

El reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo en los Estados Unidos de América

KARIN CASTRO CRUZATT*

Resumen

Este ensayo tiene como objetivo estudiar el debate acerca del matrimonio homosexual en los Estados Unidos de América desde una perspectiva constitucional. Para tal efecto, se estudiarán, en primer lugar, los principales argumentos a través de los cuales ha discurrido dicha discusión en ámbito académico y judicial, a saber, el derecho a no sufrir discriminación reconocido a la luz de la Cláusula de Igualdad de la Decimocuarta Enmienda y el derecho a contraer matrimonio amparado en la Cláusula del Debido Proceso de la misma enmienda constitucional. Posteriormente, se analizarán las tres decisiones que ha dictado el Tribunal Supremo de dicho país sobre esta importante cuestión: *Windsor v. United States*, 133 S. Ct. 2675, 2693-95 (2013), *Hollingsworth v. Perry*, 133 S. Ct. 2652 (2013) y *Obergefell et al. v. Hodges*, 576 U.S. (2015).

Palabras clave: Matrimonio homosexual, matrimonio igualitario, discriminación basada en la orientación sexual, Cláusula de igualdad, derecho a contraer matrimonio, Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América.

Sumilla

1. Introducción
 2. El reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo en los Estados Unidos de América
 - 2.1. La orientación sexual como un supuesto de clasificación sospechosa
 - 2.1.1. La inmutabilidad.
 - 2.1.2. La historia de discriminación
 - 2.1.3. El desapoderamiento político
 - 2.2. El derecho a casarse en la Constitución Federal de los Estados Unidos de América
 - 2.3. Las decisiones del Tribunal Supremo relativas al matrimonio homosexual. Los alcances de *Windsor v. United States*, *Hollingsworth v. Perry* y *Obergefell et al. v. Hodges*, 576 U. S. (2015)
 3. Conclusión
- Referencias

* Licenciada en Derecho, candidata a doctora en Derecho Constitucional por la Universidad de Valladolid. Ha sido profesora de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

1. Introducción

En los últimos años estamos siendo testigos de una verdadera transformación en el significado del matrimonio, impulsada por una preocupación por poner fin a una de las manifestaciones más arraigadas de la discriminación basada en la orientación sexual. Son diversos los ordenamientos en los que las demandas del colectivo homosexual por acceder en igualdad de condiciones a una institución que se encuentra «insert(a) en lo más profundo de la estructura social y simbólica» (Salazar, 2013, p. 204), y que «no solo genera derechos y obligaciones, sino que también otorga una suerte de estatus que confiere respetabilidad» (p. 213), se discute en sede judicial, en las cámaras legislativas y en los medios de opinión pública.

En los Estados Unidos de América este debate no es una novedad del presente milenio¹, aunque ha cobrado una importancia trascendental en las últimas décadas. Dentro de la etapa actual es posible distinguir una primera fase que ha estado a cargo de las autoridades estatales, pues a estas compete la regulación del matrimonio y de los asuntos relativos al derecho de familia. La tramitación de los litigios que se han generado a propósito del matrimonio homosexual ha correspondido a las cortes supremas y a los tribunales de inferior jerarquía del ámbito estatal (y, en algunos supuestos, a las cortes federales de apelaciones). Por estas razones, existían soluciones disímiles, en forma y en contenido, entre los distintos estados de la unión. Y es que, mientras diversos estados lo aprobaron o lo prohibieron a través de sus respectivos órganos legislativos, otros lo hicieron a través de consultas populares; y, en otros supuestos, fue la judicatura la encargada de decidir su validez.

Este panorama dispar empezó a quebrarse con las decisiones *Windsor v. United States*, 133 S. Ct. 2675, 2693-95 (2013) y *Hollingsworth v. Perry*, 133 S. Ct. 2652 (2013) dictadas por el Tribunal Supremo Federal en el año 2013. Se trataba de la primera oportunidad en la que la máxima instancia judicial de dicho país se pronunciaba sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo y, aunque estas sentencias no pusieron fin al debate, era fácil intuir que la respuesta definitiva no tardaría en llegar. El reciente caso *Obergefell et al. v. Hodges*, 576 U.S. (2015) ha dado, finalmente, una solución homogénea aplicable en todos los estados de la unión.

Este ensayo tiene como objetivo analizar el debate constitucional alrededor del matrimonio entre personas del mismo sexo en los Estados Unidos de América. Para

¹ La primera victoria en el matrimonio homosexual data del año 1993, con la decisión de la Corte Suprema de Hawai, en el asunto *Baehr v. Lewin*, 852 P.2d 44, 67-68 (Hawai, 1993). Esta sentencia señaló que la legislación estatal que restringe el matrimonio a la unión entre un hombre y una mujer, es una forma de discriminación por razones de sexo y que, por ende, está sujeta al escrutinio estricto.

tal efecto, el apartado II de este ensayo se dedicará al análisis de los dos grandes ejes jurídicos que suelen orientar la controversia jurídica y académica relativa al matrimonio igualitario. Posteriormente, en el punto III, se estudiarán los alcances de las tres sentencias que el Tribunal Supremo ha dictado sobre este punto, y, finalmente, se esbozarán algunas conclusiones finales.

2. El reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo en los Estados Unidos de América

La discusión acerca del matrimonio igualitario en los Estados Unidos de América ha girado en torno a dos aristas. La primera tiene como centro de gravedad la Cláusula de Igualdad o *Equal Protection Clause*, consagrada en la Decimocuarta Enmienda de la Constitución Americana. Se sostiene que la falta de reconocimiento del derecho a casarse que enfrentan las personas homosexuales en diversos estados, constituye una forma de discriminación basada en la orientación sexual. La segunda tiene como foco el derecho a casarse que, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo, forma parte de la libertad protegida por la cláusula del debido proceso sustantivo de la Decimocuarta Enmienda. Se afirma que la negación a las parejas del mismo sexo del acceso al matrimonio es contraria a la Constitución. En los siguientes apartados me dedicaré al análisis de ambas cuestiones.

