemorial ante las posibles intromisiones no tolerables que aquél pudiese cometer en su tarea de ordenar el bien común (58).

Sin embargo, al igual que Locke no consiguió establecer un catálogo taxativo de derechos naturales, tampoco la extensión, ni la protección, ni la naturaleza del *Due Process of Law* de la Quinta y Decimocuarta Enmiendas han sido determinadas con precisión. De hecho una garantía que nominalmente aparece como un «seguro procesal» ha desplegado su vertiente de mayor interés al constituirse como una garantía de contenido sustantivo, que protege no ya la equidad, la justicia, o la imparcialidad de los procesos judiciales, sino que garantiza derechos concretos de los individuos.

Fruto de un derecho preconstitucional a que el legislador no traspase ciertas barreras (59), o simplemente una garantía cuyo contenido se corresponde con la interpretación acumulada de la Quinta y Decimocuarta Enmiendas (60), la vertiente sustantiva del *due process* ha tenido un largo recorrido durante buena parte del siglo XIX y las primeras décadas del XX como protectora del derecho a la propiedad y a la libertad de contratación, hasta que a finales de los años treinta la Corte Suprema ponía fin al amplísimo arbitrio judicial abierto durante la «era *Lochner*» (61).

Pero ha sido más allá de la legislación de contenido socio-económico donde la doctrina del *due process sustantivo* ha cobrado verdadera importan-

(58) HASNAS (2005): 115-117.

(59) Cuyos mayores ecos contemplamos en la doctrina naturalista de los «*vested rights*» —como contrapunto a supremacía del principio de supremacía legislativa— y según la cual los «*derechos inherentes*» al individuo solo podrían ser regulados por el Estado en determinadas condiciones. MASON & STEPHENSON (1996): 296.

(60) «*We must always bear in mind that the substantive content of the [Due Process] Clause is suggested neither by its language nor by preconstitutional history; that content is nothing more than the accumulated product of judicial interpretation of the Fifth and Fourteenth Amendments*» *University of Michigan v. Ewing*, 431 U.S. 494 (1985) STEVENS (majority). (Citando textualmente el voto contrario de WHITE en *Moore v. East Cleveland*).

(61) Expresión con la que se denomina a los tres decenios que separan *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905) —como heraldo de una nueva forma de entender a aplicación del *Due Process*— de *Home Building & Loan Association v. Blaisdell*, 290 U.S. 398 (1934) y *Nebbia v. New York*, 291 U.S. 502 (1934) primeros indicios de una vuelta al autocontrol ejercido desde los tribunales que tendría su refrendo definitivo en *West Coast Hotel Co. v. Parish*, 300 U.S. 379 (1937). Para una revisión exhaustiva de este período PHILIPS (2000): *passim*.

cia. Así, la tímida línea abierta por *Meyer v. Nebraska* y *Pierce v. Society of Sisters* (62) ha dado paso a una poliédrica oleada de reclamaciones de protección del *due process* en forma de «*fundamental rights*», «*privacy rights*» o «*liberty interests*» que han tratado de promover un amplio catálogo de derechos entre cuyos principales fundamentos figura la defensa de la autonomía personal del individuo.

En realidad, tan borrosa es la determinación de qué derechos merecen la protección sustantiva de la Decimocuarta Enmienda como el análisis de qué derechos, en concreto, forman parte del «*right of privacy*», verdadero caballo de Troya del reconocimiento jurisprudencial de nuevas libertades durante los últimos cincuenta años. Desde que a finales del siglo XIX Warren y Brandeis inauguraran el concepto en su célebre artículo «*The Right of Privacy*», el originario derecho «*to be left alone*» —enunciado en el ámbito de la protección del honor frente a la libertad de prensa (63)—, ha dado pie a una categoría jurídica que engloba un contenido no determinado de derechos, cuya reclamación, en buena parte de los casos, se ha reivindicado acudiendo al contenido sustantivo —no económico— del *due process* de la Decimocuarta Enmienda; de ahí que la garantía constitucional de que unos derechos —no siempre explícitos— no puedan ser violentados por el legislador y la progenie —también incierta— del *right of privacy* constituyan, aún a día de hoy, un binomio tan recurrente como difícil de determinar.

La compleja naturaleza del *right of privacy* ha provocado que bajo su nombre se invoquen derechos sustantivos que afectarían, en la perspectiva comparada —cuando menos— a tres artículos la Constitución Española de 1978, toda vez que en su ámbito de protección se han dado cita —como pronto avanzaron Warren y Brandeis— los derechos a la intimidad, al honor y a la propia imagen (18.1 CE) como límites a la *freedom of speech* de la Primera Enmienda, pero también el derecho a la protección de datos personales, informaciones médicas, bancarias o profesionales (18.4 CE), el secreto en las comunicaciones y la inviolabilidad del domicilio como reflejo funda-

---

(62) En *Meyer*, donde se discutía una ley que regulaba la aplicación obligatoria de la lengua inglesa y las restricciones sobre otras foráneas en el sistema educativo del estado de Nebraska, la Corte ya comenzó a vislumbrar un ámbito de protección de la libertad de la Decimocuarta Enmienda que afectaría a un espectro variado de decisiones entre las que se podrían encontrar las relativas al matrimonio o a la crianza de los hijos. *Meyer v. Nebraska*, 263 U.S. 390 (1923) McREYNOLDS (majority).

*Pierce* sentaría un precedente muy similar al resolver sobre la prohibición impuesta por el Estado de Oregón sobre los padres que pretendían dar a sus hijos una educación privada. *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925).

(63) WARREN & BRANDEIS (1890): 220 y ss.

mental de la Cuarta Enmienda (64) (18.3 y 18.2 CE) y el derecho a la integridad física y moral (15 CE). En forma de núcleo esencial del «*right of privacy*» queda el amplísimo campo de la autonomía personal y del libre desarrollo de la personalidad (10 CE), desde donde se han ido desgranando algunos de los derechos sustantivos de mayor trascendencia en los últimos años, como el de tomar parte en relaciones homosexuales consentidas y privadas entre adultos, o como el de contraer matrimonio con la persona que uno elija, asunto que motiva este estudio (65). El tímido «*right to be left alone*» se ha convertido, pues, en el punto de partida de toda una construcción jurisprudencial que con el *due process* sustantivo como herramienta ha ido ampliando zonas protegidas a favor de la autonomía del individuo frente al *Power Policy* del Estado (66).

A pesar de que la primera decisión de la Corte Suprema que conectó el «*right of privacy*» con la Declaración de Derechos (o mejor dicho con sus «*penumbras*») no hizo descansar la generación de nuevos derechos en el contenido sustantivo de la Decimocuarta Enmienda (67), una brecha fundamental se había abierto para que en *Roe v. Wade* el alto tribunal reconociese un derecho de la autonomía personal de la mujer, protegido por el *due process*, a decidir —con limitaciones— si ponía término, o no, a sus embarazos (68). La siguiente dificultad, pues, que presenta la elaboración del conte-

(64) Un estudio clarificador de este aspecto, a través de *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961) en FLETCHER (2005): 259-275. En la interpretación combinada con la Primera Enmienda *Stanley v. Georgia*, 394 U.S. 557 (1969).

(65) Ball señala, en un sentido similar, cuatro aspectos a los que los tribunales han tenido que prestar atención cuando han tratado de definir qué «libertades» protege la Decimocuarta Enmienda, refiriéndose, genéricamente, a: *intimacy, privacy, personal autonomy* y *bodily integrity*. BALL (2002): 18.

(66) «*Liberty in the constitutional sense must mean more than freedom from unlawful governmental restraint; it must include privacy as well, if it is to be a repository of freedom. The right to be alone is indeed the beginning of all freedom*» *Public Utilities Commission v. Pollack*, 343 U.S. 451 (1952) DOUGLAS (majority).

(67) En realidad los votos particulares de White y Harlan en *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965) sí establecen esa conexión. Sin embargo Douglas, ponente de la opinión mayoritaria, introducirá el sugerente concepto de «penumbra» proyectada por los preceptos de la declaración de derechos, es decir, un ámbito de protección no explícitamente determinado por los tenores literales sino inherente a una interpretación sistemática de los mismos. FELDMAN (2000): 142-143.

(68) «*This right of privacy, whether it be founded in the Fourteenth Amendment's concept of personal liberty and restrictions upon state action, as we feel it is, or, as the District Court determined, in the Ninth Amendment's reservation of rights of people, is broad enough to encompass a woman's decision whether or not to terminate her pregnancy*» *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973) BLACKMUN (majority).

nido sustantivo del *due process* estriba en determinar qué derechos de los que comprende el genérico «*right of privacy*» merecen ser protegidos bajo la rúbrica de los «*liberty interests*» que garantiza la Decimocuarta Enmienda, usualmente, como veremos, tras haber superado la calificación de «fundamentales».

Sin pretender, en ningún caso, ser exhaustivas, determinadas sentencias de la Corte Suprema de los últimos quince años han intentado compendiar algunos, no ya de los derechos concretos, sino de los ámbitos afectados por el «*right of privacy*» que pueden considerarse protegidos por aquella «*liberty*» de la Decimocuarta, como puede deducirse de algunas palabras de William Rehnquist en *Vacco v. Quill* (69).

Ese carácter abierto no ha impedido, sin embargo, que la propia Corte haya señalado ciertos límites a la euforia de los defensores de la «autonomía personal», poniendo de manifiesto que el hecho de que un cierto número de derechos y libertades protegidos por la Decimocuarta Enmienda, estén relacionados con esa autonomía personal del individuo, no significa, automáticamente, que cualquier decisión íntima, por importante que ésta sea, esté igualmente garantizada por el *due process* sustantivo (70). En definitiva, que no cualquier derecho del ámbito «*to be left alone*» debe ser, forzosamente, «fundamental», o al no serlo, estar exento de soportar notables recortes en su despliegue.

Sucede, además, que la propia categoría de los «*fundamental rights*» o «*fundamental liberty interests*», que tampoco se encuentran etiquetados en el texto constitucional ni en sus enmiendas, es, por sí sola, suficientemente

---

(69) «*In addition to specific freedoms protected by the Bill of Rights, the "liberty" specifically protected by the Due Process Clause includes the right to marry, to have children, to direct the education and upbringing of one's children, to marital privacy, to use contraception, to bodily integrity, and to abortion. We also assumed [...] the traditional right to refuse unwanted lifesaving medical treatment*» *Vacco v. Quill*, 521 U.S. 793 (1997) REHNQUIST (majority).

Cinco años antes, de manera muy similar O'Connor afirmaba: «*Our law affords constitutional protection to personal decisions relating to marriage, procreation, contraception, family relationships, child rearing, and education [...] These matters, involving the most intimate and personal choices a person may make in a lifetime, choices central to the liberty protected by the Fourteenth Amendment.*» *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 501 U.S. 503 (1992) O'CONNOR (majority).

(70) *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997) REHNQUIST (majority).

(71) «*Fundamental freedom*» en *Loving v. Virginia*, «*fundamental right*» en *Roe v. Wade*, «*fundamental liberty protected by the Due Process Clause*» en *Zablocki v. Redhail*, «*limited fundamental constitutional right*» y «*liberty interest protected by the Due Process Clause*» en *Webster v. Reproductive Health Services*, «*fundamental liberty interest*» en *Washington v. Glucksberg*, por citar algunos ejemplos.

difusa (71). Su elaboración ha sido netamente jurisprudencial y a la Corte Suprema ha correspondido la tarea de determinar cuáles de los derechos que se reclaman como «fundamentales», efectivamente, lo son. Nos parece que el repaso de las decisiones más trascendentales sobre «*right of privacy*» —en matrimonio, aborto, derecho a morir y derecho a la intimidad sexual— de los últimos cuarenta años apuntan con bastante claridad a cuál es el procedimiento seguido por la Corte para escoger qué derechos deben pasar a la privilegiada nómina; los resultados prácticos, no son —sin embargo— tan clarificadores (72).

De manera general, la Corte se ha servido de un modelo de análisis de marcada naturaleza socio-histórica asentado por Cardozo en *Palko v. Connecticut* que ha identificado «derechos fundamentales» con aquellos que «representan la esencia de un programa de libertad ordenada» o aquellos que están «fuertemente arraigados en la conciencia y tradiciones de la Nación» (73). Puede imaginarse, por tanto, la elasticidad que es susceptible de alcanzar este tipo de estándar y cuán, facialmente, podría presentarse como opuesto al reconocimiento de derechos nuevos toda vez que se exige —sobre aquellos que lo pretendan— una «aceptación» generalizada. Esto dependerá, en buena medida, tanto del argumentario que cada tribunal despliegue acerca del «arraigo» del derecho pretendido, como de la delimitación abstracta del mismo; el derecho reclamado en *Palko* tardó 32 años en ser considerado «fundamental» (74), mientras que *Bowers* ha sido superada, en apenas 17 años, por *Lawrence*, en parte, por la flexibilidad con que la Corte Suprema ha definido el derecho «fundamental» en juego. De algún modo, la garantía del *due process*, que podría ser contemplada desde esta perspectiva

---

(72) El procedimiento en dos escalones parece reflejarse con bastante contundencia en la opinión mayoritaria de *Glucksberg*, al prescribir el tribunal que cualquier derecho que pretenda la calificación de fundamental precisa, en primer lugar demostrar que está: «[...] “*deeply rooted in this Nation’s history and tradition*” [...] and “*implicit in the concept of ordered liberty*”, such that “*neither liberty nor justice would exist if the were sacrificed*”» y en segundo término «describir cuidadosamente la libertad fundamental que se alega» *Glucksberg v. ... REHNQUIST (majority)*.

(73) *Palko v. State of Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937) CARDOZO (majority), seguida, entre otras muchas, por *Solesbee v. Balkcom*, 339 U.S. 9 (1950) y *Moore v. East Cleveland* 431 U.S. 494 (1977).

El propio Cardozo ya había proporcionado algún avance cuando, en 1934, apuntó que una forma denegación del *due process* se estaría produciendo si el Estado «[...] *offends some principle of justice so rooted in the traditions and conscience of our people as to be ranked as fundamental*». *Snyder v. Commonwealth of Massachusetts*, 291 U.S. 97 (1934).

(74) Se trataba del «*double jeopardy*», nuestro *non bis in idem*, que no fue reconocido por la Corte Suprema como un derecho «fundamental» protegido por la Quinta Enmienda hasta *Benton v. Maryland*, 395 U.S. 784 (1969).

como una «garantía conservadora» (en el sentido de que sólo debería proteger derechos muy consolidados en la conciencia colectiva) ofrece una vertiente «antitradicional», y ésta es una orientación que hasta hace no mucho tiempo, se había venido desarrollando, solamente, desde la cláusula de protección de la igualdad, pero que ha empezado a mudar como ya advirtió Sunstein (75) y como demuestra la recientísima *Varnum v. Brien* (76).

Si atendemos, por el contrario, a las opiniones de algunos jueces en *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, y en *Washington v. Gluckberg* quizá tengamos la clave para distinguir en qué se diferencia un «derecho o libertad fundamental» protegido por el *due process* sustantivo de la Decimocuarta Enmienda de otros derechos y libertades reclamables, también, bajo aquel amparo: la determinación de que un derecho es fundamental exigiría su máxima protección y, por tanto, un exámen más riguroso de las razones que el legislador presenta para restringirlo (77). No poder atestiguar el arraigo suficiente del mismo, no significaría automáticamente que tal «derecho o libertad» quedase fuera de la protección del *due process* sustantivo, sino que las interferencias del legislador serían toleradas bajo el complaciente análisis de su racionalidad (78). Puede suceder, entonces, que un derecho se considere «fundamental», aunque no por ello ilimitado, de modo que tales limitaciones deberían responder a poderosas razones del legislador (79), y puede suceder, también, que un derecho «no fundamental»

(75) SUNSTEIN (1998): 213.

(76) «*Due Process rights are fluid, and that such protections "should not ultimately hinge upon whether the right sought to be recognized the changing nature of society"*». *Varnum v. ... HANSON* (citando *Callender v. Skiles*, 591 N.W. 2d 182 (1999)).

(77) «*We have stated above our belief that the Constitution does not subject state abortion regulations to heightened scrutiny. Accordingly, we think that the correct analysis is that set forth by the plurality opinion in Webster. A woman's interest in having an abortion is a form of liberty protected by the Due Process Clause, but States, may regulate abortion procedures in ways rationally related to a legitimate state interest*» *Planned Parenthood... REHNQUIST, WHITE, SCALIA & THOMAS* (concurring and dissenting in part).

