

**LA PROHIBICIÓN DEL
MATRIMONIO ENTRE CÓNYUGES
DEL MISMO SEXO
COMO DISCRIMINACIÓN
POR RAZÓN DE ORIENTACIÓN
SEXUAL

(UN COMENTARIO
A LA SENTENCIA SOBRE EL
MATRIMONIO ENTRE PERSONAS
DEL MISMO SEXO DEL TRIBUNAL
SUPREMO DE CANADÁ)***

POR

ALAIN VALLIÈRES

Universidad de Quebec¹

Existen temas que, por su importancia y la sensibilidad de los sentimientos que suscitan, constituyen una fuente de discusión y de in-

* Traducción del original francés por Luis Jimena Quesada (Universidad de Valencia).

¹ Letrado del Colegio de Abogados de Quebec (Montreal, Canadá). Doctor en Derecho por la Universidad de Estrasburgo III (Francia). Diplomado por el Instituto Internacional de Derechos Humanos. Profesor invitado y asociado en la Universidad de Quebec, en Montreal.

comprensión mutua. Estos temas tienen que ver con ámbitos tan fundamentales para los individuos, que les resulta imposible tomar partido sin invocar sus valores más esenciales, que naturalmente se ven implicados en esta categoría de temas. En tal situación, la reflexión ya no responde únicamente a un estado de espíritu o a la razón, sino a los sentimientos. En este contexto, la discusión se convierte en una superposición de monólogos, de suerte que la comprensión entre las posturas opuestas ya no es más que una ilusión, puesto que toda convergencia basada en espíritu reflexivo queda prohibida, y toda aprobación de la posición del polo opuesto resulta difícil, si no imposible. El matrimonio, para algunos, responde a este orden de cuestiones, dado que se trata de la célula de base de la sociedad y/o de una consagración por Dios de una unión de dos seres. Para numerosas personas es impensable la modificación de lo que ellas consideran que son las características esenciales del matrimonio. Los debates existentes en numerosos países en torno al matrimonio de homosexuales constituyen una prueba que pone a flor de piel las emociones desencadenadas por la modificación potencial de esta institución. Dondequiera que se desarrollen, siempre surgen los mismos argumentos; el matrimonio homosexual atentaría contra la familia, de la que el Estado debe erigirse en defensor. Solamente las uniones heterosexuales que posean el poder de procreación deben ser reconocidas, etc. Y, la cuestión última para algunos: ¿el reconocimiento del derecho al matrimonio a favor de los homosexuales no constituiría la última etapa antes de legitimar el derecho a la adopción?

Como continuación a una evolución regular del reconocimiento de los derechos de las parejas homosexuales², en la que los tribunales han jugado a menudo el papel de actores principales, el debate sobre el reconocimiento del derecho al matrimonio a favor de las parejas del mismo sexo ha marcado el paisaje político canadiense a lo largo de los últimos años. El matrimonio «gay» llegó a constituir un tema de discusión en los debates celebrados con motivo de las elecciones federales de 2004. Pese a la tardanza del legislador en reaccionar, parejas homosexuales se habían ido presentando ante los jueces civiles de primera instancia, obteniendo algunos pronunciamientos que afirmaban que la

² Se les habían reconocido los derechos de pensión al cónyuge supérstite desde hace muchos años [Quebec (Fiscal General de) c. Comisión de los derechos de la persona y de los derechos de la juventud, 2002 IIJCan 36853 (QC C.A.)], los derechos de las pensiones de alimentos (M. c. H., [1999] 2 R.C.S. 3) y el reconocimiento del derecho a la adopción (K. (Re), 23 O.R. (3d) 679 (1995); A. (Re) [1999], A.J. 1349 (Q.L.)).

LA PROHIBICIÓN DEL MATRIMONIO ENTRE CÓNYUGES DEL MISMO SEXO...

prohibición que se les imponía de no poder contraer matrimonio constituía una discriminación basada en su orientación sexual, vedada por la *Carta canadiense de derechos y libertades*³. Los jueces de las tres provincias más pobladas venían así a poner en cuestión las tradiciones, declarando que la definición clásica del matrimonio según la cual se exige que los cónyuges sean de sexo diferente era incompatible con el citado instrumento nacional de protección de las libertades individuales⁴. En efecto, la Carta canadiense protege a los justiciables contra toda discriminación basada en diversos motivos, y entre ellos la orientación sexual, que fue incorporada en 1995 a través de una sentencia del Tribunal Supremo de Canadá⁵.

Todos estos pronunciamientos judiciales han tenido como efecto que se genere una situación socialmente insostenible y necesitada de la intervención del legislador. Los tribunales que se han visto llamados a resolver estos asuntos sólo ejercen una jurisdicción provincial. Por tal motivo, sus decisiones judiciales pueden tener una cierta influencia en los razonamientos de los jueces de otras provincias, sin que no obstante éstos se sientan vinculados por dichas decisiones. Por tanto, venían existiendo fracciones de la federación en las que el matrimonio entre cónyuges del mismo sexo era legal y otros en los que no lo era. Pese a que las parejas podían desplazarse en el interior del país sin restricción, era necesario garantizarles las mismas ventajas en cualquier territorio. Para alcanzar la uniformidad de los derechos *a mari usque ad mare*⁶, era naturalmente posible acudir a los jueces civiles de las provincias en donde la definición del matrimonio heterosexual todavía no

³ Carta canadiense de derechos y libertades, partie I de la Ley constitucional de 1982 [anexo B de la Ley de 1982 sobre Canadá (1982), R.-U., c. 11)].