2.1. La orientación sexual como un supuesto de clasificación sospechosa

La doctrina de Tribunal Supremo ha construido el derecho antidiscriminatorio a partir de un esquema en el que las normas jurídicas o decisiones que perjudican a ciertos colectivos que han sido objeto de la discriminación y subordinación sistemática, se presumen fundadas en el prejuicio y hostilidad en contra de estos. Por ello, el enjuiciamiento de dichas normas o decisiones se realiza a través de un examen judicial más riguroso (el escrutinio estricto o escrutinio intermedio, según se trate de clasificaciones sospechosas o cuasi sospechosas), que casi siempre concluye en su invalidez.

Son cinco las características a las que la doctrina del Tribunal Supremo ha reconocido el estatus sospechoso: la raza, el sexo (considerado una clasificación cuasi sospechosa), el origen nacional, la condición de hijo «ilegítimo» y la extranjería. La determinación de un rasgo como sospechoso u odioso suele atender a tres factores. En primer lugar, la discriminación debe basarse en una característica inmodificable o inmutable. En segundo término, el grupo que posee este rasgo debe haber padecido una larga historia de discriminación, y, finalmente, debe considerarse políticamente desamparado.

Aunque este marco analítico ha sido objeto de reiteradas críticas a las que me referiré con mayor detalle en el siguiente punto, el Alto Tribunal nunca lo ha desautorizado y, de hecho, todas las características que reciben el escrutinio estricto o intermedio han sido antes calificadas como sospechosas o cuasi sospechosas utilizando el mismo esquema.

Hasta la fecha el Tribunal Supremo ha evitado pronunciarse sobre el carácter sospechoso o cuasi sospechoso de la orientación sexual, y lo ha hecho incluso en decisiones que han fallado en contra de leyes que constituían formas evidentes de discriminación motivadas en dicha característica. Así sucedió, por ejemplo, en *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620 (1996) y en *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003). Como se comprobará posteriormente, esta misma tónica no está del todo ausente en las tres decisiones que ha dictado el Tribunal Supremo sobre el matrimonio igualitario.

Ante la falta de pronunciamiento por parte de la máxima instancia judicial, la doctrina norteamericana y quienes abogan (o se oponen) al reconocimiento del matrimonio entre personas de mismo sexo en dicho ordenamiento jurídico, han defendido sus posturas a la luz de la teoría de las clasificaciones sospechosas, llegando a distintas conclusiones. Algo parecido ha sucedido con diversas decisiones de cortes supremas estatales y de inferior jerarquía que se han pronunciado sobre la exclusión de las parejas homosexuales de la institución matrimonial (o sobre la extensión de este instituto a las personas homosexuales) a la luz de esta construcción teórica. La razón de este impulso es evidente: si se concluye que la orientación sexual es un rasgo sospechoso, en la medida que se trata de un atributo personal que suele generar distinciones que perjudican a las personas homosexuales y que están basadas en el prejuicio en contra de este colectivo, sería posible afirmar que el impedimento de contraer matrimonio que enfrentan las parejas homosexuales en diversos estados constituye una forma de discriminación basada en la orientación sexual y que resulta, por tanto, inconstitucional.

A continuación expondré cada uno de los tres elementos que el Tribunal Supremo y la doctrina americana suelen analizar para concluir que un rasgo debe ser considerado sospechoso, poniendo especial atención en los problemas que plantea su aplicación en el reconocimiento de la orientación sexual como una clasificación sospechosa.

2.1.1. La inmutabilidad

La exigencia de que los rasgos sospechosos sean solamente aquellos que constituyen «accidente(s) del nacimiento» (*Frontiero v. Richardson*, 411 U.S. 677 (1973)), descansa sobre la premisa cuestionable de que la protección contra la discriminación

debe reservarse a la originada en características genéticamente adquiridas, o inalterables, pues estas se encuentran «fuera del control» (Frontiero v. Richardson, 411 U.S. 677 (1973)) de la persona que las posee.

El recurso a la inmutabilidad experimentó una suerte de resurgimiento en el ámbito del litigio a favor de los derechos de las personas homosexuales a partir de finales de la década de 1980, debido al dictado de la sentencia *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986). En esta sentencia el Tribunal Supremo convalidó una ley del estado de Georgia que penalizaba la sodomía entre personas del mismo sexo, sosteniendo que no vulneraba la garantía federal al debido proceso, ni el derecho a la privacidad. A partir de esta decisión judicial, las cortes no dudaron en negar a la orientación sexual el carácter sospechoso basándose explícitamente en el caso *Bowers* (Halley, 1994, p. 51). Frente a este contexto, la publicación de los estudios de Simon LeVay, que ofrecía una aparente evidencia científica acerca de la supuesta naturaleza genética de la orientación sexual, presentaba la inmutabilidad como una herramienta útil para mitigar las graves consecuencias de *Bowers* en la defensa de los derechos de las personas homosexuales (Graham, 2012, pp. 186-187; Halley, 1994, p. 514).

Desde entonces, la inmutabilidad ha sido un elemento ineludible en el debate en torno a los derechos de las personas homosexuales. En diversos litigios los demandantes y las cortes han intentado defender que la orientación sexual debe considerarse un rasgo sospechoso, sosteniendo que es genéticamente adquirido, y, por tanto, inmutable. Desde posturas opuestas, la alusión a la homosexualidad como una opción o un estilo de vida, es decir, como una característica elegida y por ende fácilmente modificable, «ha sido por mucho tiempo el lenguaje de los oponentes a la igualdad LG(T)B» (Eyer, 2012, p. 12).