«*Then Due Process guarantees more than fair process, and «liberty» it protects includes more than the absence of physical restraint [...] the Clause also provides heightened protection against government interference with certain fundamental rights and liberty interest*» *Vacco v. ... y Washington v. ... REHNQUIST* (majority).

(78) «*We have insisted not merely that the interest denominated as a "liberty" be "fundamental"... but also that it be an interest traditionally protected by our society [citando Moore v. East Cleveland, 431 U.S. 494 (1977)] [...] All other liberty interest may be abridged or abrogated pursuant to a validly enacted state law if that law is rationally related to a legitimate state interest*» *Lawrence v. ... SCALIA* (dissenting).

(79) «*It is a constitutional liberty of the woman to have some freedom to terminate her pregnancy [...] is not so unlimited [...]*» *Planned Parenthood... O'CONNOR* (majority).

protegido por la Decimocuarta Enmienda sólo deba consentir las delimitaciones razonables que conduzcan a un objetivo legítimo.

Si el contenido del «*right of privacy*» parece difuso, si los «*liberty interest*» protegidos por el *due process* sustantivo no constituyen una categoría clara y tampoco los «derechos fundamentales» aparecen nítidamente, la aplicación de los correspondientes estándares de evaluación a las legislaciones desafiadas bajo la rúbrica del *due process* no ha venido a presentarse, precisamente, como una herramienta de clarificación. A pesar de las tempranas advertencias de Stone en *United States v. Carolene Products*, el tipo de evaluación judicial que ha de aplicarse a un catálogo legislativo restrictivo de un derecho que ya ha sido reconocido como «fundamental», ha distado, considerablemente, de ser un asunto claro. Hasta *Poe v. Ullman*, donde se dilucidó una cuestión tan básica para el desarrollo de la autonomía del individuo como el acceso a los anticonceptivos (dentro del matrimonio), lo habitual era que las leyes se examinasen con un criterio de racionalidad muy similar al que expusimos en el contexto socio-económico del enjuiciamiento de la igualdad (80). Sin embargo, la jurisprudencia sobre el derecho al aborto marcará un camino nuevo cuando *Roe* incorpore un modelo de escrutinio estricto tal como el que se venía aplicando a la igualdad desde *Skinner* y *Korematsu*, al entender que la ley de Tejas que se enjuiciaba infringía un «derecho fundamental» (81). Pero si la experiencia en el enjuiciamiento de la igualdad debería haber constituido un oráculo sobre el que despejar dudas, antes al contrario, la elevación del estándar de *Roe* no fue pacíficamente admitida. Así, mientras la propia *Roe* mostró cuáles iban a ser las fallas en tal aplicación, la pluralidad de criterios en *Zablocki v. Redhail* —a la hora de evaluar limitaciones en el derecho a contraer matrimonio— vino a confirmarlas (82).

(80) Harlan, refiriéndose a la «libertad» que protege la Decimocuarta Enmienda, señalaba: «*it is a rational continuum which, broadly speaking, includes a freedom from all substantial arbitrary impositions and purposeless restraints, [...] and which also recognizes, what a reasonable and sensitive judgment must, that certain interests require particularly careful scrutiny of the state needs asserted to justify their abridgment [...]*» *Poe v. Ullman*, 367 U.S. 497 (1961) HARLAN (dissenting).

(81) «*Where certain “fundamental rights” are involved, the Court has held that regulation limiting this rights may be justified only by a “compelling state interest”, and that legislative enactments must be narrowly drawn to express only the legitimate state interest at stake [...]*» *Roe v. ...* BLACKMUN (majority).

«*The Court eschews the history of the Fourteenth Amendment in its reliance on the “compelling state interest” test [...] by transposing it from the legal considerations associated with the Equal Protection Clause of the Fourteenth Amendment to this case arising under Due Process Clause of the Fourteenth Amendment.*» *Ib.* REHNQUIST (dissenting).

(82) En *Roe*, Rehnquist niega la mayor al no admitir que la Corte haya demostrado que

En *Bowers v. Hardwick*, al analizar la penalización de las prácticas homosexuales privadas entre adultos —en una senda muy concurrida posteriormente y que veremos al exponer los casos concretos del siguiente apartado— la Corte realizó una interpretación restrictiva del derecho que se reclamaba como fundamental y en vez de reconocer tal condición por medio de su conexión con el derecho a la intimidad expresado por la Cuarta Enmienda (83), identificó el derecho fundamental solicitado como el de «practicar la sodomía», lo cual condujo, sucesivamente, a no considerarlo aceptado, de manera suficiente por la sociedad y, por tanto, a su sometimiento a un test de racionalidad que superó sin mayores dificultades (84).

Pero cuando la Corte Suprema sobrepasó estas posiciones en *Lawrence v. Texas* se plantearon, de nuevo, similares dudas acerca de la identidad del derecho que se perseguía y también de su «fundamentalidad». Intentando rebatir el argumento socio-histórico de *Bowers* basado en la no aceptación generalizada de las conductas homosexuales, la mayoría de *Lawrence* se empeñó en demostrar una tolerancia general hacia tales actitudes (85) —sin con-

---

el derecho a interrumpir el embarazo esté «arraigado» en la conciencia de la Nación, por lo cual no procedería un estándar reforzado. En *Zablocki* la mayoría inaugura un camino incierto al reconocer que —aun siendo el matrimonio un «derecho fundamental»— no todos los prerequisites exigidos deberían examinarse estrictamente, sino aquéllos que «*significantly interfere with decisions to enter into the marital relationship*». *Zablocki v. Redhail*, 434 U.S. 374 (1978) MARSHALL (majority).

Al entender que en el caso juzgado se da esta premisa se aplica el escrutinio estricto, contra lo que se posicionará Powell, reivindicando la legitimidad de una amplia regulación de la institución por parte de los Estados: «*A compelling state purpose*” inquiry would cast doubt on the network of restrictions that the States have fashioned to govern marriage and divorce» *Ib.* POWELL (concurring). Más allá, Rehnquist concluye que incluso Powell ha utilizado una suerte de estándar reforzado y que tal evaluación debe ser más respetuosa con la tradicional tarea del legislador estatal de imponer los límites del matrimonio: «*[...] under Due Process it need only be shown that it bears a rational relation to a constitutionally permissible objective [...]*» *Ib.* REHNQUIST (dissenting).

(83) «*[...] The Stanley Court anchored its holding in the Fourth Amendment’s special protection for the individual in his home. The right of an individual to conduct intimate relationships in the intimacy of his or her own home seems to me to be the heart of Constitution’s protection of privacy [...]*» *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986) BLACKMUN, BRENNAN, MARSHALL & STEVENS (dissenting).

(84) «*[...] Even if the conduct at issue here is not a fundamental right, respondent asserts that there must be a rational basis for the law and there is none in this case [...]* We do not agree, and are unpersuaded that the sodomy laws of some 25 states should be invalidated on this basis». *Ib.* WHITE (majority).

(85) «*These references show an emerging awareness that liberty gives substantial protection to adult persons in deciding how to conduct their private lives in matters pertaining to sex [...]* This is not suggest approval of homosexual conduct. It does tend to show that this

tar con que su formulación más trascendente estaba siendo presentar la cuestión bajo una especie distinta a la expuesta veinte años atrás— es decir, determinando no ya si la práctica de la sodomía es un derecho «fundamental», sino si el derecho a mantener las relaciones que uno elija en la intimidad es un derecho protegido por el *due process* de la Decimocuarta Enmienda (86). Esa definición extensa del derecho que implica el engarce con toda la progenie del *right of privacy* desde *Griswold* conduce, entonces, a una superación de *Bowers* sin acudir a los estándares de evaluación de derechos fundamentales asentados en *Glucksberg* y sin aplicar el estándar estricto que impondría la aparición de un derecho de tal naturaleza (87).

Constituye un elemento de ulterior consideración en el acercamiento al concepto de «derechos fundamentales» y a su protección por el *due process*, la concurrencia de otro estándar (*undue burden*), aplicado generalmente sobre limitaciones del derecho al aborto, que supondría —antes de indagar sobre la racionalidad o poderosa necesidad de la regulación— si ésta restringe indebidamente la consecución del derecho reconocido. Aunque presente en toda la jurisprudencia de la Corte Suprema de los años 70 (88) será en *Akron v. Akron Center* donde su aplicación comience a ser significativa desde el punto de vista de la construcción jurisprudencial de los «derechos fundamentales», toda vez que la mayoría de *Akron*, aun partiendo de los principios impuestos por *Roe*, es decir —considerando que el derecho al aborto es

---

*particular form of conduct was not thought of as a separate category from like conduct between heterosexual persons» Lawrence v.... KENNEDY (majority).*

Sin embargo, Scalia observa: «*Apart from the fact that such and “emerging awareness” does not establish a “fundamental right”, the statement is factually false [...] an “emerging awareness is by definition not “deeply rooted in this Nation’s history and traditions” [...]» Id. SCALIA (dissenting).*

(86) «*It suffices for us to acknowledge that adults may choose to enter upon this relationship in the confines of their homes and their own private lives and still retain their dignity as free persons [...] The liberty protected by the Constitution allows homosexual persons the right to make this choice [...] Individual decisions [...] concerning the intimacies of their physical relationship [...] are a form of «liberty» protected by the Due Process Clause [citando a Stevens (dissenting) en Bowers] [...] JUSTICE STEVENS’ analisis, in our view, should have been controlling in Bowers and should control here.» Lawrence v.... KENNEDY (majority).*

(87) De hecho uno de los principales obstáculos de *Lawrence* es la poca determinación que mostró la Corte en aclarar qué tipo de estándar de revisión estaba aplicando. KARLAN (2004): 1447, 1449-1450. LUND & MCGINNIS (2004): 1555 y 1578.

(88) Aparece, aunque con diferente intensidad en *Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth*, 428 U.S. 52 (1976), *Maher v. Doe*, 432 U.S. 464 (1977), *Beal v. Doe*, 432 U.S. 438 (1977), *Bellotti v. Baird*, 443 U.S. 622 (1979) y *Harris v. McRae*, 448 U.S. 297 (1980).

«fundamental» y que las limitaciones aplicadas sobre el segundo trimestre del embarazo debían estar relacionadas racionalmente con la promoción de la salud de la madre—, entendió que la obligación legal de practicar todos los abortos de esa naturaleza en un hospital, constituía «un pesado e innecesario límite al acceso de las mujeres a ciertos métodos abortivos asequibles, accesibles y seguros [...] que infring[ía] irracionalmente el derecho constitucional de una mujer a conseguir un aborto» (89). La aplicación del estándar al caso resultó controvertida (90) y sus turbulencias pasaron por *Thornburg v. American College* (91) y *Webster v. Reproductive Health Services* (92) hasta que su radio de acción quedó mejor enfocado en *Planned Parenthood*, en un intento de promoción del estándar como un medio óptimo con el que conjugar los usuales intereses de los diferentes legisladores estatales en defender la vida y promover la salud de la madre y del feto, con la decisión última de la mujer de no concluir su gestación (93).

(89) *City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health*, 462 U.S. 416 (1983) POWELL (majority).

(90) Una de las principales valedoras del *undue burden test*, la Juez Sandra O'Connor, reprochará a la mayoría *Akron* la desafortunada aplicación de tal estándar al caso, puesto que, bajo su punto de vista, un requerimiento de hospitalización no puede ser nunca considerado como un límite indebido del derecho al aborto que se reconoce a la madre. *City of Akron v. O'CONNOR* (dissenting).

(91) Donde O'Connor sigue en sus posiciones de *Akron* (la Corte no está aplicando correctamente el estándar) pero expresadas con mucha más dureza: «*The Court today goes well beyond mere distortion of the "unduly burdensome" standard. By holding that each of the challenged provisions is facially unconstitutional as a matter of law, and that no conceivable facts appellants might offer could alter this result, the Court appears to adopt as its new test a per se rule under which any regulation touching on abortion must be invalidated if it poses an unacceptable danger of deterring the exercise of that right [...]*» *Thornburgh v. American College of Obstetricians & Gynaecologists*, 476 U.S. 747 (1986) O'CONNOR (dissenting).

(92) Pueden observarse las profundas discrepancias que existen en cuanto al funcionamiento de los estándares a lo largo de toda la sentencia. Con particular preocupación Scalia sigue haciendo hincapié en lo indeterminado del test de «obstáculos indebidos»: «*It does not tell us whether the present requirement is an "undue burden" and I know of no basis for determining that this particular burden (or any other that matter) is "due"*» *Webster v. Reproductive Health Services*, 492 U.S. 490 (1989) SCALIA (dissenting).

El voto conjunto de Blackmun, Brennan y Marshall irá, aún, más allá adjudicando a la mayoría la aplicación de un nuevo estándar: «*The plurality novel test appears to be nothing more than a dressed-up versión of rational basis review [...] The "permissibly furthers" standard completely disregards the irreducible minimum of Roe.*» *Id.* BLACKMUN... (concurring in part and dissenting in part).

(93) Tras las largas polémicas de los ochenta O'Connor trata de configurar más exactamente el marco de acción del test de obstáculos indebidos: «*A finding of an undue burden is a shorthand for the conclusion that a state regulation has the purpose or effect of placing a*

Esta tortuosa trayectoria, permitirá, en último término, acercarse más nítidamente a la concepción de «*fundamental right*» que ha manejado la Corte Suprema, sobre todo si nos fijamos en *Webster*, donde el tribunal examina una ley de Missouri en la que, entre otros requisitos, se exige un test de viabilidad del feto antes de realizar un aborto en pacientes con 20 o más semanas de gestación. Del poliédrico análisis de los jueces interesa, sobre todo, la opinión mayoritaria redactada por Rehnquist y donde se declara la poca enjundia que tendría el establecer distinciones entre «*fundamental right*», «*limited fundamental constitutional right*» o «*liberty interest protected by the Due Process Clause*», con lo que la legislación enjuiciada quedaría expuesta a la tenue revisión del test de racionalidad (94). No tendría esta observación mayor trascendencia de no ser porque en *Roe*, fuese de la manera que fuese, el derecho a decidir de la mujer se había considerado «fundamental» y, por ello, sujeto a garantías reforzadas; aquí, sin embargo, no se empleará para la ley de Missouri siquiera un camuflado estándar de «obstáculos indebidos», sino que la necesidad de superar el rígido marco de trimestres impuesto por *Roe* será razón suficiente para que la relación entre la medida propuesta y los objetivos de Estado se examine del modo más condescendiente.

Queda, pues, de manifiesto, que el carácter «fundamental» de un derecho que pretenda ser reconocido como tal depende, de modo tan incierto, de la consideración de su «arraigo», como de la aplicación del estándar que se le asigne tras dicha evaluación. Veámos anteriormente cómo la propia Corte, en sus decisiones de finales de los noventa, establecía la diferencia básica entre «*fundamental rights*» y otros «*liberty interests*» protegidos por la De-

---

*substantial obstacle in the path of a woman seeking a abortion [...] Some guiding principles should emerge. What is at stake is the woman's right to make the ultimate decision, not a right to be insulated from all others in doing so. Regulations which do no more than create a structural mechanism by [...] express [ing] profound respect for the life of the unborn are permitted if they are not substantial obstacle to the woman's right to choose.» Planned Parenthood... O'CONNOR (majority).*

Sin embargo es duramente criticada por Scalia: «*The joint opinion frankly concedes that amorphous concept of "undue burden" has been consistently applied. Because the three Justices now wish to "set forth a standard of general application", the joint opinion announces that "it is important to clarify what is meant by a undue burden". I certainly agree with that, but I do not agree that joint opinion succeeds in the announced endeavor. To the contrary, its efforts at clarification make clear only that standard is inherently manipulable and will prove hopelessly unworkable in practice [...]*» *Id.* SCALIA (dissenting).