⁴ EGALE Canadá Inc. c. Canadá (Fiscal General), (2003), 225 D.L.R. (4.º) 472, 2003 BCCA 251 y Hendricks c. Quebec (Fiscal General), [2002] R.J.Q. 2506 (C.S.).

⁵ Egan c. Canadá, [1995] 2 R.C.S. 513. El artículo 15 de la Carta canadiense de derechos y libertades contiene, en efecto, una lista «abierta» de los motivos por los que no cabe discriminación. Este artículo presenta el siguiente tenor literal: «15.1. La ley no hace distinción de personas y se aplica igualmente a todos, y todos tienen derecho a la misma protección y al mismo beneficio de la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna, especialmente discriminaciones basadas en la raza, el origen nacional o étnico, el color, la religión, el sexo, la edad o las deficiencias mentales o psíquicas. *Programas de promoción social*. 2. El apartado 1 no tendrá como efecto la prohibición de las leyes, programas o actividades destinadas a mejorar la situación de individuos o de grupos desfavorecidos, especialmente a causa de su raza, su origen nacional o étnico, su color, su religión, su raza, su edad o sus deficiencias mentales o psíquicas».

⁶ Se trata de la divisa de Canadá: «*d'un océan à l'autre*» (*de un océano al otro*).

había sido declarada inconstitucional. Por más que se siguiera un procedimiento judicial similar, no había en cambio una garantía indefectible de resultado, pese a que las probabilidades de obtener un pronunciamiento similar en todas las provincias eran muy elevadas⁷. Por añadidura, haciendo pesar semejante obligación sobre los contrayentes, es decir, de ir en búsqueda de los jueces y de soportar los gastos correspondientes, no es ciertamente satisfactoria en una sociedad democrática en donde el Derecho debe ser fruto del legislador, y no de los exegetas.

Dos vías quedaban abiertas a la acción de los políticos. Podían modificar la ley para seguir los pasos establecidos de tal suerte por los jueces omitiendo toda referencia al sexo de los casados, o rechazar las decisiones de los tribunales manteniendo la obligación según la cual las personas pretendientes al matrimonio han de ser de sexo opuesto⁸. Los

⁷ Como consecuencia de estas decisiones, los matrimonios entre personas del mismo sexo han sido percibidos generalmente como legales, habiéndose celebrado con bastante frecuencia en Colombia-Británica, en Ontario y en Quebec. La exigencia de que los esposos sean del sexo opuesto también ha sido suprimida en Yukon, en Manitoba, en Nueva Escocia y en Saskatchewan: Dunbar c. Yukon, [2004] Y.J. n.º 61 (QL), 2004 YKSC 54; Vogel c. Canadá (Fiscal General), [2004] M.J. n.º 418 (QL) (B.R.); Boutilier c. Nueva Escocia (Fiscal General), [2004] N.S.J. n.º 357 (QL) (C.S.); y N.W. c. Canadá (Fiscal General), [2004] S.J. n.º 669 (QL), 2004 SKQB 434.

En cada una de estas causas, el Fiscal General de Canadá admitió que la definición del matrimonio del *common law* era incompatible con el citado artículo 15.1 de la Carta, así como injustificada a tenor del artículo primero, afirmando públicamente que la condición según la cual los esposos habían de ser de sexo opuesto era inconstitucional (estas informaciones han sido suministradas por el Tribunal Supremo en la sentencia relativa al Requerimiento relativo al matrimonio entre personas del mismo sexo, 2004 CSC 79 de 9 de diciembre de 2004, pág. 66.)

⁸ El constituyente canadiense previó, a través de un artículo de la Carta canadiense (el artículo 33), la posibilidad en manos del legislador de adoptar una ley pese a su incompatibilidad con aquélla. Esta disposición que permite de tal suerte que se eluda el campo de aplicación de la Carta, ha sido conocida con el sobrenombre de «cláusula no obstante» («clause notwithstanding»). Sin embargo, se impone al legislador que quiera acudir a dicha cláusula, que acepte las consecuencias políticas de su acto denunciando en el propio texto de la ley la incompatibilidad y la neutralización de los efectos de la Carta constitucional. En consecuencia, pese a que los tribunales hayan juzgado que la obligación impuesta a los cónyuges de ser de sexo opuesto es discriminatoria, resulta factible que el legislador adopte una ley que conserve esta definición «no obstante» y atente contra los derechos de los homosexuales. Las disposiciones de referencia de la Carta presentan esta redacción: «33.1. El Parlamento o la asamblea de una provincia puede adoptar una ley en la que expresamente se declare que ésta o una de sus disposiciones tienen efecto con independencia de las disposiciones incluidas en el artículo 2 o en los artículos 7 a 15

 LA PROHIBICIÓN DEL MATRIMONIO ENTRE CÓNYUGES DEL MISMO SEXO...