Lo cierto es que esta variable encubre un «modelo de culpabilidad» (Graham, 2012, p. 182), que se basa en el enjuiciamiento moral hacia determinados rasgos que no se consideran dignos de protección, y cuya posesión se atribuye a la «responsabilidad» de su portador. Aunque se trata de una categoría que aparenta objetividad y neutralidad, en realidad constituye una vía para la exclusión de grupos impopulares, pues juzga su aptitud para *merecer* la protección judicial más intensa, a partir un factor ajeno a su experiencia discriminatoria. En efecto, que la orientación sexual constituya una característica genéticamente determinada o que sea producto de la libre elección de la persona, nada nos dice sobre la situación de exclusión y la gravedad de la discriminación que enfrentan quienes poseen una orientación homosexual o bisexual, por lo que su consideración en la determinación de los rasgos que requieren la protección constitucional reforzada que otorga la cláusula de igualdad carece de sentido. Por eso comparto la crítica de una parte importante

de la academia norteamericana que apuesta por su eliminación (Goldberg, 2004, p. 506; Yoshino, 1998, p. 485; Sunstein, 1994, p. 2443; Nussbaum, 2010, p. 116; Halley, 1994, p. 503).

2.1.2. La historia de discriminación

Esta variable indaga en la gravedad y extensión en el tiempo de la discriminación experimentada por ciertos colectivos. Dado que en los EE.UU. de América la raza constituye el paradigma de las clasificaciones sospechosas, existe la tendencia en las cortes y en la doctrina de tomar como punto de referencia la historia de discriminación padecida por los afroamericanos, para conceder a un grupo el estatus protegido (Mayeri, 2001, p. 1046).

Este enfoque, denominado «discurso de la equivalencia» (Schacter, 1994, p. 296), basa la legitimidad de las demandas del colectivo homosexual en la similitud entre la experiencia de exclusión de esta minoría y la afroamericana. Desde este prisma, quienes se oponen a reconocer la igualdad de derechos han defendido que la orientación sexual no es suficientemente similar a la raza o al sexo, por lo que no puede considerarse una característica sospechosa.

A nuestro juicio el riesgo más evidente de acudir a este criterio es evaluar la relevancia y gravedad de una nueva forma de discriminación, bajo los alcances de la discriminación experimentada por otro grupo, dificultando la protección de minorías discriminadas por causas distintas. También se opaca la complejidad y las particularidades de cada forma de discriminación, pues en lugar de captar su problemática concreta, las diferencias son atenuadas, procurando resaltar solamente las similitudes (Schacter, 1994, p. 296).

Por ello, consideramos que la historia de discriminación podría ser de utilidad para demostrar la profundidad y el alcance de la exclusión experimentada por el colectivo homosexual, pero no debería enfocarse como una exigencia de identidad entre las clasificaciones sospechosas paradigmáticas y la experiencia de exclusión de las personas homosexuales. Más bien, este elemento debería estar abierto al análisis de nuevos fenómenos discriminatorios, y su valoración debería depender de las implicancias negativas que estos tienen en la vida de las personas afectadas.

2.1.3. El desapoderamiento político

El desapoderamiento político como elemento para determinar el carácter vulnerable de un grupo y la consecuente necesidad de gozar de protección antidiscriminatoria más intensa, tiene como principal antecedente la nota a pie de página número 4 de la famosa sentencia *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144, 152 n. 4 (1938). En esta nota, el Tribunal Supremo señalaría que las «minorías discretas

e insulares», afectadas por el prejuicio, requerían una protección judicial más intensa, reduciéndose —en estos casos— la presunción de constitucionalidad de la ley. Inspirado en esta nota, John Hart Ely elaboró la teoría del proceso político, que más que una teoría del derecho antidiscriminatorio, constituye una teoría de la revisión judicial de las leyes. La propuesta de Ely, expuesta fundamentalmente en su obra «Democracia y Desconfianza», planteaba que la revisión judicial de las leyes debía evitar los aspectos más sustanciales y, más bien, tendría que concentrarse en solucionar los aspectos que impiden que el proceso democrático funcione con normalidad, como acontece cuando se dictan leyes que son producto del prejuicio en contra de ciertos colectivos. La propuesta de Ely tuvo gran influencia en la academia y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, pero, pese a ello, la variable del desapoderamiento político no puede considerarse claramente definida en el plano jurisprudencial, ni en el plano doctrinal.

En el terreno de la igualdad, que es el que interesa en este trabajo, el análisis sobre el desapoderamiento político de un grupo pretende desentrañar la influencia real de una minoría y su capacidad de defender adecuadamente sus intereses en el campo político, para establecer si es necesario otorgarle una protección reforzada y compensar su situación de vulnerabilidad. No existe consenso, sin embargo, en los elementos que deben analizarse para obtener una respuesta a dicha interrogante.

Los criterios que ha utilizado hasta la fecha el Tribunal Supremo para detectar la posición política de un grupo están en una fase de desarrollo, por lo que en la actualidad contamos con descriptores parciales e insuficientes. Tal vez la única conclusión que se puede extraer de la doctrina de la Corte y de los estudios doctrinales que se han ocupado de este asunto es que el desapoderamiento político, poco o nada tiene que ver con su presencia numérica (*Frontiero v. Richardson*, 411 U.S. 677 ([1973]) (Milner, 1974, p. 1080)). Un colectivo, como las mujeres por ejemplo, puede tener un elevado número de miembros, pero no escapará a la definición de grupo minoritario si no ha abandonado su situación de desapoderamiento político y sigue siendo víctima del prejuicio y de la discriminación. Tampoco el reducido número de los integrantes de un grupo supone que este sea un grupo minoritario desde el punto de vista político.

Una de las primeras oportunidades en las que el Tribunal Supremo hizo referencia al desapoderamiento político fue al resolver el caso *City of Cleburne v. Cleburne Living Center*, 473 U.S. 432, 460 (1985), en donde señaló que la «capacidad del grupo para llamar la atención del legislador», entendida como la capacidad de lograr la aprobación de leyes favorables a sus intereses, sería un indicador idóneo de su poder político. Desde entonces, diversos estudios y decisiones judiciales han atendido a dicho factor, pero lo han hecho de una manera aislada.