(94) «*The Missouri testing requirement here is reasonably designed to ensure that abortions are not performed where the fetus is viable —an end which all concede is legitimate—and that is sufficient to sustain its constitutionality» Webster v. Reproductive Health Services, 492 U.S. 490 (1989) REHNQUIST (majority).*

cimocuarta Enmienda a través de la estricta revisión judicial exigida sobre las limitaciones operadas en los primeros (95); sin embargo diez años antes, en *Webster*, el mismo tribunal invitaba a no realizar «diferenciaciones abstractas» entre dichas categorías pero se delataba en el mismo acto al asignar al aborto la categoría de «*liberty interest*» protegido por el *due process* (96) y promover su evaluación más deferente. No se ha popularizado, por el contrario, el sometimiento del derecho al aborto al test más laxo, sino que sin abandonar —al menos de manera declarativa la senda de *Roe* (97), ha quedado confinado a la evaluación bajo el test de los «obstáculos indebidos», lo cual indica, primero, que ha perdido cierto pedigrí en su carácter «fundamental» y, segundo, que las posibilidades de que una restricción sea tolerada han aumentado considerablemente —como demuestra la reciente *Gonzales v. Carhart*— (98).

De los «derechos fundamentales» susceptibles de ser amparados por el *due process* sustantivo de la Decimocuarta Enmienda podríamos decir, cuando menos, que no están tasados (aparecerán implícitos o explícitos, en el texto o en sus penumbras), que no son ilimitados —en tanto legítimamente corresponde al *Power Policy* del Estado ordenarlos, si así fuese necesario—, que no son inamovibles —puede que un derecho no reconocido se reconozca y que uno reconocido deje de serlo—, que lo son porque están aceptados por la mayoría de la Nación —se investigan socio-históricamente—, que su contenido es incierto —puede que el derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo sea fundamental porque el derecho a contraer matrimonio lo es o porque el derecho a elegir con quien uno se casa lo es, o no, por lo mismo— y finalmente, que proceden de un sistema de evaluación ampliamente discrecional —asentado en valores tan discutibles como «lo razonable», «lo indebido» o «lo aceptado» (99).

(95) Vide notas 69 y 71.

(96) «[...] *There is wisdom in not unnecessarily attempting to elaborate the abstract differences between a “fundamental right” [...] or a liberty interest protected by the Due Process Clause, which we believe it to be*» *Id.*

(97) «*After considering the fundamental constitutional question resolved by Roe, principles of institutional integrity, and the rule of stare decisis, we are led to conclude this: the essential holding of Roe v. Wade should be retained and once again reaffirmed*» *Planned Parenthood... O’CONNOR (majority)*.

(98) En la que se declara la constitucionalidad de la Ley de Prohibición de Abortos Parciales introducida por George Bush a finales de 2003, un catálogo que impide la práctica del método de dilatación intacta y extracción durante los abortos practicados durante el segundo de embarazo, aún cuando el término de éste pudiese poner en peligro la vida de la madre. *Gonzales v. Carhart, 550 U.S. \_\_\_ (2007)*.

(99) Para Shaman el reconocimiento de nuevos derechos fundamentales por la vía de la

Trataremos en lo siguiente, si no de explicar, al menos de exponer —sobre lo tratado en este marco teórico y a través de lo decidido en los procesos mencionados al comienzo— qué conflictos podrían tener su origen en la aplicación de las garantías que nacen del principio constitucional de igualdad cuando éstas concursan con la esfera de protección nacida del *due process* sustantivo. *Goodridge* y *Lewis* son un caldo perfecto, toda vez que aun cuando contienen previsiones jurídicas bastante similares, ambas proceden de razonamientos de naturaleza bien distinta que afectan, sin duda, al modo en que ha de entenderse la dignidad del individuo que debe proteger tanto la garantía constitucional de igualdad como el ámbito de actuación del *due process* sustantivo.

### III. *EQUAL PROTECTION* Y *DUE PROCESS* EN LA RECIENTE JURISPRUDENCIA SOBRE MATRIMONIOS DEL MISMO SEXO

A diferencia de lo ocurrido con *Baker*, tanto en *Goodridge* como en *Lewis*, la cuestión sustantiva de la reclamaciones matrimoniales se parapeta, de un modo similar, sobre las cláusulas de protección de la igualdad y de garantía del *due process* que contienen sus respectivos textos constitucionales (100); un *locus communis* para la jurisprudencia norteamericana cuando los procesos judiciales se han cernido sobre asuntos relativos a la vida familiar, a las relaciones íntimas o la crianza y educación de los hijos (101).

Así pues, el examen de la limitación impuesta por el Estado se realizará determinando, de una parte, si aquella supera los escrutinios jurisdiccionales de igualdad, es decir, comprobando si existe una relación —al menos— de racionalidad entre los objetivos que pretende conseguir el legislador y la clasificación que genera para conseguirlos, y —de otra— si el derecho que se reclama podrá ser considerado entre los que ampara el *due process* sustanti-

---

*Equal protection Clause* habría quedado capitidismuido desde *San Antonio Independent School*, mientras que *Bowers* habría puesto en cuarentena las posibilidades nacidas del *due process*. SHAMAN (2000) 236 y 247. Suponemos su fe reconfortada tras *Lawrence*.

(100) Revisaremos, más adelante, la Constitución del estado de Vermont. En Massachusetts, aún cuando la reclamación fue de un calado muy superior, la respuesta de la Corte quedó circunscrita a lo contenido en el artículo primero de su norma fundamental y, en Nueva Jersey, a su correspondiente.

(101) «[...] *In matters implicating marriage, family life, and upbringing of children, the constitutional concepts frequently overlap, as do here*» *Goodridge* v.... MARSHALL (majority). También en *Lawrence & Gardner v. Texas* 539 U.S 558 (2003), *Bolling v. Sharpe*, 347 U.S. 497 (1954) o en *Perez v. Sharp* 32 Cal. 2d 711, 198 P.2d 17 (1948).

vo (102). La articulación de los razonamientos jurídicos que tienen origen en la aplicación combinada de estas garantías, dará como resultado las diferentes previsiones nacidas de *Goodridge* o *Lewis*.

En el caso de Massachusetts —aun cuando nosotros pensamos que la aplicación del más condescendiente de los estándares fue excesivamente rigurosa— (103) los objetivos aportados por el Estado para sostener una clasificación basada en la alteridad sexual de los contrayentes no se consideraron relacionados, de manera racional, con tal medida, con lo que dicho rasgo se convirtió en irrelevante a la hora de acceder, en igualdad de condiciones, a la institución del matrimonio civil. A pesar de todo, esa aplicación más que discutible del test de base racional, no evitó que el tribunal —tomando en consideración las reclamaciones de los demandantes— se detuviese a examinar el espinoso asunto de si la misma prohibición que ya no podía sostenerse con fundamento en la igualdad, contaría también con el reproche del ámbito de protección defendido a través del *due process* sustantivo.

Ambas, *Lewis* y *Goodridge*, aplican, con mayor o menor exactitud, el modelo de análisis que en la elaboración del contenido sustantivo de la Decimocuarta Enmienda ha venido imponiendo la Corte Suprema de los Estados Unidos (104), sin embargo el despliegue de un procedimiento de indagación

---

(102) A pesar de la visión *engranada* del análisis autonomía-igualdad que hemos puesto en pluma de una parte de la doctrina norteamericana, tanto la indagación del nuevo marco protegido por el *due process* como la proposición de un ámbito adecuado sobre el que articular los estándares de igualdad se efectúa por el juez Kennedy de manera separada. El primero a través de la jurisprudencia clásica en construcción del *due process*: *Griswold v. Connecticut* 381 U.S. 479 (1965), *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438 (1972), *Roe v. Wade* 410 U.S. 113 (1973), *Carey v. Population Services*, 431 U.S. 687 (1977), y, sobre todo *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* 505 U.S. 833 (1992), a partir de la cual la opinión mayoritaria intenta ampliar el poco margen que había dejado *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986). El segundo abundando sobre las nuevas coordenadas que ya se habían marcado para *Romer v. Evans* 517 U.S. 620 (1996).

(103) No es necesario siquiera abandonar *Lawrence* para observar el extremado rigor con que operó la Corte Suprema de Massachusetts, toda vez que para O'Connor —que votó con la mayoría— sería suficiente para superar tal prueba con que el Estado alegase, por ejemplo, un interés por preservar la institución del matrimonio como forma tradicional. «[...] *The Equal Protection Clause does not mean that other laws distinguishing between heterosexuals and homosexuals would similarly fail under rational basis review. Texas cannot assert any legitimate state interest here, such as national security or preserving the traditional institution of marriage* [...]» *Lawrence v. O'CONNOR* (*concurring*). En la propia *Goodridge* «... *To reach it does, the court has tortured the rational basis test beyond recognition*...» *Goodridge v. SOSMAN* (*dissenting*)

(104) La Corte de Nueva Jersey lo señala explícitamente: «[...] *We have adopted the general standard followed by the United States Supreme Court in construing the due process Clause*

similar termina por deparar resultados diferentes. La razón es sencilla. La demanda de protección bajo el amparo del *due process* exige en primer término —como ya hemos planteado— una delimitación precisa del derecho (*liberty interest*) que se está dilucidando, y seguidamente, una demostración de que tal conducta forma parte del ser más profundo de la conciencia social de la Nación, es decir, que el modo en que se conteste a la primera pregunta será determinante para la resolución de la segunda (105).

Los jueces de la mayoría de *Goodridge* acuden a la jurisprudencia sobre matrimonios interraciales para delimitar el derecho en litigio como el de elegir a la persona con la que uno desea contraer matrimonio, o sea, el derecho a que la decisión íntima y autónoma del cónyuge no sea orientada ni cercenada por el poder del Estado (106). Intervenir en esa decisión como lo venía haciendo el Estado de Massachusetts se haría, por tanto, incompatible con los derechos y libertades que garantiza el *due process* nacido de la constitución estatal, de tal modo que no podría llevarse a cabo la prohibición de esa toma de decisiones sin que la dignidad de los interesados se viese afectada. Es aquí donde el argumentario de los jueces de Massachusetts conecta con algunos de los resortes ofrecidos por *Lawrence*, en concreto con la manera de delimitar muy extensamente el derecho que se está enjuiciando y al que ya nos hemos referido (107). Nuestra impresión es que, en cualquier caso, y

---

*of the Fourteenth Amendment of the Federal Constitution...» Lewin v. ALBIN (majority). En Goodridge, de un modo más críptico, se va enlazando con algunas decisiones de la Corte Suprema —determinantes en la construcción del due process sustantivo— y de un modo especial con Lawrence v. Texas: «[...] The Court affirmed that the core concept of common human dignity protected by the Fourteenth Amendment to the United States Constitution precludes government intrusion into the deeply personal realms of consensual adult expressions of intimacy and one's choice of an intimate partner[...].» Lawrence v.... KENNEDY (majority).*

(105) *Lewis, asentándose en Washington v. Glucksberg 521 U.S 702 (1997) y en alguna propia como King v. S. Jersey National Bank, 66 N.J. 161 (1974). Goodridge recurriendo con frecuencia a los leading cases de los matrimonios interraciales.*

(106) «[...] *The essence of the right to marry is freedom to join in marriage with the person of one's choice [...].» Perez v. Sharp, 32 Cal. 2d 711, 728 (1948) TRAYNOR (majority).*

«[...] *To deny this fundamental freedom on so unsupportable a basis as the racial classifications embodied in these statutes, classifications so directly subversive of the principle of equality at the heart of the Fourteenth Amendment, is surely to deprive all the State's citizens of liberty without due process of law. The Fourteenth Amendment requires that the freedom of choice to marry not be restricted by invidious racial discriminations. Under our Constitution, the freedom to marry, or not marry, a person of another race resides with the individual and cannot be infringed by the State [...].» Loving v. Virginia 388 U.S. 1 (1967) WARREN (majority).*

(107) «[...] *These matters, involving the most intimate and personal choices a person may make in a lifetime, choices central to personal dignity and autonomy, are central to the liberty protected by the Fourteenth Amendment. At the heart of liberty is the right to define*

aunque el examen de igualdad hubiese resultado desfavorable, es decir, si la alteridad sexual hubiese sido considerada como relevante para cumplir unos determinados objetivos de política social, éstos no serían compatibles, o, al menos, entrarían en seria pugna con la obligación que el propio Estado tiene de no interferir en las decisiones más íntimas de los ciudadanos minusvalorando su autonomía (108). La Corte Suprema de Massachusetts resuelve, entonces, el trance de aplicar el modelo de análisis federal del *due process*, identificando el derecho en juego, no como el de contraer matrimonio con una persona del mismo sexo, sino como el que cada individuo tiene para decidir sobre las cuestiones capitales que construirán su programa vital, y, por ello, no encontrará obstáculo alguno, en la jurisprudencia de la Corte Suprema, para afirmar que esa batalla lleva muchos años ganada (109).

En *Lewis*, por el contrario, el análisis de igualdad parte del fundamento de que lo que se discute no es la aplicación de las diversas formas que podría cobrar el matrimonio —y con ello evitar la desigualdad— sino si es lícito que las parejas del mismo sexo sean excluidas de los derechos que contiene la institución, de ahí, que el examen de los fines propuestos por el Estado se realice a la luz de esos derechos considerados individualmente y no respecto de la institución como tal, es decir, que el análisis se parcela, considerando, de una parte, el derecho a disfrutar de todos y cada uno de los beneficios que comporta el matrimonio y, de otra, la discriminación por no ser aceptado en la institución considerada como un todo, o por no serlo en un futuro (110).

Es en este punto donde el Supremo de Nueva Jersey se alinea casi exactamente con lo decidido siete años antes en *Baker*; en ella —ya lo hemos

---

*one's own concept of existence, of meaning, of the universe, and of the mystery of human life. Beliefs about these matters could not define the attributes of personhood were they formed under compulsion of the State? [...]» Lawrence v.... KENNEDY (majority). Citando, textualmente, las previsiones ya contenidas en Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey 505 U.S 833 (1992).*

(108) «*The Massachusetts constitution affirms the dignity and equality of all individuals» Goodridge v.... MARSHALL (majority).*

(109) Desde *Roe v. Wade*: «*[...] As recently as last Term, in Eisenstadt v. Baird, 405 U.S. 438, 453, we recognized "the right of the individual, married or single, to be free from unwarranted governmental intrusion into matters so fundamentally affecting a person as the decision whether to bear or beget a child". That right necessarily includes the right of a woman to decide whether or not to terminate her pregnancy.» Roe v.... STEWARD (concurring). Hasta la propia *Lawrence*: «*[...] Liberty presumes an autonomy of self that includes free-dom of thought, belief, expression, and certain intimate conduct [...]*» *Lawrence v.... KENNEDY (majority).**

(110) «*[...] We do not consider whether committed same-sex couples should be allowed to marry, but only whether those couples are entitled to the same rights and benefits afforded to married heterosexual couples[...]*» *Lewis v.... ALBIN (majority).*

manifestado— la Corte Suprema de Vermont, resuelve acerca de la constitucionalidad del estatuto matrimonial de ese Estado, pero no con asiento en la cláusula de protección de la igualdad, si no a través de la *Common Benefits Clause* que adopta la Constitución de Vermont en su capítulo I, artículo 7. Desde estos parámetros, las concomitancias con *Lewis* se manifiestan tan rápidamente como las diferencias con *Goodridge*, puesto que el Tribunal no fuerza el reconocimiento legal de un nuevo derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo a partir de un cambio de coordenadas en la institución, sino que solamente declara la necesidad de que los beneficios del matrimonio se extiendan, también, a las parejas del mismo sexo, mandato judicial que se formalizará a través de la Ley de Uniones Civiles del estado. Así pues, la mayoría de *Baker*, al igual que la de *Lewis*, sitúa en el Legislativo la capacidad de decidir si redefine la institución o si genera una opción sustancialmente similar para las parejas del mismo sexo de manera que puedan participar de todos, o de «la mayoría», de los derechos disfrutados por los cónyuges altersexuales (111). En lo que esta decisión pudiese afectar a una correcta aplicación de la cláusula de beneficios semejantes, respecto a las exigencias de la constitución del Estado o del estándar federal de igualdad, el tribunal de Vermont advierte que si bien son homólogos, «uno no se refleja en el otro», puesto que una misma cosa podría violar uno de ellos sin tener, por ello, que atentar —automáticamente— contra el otro (112).