senadores canadienses optaron, en 2003, por conservar el *statu quo*, manteniendo la definición tradicional por medio de una nueva ley. Canadá presentaba, a este respecto, la particularidad de que la ley federal no había contenido nunca una definición del matrimonio, que en cambio se desprendía de una jurisprudencia que se remonta a 1866⁹. Acogiéndose a las teorías conservadoras, los senadores apoyaban su propuesta en el hecho de que «la institución del matrimonio se encuentra firmemente enraizada en la tradición social y jurídica de Canadá, y es el reflejo de la realidad biológica que caracteriza de manera única la unión sexual de un hombre y de una mujer y que, por su capacidad de procrear, se encuentran en condiciones de traer niños al mundo». Tradicionalista, el Alto Tribunal decidía definir el matrimonio del siguiente modo:

«El término «matrimonio» tiene el sentido que le atribuyó la decisión *Hyde v. Hyde* emitida en 1866 por la Corte de Divorcios y Causas Matrimoniales (*Court of Divorce and Matrimonial Causes*) de Inglaterra, y que le viene dado por los artículos 91 y 92 de la Ley constitucional de 1867, a saber, la unión voluntaria de un hombre y una mujer como esposos, con exclusión de cualquier otro tipo de unión:

- a) ya sea celebrada conforme a las leyes de la provincia en donde tenga lugar la unión;
- b) ya sea válida según las leyes del país extranjero en donde el matrimonio haya tenido lugar, si la validez de éste es reconocida en Canadá en virtud de las leyes canadienses»¹⁰.

Este pasaje requiere algunos comentarios para entender su alcance. En primer lugar, cabe resaltar que hace referencia a una decisión británica. Ello no obstante, aun siendo anterior a la Constitución del país, que data de 1867, quedó integrada en el Derecho canadiense y ha sido mantenida tras la adopción del texto fundamental. De hecho, desde en-

de la presente Carta. 2. La ley o la disposición que sea objeto de una declaración adoptada conforme al presente artículo y entre en vigor, tendrá el efecto que ella establezca, salvando la disposición afectada de la Carta. 3. La declaración prevista en el apartado 1 dejará de tener efectos en la fecha que en ella se precisa o, a más tardar, cinco años después de su entrada en vigor. 4. El Parlamento o una asamblea provincial pueden adoptar una nueva declaración de las previstas en el apartado 1. 4. El apartado 3 se aplica a cualquier declaración adoptada siguiendo el régimen del apartado 4».

⁹ Hyde c. Hyde, (1866), L.R. 1 P. & D. 130, 133.

¹⁰ Ley tendente a precisar el sentido de «matrimonio», Proyecto de ley S-15, 2.^a sesión, 37.^a legislatura (Can), art. 3.

tonces, el legislador canadiense no ha adoptado texto alguno tendente a descartar esta jurisprudencia secular. Los senadores indicaron igualmente que esta definición sería «la dada a los artículos 91 y 92 de la Ley constitucional de 1867»¹¹; sin embargo, semejante aseveración es inexacta. Los dos artículos de referencia contienen una lista de los poderes atribuidos a cada nivel gubernamental. El artículo 91¹² enuncia las competencias del Parlamento federal, mientras que el artículo 92¹³ hace lo propio en relación con los legisladores provinciales. La ceremonia del matrimonio recae de tal suerte en la competencia de las provincias, en tanto que los requisitos de fondo del matrimonio entran en el terreno de la jurisdicción federal. Ninguno de estos dos preceptos alude en cambio al sexo de los cónyuges, y ni siquiera contiene una simple indicación respecto a lo que debería entenderse por «matrimonio». La afirmación de los senadores sólo cabría explicarla si se aceptara que los constituyentes han integrado en el término «matrimonio» utilizado en el texto fundamental de la nueva federación, la definición dada en la mencionada sentencia de 1866. Aun aceptándose incluso que los redactores habrían pretendido introducir una determinada definición del matrimonio, que sería la comúnmente aceptada en la época de la redacción, para que el razonamiento de sus señorías sea válido, sería necesario que dicha definición hubiera quedado sentada y petrificada a lo largo de todas estas décadas. Ahora bien, ello resulta difícilmente conciliable con la doctrina de la interpretación progresista de la Constitución canadiense, que debería permitir a ésta seguir la evolución de la sociedad canadiense¹⁴.

¹¹ Ley constitucional de 1867, 30 & 31 Vict., R.-U., c. 3.

¹² «Corresponde a la Reina, previo dictamen y consentimiento del Senado y de la Cámara de los Comunes, hacer leyes para el establecimiento de la paz, el orden y el buen gobierno de Canadá, en relación con todas las materias que no formen parte de las categorías de competencias asignadas por la presente ley exclusivamente a las asambleas de las provincias; sin embargo, en aras a una mayor garantía, sin por ello restringir en general el tenor de los términos empleados más arriba en el presente artículo, se declara por medio de la presente que (no obstante toda disposición contraria enunciada en la presente ley) la autoridad legislativa del Parlamento de Canadá es competente en todas las materias que formen parte de las categorías de cuestiones enumeradas a continuación, a saber: (...) 26. El matrimonio y el divorcio».

¹³ «En cada provincia, la asamblea tendrá la competencia exclusiva para adoptar leyes relativas a las materias que formen parte de las categorías de cuestiones enumeradas a continuación, a saber: (...) 12. La celebración del matrimonio en la provincia».