La capacidad de una minoría para llamar la atención del legislador constituye una pauta cuya formulación excesivamente amplia «podría excluir diversos grupos –incluyendo algunas clases sospechosas– de obtener protección judicial» (Hutchinson, 2014, p. 1005; Strasser, 2011, pp. 1032 y 1033). Cabe recordar que cuando el Tribunal Supremo reconoció que las mujeres constituían un grupo políticamente desapoderado, en el caso *Frontiero v. Richardson*, las mujeres ya habían captado la atención legislativa a través de La Ley de Igualdad Salarial de 1963 y la Ley de Derechos Civiles de 1964. Esto no suponía que constituían (ni que constituyan en la actualidad) un grupo con poder político suficiente para defender sus intereses y contrarrestar el prejuicio del que aún son objeto (Yoshino, 2015, p. 150); pero sí demuestra la insuficiencia de dicho criterio para determinar qué grupos son políticamente vulnerables.

Además, se trata de un estándar problemático pues pone énfasis en un dato formal —la aprobación de leyes favorables a una minoría— pero no pone el acento en la situación real de dicho colectivo, ni en la eficacia de las medidas adoptadas para cambiar su posición de subordinación. Cabe recordar que la atención legislativa muchas veces reproduce prejuicios y estereotipos que refuerzan la vulnerabilidad de un grupo, por lo que incluso la legislación aparentemente protectora podría generar efectos adversos en el colectivo al que se pretende proteger» (Castro, 2014, p. 81).

Al enjuiciar la constitucionalidad del matrimonio homosexual en sus respectivos estados, algunas cortes supremas estatales han utilizado el criterio plasmado en *Cleburne*. Por ejemplo, al pronunciarse en contra de la regulación de esta cuestión en Washington D.C., el Tribunal Supremo de dicho estado concluyó que la orientación sexual no constituye un rasgo sospechoso, al considerar que las personas homosexuales no carecen de poder político. Mantuvo que la existencia de leyes que prohíben la discriminación basada en dicha característica demostraría que las personas homosexuales «no son débiles políticamente, sino que, por el contrario, ejercitan un poder político creciente» (*Andersen v. King Cnty.*, 138 P.3d 963 (Wash. 2006)). Este criterio fue seguido por el Tribunal Supremo de Maryland en el asunto *Conway v. Deane*, 932 A.2d 571 (2007).

A diferencia de ello, existen otras decisiones dictadas por cortes supremas estatales relativas al matrimonio igualitario que han enriquecido el criterio de *Cleburne*, introduciendo en el análisis de la posición política de las personas homosexuales variables que pueden resultar útiles a efectos de desentrañar, con un mayor grado de certeza, la capacidad política de un grupo vulnerable.

En el caso *Kerrigan v. Commissioner of Public Health*, 289 Conn. 135, 957 A.2d 407 (2008), en el que el Tribunal Supremo de Connecticut se pronunció sobre la imposibilidad de contraer matrimonio de las personas homosexuales en dicho

estado, se pueden encontrar algunos ingredientes que no han estado presentes en decisiones judiciales previas. El Alto Tribunal de Connecticut apostó por un análisis más integral, afirmando que el desapoderamiento político se expresa en diversos aspectos que deben ser tenidos en cuenta. Consideró, en primer lugar, la existencia de un prejuicio extendido y arraigado en contra de las personas homosexuales, recordando que la subsistencia de delitos de odio provocados por la homofobia había hecho necesario incluir estos crímenes en la legislación penal que sanciona estas graves conductas. Reconoció también que aunque «las personas homosexuales ejercen algún nivel de influencia política», aún constituyen una minoría infra representada en el plano nacional y estatal debido, entre otras razones, a que «del más de millón y medio de personas que poseen un cargo político en el nivel local, estatal y nacional, solo cerca de trescientos son abiertamente *gays*», y que ninguna persona homosexual había sido miembro de las cortes federales de apelaciones o del Senado; mientras que en la Casa de Representantes solo existían dos personas «abiertamente homosexuales».

Pasando al análisis de las limitaciones en asuntos relativos a la vida sexual y afectiva, este Tribunal recordó que hasta hace poco tiempo las relaciones íntimas entre personas del mismo sexo estaban penadas. Por otro lado, señaló que la aprobación de la legislación que reguló las uniones civiles homosexuales «estuvo precedida por casi una década de numerosos y fallidos intentos de aprobarla», y que por ello la versión final ofrece una protección con alcances más limitados de los que pretendían sus impulsores.

Otro enfoque interesante fue el que adoptó el Tribunal Supremo Federal de Iowa, en el caso *Varnum v. Brien*, 763 N. W. 2d 862 (Iowa 2009). Este Tribunal advirtió que la «mayor aceptación y una disminución de la discriminación» en contra de la minoría homosexual, no había logrado aún «remover las barreras del matrimonio civil». Observó que pese a la aprobación de diversas leyes encaminadas a garantizar la igualdad de trato en diversos ámbitos como «el empleo, la vivienda, las instalaciones públicas y la educación», el matrimonio igualitario era un campo especialmente impermeable. Esta resistencia, añadió la Corte, se había traducido en la adopción de «pasos concretos para reforzar el concepto del matrimonio tradicional excluyendo [...] a los *gays* y *lesbianas*». Por ello, concluyó que pese al innegable avance en el terreno político «el derecho civil al matrimonio es una excepción notable a esta tendencia».

En efecto, la regulación del matrimonio continúa siendo un campo especialmente *sensible* y, de hecho, constituye uno de los espacios en los que la desigualdad entre las personas heterosexuales y homosexuales continúa siendo una realidad evidente.

2.2.El derecho a casarse en la Constitución Federal de los Estados Unidos de América

Como mencioné anteriormente, la segunda línea de análisis se apoya en la dimensión sustancial del debido proceso de la Enmienda Decimocuarta, que protege derechos que se consideran fundamentales por estar «profundamente enraizados en la historia y tradición de la Nación» (*Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702, 720-21 (1997)). Cuando el Tribunal analiza una norma o decisión cuestionada por violar un derecho fundamental, aplica también un examen judicial riguroso, por lo que existen altas posibilidades de que la ley sea anulada (Croyle, 2012, p. 428), al igual que cuando una ley es cuestionada por afectar a un grupo caracterizado por un rasgo sospechoso.