En *Lewis*, es cierto, la resolución del estándar de igualdad en favor del Estado se presentaba poco menos que imposible, toda vez que, a diferencia del Departamento de Salud Pública de Massachusetts —empleado a fondo en la demostración de unos claros fines sociales por los que mantener la fisonomía actual de la institución— su homólogo de Nueva Jersey no aporta razón alguna por la que hubiera de someterse a las parejas del mismo sexo a la privación de los derechos que contiene el matrimonio civil (113). Más bien al contrario, el Tribunal considera que la orientación del Legislativo, expre-

---

(111) «*We do not purport to infringe upon the prerogatives of the Legislature to craft an appropriate means of addressing this constitutional statutory schemes from other jurisdictions an alternative legal status to marriage for same-sex couples, impose similar formal requirements and limitations, create a parallel licensing or registration scheme, and extend all or most of the same rights and obligations provided by the law to married partners [...] These include what are typically referred to as “domestic partnership” or “registered partnership” acts, which generally establish [...]» Baker v.... AMESTOY (majority).*

(112) *Ibidem*.

(113) «*[...] The State has not articulated any legitimate public need for depriving same-sex couples of the host of benefits and privileges catalogued in section IV.B [...]» Lewis v... ALBIN (majority).*

sada por algunos de sus últimos textos promulgados, y entre ellos la Ley contra la Discriminación y la de Relaciones Domésticas, es precisamente la de promover una extensión de derechos sobre aquellas uniones o formas de familia que han permanecido ajenas a ellos. Carecería de sentido, entonces, otorgar a los individuos, por sí mismos, un catálogo de derechos y negarles parte de ellos si solemnizan su relación (114).

Sobre los trazos que hemos expuesto sucintamente, la Corte dispone que la garantía de igualdad quedará afectada si los individuos del mismo sexo que pretenden casarse se ven privados, legislativamente, de los mismos derechos que el matrimonio depara para las parejas de distinto sexo, pero que dicha protección no se verá violentada por el hecho de que tal extensión se desarrolle a través de una regulación separada. Igual que sucedió en Vermont, la cuestión habrá de resolverse en virtud de los poderes que tienen conferidos las cámaras legislativas del Estado. Pero, aun así, no se evita otra discusión clásica que ya fue tratada con profundidad en *Goodridge* —acudiendo al discurso instaurado por *Brown v. Board of Education of Topeka* 347 U.S. 483 (1954)—: que nunca lo separado puede ser igual. La mayoría de *Lewis* despachará el asunto determinando que los pormenores nominales de la institución que quiera utilizarse no constituyen una cuestión de relevancia constitucional, sin embargo algo de relevancia debe encerrar tal cuestión cuando los propios jueces que votan a favor no se susstraen de enfrentarse con los que votan en contra de una manera tan contundente como ésta:

«[...] *The dissenters are willing to substitute their judicial definition of marriage for the statutory definition, for the definition that has reigned for centuries, for the definition that is accepted in forty-nine states and in the vast majority of countries in the world. Although we do not know whether the Legislature will choose the option of a civil union statute, the dissenters presume in advance that our legislators cannot give any reason to justify retaining the definition of marriage solely for opposite sex couples [...]*» (115).

El núcleo de este asunto orbita —por tanto— sobre la discusión de si dos instituciones que son sustancialmente iguales, pueden violentar el principio de igualdad tan sólo por una cuestión de denominación, lo cual nos inserta en otra diatriba que ha sido consecutivamente planteada —tanto en *Goodridge* como en *Lewis*— a través de la reclamación de los beneficios «tangibles»

(114) «[...] *There is no rational basis for [...] giving gays and lesbians full civil rights in their status as individuals, and [...] giving them an incomplete set [...] when they [...] enter into committed same-sex relationships.*» *Ibidem*.

(115) *Lewis v. ... ALBIN (majority)*.

e «intangibles» del matrimonio (116). ¿Encierra beneficios adicionales solamente el nombre y por ello es preceptivo redefinir la institución? ¿Puede tener algún interés legítimo el estado en mantener la institución tal como está sin perjudicar a las parejas del mismo sexo? ¿En la regulación diferenciada se encierra solamente un asunto de prejuicios? La cuestión podría ser, por el contrario, puramente descriptiva si se considerase que esos beneficios «intangibles», son fruto, precisamente, de que el matrimonio entre personas de distinto sexo ha sido —durante un razonable período de tiempo— la célula básica de organización social —cuando menos— en la cultura occidental. De esta manera, ni siquiera la redefinición por vía legal y judicial de la misma conduciría a esa dotación de beneficios «intangibles», que, por serlo, difícilmente se pueden otorgar, de un modo eficaz, por sentencia o letra de la ley (117).

Por cuanto respecta a la vertiente del *due process*, como hemos adelantado, el modo en que la Corte de *Lewis* aborda la cuestión es sustancialmente diferente de la estrategia desplegada por *Goodridge*, desde el momento en que los jueces de Nueva Jersey ponen en práctica una aplicación del estándar general establecido por la Corte Suprema de los Estados Unidos, asentado con mayor fuerza sobre las aportaciones a la construcción de la Decimocuarta Enmienda contenidas en *Washington v. Glucksberg* y *Zablocki v. Redhail* que sobre *Lawrence* —con la que, sin embargo, también conecta— (118) o sobre

(116) «[...] From plaintiffs' standpoint, the title of marriage is an intangible right, without which they are consigned to second-class citizenship. Plaintiffs seek not just legal standing, but also social acceptance, which in their view is the last step toward true equality.» *Ibidem*.

«[...] Tangible as well as intangible benefits flow from marriage [...] The benefits accessible only by way of a marriage license are enormous, touching nearly every aspect of life and death [...]» *Goodridge v. ... MARSHALL (majority)*.

(117) Ronald Dworkin también ha reconocido esta doble fuente de beneficios y su engarce con la construcción legislativa de una institución de corte similar. Desde su punto de vista, ésta no es compatible con las mínimas exigencias del principio de igualdad: «[...] Las uniones civiles quizá suministren muchos de los beneficios legales y morales del matrimonio pero no comportan el significado social y personal de dicha institución, porque el matrimonio tiene una dimensión espiritual que no tiene la unión civil [...] si existen razones para negar este estatus [el matrimonio] a las parejas homosexuales tienen sin duda que ser también razones por las que la unión civil no es una oportunidad equivalente [...]» DWORKIN (2006): 8.

(118) En sus infinitas posibilidades, *Lawrence* también ofrece resortes a la mayoría de *Lewis*: «[...] The Court held that the "liberty" protected by the due process Clause prevented Texas from controlling the destiny of homosexuals "by making their private sexual conduct a crime." *Id.* at 578, 123 S. Ct. at 2484, 156 L. Ed. 2d at 525. The *Lawrence* Court, however, pointedly noted that the case did "not involve whether the government must give formal recognition to any relationship that homosexual persons seek to enter." *Ibid.* In a concurring

las revisiones de los *leading cases* contra las leyes antimestizaje. Así, la indagación de la primera parte del análisis dará como resultado que el derecho que se reclama es mucho más concreto que el planteado por los magistrados de Massachusetts: se trataría del derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo; de ahí que la respuesta del tribunal sea también de un automatismo similar al de la Corte de *Goodridge*, pero en sentido contrario: no es posible afirmar que tal derecho cuente con un arraigo suficiente como para que merezca ser protegido bajo el caparazón del *due process* (119).

Nos parece, entonces, que el análisis combinado de las garantías de igualdad y *due process* que ofrecen estas dos decisiones judiciales arroja el siguiente resumen esquemático. Para el tribunal de Massachusetts la garantía de igualdad exige que el tratamiento legislativo sea idéntico en ambos casos, es decir, que las parejas del mismo y distinto sexo compartan institución. Para la Corte de *Lewis*, sin embargo, la garantía de igualdad quedaría satisfecha con una regulación sustancialmente similar, sino idéntica —a salvo del nombre—, que daría lugar a una institución paralela. En *Goodridge*, además, el derecho a contraer matrimonio con la persona que uno elija es considerado un derecho fundamental protegido por el *due process*, mientras que en *Lewis* no se reconoce la intervención de tal garantía.

En ambos casos la ausencia de relevancia del rasgo «alteridad sexual» ha procedido de una aplicación de los estándares de revisión en la cual las respectivas administraciones no han podido articular una relación racional entre sus políticas sociales y la conservación del matrimonio como una institución de «sexos diferentes». Nos preguntamos, de nuevo, que razón impide que todas las parejas compartan una misma institución si ninguno de los argumentos expuestos por el legislador es considerado razonable, es decir, nos parece que una regulación idéntica, pero separada, exige del propio legislador algún fundamento para promoverla y del tribunal que la juzgue una explicación de

---

*opinion, Justice O'Connor concluded that the Texas law, as applied to the private, consensual conduct of homosexuals, violated the Equal Protection Clause, but strongly suggested that a state's legitimate interest in «preserving the traditional institution of marriage» would allow for distinguishing between heterosexuals and homosexuals without offending equal protection principles. Id. at 585, 123 S. Ct. at 2487-88, 156 L. Ed. 2d at 530 (O'Connor, J., concurring) [...]» Lewis v.... ALBIN (majority).*

(119) «[...] Objectively, deeply rooted in this Nation's history and tradition [...] implicit in the concept of ordered liberty[...]» *Washington v.... REHNQUIST (majority)*. Por el contrario, y sin ir más lejos, es en la misma *Zablocki*, como en *Lewis*, donde el más alto tribunal de los Estados Unidos tiene ocasión de infundir al matrimonio *altersexual* como un derecho de la máxima relevancia en el que se ve implicado de manera indiscutible la capacidad del ser humano para autodeterminarse.

mayor profundidad que la aportada por la Corte Suprema de Nueva Jersey, cuando señaló que el nombre no es asunto de relevancia constitucional. La articulación de dos instituciones de contenido idéntico pero denominación distinta demandan: o bien su unificación o bien el razonamiento de su existencia y de su encaje constitucional.

En dos Estados cuyos parlamentos han eliminado cualquier obstáculo para la adopción o acogimiento por parejas de homosexuales, en los que se ha legislado específicamente contra la discriminación por orientación sexual (120) y en los que los tribunales no aprecian una relación —ni siquiera racional— entre el matrimonio y la procreación o entre el matrimonio y el mejor ambiente para la educación de los hijos, creemos que la única alternativa que le quedaría al legislador ordinario, si pretende defender una regulación separada, sería mostrar un interés en la protección del matrimonio como institución histórica, es decir como una creación del derecho de amplísima trascendencia social en la que el rasgo de «alteridad sexual» es un componente fundamental. Equiparadas en el derecho de familia ambas instituciones, matrimonio y unión civil del mismo sexo, quedaría satisfecha —al menos— la demanda de igualdad en los bienes «tangibles» y con ello satisfecha la garantía de igualdad, siempre, eso sí, que se considerara un fin legítimo del Estado conservar el matrimonio en su definición histórica y que esto fuese compatible con la denegación de los bienes «intangibles» que la misma proporcionaría a las parejas del mismo sexo. Para la juez Sandra O'Connor, que votó separadamente, pero a favor, en *Lawrence* tal justificación sería suficiente para superar el estándar de racionalidad en un enjuiciamiento de igualdad (121).

---

(120) En materia de remoción de obstáculos discriminatorios el Estado de New Jersey promovió su catálogo LAD (Law Anti Discrimination), en el que se incluye una extensa nómina de circunstancias que no podrán operar como excusa para motivar tratamientos diferenciados; entre ellas se incluye expresamente la discriminación por orientación sexual. De igual modo sucede en Massachussets, donde a través del Capítulo 151B de sus Leyes Generales se establecen medidas muy similares.

Respecto a la adopción, en Massachussets quedó equiparada desde *Adoption of Tammy*, 416 Nass. 205 (1993) y en New Jersey se comenzaron a autorizar las adopciones de hijos biológicos de la pareja del mismo sexo desde *In re Adoption of a Child by J.M.G.*, 267 N.J. Super, 622 (1993).

(121) Vide nota 103.

En *Varnum*, sin embargo, esa opción es eliminada —incluso— de la nómina de legítimos intereses a los que puede aspirar el legislador. Acudiendo al *disenting* de Scalia en *Lawrence* el tribunal pone de manifiesto que tal posibilidad no es más que una construcción eufemística de una desaprobación moral de las parejas homosexuales; aptitud —ésta de la desaprobación moral— que es desechada por la propia O'Connor, también en *Lawrence*, como un interés impropio de cualquier gobierno. *Varnum v....* HANSON.

Con respecto al enjuiciamiento del derecho a contraer matrimonio bajo las libertades recogidas en el *due process* sustantivo, ha quedado claro que la clave está, no tanto en la determinación del arraigo del derecho reclamado —que también—, cuanto en la delimitación original del derecho que se pretende. Como se ve, en este asunto no se ha avanzado gran cosa desde *Bowers* donde la discusión se centró en dilucidar si existía un derecho fundamental a «practicar la sodomía» o si —por el contrario— lo que se defendía era la «protección constitucional del derecho a mantener en privado las relaciones que uno considerase oportunas». En los procesos matrimoniales, y los que hemos examinado no son muy diferentes del resto, los bandos están delimitados por aquellos que definen el derecho perseguido como el de «contraer matrimonio entre parejas del mismo sexo» y los que lo caracterizan como el derecho a «contraer matrimonio con la persona que uno elija». No reiteraremos la tradición jurisprudencial que cada una de esas posiciones tiene a sus espaldas, simplemente nos gustaría prestar atención a lo que esa delimitación amplia del derecho, íntimamente relacionada con el «*right to be left alone*», podría tener como potencial desactivador de otros límites, convirtiendo al *due process* en una herramienta que convertiría en irrelevantes muchos de los rasgos que hoy sirven al legislador para generar clasificaciones que soporten —no digamos ya un escrutinio estricto— sino razonable.

*Goodridge* declara que la diferencia sexual no es significativa, de tal manera que tenerla en cuenta supone violentar las previsiones constitucionales de igualdad al convertir a los afectados en «ciudadanos de segunda clase» (122). En caso de que el Estado hubiese contado con mejor fortuna y la Corte hubiese decidido considerar sus intereses de política social, el éxito habría sido, de nuevo muy limitado, toda vez que la interdicción del derecho a que se respete la decisión íntima de con quién se contrae matrimonio, conduciría, inexorablemente, a fomentar el grueso de los ciudadanos incardinados en aquella categoría.

Nosotros pensamos que esta lógica jurídica en la que se entrelazan los principios de igualdad y autonomía podría llevar, sin necesidad de avanzar elucubraciones inverosímiles, a que algunos excesos en la edificación de derechos a través del *due process* sustantivo conviertan las revisiones fundadas en la protección de la igualdad en una constante fuente de problemas que afectarían no sólo a la naturaleza de los principios jurídicos enunciados, sino también a la legitimidad que se supone al *Power Policy* del Estado para modular conductas.

---

(122) «[...] *The Massachusetts Constitution [...] forbids the creation of second-class citizens [...] Goodridge v. ... MARSHALL (majority).*»

En el caso particular de las regulaciones matrimoniales, algunos autores como Regan o Strasser —con fundamento en la privacidad defendida por *Zablocki*— (123) han querido ver una arbitrariedad casi en cualquier restricción efectuada sobre un individuo que pretenda contraer matrimonio, olvidando, eso sí, que en aquella misma sentencia, la Corte Suprema de los Estados Unidos «... al reafirmar el carácter fundamental del derecho a contraer matrimonio, no suge[ría] que cada regulación estatal, al determinar los incidentes o prerequisites para casarse, deb[iera] estar sometida a un escrutinio riguroso» (124) En *Goodridge*, por ejemplo, el tribunal dedica un espacio más que considerable a explicar que, en efecto, el poder de regular las circunstancias concretas en la que ha celebrarse el matrimonio corresponde a los órganos legislativos del Estado (125); nosotros, tras examinar la opinión separada de Greaney nos preguntamos si esa legitimación quedará reducida a la determinación de los lugares en los que pueda obtenerse la licencia de matrimonio, dónde proceder a su inscripción y en qué plazos y cuáles son las vías de disolución del mismo (126).

(123) «[...] Parecería de poco sentido reconocer el derecho a la privacidad con respecto a otros asuntos de la vida familiar y no con respecto a la decisión de entrar en una relación que supone la fundación de una familia en nuestra sociedad...]» *Zablocki v...* MARSHALL (*majority*).

(124) *Ibidem*.