¹⁴ Hunter c. Southam Inc., [1984] 2 S.C.R. 145, 155 (j. Dickson).

LA PROHIBICIÓN DEL MATRIMONIO ENTRE CÓNYUGES DEL MISMO SEXO...

El Tribunal de Apelación de Ontario había rechazado este argumento de la «congelación», afirmando que el término «matrimonio» utilizado en los artículos 91 y 92 de la Ley constitucional de 1867¹⁵ es susceptible de interpretación evolutiva, lo mismo que cualquier otra expresión utilizada en las disposiciones mencionadas¹⁶. La interpretación amplia y liberal de la Constitución garantiza su pertinencia y su legitimidad perpetua. El Tribunal Supremo de Canadá ha rechazado asimismo ese modo de interpretación inmovilista de la Constitución, indicando que una «*interpretación progresista permite alcanzar el objetivo ambicioso de la Constitución, es decir, estructurar el ejercicio del poder por los diversos órganos del Estado en épocas muy diferentes respecto de aquella en la que fue redactada*»¹⁷. Acudiendo a una fórmula conocida por juristas de diversas idiosincrasias, el Tribunal Supremo recuerda que la Constitución es un árbol vivo que, gracias a una interpretación progresista, se adapta y responde a las realidades de la vida moderna.

El Tribunal Supremo canadiense ha rechazado igualmente la pertinencia de la definición efectuada en 1866, en la medida en que ella no se corresponde ya con la realidad de la sociedad canadiense. En efecto, en su pronunciamiento no deja de llamar la atención sobre el carácter cristiano de la definición del matrimonio:

«¿Cuál es, por tanto, la naturaleza de esta institución, tal como la concibe la cristiandad? Sus elementos accesorios pueden variar de un país a otro, pero ¿cuáles son sus elementos constitutivos esenciales y sus características invariables? Para que exista en cualquier parte y sea comúnmente aceptada, dicha institución debe poseer necesariamente (por muy diferentes que puedan ser sus elementos accesorios de un país a otro) atributos inmutables y propiedades universales. Yo pienso que el matrimonio, tal como lo concibe la cristiandad, puede a estos efectos definirse como la unión voluntaria de por vida de un hombre y de una mujer, con exclusión de cualquier otra persona»¹⁸.

El carácter cristiano ya no se corresponde con la sociedad canadiense en el estadio actual de su desarrollo, puesto que ahora es una sociedad pluralista. Además, «desde el punto de vista del Estado, el matrimonio es una institución civil»¹⁹. En el marco de una sociedad en

¹⁵ Precitado, nota 11.

¹⁶ Halpern c. Canadá (Fiscal General), 2003 CanLII 26403 (ON C.A.), pág. 46.

¹⁷ Requerimiento relativo al matrimonio entre personas del mismo sexo, precitado, nota 7, pág. 23.

¹⁸ Hyde c. Hyde, precitado, nota 9, citado en el Requerimiento relativo al matrimonio entre personas del mismo sexo, precitado, nota 7, pág. 21.

la que existe una separación de la Iglesia y del Estado, la definición del matrimonio contenida en el texto de la ley debe, por consiguiente, quedar exenta de nociones religiosas, asumiendo tan sólo los aspectos civiles.

La proposición de ley de la Cámara Alta se basada, por ende, en razonamientos jurídicos falsos. De todos modos, nunca llegó a ser debatida y quedó condenada a ser un mero culebrón.

El Gobierno canadiense, tras haber anunciado el 17 de junio de 2003 su intención de no recurrir en apelación frente a las sentencias que habían declarado inconstitucionales las definiciones heterosexuales del matrimonio, debía entonces proceder a la redacción de una ley para dotar de uniformidad al ordenamiento jurídico en el conjunto del territorio. Así, ha sido efectivamente redactado un proyecto de ley para dar al matrimonio una definición desprovista de cualquier referencia al sexo de los contrayentes. En ausencia de una decisión del Tribunal competente en última instancia en esta materia, podría todavía subsistir alguna duda acerca de la validez de esta ley. Con objeto de despejar cualquier incertidumbre y de cerrar el paso a contestaciones futuras, el Gobierno de Canadá remitió el 17 de julio de 2003 el anteproyecto de ley al Tribunal Supremo de Canadá, para que éste emitiera dictamen previo sobre su constitucionalidad. En efecto, es loable que el Ejecutivo canadiense someta al juicio del más alto tribunal del país toda cuestión importante de Derecho o de hecho que afecte a la interpretación de las *Leyes constitucionales* y/o a la constitucionalidad o interpretación de un texto federal o provincial. El Tribunal debe examinar cualquier consulta que le sea requerida y responder a cada una de las cuestiones que se le planteen. A continuación, el Tribunal transmite al Gobierno, para su información, un dictamen motivado relativo a cada una de las cuestiones planteadas. Si la cuestión tiene que ver con la validez constitucional de una ley adoptada por la asamblea de una provincia o si, por cualquier otra razón, el gobierno de una provincia atribuye un interés particular a dicha cuestión, el fiscal general de esa provincia debe ser obligatoriamente notificado de la fecha de la vista oral para ofrecerle la posibilidad de hacer valer su posición²⁰.