El derecho a casarse fue reconocido en el año 1967, en el caso *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967), en el que se anuló la ley antimestizaje del estado de Virginia, pues se consideró que estaba diseñada para mantener la «supremacía de la raza blanca». Además, el Alto Tribunal sostuvo que violaba la libertad de casarse amparada en la Cláusula del Debido Proceso, que constituía «uno de los derechos personales vitales, esenciales para la búsqueda [...] de la felicidad de los hombres». Dado que el caso involucraba una restricción del derecho al matrimonio, en virtud de una clasificación racial, la analogía del caso *Loving* se ha convertido en un recurso recurrente para la defensa del matrimonio igualitario. Se considera que esta opción puede tener «un impacto persuasivo potente en las cortes, pues el caso *Loving* es enormemente respetado en toda la profesión del Derecho» (Wardle y Lincoln, 2007, p. 123).

Un obstáculo que juega en contra de esta analogía, reside en que la dimensión sustancial del debido proceso suele ser descrita como un mandato que asegura «la protección de las prácticas tradicionales» (Sunstein, 1988, p. 1163), que pueden resultar amenazadas por los «nuevos desarrollos [...] de las mayorías temporales» (p. 1163). Hay que señalar que esta no es la única perspectiva con la que se han interpretado los alcances de dicha Cláusula. El Tribunal también ha reconocido derechos derivados de la dimensión sustancial de la Cláusula del Debido Proceso bajo el prisma de los «valores nacionales cambiantes». Este enfoque, de una clara dimensión transformadora, reconoce derechos que, aunque no tengan «apoyo histórico» (Conkle, 2014, p. 31), cuentan, sin embargo, con un «amplio respaldo en los Estados Unidos contemporáneos» (p. 31).

Como ha sucedido en otros países, en los Estados Unidos de América la concepción sobre la naturaleza del matrimonio ha experimentado una transformación «desde un modelo [...] reproductivo, con diferenciación del género (de los contrayentes), hacia uno basado más en la vinculación romántica adulta, la interdependencia

emocional y económica, y el reconocimiento público» (Nejaime, 2013, p. 224). En este desarrollo, un punto de inflexión importante se produjo con el caso *Turner v. Safley*, 482 U.S. 78 (1987), en el que se enjuició una disposición que exigía que los internos en establecimientos penitenciarios contaran con la autorización de los funcionarios de dichos centros para contraer matrimonio. El Alto Tribunal consideró la limitación inconstitucional por violar el derecho a casarse de los afectados. Para tal efecto, «estableció una visión del matrimonio que hizo del sexo, la procreación y del género asuntos periféricos» (p. 228). En su lugar, se decantó por describir «el contenido del matrimonio en el lenguaje de beneficios materiales, apoyo mutuo, y reconocimiento público» (p. 224). Afirmó, por ejemplo, que el matrimonio es «una precondition para la recepción de beneficios gubernamentales, [...] derechos de propiedad [...] y otros beneficios menos tangibles», apuntando también que entre sus atributos estaban las «expresiones de apoyo emocional y compromiso público».

Por ende, las decisiones del Tribunal Supremo sobre el derecho a casarse dictadas hasta la fecha no constituyen un impedimento para que se reconozca como titulares del mismo a las parejas del mismo sexo, pues aunque convencionalmente el matrimonio ha sido entendido como una institución heterosexual, las reformas legales emprendidas en diversos estados y las que se han producido por impulso judicial evidencian que en la actualidad dicho elemento no puede considerarse esencial. Obviamente, el camino hacia esta declaración sería más sencillo si se reconoce que las distinciones basadas en la orientación sexual son sospechosas.

2.3. Las decisiones del Tribunal Supremo relativas al matrimonio homosexual. Los alcances de *Windsor v. United States*, *Hollingsworth v. Perry* y *Obergefell et al. v. Hodges*, 576 U. S. (2015)

En el caso *Windsor v. United States*, 133 S. Ct. 2675, 2693-95 (2013) se cuestionó la sección 3 de la Ley de Defensa del Matrimonio (DOMA), aprobada en el año 1996, que señalaba que, para efectos federales, el matrimonio «significa solamente una unión legal entre un hombre y una mujer como esposo y esposa». La esperada sentencia anuló la sección 3 de DOMA debido a que discriminaba a las parejas del mismo sexo casadas legalmente en distintos estados, en violación de la Igualdad incorporada en la Cláusula del Debido Proceso de la Quinta Enmienda, que es vinculante para el gobierno federal, aunque también hizo referencias a la libertad y a la dignidad.

La primera parte de la argumentación de la sentencia se apoyó en aspectos federales. El Tribunal Supremo recordó, por ejemplo, que «por historia y tradición la definición y regulación del matrimonio ha sido considerada parte de la autoridad [...] de los estados». Aunque reconoció que el Congreso puede adoptar decisiones

«que incidan sobre los derechos y privilegios maritales», refirió también que «los beneficios y obligaciones del matrimonio son uniformes para todas las parejas dentro de cada estado, aunque puedan variar de estado a estado». A partir de este punto el Alto Tribunal se concentró en los aspectos sustanciales de la controversia.

Tal vez la omisión más notoria en *Windsor* es que el Tribunal logró sortear —nuevamente— cualquier referencia al estatus sospechoso de la orientación sexual, por lo que ha mantenido a las clasificaciones basadas en dicho rasgo fuera del dominio del escrutinio estricto e intermedio. La sentencia se concentró en la diferencia de trato que la DOMA imponía entre las parejas homosexuales y las heterosexuales, pero sin concluir que la diferencia introducida en esta ley federal constituya una forma de discriminación por razones de orientación sexual, aunque bien podría señalarse que esta es la premisa implícita sobre la que descansa esta decisión.