(125) «[...] *Civil marriage is created and regulated through exercise of the police power. See Commonwealth v. Stowell, 389 Mass. 171, 175 (1983) (regulation of marriage is properly within the scope of the police power). "Police power" (now more commonly termed the State's regulatory authority) is an old-fashioned term for the Commonwealth's lawmaking authority, as bounded by the liberty and equality guarantees of the Massachusetts Constitution and its express delegation of power from the people to their government. In broad terms, it is the Legislature's power to enact rules to regulate conduct, to the extent that such laws are "necessary to secure the health, safety, good order, comfort, or general welfare of the community" (citations omitted). Opinion of the Justices, 341 Mass. 760, 785 (1960). [FN12] See Commonwealth v. Alger, 7 Cush. 53, 85 (1851) [...]*» *Goodridge v...* MARSHALL (*majority*).

(126) Este miembro del tribunal acude a alguna de la jurisprudencia que ya hemos citado con anterioridad para poner de manifiesto que el matrimonio es un derecho merecedor de las más reforzadas garantías, ya que «no es un privilegio otorgado por el Estado, sino un derecho fundamental protegido contra las intromisiones del Estado» y, así, volviendo sobre *Zablocki*, el juez entiende que «el derecho al matrimonio es de fundamental importancia para todos los individuos» y retrotrayéndose, nuevamente, a *Loving v. Virginia* que la libertad de casarse es «uno de los vitales derechos personales, esencial para la ordenada consecución de la felicidad por el hombre», de tal modo —y esto ya es de la cosecha de Greaney— que tal derecho quedaría «esencialmente viciado si a uno se le deniega la posibilidad de casarse con quien ha elegido». *Goodridge v...* GREANEY (*concurring*).

Sin embargo, este juez obvia algunos otros interesantes párrafos de *Zablocki*, como: «la

Podría pensarse, razonando en la lógica asumida por la Corte de Massachusetts, que algunos de los rasgos que el Legislador ha venido considerando, hasta ahora, como indiscutibles para determinar las líneas básicas del matrimonio devendrían irrelevantes si su puesta en práctica supusiese un menoscabo, más o menos importante, de la dignidad de cada individuo que se asienta en su capacidad para autodeterminarse. Sin ánimo de caer en un planteamiento de pura demagogia, habría que considerar muy seriamente si esta construcción de derechos a través del *due process* sustantivo no conduce a la convalidación automática de la irrelevancia de otros rasgos como los grados de consanguinidad, o el número de personas que podrían optar a formar parte de un mismo núcleo matrimonial. Si —en palabras de Marshall— la constitución de Massachusetts, efectivamente, «afirma la dignidad e igualdad de todos los ciudadanos», cabe, como mínimo, cuestionarse, si un ciudadano que se enamora perdidamente de su hermana ha de conocer otra especie de dignidad o igualdad que el resto de sus homónimos, no mereciendo, por ello, la protección de una legislación matrimonial que le permita formalizar las elecciones vitales que le van a conducir a la felicidad, idea sobre la que Bamforth, mucho antes de conocerse la mayoría de *Goodridge*, había prevenido lo siguiente: «Si la autonomía debe ser considerada seriamente [...] entonces cada apreciación de los individuos y cada apreciación por ellos de lo que es un acto sexual valioso o una relación sexual o emocional valiosa debería —dentro de los límites del consentimiento— ser respetada» (127)

Strasser —en la línea de Greaney— ha señalado que, dado que los Tribunales deberían examinar con los estándares más severos cualquier limitación que se pretenda sobre el derecho a contraer matrimonio, tal como la poligamia o el incesto, éstas tendrían que ser obviadas si no prestan un servicio importantísimo a los intereses del Estado (128); de hecho Regan, en una dirección muy similar, afirmaba hace ya algunos años, su convicción de que «las leyes sobre el incesto constituyen una primitiva forma de regulación que se extiende demasiado ampliamente y demasiado estrechamente» (129). No resultará, entonces, sorprendente que algún autor como Sunstein, profesor de jurisprudencia de la Universidad de Chicago, haya mostrado su preocupación al revisar esta nueva doctrina de las restricciones absolutamente indis-

---

mujer que desea contraer matrimonio tiene un derecho fundamental a elegir un aborto del hijo que espera, o a traer su hijo a la vida [...] de modo que, a buen seguro, la decisión de casarse y criar a los hijos en el ambiente de una familia tradicional debería recibir una protección similar». *Zablocki v. ...* MARSHALL (*majority*).

(127) BAMFORTH (2001): 31.

(128) STRASSER (1997): 65.

(129) REGAN (1993): 1515-1525.

pensables, advirtiendo que si estas limitaciones acerca de la poligamia y la endogamia «deben justificarse a través de la demostración de que son las medidas menos restrictivas para proteger un interés del Estado del máximo valor, entonces, al menos algunas de ellas estarían en serios problemas» (130), desvelo que no parece gratuito cuando, de nuevo desde la defensa del matrimonio entre parejas del mismo sexo, Chambers ha venido a reconocer que al «abandonarse la creencia del matrimonio como una relación compuesta por una persona de cada sexo, el Estado se volvería más receptivo a las uniones de tres o más personas» (131).

En nuestra opinión, quienes desde la práctica jurídico-legislativa de los Estados Unidos se han alineado con esta concepción del derecho a contraer matrimonio como un espacio en el que cualquier límite debe ser implacablemente controlado, han encontrado cuantiosas dificultades para explicar por qué deben permitirse los matrimonios entre parejas del mismo sexo y no autorizarse, por ejemplo, la unión entre madrastra e hijastro, que se encuentra prohibida, sin ir más lejos en el propio capítulo 207 de las Leyes Generales de Massachusetts (132).

Los esfuerzos, no obstante, han sido numerosos y algunos han llegado desde los oráculos más prestigiosos de la investigación jurídica norteamericana. Lawrence Tribe ha sostenido que la misma insustancialidad que tiene la raza, la encontraremos en el sexo de los contrayentes si lo que se pretende es evaluar los rasgos que deban llevarnos a un tratamiento legal idéntico o diferenciado de las parejas que concurren ante la institución con igualdad o diferencia de sexos. El catedrático de Harvard ha afirmado, por ejemplo, que «un sistema legal que envía un mensaje tal de “status de segunda clase” [al considerar relevante la diferencia de sexos] es inconsistente con los más básicos axiomas de la igualdad ciudadana» (133). Aun así, nosotros nos seguiremos preguntando si esa concepción del principio de igualdad no cooperará para que otros rasgos —considerados, hasta ahora, relevantes en la tarea de determinar cuáles son los confines en los que debe sostenerse la institución del matrimonio— se reblandezcan al aplicarles una idea de igualdad tan similar a la exhibida en *Goodridge* (134).

---

(130) SUNSTEIN (2003): 33.

(131) CHAMBERS (1996): 490-491.

(132) *Marriage of Man to Certain Relatives. Section 1: «No man shall marry his mother [...], stepmother [...].»*. Ha puesto de manifiesto alguna de esas dificultades: McDONNELL (2004): 337.

(133) TRIBE & PARKER (2004).

(134) Otras reflexiones del propio Lawrence Tribe resultan, también, reveladoras: «Las leyes sobre el incesto dibujan círculos entorno a los individuos que definen el limitado grupo

Si, de verdad, como aseguró la Corte Suprema en *Zobel v. Williams*, ningún individuo es más igual que otro (135), sería interesante conocer cómo habrían de satisfacerse los más fervientes deseos afectivos de aquel «desafortunado», cuyo infortunio no es otro que el caer enamorado de un miembro de su más íntimo círculo familiar. Supongamos, si no, una reclamación por vulneración del principio de igualdad formulada sobre un caso en el que los contrayentes sean familiares consanguíneos en primer grado, donde el Estado articule unos fines lícitos sobre los que sostener dicha prohibición y donde, finalmente, el órgano jurisdiccional competente los acepte. ¿No cabría apelar a la depravación de la dignidad de los individuos implicados? ¿No se vería afectado con ello el privadísimo derecho a decidir con quién comparte cada uno su vida? ¿No se estaría violentando ningún derecho fundamental contenido en el *right of privacy* y cobijado por el *due process* sustantivo? A no ser que se defienda que incluso entre los ciudadanos de segunda clase, aún hay clases, pensamos que la respuesta, en la lógica de *Goodridge*, debería ser sí (136).

Algunas de estas advertencias que nosotros pusimos de manifiesto después de estudiar la decisión de la Corte Suprema de Massachusetts a finales de 2005 (137), las encontramos ahora formuladas por los jueces de *Lewis* cuando en respuesta al reproche de sus compañeros que habían votado en contra —por considerar que el derecho en liza se ha acotado con demasiado rigor— señalan que cualquier declaración expansiva de la autonomía perso-

---

de los miembros de la familia, tan estrechamente unidos por la sangre o por la adopción, que la intimidad sexual se convierte en demasiado peligrosa o fugaz, tanto como para que la sociedad la acepte. Estas restricciones, sin duda, infligen una pesada carga sobre aquéllos desafortunados cuya desgracia consiste en tener deseos o enamorarse de un miembro de su familia; no obstante el trazo ajustado de los círculos no supondrá una semejanza real con los amplios márgenes que opresivamente cruzan la sociedad para conseguir que la mitad de la población adulta quede fuera de los límites dentro de los cuáles podrían ser compañeros sexuales o maritales. Del mismo modo, los círculos que —nuestras leyes sobre adulterio y bigamia— han dibujado en torno a las parejas casadas vienen a establecer particiones que caen con un peso innegablemente cruel sobre los individuos que se enamoran o sienten deseos hacia el cónyuge de otro» *Ibidem*.

(135) «[...] *The Equal Protection Clause does not make some groups of citizens more equal than others [...]*» *Zobel v. Williams*. BRENNAN (*concurring*).

(136) Distinguiendo entre un «incesto no consentido», que afectaría a casos de violación y abuso de menores, y un «incesto consentido» cuyo ámbito sería el matrimonio o las relaciones sexuales entre adultos, desde alguna atalaya académica se ha propuesto una revisión tanto de ciertas penalizaciones sobre el incesto como de las restricciones matrimoniales fundadas en él. Tal revisión habría de trazarse a través del modelo de «Dependency Family» propuesto por Fineman. NOTE (2006): 2465-2466 y 2483 y ss.

(137) FERNÁNDEZ DEL HOYO (2005): 89-116.

nal en este sentido podría llevar a poner en jaque el poder que conserva el legislativo para prohibir el incesto o la poligamia (138), abundando en una línea muy similar a lo que la Corte Suprema de los Estados Unidos estableció en una temprana *Reynolds v. United States*, cuando al discutir sobre la colisión entre los derechos nacidos de la Primera Enmienda de la Constitución y el carácter monógamo del matrimonio, el alto tribunal despreció el argumento aportado por la comunidad mormona de que «el Estado no debe inmiscuirse en las preferencias sexuales de sus ciudadanos», sosteniendo que «El Congreso carece de poder legislativo sobre las simples opiniones, pero es libre para regular los actos jurídicos que supongan [...] principios sobre los que se fundamenta el gobierno de los pueblos» (139).

(138) «*The dissent posits that we have defined the right too narrowly and that the fundamental right to marry involves nothing less than “the liberty to choose, as a matter of personal autonomy.” Post at (slip op. at 11). That expansively stated formulation, however, would eviscerate any logic behind the State’s authority to forbid incestuous and polygamous marriages. For example, under the dissent’s approach, the State would have no legitimate interest in preventing a sister and brother or father and daughter (assuming child bearing is not involved) from exercising their “personal autonomy” and “liberty to choose” to marry.*» *Lewis v. ...*, ALBIN (majority).

(139) *Reynolds v. United States* 98 U.S. 145 (1878) WAITE (majority).

Rey Martínez ha planteado esta discusión en clave española sosteniendo que unos argumentos de semejante naturaleza —que sitúa tanto en Requero como en Scalia— carecerían de sentido toda vez la Constitución protege específicamente a los homosexuales pero no cualquier forma de sexualidad. REY MARTÍNEZ (2005): 153.

Sin compartir el fondo de la reflexión de Rey, nosotros tampoco estamos de acuerdo con las razones que sustentan este argumento de Scalia en *Lawrence* por dos razones: primero porque no creemos que *Bowers* haya sido el último resorte desde el que se han podido defender leyes basadas en principios morales (con lo que su superación significaría el fin de las leyes contra el incesto, la poligamia, etc.) ya que toda prescripción legal supone, en cierto sentido, una elección moral (aunque quizá no de la moral que practique Scalia) y segundo porque la declaración del derecho a practicar la homosexualidad como una parte del *right of privacy* se circunscribe en *Lawrence* a las relaciones privadas, consentidas, entre adultos y con fines no comerciales y así lo delimita la opinión mayoritaria. Por el contrario, en *Goodridge* el matrimonio entre personas del mismo sexo queda asentado sobre un derecho «fundamental» a casarse con la persona que uno elija, con todas las dificultades que esto podría suponer tanto en el momento que se trate de deslindar judicialmente las fronteras se le otorgan a la dignidad del individuo, como en la erosión ocasionada sobre el resto de limitaciones impuestas por el legislador que quedarían, cuando menos, sometidas a un escrutinio reforzado sino estricto.

El mismo autor, ha apuntado al «contenido esencial» del artículo 32 de la Constitución española como límite ante el que el legislador ordinario debería haberse detenido, una línea, discutida, entre otros, por Pérez Álvarez quien ha contemplado el requisito de diversidad sexual no como «esencial en su estructura ontológica» sino como un reflejo «de la concepción social de la institución matrimonial en un momento histórico dado». REY MARTÍNEZ (2005): 150-152. PÉREZ ÁLVAREZ (2006): 8.

IV. EL RECURSO A LOS *LEADING CASES* DEL MATRIMONIO INTERRACIAL

Hemos puesto de manifiesto, hasta el momento, algunas de las dificultades más importantes que observamos en los razonamientos jurídicos utilizados en defensa de la dignidad del individuo, en su vertiente del derecho a contraer matrimonio con persona de sexo idéntico, a través de los principios de igualdad y *Due Process of Law*. En sentido opuesto, habría que explicar ahora, cómo quedarían las proposiciones de aquellos que —ya sobre la *Equal Protection Clause*, ya sobre el *due process* sustantivo— no son partidarios de una extensión de derechos sobre las parejas del mismo sexo que desean contraer matrimonio, si dichas proposiciones se confrontan con las que estableció la jurisprudencia federal, esencial, sobre matrimonios interraciales en *Loving v. Virginia*, o la Corte Suprema de California en *Perez v. Sharp* (140). Es decir, en caso de que el asunto se discuta sobre el principio de igualdad, cómo demostrar que el rasgo raza y el rasgo de alteridad sexual respecto al matrimonio no operan de manera similar (141), y, en caso de que la cuestión se dilucide sobre la protección del *due process* sustantivo, cómo entender que en *Loving* se defiende la capacidad de cada individuo para contraer matrimonio con quien se desee y negar esa misma capacidad cuarenta años después (142).

---

Quedaría por identificar, no obstante, otro aspecto de ese contenido esencial del artículo 32: el número de personas que pueden casarse entre sí. GÓMEZ (1990): 188-189.

Así es que, a falta de un pronunciamiento sobre el recurso de inconstitucionalidad presentado por el Partido Popular, el legislador ordinario ha sorteado con cierta sencillez el contenido mínimo del artículo 32 y no vemos por qué no podría obrarse de igual manera frente a otros límites que quedan, simplemente, a discreción del legislador ordinario como, por ejemplo, la capacidad para contraer o los grados de consanguinidad —en la línea que de lo señalaban Requero y Scalia— o aun más allá, por qué no habría de desafiarse, de modo directo, el otro «rasgo invariable» que limita a dos el número de personas que pueden tomar parte en la institución.

(140) Ambas constituyen un lugar común en el que se han dado cita los análisis de igualdad y *due process* de las sentencias que —de modo más favorable— han trabajado por los derechos de las parejas del mismo sexo. Las reflexiones de *Loving* constituyeron un *background* fundamental para *Goodridge* y cuatro años después lo han sido para *Varnum*.

(141) Hablamos en todos los casos de *alteridad sexual* porque pensamos que la clasificación que encierra cada ley civil que precluye los matrimonios del mismo sexo no está fundada sobre una prohibición genérica que afecte a un solo sexo en detrimento de otro, o a una opción sexual a favor de otra. Lo explicamos a continuación.