¹⁹ Requerimiento relativo al matrimonio entre personas del mismo sexo, precitado, nota 7, pár. 22.

²⁰ Ley reguladora del Tribunal Supremo, ch. S-26, art. 53. Se trata de un procedimiento poco utilizado y que no puede ser comparado con un control previo similar al previsto en el artículo 61 de la Constitución francesa de 4 de octubre de 1958. El Tribunal, en efecto, rehúsa en el ejercicio de estas atribuciones a extraer conclusio-

 LA PROHIBICIÓN DEL MATRIMONIO ENTRE CÓNYUGES DEL MISMO SEXO...

El anteproyecto de ley federal sobre el matrimonio²¹ presentaba la siguiente redacción:

«Proyecto de ley relativa a determinados requisitos de fondo del matrimonio civil

Considerando:

que el matrimonio es una institución fundamental de la sociedad canadiense, y que incumbe al Parlamento de Canadá darle soporte para que vea reforzado el compromiso de los cónyuges, y constituye, para numerosos canadienses, el fundamento de la familia;

que, en atención a los valores de tolerancia, de respeto y de igualdad de la Carta canadiense de derechos y libertades, las parejas del mismo sexo deberían tener la posibilidad de casarse civilmente;

que toda persona tiene, en virtud de la Carta, libertad de conciencia y de religión, y que las autoridades religiosas tienen entera libertad para rechazar la celebración de matrimonios no conformes a sus creencias;

Su Majestad, tras el dictamen y con el consentimiento del Senado y de la Cámara de los Comunes de Canadá, tiene a bien proclamar:

El matrimonio es, en el ámbito civil, la unión legítima de dos personas, con exclusión de cualquier otra persona.

La presente ley no afecta a la libertad de las autoridades religiosas para rechazar la celebración de matrimonios no conformes con sus creencias.

Las modificaciones consecutivas serán añadidas en el proyecto de ley que será depositado en el Parlamento»²².

nes sobre la base de hechos hipotéticos, y examina generalmente la cuestión a la luz de los textos que le son remitidos.

Mackay c. Manitoba, [1989] 2 R.C.S. 357, 361:

«Las decisiones relativas a la Carta no deben ser pronunciadas en un vacío fáctico. Pretender hacerlo, banalizaría el alcance de la Carta y generaría inevitablemente opiniones mal motivadas. La presentación de los hechos no es, como bien dice el requirente, una simple formalidad; al contrario, es esencial para el buen examen de las cuestiones relativas a la Carta».

La decisión no es más que una «opinión», que no impide un ulterior recurso ante los tribunales. Sin embargo, se sobreentiende que cualquier intento de obtener un pronunciamiento judicial incompatible con el dictamen del Tribunal Supremo estaría abocado al fracaso, y que las opiniones derivadas de estos requerimientos constituyen una fuente del Derecho canadiense.

²¹ Proyecto de ley relativa a determinados requisitos de fondo del matrimonio civil, C.P. 2003-1055 de fecha 16 de julio de 2003.

²² Las «modificaciones consecutivas» son cambios introducidos en otras leyes federales que deben ser llevadas a cabo tras la adopción de una nueva ley.

La disposición del proyecto que planteaba problemas era naturalmente la concerniente a la definición del matrimonio y según la cual podrían pretender contraerlo dos personas con independencia de su sexo. Con tal proceder, el redactor adoptaba una posición diametralmente opuesta a la sugerida con anterioridad por el Senado. Pese a no contenerse referencia alguna al sexo de los cónyuges, siempre se ha entendido con claridad que este proyecto de ley tenía como objetivo el adaptar el Derecho canadiense a la dispersión de sentencias de los tribunales que permiten el matrimonio de personas del mismo sexo. Debe hacerse notar, no obstante, que este anteproyecto de ley reconocía a las autoridades religiosas la posibilidad de no casar a cónyuges del mismo sexo. En consecuencia, este proyecto de ley tiene la finalidad de *obligar* a los funcionarios a casar a personas del mismo sexo, y a *permitir* a las autoridades religiosas competentes que celebren matrimonios homosexuales.

Naturalmente, es posible cuestionarse acerca de los motivos que han llevado a los políticos interesados a remitir una cuestión socialmente sensible al más alto tribunal del país. ¿Acaso esperaban que los jueces declararan imposible el matrimonio de personas del mismo sexo para evitar el coste de un debate políticamente peligroso? Consciente del problema, el Tribunal estimó pese a todo que todas las cuestiones planteadas presentaban un tenor suficientemente jurídico como para ser susceptibles de un requerimiento. A pesar de los fundamentos políticos innegables del requerimiento, las consideraciones políticas sólo representaban el contexto, que no el fondo, de las cuestiones sometidas al Tribunal²³.

El requerimiento contenía tres cuestiones:

1. *¿El anteproyecto de ley es competencia exclusiva del Parlamento de Canadá?*
2. *¿El anteproyecto de ley es conforme a la Carta canadiense de derechos y libertades?*
3. *¿La Carta protege a las autoridades religiosas frente a la obligación de celebrar matrimonios de cónyuges del mismo sexo contrarios a sus creencias religiosas?*

El 28 de enero de 2004, el Ministro de Justicia anunció que el Gobierno había sometido una cuarta cuestión al Tribunal Supremo de

²³ Requerimiento relativo al matrimonio entre personas del mismo sexo, precitado, nota 7, pág. 11.