Pese a que el Tribunal no fue indiferente a un razonamiento desde la *Equal Protection Clause*, el camino que eligió no es el que puede tener mayor impacto, pues se decantó por acudir a la doctrina del «ánimo» contra un grupo que utilizó cuando decidió el caso *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620 (1996). Señaló, por ejemplo, que la garantía de la igualdad «debe por lo menos significar que un deseo desnudo [...] de dañar a un grupo políticamente impopular no puede justificar el trato dispar», añadiendo que en estos casos las leyes deben someterse a un «examen cuidadoso». Hay que apuntar que este examen judicial más incisivo al que aludió la sentencia, no es equiparable al escrutinio estricto, ni al intermedio, sino que conlleva una forma reforzada de escrutinio racional que la doctrina norteamericana suele denominar *Rational Basis Review* «with bite». Tal vez la principal limitación de esta construcción es que la existencia de un ánimo discriminatorio en contra de cierto colectivo no supone admitir su situación de subordinación, sino que constituye un diagnóstico limitado a la medida o ley bajo examen y, por ende, no garantiza (ni impide) que en un futuro el Supremo analizará con mayor cautela una medida que establece una desventaja en contra del mismo grupo. Además, aunque los elementos utilizados en la sentencia transmiten un nivel de reproche acentuado en contra la ley, el ánimo inconstitucional no deja de ser una noción indefinida y vaga, y la falta de criterios que indiquen cómo determinar este «ánimo» discriminatorio podría lugar a un uso antojadizo de esta categoría.

Como contrapartida a estas carencias, la sentencia aportó un enfoque en clave de antisubordinación que resulta interesante, y que se aparta de la aproximación neutral que ha caracterizado las decisiones del Tribunal Supremo relativas al derecho a no ser discriminado dictadas en los últimos años. Por ejemplo, sostuvo que «el propósito [...] de la DOMA es asegurar que si un estado decide reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo, dichas uniones serán tratadas como

matrimonios de segunda categoría para efectos de la legislación federal». La DOMA, continuó el Alto Tribunal, «impone una desventaja, un estatus separado, y por ende un estigma sobre todos los que ingresen en un matrimonios de mismo sexo», y, además, «humilla a decenas de miles de niños que están siendo criados por parejas del mismo sexo». En este sentido, Siegel (2013) ha señalado acertadamente que «Windsor se esfuerza en dar voz a la perspectiva de la minoría, del grupo históricamente excluido», resultando de ello «una decisión sobre la igualdad diferente de cualquier decisión dictada en mucho tiempo» (p. 90).

Aunque *Windsor* estableció que la DOMA vulnera el derecho a contraer matrimonio de las parejas homosexuales casadas válidamente en otros estados, no concluyó que la Constitución norteamericana reconoce a las parejas del mismo sexo un derecho a casarse en los mismos términos y condiciones al que detentan las parejas heterosexuales. Como consecuencia de ello, de la sentencia tampoco deriva la existencia de un derecho al matrimonio homosexual que pueda ser exigible a todos los estados de la unión. La regulación del matrimonio entre personas del mismo sexo constituiría, a partir de la lectura de *Windsor*, una opción constitucionalmente legítima, pero no necesariamente una exigencia constitucional. Por ende, una vez que un estado lo haya reconocido, el gobierno federal no puede adoptar medidas que le priven de eficacia.

Por su parte, el caso *Hollingsworth v. Perry* se inició en el estado de California en donde, en virtud de una enmienda a la constitución estatal conocida como la Proposición 8, se estableció que el matrimonio «válido y reconocido» en dicho estado sería únicamente el celebrado entre un hombre y una mujer. Esta enmienda constitucional fue aprobada como respuesta a la legalización del matrimonio igualitario en virtud de una decisión dictada por el Tribunal Supremo de California. La Proposición 8 fue declarada inconstitucional por una corte federal de distrito al considerar que violaba el derecho a casarse de los demandantes y les negaba la protección contra la discriminación que les concede la Cláusula de Igualdad. La impugnación de dicha sentencia por parte de las organizaciones conservadoras que la promovieron culminó en manos del Tribunal Supremo Federal.

En vista de las características del litigio, el Tribunal podría haber elegido entre diversas opciones que varían desde un fallo meramente procesal, con validez solamente en California, hasta una decisión sustancial con incidencia en los cincuenta estados, pronunciándose a favor o en contra de las prohibiciones estatales al matrimonio homosexual (Yoshino, 2012, p. 532). Una solución intermedia hubiera consistido en emitir una decisión sobre el fondo del asunto, pero limitando el análisis al estado en cuestión. Hubiera podido sostener, como apunta Yoshino, que «un estado no puede otorgar un derecho, como el derecho a casarse, y luego

desconocerlo sin una razón legítima» (p. 532), y que tal proceder solo podría explicarse por la hostilidad hacia la minoría homosexual. Una decisión como esta sin duda hubiera tenido repercusión en otros estados que también han reformado sus respectivas constituciones para impedir el matrimonio igualitario y, probablemente, es el efecto que se pretendió evitar.

En la sentencia bajo comentario el Alto Tribunal norteamericano se decantó por una solución formal con efectos solamente en el estado de California. Afirmó que los promotores de la Proposición 8 carecían de legitimidad para actuar en el proceso, en la medida que los agentes del gobierno habían rechazado defenderla. La elección de esta vía tuvo como efecto práctico que el matrimonio homosexual en California siguiera vigente, pero la cuestión sobre la validez constitucional de las prohibiciones estatales al matrimonio homosexual quedó sin respuesta. Como ha referido Yoshino, *Windsor* y *Hollingsworth v. Perry* constituyen pronunciamientos judiciales «decididamente cuidadosos e incrementales» (Yoshino, 2015, p. 266), pues dieron un paso importante hacia el matrimonio igualitario, pero eligiendo conscientemente el ritmo para que dicha transformación se concrete. Aunque no cerraron el debate en torno al matrimonio homosexual, sugerían que «los futuros cuestionamientos a las prohibiciones al matrimonio (homosexual) serían escuchadas ‘seriamente y con respeto’» (Yoshino, 2015, p. 266).