(142) «[...] *That long history availed not when the Supreme Court of California held in 1948 that a legislative prohibition against interracial marriage violated the due process and equality guarantees of the Fourteenth Amendment, Perez v. Sharp, 32 Cal.2d 711, 728 (1948), or when, nineteen years later, the United States Supreme Court also held that a statu-*

Por lo que respecta al análisis de igualdad, nosotros, como poco, dudamos de que esos rasgos de raza y de alteridad sexual, tengan un comportamiento similar a la hora de probar su relevancia/irrelevancia respecto a la institución del matrimonio civil. Strasser, por ejemplo, vendrá a reconocer que los matrimonios «interraciales» y los matrimonios «intrasexuales» son diferentes, de tal modo que la inconstitucionalidad de las leyes antimestizaje de Virginia no predicará la invalidez de todas las prohibiciones sobre los matrimonios intrasexuales (143), una opinión que, por otra parte, ya había asentado la Corte Suprema de Minnesota en *Baker v. Nelson* (144).

Las características de los individuos, los rasgos que el Legislador considera relevantes para optar por esta o aquella solución normativa a la hora de perseguir unos determinados fines, conducen a la elaboración de las consabidas clasificaciones legislativas, de tal suerte que ante una duda sobre la arbitrariedad o la justa determinación de la utilización de un determinado rasgo, le corresponderá a los tribunales —a través de los distintos niveles de escrutinio— determinar si aquel rasgo da lugar a una clasificación, cuál es la naturaleza de ésta y si ésta es tolerable, es decir si el rasgo elegido tiene la suficiente entidad como para justificar un tratamiento diferenciado o si, por el contrario, la irrelevancia del mismo obliga a considerar las dos situaciones cuya igualdad resulta discutida, similares, y por tanto, dignas de un tratamiento legislativo idéntico. El componente evaluativo que requiere la consideración de relevancia/irrelevancia surgirá entonces de la conexión que el

---

*tory bar to interracial marriage violated the Fourteenth Amendment, Loving v. Virginia, 388 U.S. 1 (1967). [...] Goodridge v.... MARSHALL (majority).*

«[...] *The equal protection infirmity at work here is strikingly similar to (although, perhaps, more subtle than) the invidious discrimination perpetuated by Virginia's antimiscegenation laws and unveiled in the decision of Loving v. Virginia, supra. In its landmark decision striking down Virginia's ban on marriages between Caucasians and members of any other race on both equal protection and substantive due process grounds [...]*» *Ibidem.* GREANEY (concurring).

«[...] *Loving teaches that the fundamental right to marry no more can be limited to same-race couples than it can be limited to those who choose a committed relationship with persons of the opposite sex. By imposing that limitation on same-sex couples, the majority denies them access to one of our most cherished institutions simply because they are homosexuals [...]*» *Lewis v.... PORITZ (concurring and dissenting).*

(143) STRASSER (1997): 67.

(144) «*Loving* viene a indicar que no todas las restricciones sobre el derecho a contraer matrimonio están más allá del alcance de la Decimocuarta Enmienda. Tanto en un sentido común como constitucional, existe una clara distinción entre una restricción marital basada meramente en la raza y una basada en la fundamental diferencia en el sexo» *Baker v.... PETERSON (majority).*

Tribunal que juzga halle entre la clasificación nacida a partir del rasgo seleccionado y los fines de interés público que el Estado pueda estar persiguiendo. Sin conexión —y a ésta se le exigirá un mayor o menor grado— no habrá relevancia (145).

En *Goodridge* —tomando literalmente las palabras de la mayoría— al igual que en *Loving* o *Perez*, las restricciones que surgen de las Leyes Generales de Massachusetts operan de un modo similar a como lo hicieron las Leyes Antimestizaje de Virginia (146), construyendo una categoría de desiguales con asiento en un rasgo individualizado: la raza y el sexo de los contrayentes. Para nosotros, mientras que el rasgo de raza da lugar, *prima facie*, a una clasificación (fundada únicamente en el color de la piel) que podría ser tan relevante o irrelevante como pudieran serlo la altura, el peso, o el color de los ojos o del pelo, el rasgo de alteridad sexual de los contrayentes en el matrimonio no advierte sobre una clasificación que esté asentada sobre un desprecio genérico del legislador hacia un determinado sexo o hacia una orientación sexual concreta, lo cual afectaría, de entrada, a la rigurosidad con que tal clasificación debiera escrutarse. Nos explicamos.

Del capítulo 207 de las Leyes Generales de Massachusetts, al igual que de la legislación matrimonial de Nueva Jersey, no puede predicarse una regulación que implique un límite del ejercicio del derecho a contraer matrimonio asentado sobre una minusvaloración de género —al menos en el sentido en el que la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos ha venido entendiendo las *sex-based classifications*— (147) desde el momento en que tanto hombres como mujeres comparecen ante la ley con idénticas restricciones. Así, ningún hombre o mujer podrá obtener una licencia para casarse con alguien de su mismo sexo y, con ello, ambos sexos, están sujetos —entonces— a un idéntico tratamiento legal. Sobre esto, la poco sospechosa Corte Superior de Vermont —en su rechazo al argumento de la clasificación asentada en el sexo que pesaría sobre la legislación matrimo-

(145) Vide Apartado II A).

(146) «[...] In this case, as in *Perez* and *Loving*, a statute deprives individuals of access to an institution of fundamental legal, personal, and social significance—the institution of marriage—because of a single trait: skin color in *Perez* and *Loving*, sexual orientation here [...]» *Goodridge v. ...* MARSHALL (majority).

(147) En este sentido, la Corte Suprema de los Estados Unidos en *Michael M. v. Superior Court of Sonoma County*, 450 U.S. 464 (1981) dejó bien claro que las leyes no harán clasificaciones perjudiciales que supongan una desventaja para los hombres o las mujeres: «[...] Is the principle that the legislature may not make overbroad generalizations based on sex which are entirely unrelated to any differences between men and women or which demean the ability or social status of the affected class.» *Michael v. ...* REHNQUIST (majority).

nial de aquel Estado— apuntó en *Baker v. State* «que no hay una clase separada sujeta a un diferente tratamiento sólo sobre la base del sexo; cada sexo es igualmente precluido [...] de realizar la misma conducta» (148). Una tendencia jurisprudencial que ha venido contando con un gran respaldo en numerosos tribunales de los Estados Unidos (149) aun cuando no falten aquellos que han fundado su examen en la conciencia de que las exigencias legales de alteridad generaban la antedicha clasificación (150).

En nuestra opinión, las leyes matrimoniales que asientan un modelo como el establecido en Massachusetts hasta la entrada de *Goodridge*, no pueden clasificar por géneros puesto que son neutras respecto a los ellos, en tanto en cuanto no generan un impacto adverso en uno respecto al otro (151). Ni tan siquiera en *Lewis*, donde los argumentos del Estado a favor de la clasificación que se maneja fueron inexistentes, podría afirmarse que se estaba discriminando a las mujeres a favor de los hombres o viceversa.

Sobre este particular podríamos encontrar algo de luz en la llegada de *Hernandez v. Robles* a una corte estatal de primera instancia del Estado de Nueva York, y donde el análisis sobre la protección de la igualdad respecto al caso que trata reconoce que algunos tribunales de diferente naturaleza ya habían confirmado que la prohibición de matrimonios del mismo sexo constituye una discriminación basada en el género (152), a pesar de lo cual:

(148) *Baker v. State* (majority).

(149) Idéntica posición comparten —entre otras—: *Standhardt v. Superior Court of the State of Arizona* 77 P. 3d (2003) Corte Superior de Arizona; *Lewis v. Harris*, 2003 WL 23191114 (2003) Corte Superior de Nueva Jersey; *Morrison v. Sadler*, 2003 WL 2319998 (2003) Corte Superior de Indiana; *Singer v. Hara*, 522 P.2d 1187 (1994) Corte de Apelaciones de Washington; *Jones v. Hallahan*, 501 S.W.2d 588 (1973) Corte de Apelaciones de Kentucky; *Shields v. Madigan*, 783 N.Y.S.2d 270 (2004) Corte Suprema de Nueva York; *Dean v. District of Columbia*, 653 A.2d 307 (1995) Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia.

(150) En Corte Suprema Estatal en *Baehr v. Lewin* 852 P.2d (1993) —Hawai— y en primera instancia *Brause v. Bureau of Vital Statistics*, 1998 WL 88743 (1998) —Alaska—, asentaron sus decisiones sobre un análisis de clasificación por géneros, análisis que ha sido rechazado en la práctica totalidad de las sentencias posteriores salvo en *Li v. Oregon*, No. 0403-03057 S51612, A124877 (2004) de la Corte Suprema de Oregón.

(151) Cf. *Eckl v. Davis*, 51 Cal. App.3d (1975) (Cal. Ct. App.); *Gay Law Students Assoc. v. Pacific Tel. And Telegraph Co.*, 24 Cal.3d (1979) (Cal. Sp Ct.); *Miller v. California Commission on the Status of Women*, 151 Cal. App.3d (1984) (Cal. Ct. App.) *Sail'er Inn, Inc. v. Kirby*, 5 Cal.3d (1971) (Cal. Sp Ct.)

(152) Entre las que cita *Brause v. Bureau of Vital Statistics*, 1998 WL 88743 (1998) (*Alaska Sp. Ct.*), *Baehr v. Lewin* 852 P.2d Ha. (1993), *Goodridge* y algún voto particular de *Baker*.

«[...] La exclusión de las parejas del mismo sexo trata a hombres y mujeres de manera exactamente igual. Sin embargo, la aplicación igualitaria de una ley a dos grupos, no necesariamente aísla a tal estatuto de un ataque sobre la base de la protección de igualdad. Como en *Loving*, las leyes antimestizaje en cuestión se aplicaron igualmente sobre blancos y sobre otros (de hecho los dos *Loving* fueron acusados bajo la misma ley) pero, por el contrario, la Corte Suprema no tuvo dificultad en concluir que la ley había sido formulada con una odiosa intención discriminatoria. Aquí, sin embargo, no hay evidencia de que el Legislador tuviera una intención específica de prohibir los matrimonios del mismo sexo» (153).

Bajo estas consideraciones, pensamos que *Loving* no puede aportar apoyo alguno al argumento de que las leyes matrimoniales están construidas —de manera impermissible— sobre una discriminación basada en el género. En *Loving*, no lo olvidemos, los demandantes eran una pareja interracial que fue acusada de violar la ley de Virginia que convertía en delito los matrimonios entre personas de raza negra y personas de raza caucásica, con lo cual —aunque ambos resultaban igualmente castigados— la norma no era racialmente neutral. Así, la Corte Suprema de los Estados Unidos afirmó que el único propósito de toda esa trama legislativa era perpetuar una «deleznable discriminación racial» (154), y no sólo eso, sino que estableció que la misma ley no clasificaba igualitariamente a los individuos de diferente raza puesto que tal norma «sólo prohíb[ía] los matrimonios interraciales en los que se implica[ba] a personas de raza blanca» (155), lo que vendría a demostrar que su único objetivo era «mantener la supremacía blanca» (156). En otras palabras, la ley no establecía una clasificación neutral ni trataba a todas las razas en los mismos términos, lo cual tiene poco que ver, a nuestro juicio, con la clasificación contenida en el capítulo 207 de las Leyes Generales de Massachusetts, o en las leyes matrimoniales de Nueva Jersey.

Una línea similar podría abrirse por lo que se refiere a la génesis de una clasificación basada en la orientación sexual de los contrayentes. Nada de eso encontramos en las leyes de Massachusetts, desde el momento en que la expedición de una licencia matrimonial en el Estado no indaga en las preferencias sexuales del solicitante. De hecho, bajo el capítulo 207, esa licencia podía ser solicitada por un hombre o por una mujer, en los términos prescritos por la propia ley, sin que en ningún lugar se encuentre la obligatoriedad

---

(153) *Hernandez v. Robles* 25057 N.Y. Sp. Ct. for N.Y. County (2005) DORIS LING-COHAN (majority).

(154) *Loving v. ...* WARREN (majority).

(155) *Ibidem*.

(156) *Ibidem*.

de declarar si uno es heterosexual, gay, lesbiana o bisexual, cuestión que parece bastante obvia, si se considera que la orientación sexual podría estar, en muchos de los casos, más que lejos de una definición precisa (157). Es más, en el caso de *Lewis*, la Corte deja bien claro que el Estado de Nueva Jersey ha sido uno de los pioneros en reforzar la protección frente a cualquier discriminación que proceda de la orientación sexual o afectiva, sin que por ello se considere que una posible exclusión de las parejas del mismo del matrimonio civil pudiese estar fundada en una minusvaloración de las preferencias sexuales de los contrayentes (158).

Por este motivo, las similitudes que se han querido ver en algunas cuestiones esenciales de *Loving*, *Goodridge* y *Lewis*, respecto al análisis de igualdad no nos parecen tales. De hecho, la Corte Suprema de los Estados Unidos se detuvo muy poco en indicar cual sería el nivel de evaluación que debería aplicarse al caso toda vez que los propósitos con los que estaba relacionada la clasificación realizada por la ley de Virginia, sobrepasaban por sí mismos —y de largo— «el claro y central propósito de la Decimocuarta Enmienda [...] de eliminar toda fuente oficial de odiosa discriminación racial entre los Estados» (159). Desde luego que las leyes antimestizaje estaban «estrechamente relacionadas con un importantísimo fin del Estado» de Virginia, puesto que su único propósito era asegurar la supremacía blanca a través de la «preservación de la integridad racial de sus ciudadanos» y de evitar «la corrupción de la sangre», sólo que esta finalidad minaba desde sus cimientos el contenido mínimo de la cláusula de igualdad y la razón que la llevó a la Constitución Federal.

---

(157) «En las conferencias clínicas uno oye habitualmente [...] que la homosexualidad está fijada y es inmodificable. Ninguna de éstas afirmaciones es cierta [...] La defensa de que la homosexualidad es genética es tan reduccionista que debería ser desterrada de los principios generales de la psicología». En FRIEDMAN & DOWNEY (2002): 39.

«La sexualidad humana en su doble presentación femenino-masculina, no tiene la relación que mantienen la luz y las tinieblas donde una de las dos se impone con su presencia la otra se ausenta. Más bien es un continuo que va gradualmente de lo masculino a lo femenino, pero que al encarnarse en cualquier persona, lo va a hacer, en cierta medida, de una manera ambigua y bisexual» FERNÁNDEZ-MARTOS Y VIDAL (1981): 111.

(158) «... Perhaps more significantly, New Jersey's Legislature has been at the forefront of combating sexual orientation discrimination and advancing equality of treatment toward gays and lesbians. In 1992, through an amendment to the Law Against Discrimination (LAD), L. 1991, c. 519, New Jersey became the fifth state<sup>15</sup> in the nation to prohibit discrimination on the basis of "affectional or sexual orientation." 16 See N.J.S.A. 10:5-4. In making sexual orientation a protected category, the Legislature committed New Jersey to the goal of eradicating discrimination against gays and lesbians...» *Lewis v....* ALBIN (majority).

(159) *Loving v....* WARREN (majority).

En el caso de las leyes de Virginia, la minusvaloración de la raza negra era intrínseca a las leyes antimestizaje, sin embargo no creemos que una cercenadura de esa categoría pueda predicarse respecto de la dignidad de las personas del mismo sexo que desean casarse, desde el momento en que la clasificación de las leyes matrimoniales de Massachusetts o Nueva Jersey no fue erigida frente a un sexo determinado, o frente a cualesquiera orientación sexual. Éstas, simplemente, asientan un modelo de relación socio-familiar caracterizado —de manera inmemorial— por la alteridad sexual de los contrayentes, sin que ello obste para que a las parejas del mismo sexo se les haya reconocido el derecho de participar de los beneficios que el propio matrimonio comporta. Con la vista puesta sobre lo que la Corte Suprema de los Estados Unidos adelantó en *Washington v. Davis* 426 U.S. 229 (1976) (160), —no iremos tan lejos como Spina— (161) pensamos que, al menos, la ausencia de un propósito de discriminar, es decir, la inexistencia de una voluntad de separar a un determinado grupo de personas —arbitrariamente— a causa de una característica irrelevante, debería hacer que el análisis de constitucionalidad discurriese por caminos diferentes (162).