Canadá, para conocer si la exigencia relativa a la heterosexualidad en la definición del matrimonio era conforme a la Constitución. Se percibe en esta cuestión una especie de apelación disfrazada respecto de las decisiones de los tribunales provinciales que habían considerado anteriormente que mediaba en este supuesto una discriminación incompatible con la Carta constitucional. El Tribunal Supremo no entraría en el juego, rechazando responder a semejante cuestión²⁴. Los días 6 y 7 de octubre de 2004, el Tribunal Supremo celebró la vista oral, oyendo la posición del Gobierno de Canadá y las alegaciones de otros veintiocho intervinientes, emitiendo su sentencia en el mes de diciembre del propio año 2004.

El artículo 1 de la Ley propuesta, que reconoce a las personas del mismo sexo la capacidad de contraer matrimonio, ¿es conforme a la Carta canadiense?

El procedimiento de control acerca de la conformidad de una disposición legislativa con la Carta constitucional canadiense comporta dos etapas. La primera consiste en verificar si su objeto o sus efectos atentan contra algún derecho garantizado²⁵. Una constatación de violación de un derecho protegido dará paso a la segunda fase, consistente en la verificación de su justificación en una sociedad libre y democrática, tal como exige el artículo primero de la Carta²⁶. Este procedimiento de control canadiense es bien conocido por los observadores del Derecho europeo, puesto que se corresponde con el proceder seguido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con los artículos 8 a 11 del Convenio Europeo de Derechos

²⁴ El Tribunal justifica su rechazo indicando que «las partes en las instancias anteriores han tomado medidas basándose en la finalidad de las decisiones judiciales que han obtenido. En estas circunstancias, sus derechos adquiridos prevalecen sobre cualquier otra ventaja que pueda desprenderse de una respuesta a la Cuestión 4». (Requerimiento relativo al matrimonio entre personas del mismo sexo, precitado, nota 7, pár. 66). Para el Tribunal, parecía más importante preservar los derechos adquiridos de miles de parejas casadas como consecuencia de estas sentencias, que responder a la cuarta cuestión. Además, el Gobierno canadiense había dado a conocer claramente su intención de adoptar una ley sobre el matrimonio de cónyuges del mismo sexo, cualquiera que pudiera ser el sentido de la decisión del Tribunal sobre este extremo del requerimiento.

²⁵ R. c. Big M Drug Mart Ltd., [1985] 1 R.C.S. 295, 331.

²⁶ «1. La Carta canadiense de derechos y libertades garantiza los derechos y libertades en ella enunciadados. No podrán ser restringidos más que conforme a Derecho, dentro de unos límites razonables y cuya justificación pueda ser demostrada en el marco de una sociedad libre y democrática».

Humanos²⁷. Por lo demás, el artículo primero de la Carta canadiense se inspiró en el Convenio europeo.

¿Cuál es el objeto del artículo 1 de la Ley propuesta?

El análisis del Tribunal Supremo de Canadá a la hora de identificar los fines perseguidos por el legislador con la adopción de esta ley ha sido teleológico y exegético. Teleológico en la medida en que el estudio de los acontecimientos, y particularmente la existencia de numerosas sentencias provinciales, condujo naturalmente a la conclusión de que el legislador federal quería permitir el matrimonio a las parejas del mismo sexo, y con ello responder a la situación jurídica creada. Desde la perspectiva exegética, el análisis del texto del documento ha respaldado la conclusión y ha permitido constatar simplemente que el artículo 1 de la Ley propuesta tiene como objeto reconocer a las parejas del mismo sexo el derecho a casarse civilmente, sin más. El preámbulo del proyecto de ley es revelador de su objeto. La finalidad declarada en él por el legislador radica en asegurar la conformidad de la institución jurídica del matrimonio con la Carta. En el preámbulo se precisa claramente que «*según el espíritu de la Carta canadiense de derechos y libertades y de los valores de tolerancia, de respeto y de igualdad, las parejas del mismo sexo deberían tener la posibilidad de casarse civilmente*». El legislador, refiriéndose a la Carta constitucional y anunciando querer respetar sus normas, ponía en un delicado compromiso al Tribunal Supremo del país si no reconocía ello como objeto válido, *a fortiori* en un contexto en el que la letra de la ley queda directamente vinculada al fin anunciado, limitando sus efectos al ámbito apuntado.

Así pues, el artículo 1 del proyecto de ley expresa la posición del Gobierno acerca de las pretensiones de las parejas del mismo sexo referentes al derecho a la igualdad garantizado por el artículo 15.1 de la Carta constitucional. Esta orientación, en conexión con las circunstancias que se encuentran en el origen de la Ley propuesta y de su preámbulo, indica inequívocamente que el objeto de la ley, lejos de contravenir la Carta, persigue respetar sus preceptos. En ausencia de violación de la Carta Constitucional, no resulta necesario verificar si el atentado podía quedar justificado en el marco de una sociedad libre y democrática, tal como exige el artículo primero.