Tras las dos decisiones del Tribunal Supremo los litigios que cuestionaban las prohibiciones estatales a los matrimonios entre personas del mismo sexo aumentaron (Klarman, s.f.). De un lado, los sectores opuestos al matrimonio homosexual se apoyaban en los aspectos federales contenidos en *Windsor* para defender la competencia de los estados para regular el matrimonio. De otro lado, los defensores del matrimonio homosexual resaltaban los aspectos de la sentencia referidos a la humillación y estigma que suponen las leyes que establecen distinciones entre las uniones homosexuales y las heterosexuales, como una de las razones para invalidar las prohibiciones del matrimonio entre personas del mismo sexo impuestas en diversos estados. Fue esta última postura la que finalmente se impuso en la inmensa mayoría de cortes que se han venido pronunciando sobre esta misma cuestión, y han fallado en contra de las prohibiciones al matrimonio homosexual (Klarman, s.f.).

En *Obergefell et al. v. Hodges*, 576 U. S. (2015) se buscó respuesta a dos de las principales preguntas que no fueron contestadas en *Windsor* y en *Hollingsworth v. Perry*. En este litigio diversas parejas del mismo sexo cuestionaron las prohibiciones de contraer matrimonio adoptadas en los estados de Kentucky, Michigan, Tennessee y Ohio y solicitaron al Tribunal que señale si la cláusula de igualdad de la Enmienda Decimocuarta de la Constitución exige a los estados otorgar licencias matrimoniales a las parejas del mismo sexo que las soliciten, es decir, si estas parejas

tienen derecho a contraer matrimonio sobre la base de dicha cláusula, y si la misma enmienda constitucional obliga a los estados a reconocer los matrimonios de las parejas homosexuales que se hayan celebrado válidamente bajo las leyes de otros estados.

La sentencia contestó en un sentido afirmativo a estas dos preguntas señalando que «la Enmienda Decimocuarta exige a un estado otorgar la (respectiva) licencia matrimonial a [...] las personas del mismos sexo, y reconocer un matrimonio entre personas del mismo sexo cuando su matrimonio haya sido válidamente [...] celebrado fuera de su estado».

En cuanto al derecho al matrimonio, es menester destacar la transformación que —según sostuvo el Tribunal Supremo— ha operado en este instituto que ha pasado de ser una institución heterosexual, a una en donde dicho atributo ya no es esencial. Siguiendo lo señalado en el caso *Windsor*, el Alto Tribunal refirió que la historia del matrimonio «es una de continuidad como de cambio». Para fundamentar la transformación operada sobre este derecho fundamental el Tribunal se apoyó en la Cláusula de Igualdad de la Enmienda Decimocuarta señalando que «las nuevas perspectivas y la comprensión de la sociedad pueden revelar desigualdades injustificadas dentro de las instituciones fundamentales que una vez pasaron desapercibidas». Añadió que la Cláusula de Igualdad «exige que los estados reconozcan la validez de los matrimonios del mismo sexo celebrados en estados distintos», y que «no hay base legal para que un estado rechace a reconocer un matrimonio del mismo sexo legal llevado a cabo en otro estado sobre la base de su carácter homosexual».

Una de las cuestiones que hay que resaltar es que, una vez más, el Tribunal Supremo ha esquivado la caracterización de la homosexualidad como una clasificación sospechosa. En este sentido, ha tomado distancia del camino seguido por diversas cortes supremas estatales, que sí han utilizado la doctrina de las clasificaciones sospechosas para, a partir de la consideración de la homosexualidad como un rasgo odioso, concluir que la exclusión de las personas homosexuales del matrimonio civil resulta discriminatoria. En *Windsor* y *Hollingsworth v. Perry*, esta opción podría explicarse por las consecuencias que dicha declaración hubiera provocado y que el Alto Tribunal buscaba evitar, pues era muy probable que la calificación de la orientación sexual como una característica odiosa hubiera desencadenado la inconstitucionalidad de las prohibiciones del matrimonio homosexual legisladas en diversos estados. Sin embargo, en *Obergefell et al. v. Hodges*, 576 U. S. (2015), en donde el Tribunal ha proclamado la existencia de un derecho a contraer matrimonio al margen de la orientación sexual de los contrayentes, esta omisión no resulta fácil de descifrar. Indudablemente, una sentencia que reconozca explícitamente que la orientación sexual constituye una característica sospechosa, y que ha sido y sigue

siendo utilizada para privar de derechos elementales a las personas homosexuales o bisexuales, tendría influencia en áreas en donde la discriminación basada en dicho rasgo es persistente. Pero esta posibilidad no está del todo cerrada a la luz de los argumentos expuestos en *Windsor* y *Obergefell et al. v. Hodges* que se han expuesto anteriormente. En todo caso, hay que señalar que el camino elegido por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América no ha impedido que dicte una decisión trascendental y que sin duda alguna tendrá impacto dentro y fuera de las fronteras de dicho ordenamiento jurídico.

3. Conclusión

Tras años de intenso debate judicial y académico acerca del matrimonio homosexual en los Estados Unidos de América, el Tribunal Supremo de este país ha dado, finalmente, una solución definitiva aplicable en todos los estados de la unión.

Si bien en *Windsor v. United States* y *Hollingsworth v. Perry* el Supremo no se pronunció con toda la claridad deseada sobre las principales interrogantes que se le plantearon, la sentencia *Obergefell et al. v. Hodges* sí lo ha hecho, y ha declarado que la Enmienda Decimocuarta exige a los estados otorgar a las parejas homosexuales la licencia matrimonial necesaria para celebración de su matrimonio, y que también les obliga a reconocer los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados válidamente en otros estados. Esta decisión, al igual que *Windsor*, ha omitido la calificación de la orientación sexual como un rasgo odioso, algo que de haber acontecido hubiera podido contribuir a prevenir y combatir diversas manifestaciones de la discriminación basada en la orientación sexual, más allá de las relativas al matrimonio. A su vez, ha elegido articular una comprensión del derecho a casarse como uno del que también deben gozar las personas homosexuales, apoyando esta interpretación inclusiva en la Cláusula de Igualdad de la Decimocuarta Enmienda. El derecho a casarse constituye, por tanto, uno que titularizan las personas heterosexuales y las personas homosexuales sin distinción.