En el caso que ahora citamos, fundado también sobre una cuestión de discriminaciones raciales, la Corte Suprema no tuvo inconveniente en reconocer, que «la injusticia de una determinada ley, acusada de ser discrimina-

---

(160) Tras realizar sendas solicitudes que fueron rechazadas por el Departamento de Policía del Distrito de Columbia, dos hombres de raza negra demandan al alcalde de la ciudad Walter E. Washington. Éstos alegaban que los procesos de reclutamiento llevados a cabo por el Departamento —incluido un test personal escrito— discriminaban a la minoría negra puesto que dicho test no estaba directamente relacionado con el desarrollo del empleo y excluía a un desproporcionado número de personas de raza negra.

En una decisión votada en 7 contra 2, la Corte Suprema de los Estados Unidos consideró que tanto los procesos como el test no constituían una discriminación bajo la XIV Enmienda. El tribunal señaló que la cláusula de igualdad fue diseñada para prevenir discriminaciones fundadas en criterios raciales, pero que las leyes o las actuaciones oficiales tengan desproporcionados efectos raciales no las convierte —de manera automática— en violaciones constitucionales de la igualdad. De este modo, para la Corte, los procedimientos del Departamento de Policía del Distrito de Columbia no tenían intención de discriminar y resultaban medidas racialmente neutrales para la cualificación en un empleo.

(161) *Goodridge v. ... SPINA (dissenting)* considera que la ausencia de la intención de discriminar hace que la legislación matrimonial de Massachusetts no transgreda principio alguno de igual protección.

(162) De hecho la juez O'Connor en su voto afirmativo a *Lawrence*, entroncando con la doctrina establecida por *Romer v. Evans* 517 U.S. 620 (1996), señala como requisito para una indagación más precisa del test de base racional que la ley que esté examinando «[...] muestre una intención notoria de zaherir a un grupo políticamente impopular [...]» *Lawrence v. O'CONNOR (concurring)*.

toría, debe —en sus últimos términos— engarzar con una intención de discriminar» (163), más aún, al referirse a algunas medidas de protección legislativa promulgadas por el Congreso para hacer frente a la discriminación racial (164), la Corte fue taxativa y reconoció que estas previsiones estaban solicitando una revisión judicial más exhaustiva y, por lo tanto, menos respetuosa con las actuaciones legislativas, por lo que no se mostraba «dispuesta a adoptar este estándar más riguroso en la aplicación de la Quinta y Decimocuarta Enmiendas para casos como éste». La intención discriminatoria debería ser, entonces, demostrada y el estándar aplicable el de base racional sin necesidad de ulteriores refuerzos. Desde este punto de vista, la diferencia esencial entre los rasgos discutidos en *Loving* y lo sustanciado en *Goodridge* o *Lewis* es que las leyes antimestizaje tenían por objetivo claro y consciente la discriminación de unos individuos frente a otros, mientras que en los estatutos matrimoniales de Massachusetts o Nueva Jersey no se aprecia voluntad alguna del Legislador de operar en esa línea (165).

Desde esta perspectiva, nosotros pensamos que no es razonable poner en paralelo —a la hora de examinar la vulneración del principio de igualdad— el análisis que merece el rasgo «raza» respecto a las prohibiciones contenidas en los catálogos legislativos de Virginia o California, con las previsiones de alteridad sexual del matrimonio civil que han contenido los ordenamientos de Massachusetts o Nueva Jersey. Máxime, si en la propia aplicación de los estándares que se lleva a cabo en *Goodridge*, ese desarrollo es sospechosamente selectivo, toda vez que —por ejemplo— la Corte, al aplicar el escrutinio de base racional, considera que no existe razón alguna para tener en cuenta el objetivo estatal de mantener un vínculo entre el matrimonio y la procreación, cuando es ese, precisamente, el asunto nuclear que yace bajo cualquier prohibición de matrimonios interraciales, dado que la histórica

(163) *Washington v. Davis* 426 U.S. 229 (1976) WHITE (majority).

(164) «[...] Cuando se desafían las prácticas de contratos y ascensos que descalifican a un número sustancialmente desproporcionado de individuos negros, no hace falta que se demuestre el propósito de discriminar [...] [y] demostrar la base racional para las prácticas que han sido puestas en solfa es una respuesta insuficiente [...]» *Ibidem*.

(165) Más bien al contrario en las dos legislaciones se ha tratado de dar cabida a los diferentes modelos de familia que sociedad ha ido imponiendo, sin reparar en la condición u orientación sexual de los concurrentes. «... *Massachusetts has responded supportively to “the changing realities of the American family”, [...] and has moved vigorously to strengthen the modern family in its many variations...*» *Goodridge v. ... MARSHALL (majority)*. «... *Public policy of this State is to eliminate sexual orientation discrimination and support legally sanctioned domestic partnerships. The Legislature has designated sexual orientation, along with race, national origin, and sex, as a protected category in the Law Against Discrimination...*» *Lewis v. ... ALBIN (majority)*.

preclusión estaba dirigida, no tanto hacia la unión misma, cuanto hacia el mestizaje que suponía la descendencia (166).

Respecto a los matices que aporta la intervención de las garantías del *due process* sustantivo en la jurisprudencia que venimos tratando, la cuestión se centra en determinar si, realmente, el derecho a contraer matrimonio que se derivó de aquellas decisiones judiciales, tuvo su origen en una defensa del «derecho a elegir con quién uno contrae matrimonio». A pesar de los esfuerzos realizados por la mayoría de *Goodridge* y por los votos separados de *Lewis*, a nosotros nos sigue pareciendo que no (167). En primer lugar porque, como hemos visto, las prohibiciones de las que trató *Loving* se sustanciaron no tanto atendiendo a la autonomía de los implicados, cuanto a la intolerable afrenta que suponían con respecto a la cláusula de protección de la igualdad de la Decimocuarta Enmienda (168), y —en segundo lugar— porque en los escasos pronunciamientos de la Corte Suprema sobre matrimonio tras *Loving*, hallamos un considerable respeto hacia las facultades del *Power Policy* para regularlo, aun cuando ello pudiese suponer un cierto menoscabo de las decisiones a las que pudiese aspirar un individuo (169).

---

(166) *Naim v. Naim* 197 Va. 80, 87 S.E. 2d 749 (1955), la Corte Suprema de Apelaciones del Estado de Virginia dio por legítimos los propósitos del Legislador estatal en apoyo de la misma legislación que resultó denostada en *Loving* cuando aquél señaló que su objetivo era «preservar la integridad racial de sus ciudadanos» y prevenir «la corrupción de la sangre» y «el cruzamiento entre ciudadanos». A nuestro juicio, tanto para la sección 69 del Código Civil de California, como para sus homónimas 20-58 y 20-59 del Código de Virginia, la naturaleza del matrimonio civil que se invocaba estaba íntimamente relacionada con la procreación. De hecho, lo que ambos estatutos trataron de conseguir no fue otra cosa si no minimizar las posibilidades de que dos personas de distinta raza procreasen a través de la negación de su derecho de acceso al matrimonio y penalizando su trasgresión. Poco sentido hubiera tenido aquel combate estatal contra el mestizaje si matrimonio y procreación no discurrían por cercanas avenidas.

(167) Las posiciones de origen sobre el asunto, en cada una de las dos Cortes, han quedado consignadas en las notas 105 a 110.

(168) ABREU (2002): 187-188.

(169) En *Zablocki v. Redhail*, la Corte Suprema afirmó que las regulaciones estatales sobre los requisitos para contraer matrimonio no deben estar sujetas a exámenes reforzados, sino que «al contrario, las regulaciones razonables que no interfieran significativamente en las decisiones de entrar a formar parte en una relación marital, han de ser legítimamente impuestas». *Zablocki v. ...* MARSHALL (majority). Casi una década después, al resolver sobre la constitucionalidad de las Leyes de Missouri que regulaban el matrimonio —con o entre presos—, la Corte —aunque falló contra la administración— asegurando un núcleo intocable del derecho a contraer matrimonio («[...] *important attributes of marriage remain to form a constitutionally protected relationship* [...]») reconoció un amplio margen para la discrecionalidad legislativa: «[...] *The right to marry, like many other rights, is subject to substantial restrictions* [...]». *Turner v. Safley*, 482 U.S. 78 (1987) O'CONNOR (majority).

## V. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES CON LA VISTA PUESTA EN ESPAÑA

La irrupción de *Goodridge v. Department of Public Health* en la actualidad jurídica norteamericana y las posturas de algunos jueces en *Lewis v. Harris* —ambas como paradigma de otras muchas— han venido a poner sobre la mesa de discusión, más allá de los controvertidos asuntos que en el plano material han dilucidado, los amplios poderes discrecionales con que cuentan las Cortes Supremas de los estados a la hora de examinar —las situaciones que fuere— bajo el prisma de las cláusulas de protección de la igualdad y *due process* que contienen sus respectivos textos constitucionales.

Una flexibilidad que se concreta en la aplicación diversa de los estándares de igualdad a lo largo de la nación (170), pero que para nosotros roza sus cotas de máxima maleabilidad cuando —sobre todo desde el ambiguo posicionamiento de la Corte Suprema de los Estados Unidos en *Lawrence v. Texas*— se ha tratado de construir unos nuevos ámbitos de protección a través de las garantías nacidas del *due process* sustantivo. Asumiendo, a la vez, la crítica histórica que se ha efectuado sobre la elaboración del mismo (171) y la visión ampliamente optimista que proponen Lawrence Tribe o Pamela Karlan, en la que a través de las cláusulas de igualdad y *due process*, los principios de autonomía e igualdad trabajarían juntos en pos de una mayor protección de la dignidad del individuo, nosotros pensamos que los excesos en la defensa de determinados derechos a través de una concepción expansiva del *due process* podría conducir, no ya a dudar de la modulación que pu-

---

(170) Sin necesidad de abandonar la decisión de la Corte de Nueva Jersey: «... *Our state equal protection analysis differs from the more rigid, three-tiered federal equal protection methodology. When a statute is challenged under the Fourteenth Amendment's Equal Protection Clause, one of three tiers of review applies—strict scrutiny, intermediate scrutiny, or rational basis—depending on whether a fundamental right, protected class, or some other protected interest is in question. Clark v. Jeter, 486 U.S. 456, 461, 108 S. Ct. 1910, 1914, 100 L. Ed. 2d 465, 471 (1988). All classifications must at minimum survive basis review, the lowest tier» Lewis v. ... ALBIN (majority).*

(171) A caballo entre los setenta y los ochenta el juez Byron White no ahorró críticas sobre el uso que la Corte Suprema estaba desplegando del *due process* sustantivo. Fue especialmente contundente tanto en su voto contrario a *Moore v. East Cleveland 431 U.S. 494 (1977)* como en sus expresiones de mayoría en *Roe v. Wade 410 U.S. 113 (1973)* y *Bowers v. Hardwick, 478 U.S. 186 (1986)*, en las que puso de manifiesto su temor de que el recurso al *due process* otorgase más poderes a los órganos jurisdiccionales que a los representantes de la nación elegidos a través del proceso democrático. Más recientemente, los reproches han procedido —con mayor fuerza— de Thomas y Scalia, centrados no tanto en la cuestión de si esta doctrina debe ser aplicada, cuanto en saber dónde debe serlo. *Chicago v. Morales 527 U.S. 41 (1999)* SCALIA (dissenting) y también en *U.S. v. Carlton 512 U.S. 26 (1994)* SCALIA (concurring).

diera otorgarse a cada idea de dignidad del individuo, sino, más allá, a preguntarse si es conveniente un determinado género de revisión jurisdiccional sobre las decisiones tomadas por los legislativos; lo que nos conduciría, tanto a la concurrida discusión sobre del activismo judicial en los Estados Unidos, como a la no menos frecuente acerca de la minusvaloración de las decisiones que han sido adoptadas democráticamente. Sin duda alguna, la cuestión de las reivindicaciones matrimoniales es idónea para poner en evidencia las dificultades a las que la intervención del *due process* sustantivo somete al *Power Policy* de cada Estado desde la órbita de la capacidad de los ciudadanos para decidir sobre sus programas vitales (172).

Así, a diferencia de lo que sucede en nuestro país, donde el texto constitucional recoge un modelo de matrimonio en el que hemos entendido que se incluyen dos rasgos de naturaleza fundamental, la «alteridad sexual» y el número de contrayentes (quedando el resto de requisitos al arbitrio del legislador ordinario) (173), en la historia jurídica los Estados Unidos el matrimonio no ha sido una institución protegida de manera expresa ni por el legislador constitucional federal, ni por las normas supremas estatales, si no que su regulación se ha producido por entero desde el ámbito del Derecho Civil. Sin embargo, la litigación frente a ciertas «restricciones legislativas» derivadas de su propia naturaleza, le han proporcionado, por vía jurisprudencial, el estatus de «derecho fundamental» protegido por el *due process* sustantivo de la Decimocuarta Enmienda.

De manera que si en España el modelo establecido por el artículo 32 ha sido superado, creemos que indebidamente, sobre la fuerza del artículo 14 (que podría haberse satisfecho otro modo) en los Estados Unidos la débil protección que la cláusula de igualdad ofrece a los homosexuales ha sido suficiente para revocar la prohibición, en tanto en cuanto ninguno de los legisladores estatales desafiados ha podido exponer intereses razonables sobre los que sustentar la proscripción de los homosexuales de los beneficios del matrimonio (174). Sin embargo, como hemos visto, las soluciones de ajuste

---

(172) Cuando la doctrina de uso corriente es la presunción de validez de las actuaciones legislativas; expresada tanto en *Lewis*: «... (“A legislative enactment is presumed to be constitutional and the burden is on those challenging the legislation to show that it lacks a rational basis.”). *We will give, as we must, deference to any legislative enactment unless it is unmistakably shown to run afoul of the Constitution...*» *Lewis v...* ALBIN (majority) como en *Goodridge*: «... *We owe great deference to the Legislature to decide social and policy issues...*» *Goodridge v...* MARSHALL (majority).

(173) *Vide* nota 139.

(174) La orientación sexual en España cuenta con la más alta protección constitucional frente a la discriminación, de manera que ninguna interpretación ajustada a los artículos 10

constitucional propuestas por las Cortes estudiadas son diferentes. Para Massachussets sólo sirve una regulación conjunta, lo cual implica modificar por mandato judicial la definición de matrimonio históricamente aceptada; en Nueva Jersey —por el contrario— es suficiente para satisfacer el principio de igualdad que los homosexuales puedan acceder a los mismos derechos que los heterosexuales casados, aunque sea a través de otra institución. Es en este punto donde se produce la acción combinada entre el principio de igualdad y el *due process* sustantivo.

El legislador de Massachussets tuvo la posibilidad de alegar, aunque no lo hizo, un interés en que la que la institución del matrimonio permaneciese inalterada y justificar con ello una regulación igual aunque separada; aun así, pensamos que su éxito no hubiese sido mayor, toda vez que la Corte entendió que el *due process* protege un derecho «fundamental» a contraer matrimonio con la persona que uno elija que incluye, a su vez, la elección de una persona del mismo sexo. Pero nada de ese modelo hemos encontrado en las sentencias de la Corte Suprema que definen al matrimonio como «una libertad fundamental» —*Loving, Zablocki* o *Turner*—. En cualquier caso, examinados con detenimiento los parámetros de *Goodridge* nos parece que ninguna argumentación en el terreno de la *Equal Protection Clause* podría superar la consideración del matrimonio entre personas del mismo sexo como una libertad fundamental protegida por el *due process*, siquiera sea porque esa consideración obliga al tribunal a elevar de manera automática cualquier estándar de revisión que se aplique, aunque también hayamos comprobado que un derecho, al ser declarado «fundamental», es bastante probable que supere, incluso, los exámenes más deferentes con el Legislador (175). En

---

y 14 del texto de 1978 debería consentir un tratamiento diferenciado de las personas homosexuales; sin embargo, en Norteamérica, el cobijo que ofrece el principio de igualdad no es tan elevado. Sin ir más lejos, porque nuestro texto tasa ciertos rasgos que jamás podrían constituir un fundamento para un tratamiento diferenciado; entre ellos, es cierto, no aparece la orientación sexual, pero como ha explicado Rey Martínez, ni la legislación constitucional incipiente de la Unión Europea, ni la interpretación del artículo 14 de la Constitución Española —a la luz del 10.2— pueden conducir a otra actitud frente a la homosexualidad que a considerarla como si fuese uno de los rasgos que aparecen explícitamente señalados en aquel precepto. REY MARTÍNEZ (2005): 128-132 y 136-140.