El Tribunal ha rechazado asimismo las pretensiones de las partes coadyuvantes en el procedimiento que postulaban que el reconoci-

²⁷ Convenio para la salvaguardia de los derechos humanos y las libertades fundamentales, S.T.E. n.º 5 de 4 de noviembre de 1950.

miento del derecho al matrimonio de las parejas homosexuales tendría efectos discriminatorios respecto a las demás parejas y a la Iglesia. La respuesta del Tribunal resultó tanto más sencilla cuanto que las partes en ningún caso habían conseguido demostrar en qué medida el reconocimiento de derechos a un grupo particular podría impedir el acceso a cualquier ventaja o impondría más cargas a otras personas que ya son beneficiarias del derecho al matrimonio²⁸: *«El simple reconocimiento del derecho a la igualdad de un grupo no puede, en sí, comportar un atentado contra los derechos de otro grupo. El avance en los derechos y valores consagrados por la Carta beneficia al conjunto de la sociedad, y la afirmación de esos derechos no puede como tal infringir los mismos principios que la Carta está llamada a promover»*.

En conclusión, una ley que permita el acceso a la institución del matrimonio a toda persona sin restricción sexual, no puede ser fuente de discriminación directa o indirecta para ninguna fracción de la sociedad, y responde a las exigencias de la Carta constitucional canadiense.

Restaba una cuestión a la que tenía que hacer frente el Tribunal Supremo.

¿La Carta protege a las autoridades religiosas contra la obligación de celebrar matrimonios de cónyuges del mismo sexo contrarios a sus creencias religiosas?

Sin que resulte posible saber si se trata de un error de los letrados que han redactado la cuestión del Gobierno, conviene subrayar que dicha cuestión ha sido formulada en términos muy amplios, sin mención a la Ley propuesta. Consecuentemente, el Tribunal ha entendido preferible abordar la respuesta como si se tratara de examinar el papel de las autoridades religiosas con relación a los matrimonios civiles y religiosos, sin ceñir su análisis al proyecto de ley de referencia. Al no prever el texto de la ley ninguna imposición del Estado respecto a las autoridades religiosas, no resultaba por tanto de aplicación la Carta canadiense, que únicamente apunta a las acciones del Estado y no concierne a las relaciones entre particulares²⁹. Sin embargo, en el eventual supuesto de

²⁸ Requerimiento relativo al matrimonio entre personas del mismo sexo, precitado, nota 7, pág. 45.

²⁹ «32. (1) *La presente Carta se aplica:*

a) *al Parlamento y al Gobierno de Canadá, en todos los ámbitos que sean competencia del Parlamento, incluidos los concernientes al territorio de Yukon y a los territorios del Noroeste;*

ALAIN VALLIÈRES

que una ley les impusiera la obligación de actuar en contra de sus creencias, es muy probable que el Tribunal Supremo concluyere que habría una violación de la libertad religiosa garantizada por la Carta, teniendo en cuenta la amplia protección concedida a dicha libertad por la Carta³⁰. El derecho a la libertad religiosa consagrado en el párrafo 2.a) de la Carta protege la libertad de creencias en materia religiosa, el derecho de profesarlas en público y el derecho a manifestarlas a través de su enseñanza y su difusión, a la práctica religiosa y al culto³¹. Los ritos religiosos constituyen un aspecto fundamental de la práctica religiosa. Por consiguiente, no puede obligarse a las autoridades religiosas a que casen a cónyuges del mismo sexo, ni siquiera en el marco de un matrimonio civil³², si sus creencias lo prohíben. De igual manera, las autoridades religiosas no podrían verse forzadas a ceder sus instalaciones religiosas para la celebración de ceremonias que no compartan³³.

CONCLUSIÓN

Recapitulando, el Tribunal Supremo de Canadá ha entendido que la posibilidad de casarse ofrecida a las parejas del mismo sexo es conforme a la Carta canadiense de derechos y libertades. Ello no obstante, establece el referido límite en lo que se refiere a las autoridades religiosas, que no podrían ser obligadas a actuar en contra de sus convicciones, ni siquiera de forma indirecta mediante la utilización de sus instalaciones. El Tribunal Supremo ha considerado asimismo que la propia definición de matrimonio que elimina cualquier referencia a una noción heterosexual es conforme a las exigencias de la Carta constitucional. Debe recalcar

b) a la asamblea y al gobierno de cada provincia, en todos los ámbitos que sean competencia de las asambleas provinciales».

Las relaciones individuales, en cambio, se regulan en las Cartas provinciales que ofrecen una protección similar a la Carta constitucional canadiense; véase la Carta de los derechos y libertades de la persona, L.R.Q. c. C-12 (Quebec), que puede ser consultada en <http://www.ijcan.org/qc/legis/loi/c-12/20041104/tout.html>.

³⁰ «2. Todos tienen las libertades fundamentales siguientes:

- a) libertad de conciencia y de religión;*
- b) libertad de pensamiento, de creencias, de opinión y de expresión, que incluye la libertad de prensa y de los demás medios de comunicación;*
- c) libertad de reunión pacífica;*
- d) libertad de asociación».*

³¹ Big M Drug Mart, precitado, nota 25, pp. 336-337.

³² Requerimiento relativo al matrimonio entre personas del mismo sexo, precitado, nota 7, pár. 60.

³³ Id., pár. 59.