Referencias

- Baird, K. M. (2010). 'Immutability' and Stigma: Towards a More Progressive Equal Protection Rights Discourse. *Journal of Gender, Social Policy & the Law*, 18, 439-453.
- Ball, M. S. (1970). Judicial Protection of Powerless Minorities. *Iowa Law Review*, 59, 1059-1096.
- Brooks, R. L. y K. Widner (2010). In defense of the Black/White Binary: Reclaiming a Tradition of Civil Rights Scholarship. *Berkeley Journal of African-American Law & Policy*, 12(1), 107-148.

- Castro, K. (2014). La determinación de los grupos protegidos por la *Equal Protection Clause*. En Víctor López C. y Dulce María Santana V. (dirs.), *Estado de Derecho y discriminación por razón de género, orientación e identidad sexual* (pp. 67-86). Madrid: Thomson Reuters Aranzadi.
- Conkle, D. O. (2014). Evolving Values, Animus, and Same-Sex Marriage. *Indiana Law Journal*, 89, 27-42.
- Croyle, J. (2012). Perry v. Schwarzenegger, Proposition 8, and the Fight for Same-Sex Marriage. *Journal of Gender, Social Policy & the Law*, 19(1), 425-435.
- Ely, J. H. (1977). *Democracia y Desconfianza. Una teoría del control constitucional*. Santafé de Bogotá, Siglo del Hombre.
- Eyer, K. R. (2012). Marriage This Term: On Liberty and the 'New Equal Protection'. *UCLA Law Review Discourse*, 60, 2-14.
- Goldberg, S. (2004). Equality without Tiers. *Southern California Law Review*, 77, 481-583.
- Graham, T. C. (2012). The Shifting Doctrinal Face of Immutability. *Virginia Journal of Social Policy & the Law*, 19, 169-204.
- Halley, J. E. (1994). Sexual Orientation and the Politics of Biology: A Critique of the Argument from Immutability. *Stanford Law Review*, 43, 503-568.
- Hutchinson, D. L. (2014). 'Not without political power': Gays and Lesbians, Equal Protection and the Suspect Class Doctrine. *Alabama Law Review*, 65(4), 975-1034.
- Mayeri, S. (2001). A Common Fate of Discrimination: Race-gender Analogies in Legal and Historical Perspective. *Yale Law Journal*, 110, 1045-1087.
- Nejaime, D. (2013). Windsor's Right to Marry. *Yale Law Journal*, 123, 219-249.
- Nussbaum, M. C. (2010). *From disgust to humanity, Sexual Orientation and Constitutional Law*. Oxford, Nueva York: Oxford University Press.
- Schacter, J. S. (1994). The Gay Civil Rights Debate in the States: Decoding the Discourse of Equivalents. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 29, 283-317.
- Salazar, Octavio (2013). Derecho al matrimonio y diversidad familiar. *Revista de Derecho Político*, 86, 195-226.
- Siegel, R. (2013). The Supreme Court 2012 Term. Foreword: Equality Divided. *Harvard Law Review*, 127(1), 1-94.
- Strasser, M. (2011). Equal protection, Same-Sex Marriage, and Classifying on the Basis of Sex. *Pepperdine Law Review*, 38, 1021-1052.
- Sunstein, C. R. (1994). The Anticaste Principle. *Michigan Law Review*, 92(8), 2410-2455.
- Sunstein, C. R. (1988). Sexual Orientation and the Constitution: A Note on the Relationship Between Due Process and Equal Protection. *University of Chicago Law Review*, 55, 1161-1179.
- Wardle, L. D. y O. C. Lincoln (2007). In Praise of *Loving*: Reflections on the 'Loving Analogy' for Same-Sex Marriage. *Howard Law Journal*, 51, 117-186.

- Yoshino, K. (2015). *Speak Now. Marriage equality on trial. The story of Hollingsworth v. Perry*. Nueva York: Brown Publishers.
- Yoshino, K. (2012). The paradox of political power: same-sex marriage and the Supreme Court. *Utah Law Review*, 2, 527-543.
- Yoshino, K. (1988). Assimilationist Bias in Equal Protection: The Visibility Presumption and the Case of Don't Ask, Don't Tell. *Yale Law Journal*, 108, 485-571.

Sentencias citadas

Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos de América

- Obergefell et al. v. Hodges, 576 U. S. (2015).
- Windsor v. United States, 133 S. Ct. 2675, 2693-95 (2013).
- Hollingsworth v. Perry, 133 S. Ct. 2652 (2013).
- Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558 (2003).
- Washington v. Glucksberg, 521 U.S. 702, 720-21 (1997).
- Romer v. Evans, 517 U.S. 620 (1996).
- Turner v. Safley, 482 U.S. 78 (1987).
- Bowers v. Hardwick, 478 U.S. 186 (1986).
- City of Cleburne v. Cleburne Living Center, 473 U.S. 432, 460 (1985).
- Frontiero v. Richardson, 411 U.S. 677 (1973).
- Loving v. Virginia, 388 U.S. 1 (1967).
- United States v. Carolene Products Co., 304 U.S. 144, 152 n. 4 (1938).

Tribunales supremos estatales

- Varnum v. Brien, 763 N. W. 2d 862 (Iowa 2009). Tribunal Supremo de Iowa.
- Kerrigan v. Commissioner of Public Health, 289 Conn. 135, 957 A.2d 407 (2008). Tribunal Supremo de Connecticut.
- Andersen v. King Cnty., 138 P.3d 963 (Wash. 2006). Tribunal Supremo de Washington.
- Conway v. Deane, 932 A.2d 571 (2007). Tribunal Supremo de Maryland.