Por el contrario, como ya hemos expuesto, en la jurisprudencia de la Corte Suprema la discriminación por razón de sexo no es siquiera una clasificación sospechosa y la discriminación por orientación sexual, a nivel federal, no está explícitamente reconocida en la Ley de Derechos Civiles ni en sus interpretaciones jurisprudenciales, y ello implica que —salvo en aquellos ámbitos donde existen leyes que explícitamente protegen frente a la discriminación por razón de la orientación sexual— ésta no pueda ser perseguida.

(175) Ya se ha expuesto que en *Turner v. Safley* la Corte Suprema no autorizó la restric-

Lewis, al contrario, es la medida de su interpretación sobre el alcance del *due process* la que permite que la regulación separada que tolera su exámen de igualdad sobreviva constitucionalmente. Aun así, debería justificarse esa duplicidad de instituciones con arreglo a algún interés.

Con el objetivo de evitar este tipo de enjuiciamientos, cuando no para revocarlos —como parece que ocurrirá en Massachussets (176)— algunos Estados han iniciado una carrera para proteger constitucionalmente la definición tradicional del matrimonio a través de la corrección de sus normas supremas. Un movimiento que comenzó en 1996 con la aprobación de la Defence of Marriage Act (DOMA) —y toda su progenie de problemas— y que ha continuado, de momento infructuosamente, con la voluntad de insertar una enmienda de naturaleza restrictiva (FMA) en la Constitución Federal.

Las reformas promovidas hasta ahora han evitado que bajo esos textos constitucionales el derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo sea un derecho oponible frente al *due process*, pero no que sus ciudadanos puedan conseguir beneficios similares a los que comporta la institución matrimonial por medio del principio de igualdad. De modo que la clave no está tanto en si los Tribunales deben tolerar normas que imponen principios morales o valores históricos, puesto que todas en cierto sentido lo hacen, si no en saber cuál es el margen con que ellas cuentan para determinar qué aspectos de la autonomía del individuo son restringibles y cuáles no.

La Corte Suprema de los Estados Unidos ya lleva más de un cuarto de siglo enviando mensajes sobre este particular que no deberían ser pasados por alto. Lo hizo en *Bowers v. Hardwick*, cuando previno acerca de la discusión permanente respecto a la capacidad que se le confiere al Legislador para tomar decisiones que, en el fondo, suponen algún tipo de elección moral (177),

---

ciones que una ley de Missouri imponía a los matrimonios entre presos. Su enjuiciamiento, sin embargo, no se hizo a través de un escrutinio estricto, como demandaba el concurso de un derecho fundamental, sino que a causa las medidas excepcionales tomadas en los recintos penitenciarios la Corte juzgó suficiente que la regulación superase un estándar de racionalidad. La trascendencia del derecho en discusión hizo fracasar incluso el exámen más condescendiente.

(176) Decretada judicialmente la nueva naturaleza del matrimonio, el Legislativo de Massachussets salido de las urnas en noviembre de 2006, ha tratado de recuperar para sí algunas de sus competencias que ha entendido usurpadas. Así, el 26 de diciembre de dicho año cerró su periodo de sesiones con una proposición de enmienda constitucional sobre la naturaleza del matrimonio —al estilo de las que ya han efectuado otros estados— que permitiría a los ciudadanos pronunciarse sobre la cuestión en las elecciones de 2008.

(177) «[...] La ley, se basa constantemente en nociones de moralidad, de tal modo que si todas las leyes que suponen elecciones morales debieran ser invalidadas bajo la cláusula del *due process*, entonces las Cortes de Justicia estarían terriblemente ocupadas [...]» *Bowers v. Hardwick* 478 U.S. 186 (1986) WHITE (majority).

y lo había hecho unos años antes en *Moore v. East Cleveland* al avanzar otra de las preocupaciones esenciales que hemos pretendido poner de manifiesto: la flexibilidad ilimitada de los tribunales para determinar cuán amplia o estrecha debería ser la dignidad de cada ciudadano (178). Unas cautelas que se han extendido hasta nuestros días y que se volvieron a expresar en *Washington v. Glucksberg*, no ya sólo para incidir sobre una preocupación idéntica: «... [que] la libertad protegida por el *due process* se transforme sutilmente en las preferencias políticas de los miembros del Tribunal...» (179), sino para advertir de los posibles efectos adversos que un celo jurisdiccional excesivo podrían trasladar al núcleo del proceso democrático (180).

La discusión jurisprudencial contenida en las sucesivas declaraciones de inconstitucionalidad de las leyes antisodomía que se han extendido en las cortes supremas estatales desde principios de los noventa, se configura como un lugar ideal sobre el que examinar cómo las leyes que penalizaban las prácticas homosexuales privadas han sido abordadas por los tribunales desde una perspectiva moral dado que las creencias de una mayoría social eran impuestas por vía legislativa a resto de los ciudadanos (181). Sin embargo, esa posición es tan sólo una emboscada, puesto que prácticamente toda decisión del legislador —al menos en materia de autonomía— será reflejo de una posición moral mayoritaria, de modo que tanto la decisión que restringe el matrimonio a las parejas de distinto sexo como aquella que lo amplía a las del mismo, responden a un criterio moral que se impone a toda la sociedad por medio de la ley (182). Lo esencial del asunto, estará, entonces, en contrastar

---

(178) «[...] En ocasiones la vertiente sustantiva del *due process* ha resultado un campo traicionero para este Tribunal. Existen riesgos cuando el poder judicial otorga protecciones reforzadas a determinadas libertades sustantivas sin la orientación de las más concretas disposiciones de la Declaración de Derechos. Tal como demuestra la historia de la era *Lochner*, hay razón para preocuparse; no siendo que los únicos límites de tal intervención judicial sean las predilecciones de quienes en ese momento formen la Corte [...]» *Moore v. East Cleveland* 431 U.S. 494 (1977) POWELL (majority).

(179) *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997) REHNQUIST (majority).

(180) «[...] al extender la protección constitucional sobre el derecho o la libertad que se están haciendo valer, nosotros, en un sentido amplio, estamos llevando el asunto fuera de la arena del debate público y de la acción legislativa [...] por lo que deberíamos poner todo el cuidado posible cada vez que se nos requiriera para iniciar una vía en este campo [...]» *Ibidem*.

(181) «*With respect to regulation of morals, the police power should properly be exercised to protect each individual's right to be free from interference in defining and pursuing his own morality but not to enforce a majority morality on persons whose conduct does not harm others*» *Campbell v. Sundquist*, 926 S. W. 2d 250 (Tenn. App. 1996) CRAWFORD (majority).

(182) Dentro de la propia jurisprudencia estatal que despenaliza la sodomía encontramos alguna aportación en este sentido: «*We do not deny the legislature's public policy-ma-*

cuáles de esas decisiones morales pueden vulnerar derechos fundamentales de los ciudadanos y ya hemos visto cómo se equilibra jurisprudencialmente ese choque de intereses, tanto desde la «libertad» como desde la «igualdad» de la Decimocuarta Enmienda: comprobando si los intereses «morales» propuestos por el legislador —como la promoción de la vida o la protección de la infancia— pueden conciliarse con el derecho a tomar decisiones íntimas o con el derecho a no ser discriminado por la propia condición sexual, y esto, inexorablemente, nos conducirá a la concepción que cada Corte tenga de lo «arraigado», «lo razonable» o «lo digno».

## BIBLIOGRAFÍA

- ABREU, V. C. (2002): «The Malleable Use of History in Substantive Due Process Jurisprudence: How the “Deeply Rooted” Test should not be a Barrier to Finding the Defense of Marriage Act Unconstitutional under the Fifth Amendment’s Due Process Clause», *Boston College Law Review*, núm. 44.
- AMAR, A. R. (1996): «Attainder and Amendment 2: Romer’s Rightness», *Michigan Law Review*, núm. 95.
- ARISTÓTELES (1988): *Política*, Gredos, Madrid.
- BACKER, M. (2006): «Giving *Lawrence* Its Due: How the Eleventh Circuit Underestimated the Due Process Implications of *Lawrence v. Texas* in *Lofton v. Secretary of the Department of Children & Family Services*», *Minnesota Law Review*, v. 90, núm. 3.
- BALL, H. (2002): *Supreme Court and the Intimate Lives of Americans: Procreation, Abortion, and Death with Dignity Before the Law*, New York University Press, New York.
- BAMFORTH, N. (2001): «Same-sex Partnerships and Arguments of Justice», en M. ANDENAES & R. WINTERMUTE, *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships: A Study of National, European and International Law*, Hart Publishing, Oxford.
- BILBAO UBILLOS, J. M. (1997): *Los Derechos Fundamentales en la frontera entre lo Público y lo Privado*, McGraw-Hill, Madrid.

---

*king power, nor do we dispute that public policy and the laws implementing it may often reflect majority will and prevailing notions of morality. Nevertheless, it is axiomatic that under our system of laws, the parameters of the legislature’s policy-making power are defined by the Constitution and that its ability to regulate morals and to enact laws reflecting moral choices is not without limits. [...] Our Constitution does not protect morality [...] Regardless that majoritarian morality may be expressed in the public-policy pronouncements of the legislature, it remains the obligation of the courts—and of this Court in particular—to scrupulously support, protect and defend those rights and liberties guaranteed to all persons under our Constitution» Gryczan v. State of Montana, 283 Mont. 433 P.2d 112 (1997) NELSON (majority).*

- CHAMBERS, D. L. (1996): «What If? The Legal Consequences of Marriage and the Legal Needs of Lesbian and Gay Male Couples», *Michigan Law Review*, núm. 95.
- DWORKIN, R. (1988): *El imperio de la justicia*, Ariel, Barcelona.
- DWORKIN, R. (2006): «Diseño inteligente, juramento de lealtad y matrimonio homosexual», *Claves de Razón Práctica*, núm. 167.
- ESKRIDGE, W. N. (2000): «A Tribute to Kenneth L. Karst: Destabilizing Due Process and Evolutive Equal Protection», *UCLA Law Review*, núm. 47.
- FELDMAN, S. M. (2000): *American Legal Thought from Premodernism to Postmodernism: An Intellectual Voyage*, Cary (NC), Oxford University Press, Inc.
- GÓMEZ, Y. (1990): *Familia y Matrimonio en la Constitución Española de 1978*, Madrid, Publicaciones del Congreso de los Diputados.
- FERNÁNDEZ DEL HOYO, M. (2004): «La decisión de la Corte Suprema de Massachusetts en *Goodridge & other v. Department of Public Health an another*», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 124.
- FERNÁNDEZ DEL HOYO, M. (2005): *El Principio Constitucional de Igualdad en Goodridge v. Department of Public Health*. Tesina inédita, dirigida por profesor Dr. D. Antonio López Castillo y defendida en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid.
- FERNÁNDEZ-MARTOS J. L. y M. VIDAL (1981): «Aclaraciones fundamentales. Nombre, definición, tipos y normalidad», en M. VIDAL *et al.*, *Homosexualidad: ciencia y conciencia*, Sal Terrae, Santander.
- FLETCHER, G. P. (2005): *American Law in a Global Context: The Basics*, Cary (NC), Oxford University Press, Inc.
- FRIEDMAN, L. (2004): «Public Opinion and Strict Scrutiny Equal Protection Review: Higher education affirmative action and the future of the Equal Protection Framework», *Boston College Third World Law Review*, v. 24, núm. 2.
- FRIEDMAN, R. C. & J. I. DOWNEY (2002): *Sexual Orientation and Psychoanalysis: Sexual Science and Clinical Practice*, Columbia University Press, New York.
- GARCÍA LEAL, L. (2003): «El proceso debido y la tutela judicial efectiva», *Frone*, v. 10, núm. 3.
- HASNAS, J. (2005): «Toward a Theory of Empirical Natural Rights», *Social Philosophy and Policy*, núm. 22.
- HUNTER, N. D. (2004): «Living with Lawrence», *Minnesota Law Review*, núm. 88.
- KARLAN, P. S. (2002): «Equal Protection, Due Process, and the Stereoscopic Fourteenth Amendment», *McGeorge Law Review*, núm. 33.
- KARLAN, P. S. (2004): «Loving Lawrence», *Michigan Law Review*, núm. 102.
- KELLEY, W. K. (1998): «Inculcating Constitutional Values. Constitutional Commentary», *University of Minnesota Law School*, vol. 15, núm. 1.
- KILLIAN J. H., G. COSTELLO & K. R. THOMAS (eds.) (2004): *The Constitution of the United States of America: analysis and interpretation*, Government Printing Office, Washington, U.S.
- LUND, N. & J. O. MCGINNIS (2004): «Lawrence v. Texas and Judicial Hubris», *Michigan Law Review*, núm. 102.

- MARTÍNEZ, J. I. (1991): «El principio de igualdad y la producción de diferencias en el Derecho», en VV.AA. *El principio de igualdad en la Constitución Española*, vol. 1, Ministerio de Justicia, Madrid.
- MASON, A. T. & D. G. STEPHENSON (1998): *American Constitutional Law. Introductory Essays and Selected Cases*, Upper Saddle River N. J., Prentice-Hall College Division.
- MCDONNELL, B. (2004): «Privacy Rights in a post Lawrence World: Responses to *Lawrence v. Texas*: Is Incest Next?» *Cardozo Women's Law Journal*, núm. 10.
- McILWAIN, C. H. (1914): «Due Process of Law in Magna Carta», *Columbia Law Review*, v. 14, núm. 1.
- PAULSEN, M. S. (1998): «Medium Rare Scrutiny. Constitutional Commentary», *University of Minnesota Law School*, v. 15, núm. 3.
- PÉREZ ÁLVAREZ, S.: «El matrimonio entre personas del mismo sexo: ¿una cuestión de inconstitucionalidad?», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 12.
- PHILIPS, M. J. (2000): *Lochner Court, Myth & Reality: Substantive Due Process from the 1890's to the 1930's*, Westport (CT), Greenwood Publishing Group Inc.
- REGAN, M. C. (1993): «Reason, Tradition and Family Law: A Comment on Social Constructionism», *Virginia Law Review*, núm. 80.
- NOTE (2005): «Unfixing Lawrence», *Harvard Law Review*, v. 118, núm. 8.
- NOTE (2006): «Inbred Obscurity: Improving Incest Laws in the Shadow of the “Sexual Family”», *Harvard Law Review*, v. 119, núm. 8.
- REY MARTÍNEZ, F. (1995): *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, McGraw-Hill, Madrid.
- REY MARTÍNEZ, F. (2005): «Homosexualidad y Constitución», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 73.
- RUIZ MIGUEL, A. (2003): «Sobre el Concepto de Igualdad», en M. CARBONELL (comp.), *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México.
- SHAMAN, J. M. (2000): *Constitutional Interpretation: Illusion & Reality*, Westport (CT), Greenwood Publishing Group Inc.
- STRASSER, M. P. (1997): *Legally wed same-sex marriage and the Constitution*, Ithaca NY, Cornell University Press.
- STRASSER, M. P. (2000): «Equal Protection at The Crossroads: On Baker, Common Benefits and Facial Neutrality», *Arizona Law Review*, núm. 42.
- SUAY RINCÓN, J. (1985): *El principio de igualdad en la justicia constitucional*, Instituto de Estudios de la Administración Local, Madrid.
- SUNSTEIN, C. R. (1998): «Homosexuality and the Constitution», *Sex, Preference and Family: Essays on Law and Nature*, Cary (NC), Oxford University Press, Inc.
- SUNSTEIN, C. R. (2003): «What Did Lawrence Hold? Of Autonomy, Desuetude, Sexuality, and Marriage», *Supreme Court Review*, núm. 55.
- TRIBE, L. H. & R. PARKER (2004): «A Marriage Contrast», *Harvard Law Bulletin*.
- TRIBE, L. H. (2004): «Lawrence v. Texas: The «Fundamental Right» That Dare Not Speak Its Name», *Harvard Law Review*, núm. 117.

- TRIBE, L. H. (1988): *American Constitutional Law* (2nd. Edition), N.Y., Foundation Press.
- WARREN, S. & L. D. BRANDEIS (1890): «The Right to Privacy», *Harvard Law Review*, v. 4.
- WESTEN, P. (1990): *Speaking of Equality. An analysis of the Rhetorical Force of «Equality» in Moral and Legal Discourse*, Princeton University Press, Princeton.
- WESTEN, P. (1982): «The Empty idea of Equality», *Harvard Law Review*, v. 95.