LA PROHIBICIÓN DEL MATRIMONIO ENTRE CÓNYUGES DEL MISMO SEXO...

que el Tribunal no ha indicado que toda exigencia de diferencia de sexo contravendría la prohibición de discriminación basada en la orientación sexual, a diferencia de lo que habían hecho los tribunales de algunas provincias. El resultado, pese a todo, es el mismo, de modo que hay que considerar que ahora es imposible retornar a esa definición tradicional que ya no se corresponde con las necesidades y la evolución de la sociedad canadiense. Esta decisión del Tribunal Supremo puede, de tal suerte, constituir un buen punto de apoyo para las personas que deseen reivindicar un derecho análogo en el extranjero, puesto que el derecho al matrimonio de las parejas del mismo sexo no les es «otorgado», sino reconocido. Lo que se ha de debatir no es el derecho al matrimonio como tal, puesto que es la negación del derecho al matrimonio a las parejas gays lo que constituye una ilegalidad. Se ha venido produciendo una especie de inversión de la carga de la prueba pues, según esta lógica, ya no correspondería a las personas del mismo sexo justificar el derecho al matrimonio, sino más bien a quienes se oponen, que deberían demostrar cómo puede justificarse esta discriminación en una sociedad libre y democrática. Ahora bien, este tipo de demostración resulta más difícil de efectuar cuando un Estado catalogado como respetuoso de la dignidad humana de los individuos lo ha rechazado.

Esta decisión canadiense se presta tanto más fácilmente a la exportación cuanto que el Tribunal Supremo ha recordado que la definición del matrimonio por el Estado no concierne más que a sus aspectos civiles, debiendo quedar exenta de criterios religiosos³⁴. Esta decisión se inscribe en un contexto de separación entre la Iglesia y las funciones estatales. Desde este punto de vista, el matrimonio no es más que la unión voluntaria entre dos personas con exclusión de cualquier otra. Numerosos países se adhieren a la laicidad. En este contexto, podría resultar difícil para las autoridades estatales oponer a las parejas del mismo sexo razones marcadas por la doctrina de la Iglesia católica.

La importancia de esta sentencia del Tribunal Supremo de Canadá deriva asimismo del hecho de que se trata de un razonamiento jurídico fácilmente exportable, dado que se fundamenta en la interpretación de un instrumento clásico de protección de los derechos civiles y políticos, similar al que existe en muchos países. No se trata de una ley adoptada por el Parlamento sobre la base de opciones políticas ni orientada a la finalidad de responder a las necesidades de una sociedad específica, sino más bien de un análisis jurídico que ha conducido a la conclusión según la cual solamente una definición de matrimonio desvinculada de una noción sexual no genera una discriminación basada en la orienta-

³⁴ Id., pág. 22.

ción sexual. Este derecho al matrimonio debe, no obstante, conciliarse con los otros derechos fundamentales, sin que se fuerce a las autoridades religiosas a actuar en contra de sus preceptos.

Es asimismo posible que esta sentencia pueda servir para hacer evolucionar el Derecho internacional. Pese a la ausencia de reconocimiento específico del derecho al matrimonio homosexual en los instrumentos internacionales, no es menos cierto que sobre los Estados Partes en el Pacto internacional de derechos civiles y políticos³⁵ pesa la obligación de proteger los derechos en él reconocidos «sin discriminación alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social» (artículo 2.1).

Ahora bien, el Comité de Derechos Humanos ha considerado que el término «sexo» integra las preferencias sexuales³⁶. Así, es posible sostener que el derecho reconocido en el artículo 23.2 del Pacto internacional «*a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello*», no puede ser interpretado de una manera discriminatoria. Esta interpretación puede, por lo demás, sustentarse en el propio texto del Pacto internacional, que obliga a obtener el consentimiento de los *futuros esposos*³⁷, sin mención al sexo. Ciertamente, podría oponerse a este argumento que los redactores del Pacto internacional nunca han llegado a entender la expresión «matrimonio» de manera diferente a la sola definición heterosexual. A su vez, a este argumento puede formularse como objeción la necesidad, subrayada por el Tribunal Supremo de Canadá, de otorgar al texto una interpretación evolutiva que permita su adaptación a la sociedad actual. La utilización de la sentencia canadiense halla aquí, no obstante, su límite, en razón de la ausencia de homogeneidad de la sociedad internacional. Incluso aunque la sentencia canadiense pueda aportar una ayuda nada desdeñable en este ámbito, ciertamente habrá que esperar bastantes años para que el Comité de Derechos Humanos adopte este mismo razonamiento.

Como continuación de esa sentencia, el proyecto de ley del Gobierno fue depositado sin demora en la Cámara de los comunes, tras retomarse los trabajos parlamentarios a finales de enero de 2005. Está siendo debatido en el marco de un procedimiento legislativo ordinario o habitual, para finalmente ser sometido a una votación libre.

³⁵ Pacto internacional de derechos civiles y políticos, (1976) 999 R.T.N.U. 171 (en adelante «Pacto internacional»).

³⁶ Nicholas Toonen c. Australia, Comunicación n.º 488/1992, N.U. Doc. CCPR/C/50/D/488/1992 (1994), pág. 8.7.

³⁷ Artículo 23.3 del Pacto internacional.